

CÁSSIO MACHADO CAVALLI

**EMPRESA, DIREITO E ECONOMIA:
elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro
contemporâneo a partir do dado teórico econômico**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial à obtenção do título de Doutor em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Klein Zanini

**PORTO ALEGRE
2012**

Cavalli, Cássio Machado.

Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico / Cássio Machado Cavalli. – 2012.

304 f.

Orientador: Carlos Klein Zanini

Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1. Direito comercial. 2. Direito e economia. 3. Conceito de empresa. I. Zanini, Carlos Klein. II. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. III. Título.

CDU 347.7

CÁSSIO MACHADO CAVALLI

EMPRESA, DIREITO E ECONOMIA:

elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Data de aprovação: ___/___/____

Banca examinadora:

Prof. Dr. Carlos Klein Zanini (Orientador)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Para Alana, pela compreensão e apoio constantes,
que conferem um especial e verdadeiro significado
ao amor incondicional.

A Tullio Ascarelli (*in memoriam*), gênio
incomparável que viu antes e lançou luzes nas
sombras do caminho.

AGRADECIMENTOS

Esta tese só foi possível graças à colaboração de inúmeras pessoas que me acompanharam na longa jornada do curso de doutoramento em direito. A todas elas, sou imensamente grato.

Gostaria de agradecer aos meus colegas Alexandre dos Santos Cunha e Daniela Barcellos, cujo apoio foi decisivo na transição do Rio Grande do Sul para o Rio de Janeiro. Agradeço também a Tiago Becker, Tito Montenegro, Cristiano Ferrazzo e Diego Leite, que, mais do que amigos, são verdadeiros irmãos e cujo apoio foi decisivo para que eu vencesse o desafio de cursar o doutorado em Porto Alegre. Às minhas queridas amigas Carolina Cadavid e Daniela Duarte, que tornaram mais humana a minha estadia no Rio de Janeiro. Aos colegas Daisson Flach e Aloísio Zimmer Júnior, com quem pude compartilhar os desafios do curso de doutorado. A Luís Felipe Spinelli, por todos os gestos de uma verdadeira amizade e pela qualificada interlocução. Aos meus colegas do Centro de Pesquisa de Direito e Economia da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Antônio José Maristrello Porto, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Patrícia Sampaio, com os quais pude aprender sobre as relações entre direito e economia, e aos estagiários Louise Portes e Heitor Campos de Azevedo Guimarães. Ainda entre os colegas de Fundação Getulio Vargas, gostaria de agradecer a Luiz Roberto Ayoub, pela qualificada interlocução sobre a crise da empresa, e a Evandro Carvalho, Fernando Fontainha e Feliciano Guimarães, pela qualificada interlocução sobre metodologia da pesquisa em direito e nas ciências sociais lindeiras. Também gostaria de agradecer a Eugênio Battesini, Giacomo Balbinotto e Gerson Branco, pela leitura atenta desta tese e pelas importantes contribuições para a sua qualificação. À Judith Martins-Costa, pela interlocução em matéria de direito obrigacional e contratual que se mostrou decisiva para a construção desta tese. Também foram fundamentais para que eu amadurecesse as ideias desta tese os meus alunos, aos quais agradeço. Por fim, gostaria de agradecer em especial ao meu orientador, Carlos Klein Zanini, pelo seguro exemplo de comprometimento com o desenvolvimento do direito comercial brasileiro.

“Se és capaz de sofrer a dor de ver mudadas
Em armadilhas as verdades que disseste,
E as coisas, por que deste a vida, estraçalhadas,
E refazê-las com o bem pouco que te reste.

Se és capaz de arriscar numa única parada,
tudo quanto ganhaste em toda a tua vida.
E perder e, ao perder, sem nunca dizer nada,
resignado, tornar ao ponto de partida.”

Excerto do poema *If*, de Rudyard Kipling,
na imortal tradução de Guilherme de Almeida

RESUMO

Esta tese tem por objeto a influência que dado teórico econômico exerce na elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável no direito comercial brasileiro contemporâneo. Seu objetivo consiste em identificar de que modo as formas de construção das relações entre direito e economia dificultam, por um lado, a consecução da tarefa de elaborar-se um conceito jurídico de empresa, e, de outro lado, identificar alternativas possíveis para a reimposição do problema que auxiliem na elaboração de *um* conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável a partir do dado teórico econômico. A pesquisa é conduzida a partir do questionamento das funções normativas desempenhadas pela empresa e o do conceito econômico de empresa com o qual trabalham os juristas. Estes aspectos da teoria são cotejados para verificar se há congruência entre a função normativa preponderante da empresa e o seu conceito econômico. Este teste é realizado mediante a análise do conceito jurídico de empresa e o conceito econômico de empresa. Na segunda parte desta tese, investiga-se as teorias econômicas da empresa fornecidas pela economia neoclássica e pela Nova Economia Institucional, para verificar-se as estruturas e funções da empresa. Em seguida, empreende-se esforço de integração interdisciplinar entre direito e economia, a partir das pressuposições metodológicas do Funcionalismo Jurídico. Com base no resultado da afirmação do diálogo interdisciplinar, parte-se para a elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável a partir do dado teórico econômico, mediante o teste da hipótese segundo a qual a empresa constitui uma situação jurídica complexa.

Palavras-chave: empresa, direito e economia, funcionalismo jurídico, nova economia institucional, conceito jurídico de empresa.

ABSTRACT

This thesis aims at verifying the influence that the economic data has on the legal concept of firm in contemporary Brazilian commercial law. Its goal is to identify how the distinct ways chosen to build the relationships between law and economics make it difficult to achieve the task of drawing up a legal concept of the firm and to identify possible alternatives to face the problem in a way that could lead to a relevant legal concept of the firm. The survey is conducted from the questioning of legal functions performed by the firm and how the lawyers build an economic concept of the firm. This test is performed by the analysis of the legal concept of entrepreneur and the economic concept of the firm. In the second part, this thesis investigates the economic theories of the firm provided by neoclassical economics and by New Institutional Economics, to check the economic structures and functions of the firm. Then, it undertakes an interdisciplinary effort between law and economics, from the theoretical assumptions provided by the Legal Functionalism. Based on the result of the interdisciplinary dialogue, it proceeds to the development of a legal concept of the firm starting from the economic theory, by testing the hypothesis that the legal meaning of the firm is a nexus of contracts relationship.

Key-words: firm, law and economics, legal functionalism, new institutional economics, legal concept of the firm.

RIASSUNTO

Questa tesi ha lo scopo di verificare l'influenza che la teoria economica esercita sullo sviluppo del concetto di impresa giuridicamente e funzionalmente rilevanti per il diritto commerciale brasiliano contemporaneo. L'obiettivo è quello di individuare come le modalità di costruzione di rapporti tra diritto ed economia rendono difficile da un lato, per realizzare il compito di elaborare un concetto giuridico dell'impresa, e dall'altro, di individuare possibili alternative alla reimpostazione del problema per facilitare la stesura di un concetto di impresa giuridicamente rilevante fondati negli dati pertinenti il teorico economico. L'indagine è condotta dalla messa in discussione dei fini normativi svolte dall'impresa e il concetto economico di impresa per cui lavorano gli giuristi. Questi aspetti della teoria sono raccolti per verificare la coerenza tra la finalità normativa dell'impresa e il suo concetto economico dominante. Il test viene effettuato analizzando il concetto giuridico di impresa e il concetto economico di impresa. Nella seconda parte di questa tesi, si indaga le teorie economiche dell'impresa fornito dall'economia neoclassica e dalla Nuova Economia Istituzionale, per verificare le strutture e le funzioni dell'impresa. Poi, per intraprendere uno sforzo interdisciplinare di integrazione tra diritto ed economia, dai presupposti metodologici del Funzionalismo Giuridico. Sulla base del risultato dell'affermazione di dialogo interdisciplinare, si procede alla elaborazione di un concetto giuridico di impresa fondati nel dato teorico economico, per verificare l'ipotesi che la impresa è una situazione giuridica complessa.

Parole chiave: impresa, diritto ed economia, funzionalismo giuridico, nuova economia istituzionale, concetto giuridico dell'impresa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
PARTE I – O <i>PATH DEPENDENCE</i> NA ELABORAÇÃO DO CONCEITO DE EMPRESA NO DIREITO COMERCIAL.....	48
1 O DESENVOLVIMENTO DO TEMA DA EMPRESA ENTRE A FINALIDADE NORMATIVA HISTÓRICA E A DESCRIÇÃO ECONÔMICA DO INSTITUTO	48
1.1 A finalidade normativa histórica da empresa.....	53
1.1.1 Finalidade normativa na origem da empresa: origens do <i>path dependence</i>	53
1.1.2 Ampliação do âmbito de aplicação do direito comercial através do conceito de empresa.....	60
1.1.3 Consolidação do <i>path dependence</i> por meio da teoria da empresa: a fase subjéitiva moderna	66
1.2 A estrutura econômica da empresa na literatura jurídico-comercial	71
1.2.1 O paradoxo da empresa como fenômeno econômico: da exaltação à irrelevância para o direito.....	71
1.2.2 O conceito econômico elaborado pelos juristas	80
2 A INADEQUAÇÃO DO CONCEITO ECONÔMICO À ESTRUTURA JURÍDICA QUANDO ORIENTADA PELA FINALIDADE NORMATIVA HISTÓRICA.....	90
2.1 Estratégias de apropriação jurídica do conceito econômico de empresa	90
2.1.1 Transposição ou adaptação do conceito econômico para o direito	90
2.1.2 O <i>path dependence</i> na teoria dos perfis da empresa	95
2.2 A incongruência entre o conceito econômico e a finalidade normativa histórica da empresa.....	104
2.2.1 Atividade organizativo-diretiva.....	107
2.2.2 Organização dos fatores de produção.....	113
2.2.3 Economicidade	129

2.2.4	Produção ou circulação de bens ou serviços	136
PARTE II – ELABORAÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA A PARTIR DA SUA FUNCIONALIZAÇÃO ÀS NECESSIDADES ECONÔMICAS		
140		
3	ESTRUTURAS E FUNÇÕES ECONÔMICAS DA EMPRESA.....	140
3.1	Ilhas de poder consciente: a empresa neoclássica como função de produção ..	141
3.1.1	Fundamentos da ortodoxia econômica.....	142
3.1.2	A firma no mundo da mão invisível do mercado	146
3.1.3	A firma como <i>black box</i> : a deficiente teoria neoclássica da firma.....	153
3.2	Abrindo a caixa preta: as funções econômica da empresa na Nova Economia Institucional.....	160
3.2.1	A mão do empresário torna-se visível.....	161
3.2.2	A firma como um mecanismo de governança de contratos: a função de economizar custos de transação	169
3.2.3	A firma como conexão de contratos: a função de economizar custos de agência	186
4	ESTRUTURA JURÍDICA DA EMPRESA EM FUNÇÃO DAS NECESSIDADES ECONÔMICAS.....	198
4.1	Bases da integração interdisciplinar para a elaboração de um conceito de empresa.....	198
4.1.1	Pressuposições teóricas da Nova Economia Institucional.....	198
4.1.2	Pressuposições teóricas do Funcionalismo Jurídico.....	209
4.2	A significação jurídica da empresa	225
4.2.1	O papel dos conceitos e o aspecto valorativo da interpretação na elaboração de um conceito jurídico de empresa.....	226
4.2.2	Adequação das estruturas e funções econômicas da empresa ao conceito jurídico por meio da interpretação valorativa orientada pelas finalidades normativas ..	239
SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ALCANÇADAS.....		257
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		271

INTRODUÇÃO

Esta tese tem por objeto a influência que dado teórico econômico exerce na elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável no direito comercial brasileiro contemporâneo. Seu objetivo consiste em, por um lado, identificar de que modo as formas de construção das relações entre direito e economia dificultam a consecução da tarefa de elaborar-se um conceito jurídico de empresa, e, de outro lado, identificar alternativas possíveis para a reimpostação do problema que auxiliem na elaboração de *um* conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável a partir do dado teórico econômico.

A importância do tema da empresa, ou da firma,¹ prescinde de demonstrações. Por constituir a *instituição-chave da sociedade* contemporânea,² a empresa possui importância tanto econômica quanto social.³ A empresa constitui a *célula fundamental* da economia,⁴ e dela depende a imensa maioria da população economicamente ativa.⁵ Identifica-se na empresa a instituição social que serve de *elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea*.⁶

O direito deve ser capaz de disciplinar esta realidade.

A empresa constitui um dos institutos predominantes na experiência jurídica.⁷ Além de interessar ao direito comercial, a empresa interessa a vários outros ramos do direito,⁸ de

¹ No presente trabalho, a expressão *firma* será utilizada como sinônima da expressão *empresa*. Não se ignora, contudo, que na tradição jurídico-dogmática e na legislação brasileiras a expressão *firma* é utilizada para designar espécie do gênero nome empresarial. Neste sentido, ver SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: 2004, p. 14.

² COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: COMPARATO, Fábio Konder (Org.). **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3-26, p. 4. Também no sentido de destacar a importância da empresa ver BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: 1997, p. 14; e WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. **Revista de Direito Mercantil**, 98, 51-57, 1995, p. 52.

³ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**. São Paulo: 2004, p. 24.

⁴ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. v. 41, n. 1, 1-20, 1943, p. 4, nota de rodapé 5.

⁵ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 24.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**, p. 3.

⁷ GOMES, Orlando. A comercialização do direito civil. In: GOMES, Orlando (Org.). **Direito econômico e outros ensaios**. Salvador: Editora Distribuidora de Livros Salvador Ltda., 1975, p. 47-56, p. 52.

modo que se chega a propor a necessidade de se criar um novo ramo do direito, denominado direito empresarial.⁹

Por ter a empresa germinado e se desenvolvido no contexto jurídico-comercial, discute-se atualmente se o direito comercial pode ser considerado como o direito da empresa,¹⁰ ou se, ante a indeterminação do dogmática da empresa, não se pode adotá-la como *elemento sistematizador*¹¹ do direito comercial.¹²

A investigação em torno do conceito de empresa é uma das mais trabalhosas e complexas empresas que se pode empreender. Os juristas sublinham a dificuldade que há em elaborar-se um conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico econômico.¹³

A literatura jurídica, a quem compete a tarefa de elaborar um conceito de empresa, registra que o uso do termo empresa é avassalador¹⁴ e caudaloso¹⁵ e, por isso, é plurissêmico,¹⁶

⁸ CASANOVA, Mario. **Impresa (in Generale)**. In: AZARA, Antonio, EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1957, p. 348-358, p. 349; BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 135 e ss.

⁹ WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. In: Wald, Arnoldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 29-37, p. 37.

¹⁰ GOMES, Orlando. **A comercialização do direito civil**, p. 51; DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 31, ver, também, p. 74; DE LUCCA, Newton, et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. 9. Rio de Janeiro: 2005, p. 5; PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. In: *Enciclopedia del diritto*: Giuffrè, XX, 1970, p. 562-627, p. 563, nota de rodapé 1.

¹¹ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial**. v. I. Coimbra: 2001, p. 236.

¹² BULGARELLI, Waldírio. Perspectivas da empresa perante o direito comercial. In: BULGARELLI, Waldírio (Org.). **Estudos e pareceres de direito empresarial (o direito das empresas)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 1-62, p. 13; CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 95-96; ASCARELLI, Tullio. Evolução e papel do direito comercial. In: ASCARELLI, Tullio (Org.). **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 11-52, p. 18; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos** Curitiba: 1999, p. 76; SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. **Revista de Direito Mercantil**. v. 39, n. 119, 94-108, 2000, p. 101.

¹³ SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: os centros comerciais como realidade juridicamente relevante**. Coimbra: 1999, p. 12; e OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A empresa: uma realidade fática e jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. 36, 144, 111-135, 1999, p. 112.

¹⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 207.

¹⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 207.

¹⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de empresa no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**. 13, 37, 42-59, 1986, p. 43. No mesmo sentido, ver ASCARELLI, Tullio. **Evolução e papel do direito comercial**, p. 19; SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: os centros comerciais como realidade juridicamente relevante**, p. 33; e PACHECO, José da Silva. Análise jurídica de conceitos básicos de direito empresarial. In: Wald, Arnoldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 157-172, p.

amplo,¹⁷ caleidoscópico,¹⁸ e, portanto, impreciso,¹⁹ vago e, até mesmo, volátil como uma nuvem,²⁰ fantasmagórico²¹⁻²² e gelatinoso.²³ Com efeito, comumente a “empresa é tratada como um vocábulo ‘curinga’, passível de designar toda uma série de realidades não-coincidentes.”²⁴

O termo *empresa*, diante da sua grande abertura semântica, frequentemente acaba por assumir uma feição perifrástica, com valor meramente sugestivo-alusivo, de modo que “pela sua onnipresença e pela sua imprecisão representa um campo de eleição para desenvolvimentos lingüísticos.”²⁵ Neste sentido, conforme observa Márcia Mallmann Lippert, “à empresa são emprestados tantos conceitos que ela chega a ser tudo ao mesmo tempo e, como sói acontecer, passa a ser nada.”²⁶

O volume de publicações acerca do tema é imensurável, e o debate em torno da categoria jurídica da empresa afigura-se *interminável*.²⁷ Ao grande volume de publicações sobre o tema da empresa, assoma-se a pluralidade de abordagens possíveis, de modo que, ao

157.

¹⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 207.

¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 31.

¹⁹ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 24.

²⁰ Waldírio Bulgarelli, sem indicar a referência bibliográfica, registra a poética opinião de Waldemar Ferreira, para quem “a empresa não se enquadra no Direito, afirmando, curiosamente: ‘Não é do mar; nem da terra. Parece que é do ar, por isso mesmo volátil, indeciso, ora claro, ora escuro, como nuvem.’” BULGARELLI, Waldírio. **Perspectivas da empresa perante o direito comercial**, p. 11.

²¹ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 49. Ainda o mesmo autor aludiu ao “fantasmagórico conceito de empresa.” BULGARELLI, Waldírio. **Perspectivas da empresa perante o direito comercial**, p. 19.

²² A empresa chegou a ser comparada com a personagem que deu nome ao filme *Rebecca – a mulher inesquecível*, de Alfred Hitchcock, cuja ausência atormentava a todos os personagens e, assim, acabava por dominar a cena. A metáfora, de autoria do comercialista paulista Waldemar Ferreira, citada por diversos autores, foi assim descrita: “Não há muito tempo, cinco anos no máximo, exibiu-se fita cinematográfica americana que alcançou extraordinário sucesso. Intitulava-se ‘Rebeca, a mulher inesquecível’. No desenrolar dos quadros falados daquela fita, muito se falava naquela dama. Todos a relembavam a cada instante. Exaltavam-lhe a beleza física, a par da beleza de espírito e de coração. Os espectadores aguardavam de momento em momento, a aparição da mulher falada, amada e até desejada. Ela não transitou uma vez sequer diante das máquinas de projeção; mas ficou na retina de todos, e como visão imaginária e consoladora. Era a mulher inesquecível... Assim aconteceu com a empresa. É a fórmula apregoada, proclamada, desejada pelos inovadores do Direito moderno, embevecidos com a palavra inesquecível... Pois não é?” FERREIRA, Waldemar Martins. *Elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito comercial*. **Revista Forense**, n. 158, 35-42, 1955, p. 40.

²³ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 272.

²⁴ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 79.

²⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 232.

²⁶ LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**. São Paulo: 2003, p. 43.

²⁷ DE LUCCA, Newton, et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro** v. 9, p. 25.

tratar do assunto, “cada autor como que é um chefe de escola.”²⁸ O uso que a doutrina faz do termo também é amplo, o que dificulta ou até mesmo impossibilita a construção de um consenso acerca do seu significado jurídico,²⁹ inclusive no direito comercial.³⁰

Por isto, na investigação do conceito jurídico de empresa, muitas vezes, “o preconceito e a paixão se sobrepõem à verdade”.³¹ “[Q]ualquer estudo”, adverte Jorge Lobo, “por mais desprezioso que seja, da teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa obriga a uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência; pouco acrescentam, ao final.”³²

A legislação, que não fornece um conceito de empresa,³³ utiliza o termo com uma infinidade de significados,³⁴ pois são “extensos os terrenos legislativos onde se mostram as empresas.”³⁵ No direito brasileiro, ao grande número de leis a disciplinar a empresa, acresceu-se recentemente o novo Código Civil, promulgado em 2002, que trata em seu Livro II do Direito da Empresa; fato que, *per se*, já seria suficiente para justificar o esforço em repensar-se o tema da empresa.³⁶

A empresa, entretanto, escapa às categorias jurídicas tradicionais. Por isso, defende-se, de um lado, a necessidade de renovação das categorias jurídicas,³⁷ e, de outro lado, a necessidade de se conduzir a tarefa a partir da realidade fática e não de conceitos jurídicos.³⁸

Na tentativa de construir-se um conceito jurídico, recorre-se ao conceito econômico de empresa,³⁹ e afirma-se a necessidade de “colaboração dos juristas e dos economistas para

²⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento de empresa**. São Paulo: 1993, p. 100.

²⁹ SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 65; BATALHA, Wilson de Souza Campos. A empresa e seus problemas atuais. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 311-329, p. 311; ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, n. 119, 236-254, 2000, p. 239.

³⁰ SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Buenos Aires: 1997, p. 67; CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial v. I**, p. 97.

³¹ LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil**. 40, 125, 29-40, 2002, p. 29.

³² LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico, p. 30.

³³ LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico, p. 35.

³⁴ RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: 1947, p. 278; BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 21 e 35.

³⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade: as empresas no direito**. Coimbra: 1996, p. 1.

³⁶ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 7.

³⁷ WALD, Arnaldo. **O advogado e as transformações da empresa**, p. 51.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: 1970, p. 3-4.

atingir finalidades comuns.”⁴⁰ Entretanto, as descrições econômicas da empresa acabam por se tornar *puramente retóricas*,⁴¹ à medida em que se afirma que “a empresa é instituto em constante evolução, devendo o direito acompanhá-la, em cada época, conforme as mutações econômicas ocorridas na sociedade.”⁴²

Com efeito, registra Georges Ripert que

[e]m economia política a imprecisão do termo autoriza definições pessoais. A empresa é chamada ‘unidade econômica’, mas o é com o intuito de não ser confundida com a exploração que tem significado técnico e com o estabelecimento que não é senão um de seus elementos. Ainda é preciso saber que é a unidade econômica. Uns denominam empresa todo organismo tendente à produção dos bens destinados ao mercado; outros julgam indispensável acrescentar a noção de risco e de lucro. Alguns põem em equação a idéia de coordenação enquanto os mais realistas se apegam às formas da empresa mais que à noção. Tomemos nota dessa dificuldade. O que ela revela é falta de uma noção jurídica.⁴³

Por esta razão, conclui Vincenzo Pannuccio que “[u]ma definição de empresa em sentido econômico seria difícil para um economista e certamente não poderia ser arriscada por um jurista.”⁴⁴ A empresa, deste modo, desponta como um forte agravante da chamada *crise do direito* desencadeada pela *revolta dos fatos contra o código*.⁴⁵

Diante da envergadura das dificuldades enfrentadas para a construção de um conceito jurídico de empresa, aventou-se, inclusive, a impossibilidade de descrevê-la⁴⁶ ou considerou-se que sua noção não oferece nenhum interesse prático ao direito.⁴⁷ Chega-se a propor a supressão do conceito de empresa.⁴⁸ Por conseguinte, o único consenso a que se chegou foi que um “grande número de autores, hoje, está de acordo com a falta de um conceito jurídico

³⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Perspectivas da empresa perante o direito comercial**, p. 16; BATALHA, Wilson de Souza Campos. **A empresa e seus problemas atuais**, p. 311.

⁴⁰ WALD, Arnoldo. **Novas perspectivas da empresa - (vistas por um advogado)**, p. 47.

⁴¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de empresa no direito brasileiro, p. 42.

⁴² OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. A empresa: uma realidade fática e jurídica, p. 112.

⁴³ RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**, p. 277.

⁴⁴ PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 577, tradução livre. Em sentido análogo, ver DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 27.

⁴⁵ GOMES, Orlando. Sinais novos da crise do direito. In: Gomes, Orlando (Org.). **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. , p. 17-18.

⁴⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 95.

⁴⁷ Waldemar Martins Ferreira registra a ocorrência de um Colóquio Internacional sobre o Direito Privado e o Direito Social, em que se debateu o tema da empresa. Do resumo das conclusões do congresso, elaborado por Joseph Hamel, constou a opinião de alguns juristas presentes sobre tema debatido: “Vous proposez la notion d’entreprise: cela ne présent pas d’intérêt pratique.” FERREIRA, Waldemar Martins. **Elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito comercial**, p. 40-41.

⁴⁸ SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: os centros comerciais como realidade juridicamente relevante**, p. 16.

unitário de empresa ou ao menos a impossibilidade de atingi-lo”.⁴⁹ Com efeito, o tema da empresa acaba por conduzir os juristas à *perplexidade*⁵⁰ e, talvez por isso, recebeu a alcunha de *irritante*.⁵¹

O direito brasileiro contemporâneo ainda está a buscar uma definição de empresa.⁵² Portanto, a empresa “continua sendo um fenômeno desafiante para o direito”,⁵³ e “a revisão, ou releitura da discussão que tem na empresa o cerne, precisa ser empreendida”.⁵⁴ Não se deve, pois, renunciar a enfrentá-lo, ainda que os resultados até aqui obtidos sejam *desencorajadores*.⁵⁵ Essa tarefa “traduz, por fim, um espaço privilegiado para seguir e discutir uma interessante evolução histórico-cultural.”⁵⁶

A complexidade do tema da empresa conduz à conclusão de que a sua abordagem não admite simplificações e percursos lineares.⁵⁷ Esta mesma característica conduz à constatação de que há, “a princípio, uma falta de cientificidade para se definir ou se conceituar empresa.”⁵⁸

Ante a plurissignificação do tema da empresa, seja em direito ou noutras ciências, apresentam-se ao intérprete *verdadeiras armadilhas* que somente podem ser evitadas mediante a adoção de um *rigor metodológico específico*.⁵⁹ Com efeito, conduzir uma pesquisa de tese sobre o tema da empresa pressupõe, muito mais que demonstrar erudição por meio de uma avalanche de citações constitutivas de um *críticoável jogo de glosas recíprocas*,⁶⁰ pressupõe oferecer um recorte metodologicamente fundamentado de um determinado objeto de pesquisa. Numa palavra, construir uma tese significa fazer escolhas.

As escolhas metodológicas que orientam esta tese são a seguir apresentadas e justificadas.

⁴⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Perspectivas da empresa perante o direito comercial**, p. 15.

⁵⁰ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 87.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**, p. 3.

⁵² GOMES, Orlando. **A comercialização do direito civil**, p. 51; SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 8.

⁵³ BULGARELLI, Waldírio. **Perspectivas da empresa perante o direito comercial**, p. 1.

⁵⁴ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 8.

⁵⁵ SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: os centros comerciais como realidade juridicamente relevante**, p. 14, nota de rodapé 16.

⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 236.

⁵⁷ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 8.

⁵⁸ OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. **A empresa: uma realidade fática e jurídica**, p. 114.

⁵⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 26.

⁶⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 126.

Na literatura jurídica, apresentam-se duas principais alternativas metodológicas de enfrentamento do tema da empresa, de acordo com a classificação proposta por Vincenzo Panuccio⁶¹ e aqui adotada. A primeira alternativa metodológica consiste em partir de um dado teórico, seja da economia ou do direito, em direção à construção jurídica do conceito de empresa. A segunda alternativa metodológica consiste em partir de elementos legislativos em direção ao conceito de empresa.

Esta tese adotará a primeira alternativa metodológica que parte do dado teórico econômico em direção ao conceito jurídico, por entender-se que a aproximação entre direito e economia *vivifica* o estudo do direito,⁶² descortinando novos horizontes de investigação que podem ser proveitosos⁶³ para a compreensão do tema.⁶⁴

Ademais, entende-se que mesmo as teorias jurídicas que partem do dado teórico jurídico ou do dado legislativo, conquanto não tenham como ponto de partida o dado econômico, sofrem, em algum grau, explícita ou implicitamente, as influências do elemento econômico.⁶⁵ A não adoção do dado legislativo como parâmetro também é justificada pelo fato de que há praticamente um consenso quanto à inexistência de uma definição legislativa de empresa no ordenamento jurídico brasileiro,⁶⁶ bem como no ordenamento jurídico

⁶¹ PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 563-564.

⁶² RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**, p. 12.

⁶³ Conforme ensina Costa, o “direito e a economia constituem, assim, dois ângulos de encarar a mesma realidade, duas disciplinas complementares, não obstante as peculiaridades do escopo e da técnica de cada uma delas. Tanto a ciência econômica como a ciência jurídica têm por objecto comportamentos humanos e relações sociais: a economia, preocupando-se directamente com os fenómenos económicos em si mesmos, aponta para a solução que conduza ao máximo de utilidade; a ciência jurídica, contemplando esses fenómenos económicos através dos direitos e obrigações que o seu desenvolvimento implica, procura a solução mais justa. De um equilibrado entrelace de ambas perspectivas é que há-de resultar em cada caso a disciplina conveniente aos interesses individuais e colectivos. As duas técnicas apontadas nunca devem, portanto, desconhecer-se.” COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9 ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 121.

⁶⁴ ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm. **Yale Law & Policy Review**. v. 16, 265-329, 1998, p. 267, nota de rodapé 9; RUBIN, Paul H. The theory of the firm and the structure of the franchise contract. **Journal of Law and Economics**. 21, 1, 223-233, 1978, p. 267.

⁶⁵ PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 577.

⁶⁶ DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis, PROENÇA, José Marcelo Martins (Org.). **Tipos societários**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-78, p. 5 e 9; LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico, p. 35; BATALHA, Wilson de Souza Campos. **A empresa e seus problemas atuais**, p. 311.

italiano,⁶⁷ que oferece o modelo jurídico de maior influência para o atual direito da empresa brasileiro.

A ciência econômica possui não uma, mas várias teorias econômicas da empresa a concorrer entre si.⁶⁸ Cada uma destas teorias econômicas é constituída por um conjunto de pressuposições orientadas a explicar determinados aspectos do fenômeno empresarial. Assumindo-se que o *dado* econômico exerce influência na construção do conceito jurídico de empresa, pode-se concluir que pelo menos poderiam ser formulados tantos e tão díspares conceitos jurídicos de empresa quantas forem as teorias econômicas de empresa.

No entanto, o conceito econômico utilizado pela literatura jurídica é elaborado pelos próprios juristas, que posteriormente adjetivam este conceito como econômico.⁶⁹ Esta crítica alcança inclusive os autores que recorrem à literatura econômica, pois, de regra, o fazem para obter um *conceito* econômico de empresa e não para identificar uma *teoria* econômica da empresa capaz de contribuir para o desenvolvimento de uma teoria jurídica.

Há, portanto, uma alto grau de endogeneidade no direito no que respeita à elaboração de um conceito econômico de empresa. Essa endogeneidade é capaz de conduzir à uniformização dos pressupostos metodológicos e do conceito econômico adotados pela literatura jurídica para a elaboração de um conceito jurídico de empresa.

Em que pese a uniformidade do conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas, mesmo assim não se obtém elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável. Por isto, apresenta-se como objetivo desta tese identificar as razões que dificultam a consecução da tarefa. Por outro lado, se identificadas estas razões, descortinam-se possibilidades de enfrentamento do tema capazes de orientar a elaboração do conceito. Por isto, também apresenta-se como objetivo desta tese a elaboração de *um* conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável.

Aqui, por *relevante e operacionalizável*, entende-se, na esteira da lição de Miguel Reale, que a compreensão jurídica da empresa deve possuir “antes um sentido operacional do

⁶⁷ Neste sentido, por todos, ver PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 581.

⁶⁸ No final da década de 1960, Fritz Machlup identificou mais de 20 teorias econômicas da empresa. MACHLUP, Fritz. Theories of the firm: marginalist, behavioral, managerial. **The American Economic Review**. 57, 1, 1-33, 1967. Para uma referência mais recente, ver MASKELL, Peter. The firm in economic geography. **Economic Geography**. 77, 4, 329-344, 2001, p. 331; e MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic theories of the firm: past, present, and future. **The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economie**. v. 21, n. 3, 444-458, 1988, *passim*.

⁶⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 26, 52 e 54.

que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.”⁷⁰ Entende-se que um conceito deva ser capaz de explicar da maneira mais satisfatória possível o fenômeno da empresa, de modo a desempenhar adequadamente as funções dogmáticas de um conceito jurídico. Com efeito, a elaboração de um conceito de empresa relevante e operacionalizável

implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada.⁷¹

Para a consecução de seus objetivos, esta tese é dividida em duas Partes.

A Parte I (*O path dependence na elaboração do conceito de empresa no direito comercial*) é dividida em duas Seções. A Seção 1 (*O desenvolvimento do tema da empresa entre a finalidade normativa histórica e a descrição econômica do instituto*) e a Seção 2 (*Inadequação do conceito econômico à estrutura jurídica quando orientada pela finalidade normativa histórica*).

A Parte II (*Elaboração de um conceito jurídico de empresa a partir da sua funcionalização às necessidades econômicas*) é dividida em duas Seções. A Seção 3 (*Estruturas e funções econômicas da empresa*) e a Seção 4 (*Estrutura jurídica da empresa em função das necessidades econômicas*).

A cada uma das Partes correspondem problemas gerais, e a cada uma das Seções correspondem problemas específicos hipotéticos, no sentido de que podem ser enfrentados mediante a formulação de hipóteses capazes de serem testadas para ser corroboradas ou infirmadas. Cumpre, portanto, apresentar-se e justificar-se os problemas e as hipóteses explicativas que orientam o enfrentamento dos problemas.

A Parte I desta tese (*Path dependence na elaboração do conceito de empresa no direito comercial*) possui como problema geral o que segue:

⁷⁰ BRASIL. **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2. ed. Brasília: 2005, p. 19. No mesmo sentido, discorrendo sobre as diretrizes teóricas do Código Civil, ver MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: 2002.

⁷¹ BRASIL. **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**, p. 33.

Primeiro problema geral: Porque razão não obteve o direito comercial brasileiro contemporâneo elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável?

A hipótese a orientar o enfrentamento deste problema consiste na seguinte:

Hipótese explicativa: O direito comercial brasileiro contemporâneo não obteve elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável pois se encontra em uma situação de *lock-in* em *path dependence*.⁷² Esta situação é devida ao fato de que se continua a buscar adequar a *estrutura* econômica elaborada a partir do conceito econômico de empresa à *fattispecie* de empresário, em conformidade com a *finalidade normativa* preponderantemente atribuída a empresa na evolução do direito comercial brasileiro, qual seja, qualificar um sujeito de modo a submetê-lo ao estatuto profissional do empresário.⁷³

Pela teoria do *path dependence* busca-se identificar qual a influência que o passado exerce na compreensão atual do fenômeno da empresa.⁷⁴ Se, de um lado, é natural que os fenômenos atuais são de alguma forma condicionados por fatos passados,⁷⁵ por outro lado,

⁷² A expressão *lock-in* em *path dependence* pode ser traduzida como travamento na dependência do caminho. Nesta tese, entretanto, será mantida a expressão na língua inglesa.

⁷³ Um claro e pessoal exemplo do peso do *lock-in* em *path dependence* é encontrado na nossa dissertação de mestrado, na qual nos propusemos investigar o tema da função social da empresa, o que pressupunha primeiramente compreender o significado jurídico da empresa. Ao longo do trabalho, fomos conduzidos a uma investigação acerca da delimitação do âmbito de aplicação do direito comercial e o peso da teoria da empresa para seu significado atual. CAVALLI, Cássio. **Direito comercial: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: 2011. As origens de nossas pesquisas acerca do tema da empresa, que condicionaram fortemente nossas ulteriores investigações, são encontradas em CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**. 42, 131, 153-184, 2003; também publicado em CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista da AJURIS**. 31, 93, 87-129, 2004; CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. v. 828, p. 43-78, 2004; CAVALLI, Cássio. Transformações gerais no direito comercial - o direito da empresa no novo Código Civil. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito de empresa e contratos: estudo dos impactos do novo Código Civil**. Porto Alegre: IOB, 2004, p. 57-98; CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista Forense**. 386, 51-80, 2006; CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Direito empresarial: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2011, p. 465-513.

⁷⁴ Neste sentido, ver LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. **Path dependence**. In: Bouckaert, Boudewijn, De Geest, Gerrit. *Encyclopedia of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, I, 2000, p. 981-998, p. 981.

⁷⁵ Com efeito, as alterações no sistema jurídico partirão do “conjunto pré-existente de normas, instituições e regras. Assim, mudanças subsequentes somente são factíveis no contexto existente no ambiente específico de um país (e, portanto, seguem um *path dependence*).” CHOI, Stephen J. Law, finance, and path dependence: developing strong securities markets. **Texas Law Review**. v. 80, 1657-1727, 2002, p. 1694, tradução livre.

estar preso a eventos históricos (*lock-in by historical events*) quer significar estar preso a algo ruim ou, ao menos, que se deve buscar uma saída em direção a algo melhor.⁷⁶

Com isso, quer-se afirmar que a compreensão atual do tema da empresa no direito comercial brasileiro está fortemente condicionada pela compreensão que se tinha no passado sobre o mesmo tema.⁷⁷ No entanto, por ainda não se ter logrado elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável, adota-se a hipótese de que há uma situação de *lock-in* em *path dependence*,⁷⁸ na qual o direito comercial brasileiro contemporâneo, reincorrendo no mesmo percurso argumentativo já percorrido em etapas pretéritas do direito comercial brasileiro, atinge os mesmos resultados a que antes já se havia alcançado, qual seja, não lograr elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável.

O recurso à teoria do *path dependence* justifica-se porquanto até o presente momento não se buscou enfrentar o tema da empresa no direito comercial brasileiro a partir desta perspectiva. Ademais, esta teoria, quando aplicada ao direito, é capaz de conduzir a *insights* surpreendentes e a conclusões perturbadoras, conforme observa Oona A. Hathaway.⁷⁹

Para enfrentar o problema proposto, nesta tese serão utilizados dois modelos teóricos de *path dependence* para descrever de que modo a construção pretérita do tema da empresa influencia a sua compreensão atual.⁸⁰ Consistem estes modelos no (a) *path dependence*

⁷⁶ LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. **Path dependence**. I, p. 982.

⁷⁷ A noção de *path dependence* pode ser ilustrada em conformidade com o seguinte exemplo: “uma estrada construída a cem anos atrás na margem esquerda de um rio, enquanto hoje em dia seria mais vantajoso construí-la na margem direita, porque esta é a margem onde a vista é mais bonita ou mais pessoas vivem atualmente. Mesmo assim, é altamente improvável que a estrada seja reconstruída. Isto simplesmente poderia custar demasiado, não apenas em termos monetários, mas também porque as pessoas se acostumaram à estrada na margem esquerda do rio. Além disso, provavelmente há ativistas que se oporão à qualquer mudança na paisagem como ela é, et cetera.” SMITS, Jan M. Scotland as a mixed jurisdiction and the development of european private law: is there something to learn from evolutionary theory? **Electronic Journal of Comparative Law**. v. 7, n. 5, 2003. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/75/art75-1.html>> Acesso em: 15/06/2009, p. 6, tradução livre.

⁷⁸ A teoria do *path dependence* busca fornecer descrições e explicações específicas sobre a como fatos pretéritos condicionam a evolução e a compreensão atual de um dado fenômeno. HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system. **The Iowa Law Review**. v. 86, n. 2, 2001, p. 104.

⁷⁹ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 105.

⁸⁰ Para tanto, utiliza-se o instrumental encontrado na teoria do *path dependence*, em conformidade com a adaptação desta teoria ao direito realizada por Oona A. Hathaway. HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 103. Este *paper*, conquanto possua por objeto explicar as razões do *path dependence* no sistema jurídico da *commom law*, serve perfeitamente aos objetivos

evolutivo (*evolutionary path dependence*) e no (b) *path dependence* por incremento de ganhos (*increasing returns path dependence*).

O primeiro modelo da teoria do *path dependence* é aquele a que mais recorre a doutrina, por meio da utilização expressa de argumentos evolutivos para explicar o direito comercial. A importância desta variação da teoria do *path dependence* para o enfrentamento do tema da empresa consiste em que ela se relaciona fortemente com as pressuposições da Escola Histórica do Direito,⁸¹ a qual, por sua vez, exerceu forte influência na elaboração teórica do direito comercial ao longo da historiografia do século XX, por conta da obra de Levin Goldschmidt.⁸² Além disso, as teorias econômicas da evolução do direito ganharam maior destaque no direito norte-americano a partir da década de 1970, notadamente no direito societário (*corporate law*).⁸³ Isto sugere a possibilidade de utilizar-se a teoria do *path dependence* para analisar o conceito de empresa no direito brasileiro contemporâneo.

Por influências provenientes da biologia, divisam-se dois modelos de evolução das instituições jurídicas. De um lado, a noção darwiniana de gradual e progressiva evolução das espécies mediante a perpetuação do mais apto; de outro, uma teoria evolutiva mais recente que identifica *equilíbrios pontuados* (*punctuated equilibria*), segundo a qual a evolução não se dá longa e gradativamente, mas de modo rápido, em determinadas janelas de oportunidade, seguida de um longo período de estabilidade, sem evolução, até que ocorra a próxima janela de oportunidade.⁸⁴ Com efeito, o resultado do modelo dos *equilíbrios pontuados* não pode ser pré-determinado, em razão de só ocorrer como resposta a uma contingência.⁸⁵ Ambas variações

da presente tese. A teoria do *path dependence* surgiu na literatura econômica e foi posteriormente adotada por diversos ramos do conhecimento. LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. **Path dependence**. I, p. 982.

⁸¹ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 136.

⁸² GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**. Milano: 1913.

⁸³ Ver HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 136, nota de rodapé 143, onde a autora refere aos artigos de CLARK, Robert Charles. The interdisciplinary study of legal evolution: its nature and purposes. **Yale Law Journal**. v. 90, n. 5, 1238-1274, 1981; e CLARK, Robert Charles. The four stages of capitalism: reflections on investment management treatises. **Harvard Law Review**. v. 94, n. 3, 561-582, 1981.

⁸⁴ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 107 e 113-115.

⁸⁵ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 115-116.

da teoria evolutiva podem ser reconduzidas a uma mesma noção, segundo a qual os fatos atuais e futuros são condicionados pelas transformações evolutivas do passado.⁸⁶

Assim como a evolução das espécies, que pode conduzir a resultados não ótimos,⁸⁷ no direito, a evolução das instituições não conduz necessariamente a um resultado ótimo.⁸⁸ Ademais, a teoria do equilíbrio pontuado apresenta uma peculiaridade quando aplicada ao direito, consistente no fato de que o resultado de mudanças bruscas e rápidas no sistema jurídico não necessariamente estará adstrito a utilizar o quanto já existia até este momento, pois, nas transformações dos institutos jurídicos, há grande espaço para a atuação da vontade humana. Por essa razão, mesmo nos casos em que se abre uma janela de oportunidade para a transformação, é possível que ela seja perdida, de modo a que a ela haja um novo período de estabilidade, o que pode dificultar significativamente qualquer tentativa de modificação, até que uma nova janela de oportunidade se abra.⁸⁹ Entretanto, também em razão do espaço deixado para atuação da vontade humana na transformação dos institutos jurídicos, as janelas de oportunidade também podem ser criadas não apenas por contingências que escapam à atuação dos participantes do sistema, mas também pelos próprios participantes do sistema.⁹⁰

Este modelo da teoria do *path dependence* permite que se investigue qual o impacto que modificações ocorridas no sistema jurídico, como as recodificações do século XX, acarretaram na compreensão do tema da empresa.

Já o modelo da teoria do *path dependence* por incremento de ganhos deita raízes na ciência econômica e é relacionada àqueles casos em que um aumento na utilização de um mesmo insumo (*input*) conduz a um resultado (*output*) que excede a simples proporção no aumento de insumos,⁹¹ isto é, relaciona-se à noção de ganho marginal.⁹²

⁸⁶ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 107.

⁸⁷ Para ilustrar o argumento, Oona A. Hathaway recorre ao exemplo do estranho polegar do panda (*panda's thumb*), consistente em um sexto dedo que nasce fora do sesamóide radial, que permite ao panda alimentar-se de modo mais eficiente com brotos de bambu. HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 116.

⁸⁸ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 139.

⁸⁹ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 141.

⁹⁰ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 142.

⁹¹ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 106-107.

⁹² A literatura econômica recorre à teoria do *path dependence* por incremento de ganhos para

Em síntese, este modelo apresenta como rasgo comum o fato de que processos de mudança em que há incremento de ganhos tende a afunilar a cada etapa os resultados possíveis do processo, de modo que poderá ser descrito *ex ante* um resultado final de equilíbrio.

Há quatro principais razões para manifestar-se este modelo do condicionamento histórico: (a) um aumento na margem de ganho, decorrente da escala na utilização de insumos com custos fixos; (b) efeitos de aprendizagem, à medida que há uma redução de preços na proporção em que o produto torna-se mais comum; (c) efeitos de coordenação, que facilitam aos agentes adotar condutas similares às adotadas por terceiros; e (d) o reforço ou adaptação de expectativas, que aumentam as possibilidades de um agente agir de modo similar aos demais à medida em que aumenta a probabilidade de que o contexto será mantido.⁹³

Estas características reforçam-se reciprocamente, – isto é, há uma retro-alimentação positiva ou um auto-retorno positivo, – à medida que uma ação em determinada direção aumenta os ganhos, ou reduz os custos, de um processo econômico. Este tipo de processo, entretanto, não possibilita que o resultado seja pré-determinado. Um exemplo de como funciona este modelo de condicionamento histórico consiste no “Processo da urna de Polya”,⁹⁴ em que são colocadas duas bolas em uma urna, uma das quais branca e a outra vermelha. Um agente retira, aleatoriamente, – por estar com os olhos vendados, por exemplo, – uma bola da urna e deverá devolvê-la à urna juntamente com outra bola da mesma cor. Neste processo, não há como determinar-se *ex ante* a quantidade de bolas de cada cor ao final do experimento, apenas é sabido que o resultado final será fortemente influenciado pelas primeiras rodadas do experimento.⁹⁵ Com efeito, “[a]ssim como o resultado do processo da urna de Polya é altamente dependente das rodadas iniciais, o resultado final de um mercado

explicar diversas falhas aparentes da teoria econômica. Conforme observa Oona Hathaway, “[s]cholars have used increasing returns path dependence to explain a wide array of other apparent failures of standard economic theory.” HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 112. Nesta literatura, destaca-se o trabalho de Douglass North, que investigou o processo de evolução e modificação de instituições com base no modelo de incremento de ganhos. O mesmo modelo também é utilizado para explicar a evolução de processos políticos. HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 113.

⁹³ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 109.

⁹⁴ O termo é devido ao matemático George Polya, que desenvolveu a teoria. HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 109, nota de rodapé 29.

⁹⁵ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 109-110.

que apresenta a característica do aumento de ganhos é altamente dependente de eventos iniciais.⁹⁶

O modelo do aumento de ganhos pode causar um travamento (*lock-in*) ou inflexibilidade, no sentido de que eventos mais recentes tendem a exercer pouca influência no resultado final em um mercado ou, conforme o exemplo da urna de Polya, na razão final entre as bolas depositadas na urna.⁹⁷ Assim, por exemplo, à medida que um maior número de pessoas opta por utilizar determinado processador de textos em seu computador, aumenta a probabilidade de outras pessoas realizarem a mesma opção, mesmo se desenvolva posteriormente um processador de textos que seja tecnologicamente superior.

Assim como eventos mais recentes exercem pouca influência no resultado de um mercado, o modelo de aumento de ganhos conduz à não-ergodicidade (*nonergodicity*), isto é, conduz a uma grande influência de pequenos eventos mais antigos no resultado final de um mercado.⁹⁸

Este rasgo conduz à última característica do condicionamento pelo aumento de ganhos, consistente no reforço de expectativas. De acordo com esta características, utilizando-se o exemplo do teclado Qwerty,⁹⁹ as empresas tendiam a utilizar teclados deste tipo desejavam contratar pessoas que estavam a ele adaptadas. Já aqueles que queriam ser contratados por empresas, tendiam a saber utilizar este tipo de teclado, conduzindo às empresas a adquirir máquinas que o adotassem. Esta característica do condicionamento por aumento de ganhos também pode conduzir a uma situação de travamento.¹⁰⁰

⁹⁶ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 109-110, tradução livre.

⁹⁷ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 110.

⁹⁸ Um conhecido exemplo desse efeito é a utilização de teclados do tipo Qwerty, – sigla que remete às seis primeiras letras da parte superior esquerda de um teclado, – que passou a ser utilizado a partir da década de 1890 com razão do advento da máquina de escrever que utilizava esta disposição de teclas. Embora tenham sido posteriormente desenvolvidos teclados com outras disposições mais eficientes para a datilografia, as pessoas já estavam acostumadas a utilizar o modelo Qwerty, que passou a ocupar a posição dominante no mercado. Desse modo, mesmo que este modelo de teclado comprovadamente não seja o mais eficiente para a digitação, continua-se a utilizá-lo. Isto é, chegou-se a uma situação de travamento, decorrente de um pequeno fato pretérito, que condiciona fortemente a tecnologia atual. HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 110-111.

⁹⁹ Ver nota de rodapé acima.

¹⁰⁰ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 111-112.

A utilização deste modelo de condicionamento histórico ao direito permite explicar porque os juristas tendem a reproduzir o quanto já foi estabelecido acerca de instituições ou teorias em momentos passados, tendo em vista que esta opção diminui o esforço argumentativo e, portanto, gera maior ganho. Isso ocorre mesmo que estas instituições ou teorias não sejam, necessariamente, ótimas.¹⁰¹ Nesse sentido, a cada vez que uma teoria é utilizada, reforça-se a possibilidade de que outros juristas venham a utilizá-la novamente.¹⁰²

A utilização repetida de uma mesma teoria tende a reduzir custos relacionados à curva de aprendizado.¹⁰³ Ademais, também conduz a um reforço de expectativas, à medida que um jurista tende a utilizar uma teoria que, segundo espera, já é aceita pelos demais juristas; e a comunidade de juristas, que tende a ter argumentos mais fortes para manter uma determinada linha de desenvolvimento, espera que novos trabalhos venham a reforçar estes mesmos argumentos.¹⁰⁴

Uma situação de travamento causada por alguma das variações do modelo de aumento de ganhos, entretanto, pode conduzir a ineficiências, no sentido de que pode haver uma grande transformação no contexto externo, de modo que aquilo que, no passado, era uma teoria adequada para disciplinar uma dada realidade, não obtém disciplinar a realidade presente.¹⁰⁵ Esta ineficiência, entretanto, pode ser mantida em razão do reforço de expectativas.¹⁰⁶

A partir da teoria do *path dependence* serão investigados dois aspectos específicos da teoria da empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo.

Em primeiro lugar, tendo em vista que se optou por investigar a elaboração do conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico econômico, cumpre identificar-se qual a

¹⁰¹ Em sentido análogo, embora tratando da teoria da *stare decisis*, ver HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 126.

¹⁰² HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 128.

¹⁰³ HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 128.

¹⁰⁴ Em sentido análogo, mas em relação à litigiosidade no sistema de precedentes, ver HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 128.

¹⁰⁵ Nesse sentido, embora tratando do sistema da *common law*, ver HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 131.

¹⁰⁶ Um exemplo análogo de manutenção de um resultado ineficiente consiste naquele referente ao teclado Qwerty. HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, p. 132.

finalidade normativa que preponderantemente orienta a doutrina comercialista quando do enfrentamento do tema. Aqui recorre-se expressamente ao Funcionalismo Jurídico de Tullio Ascarelli, de acordo com a qual a elaboração de conceitos jurídicos, mesmo a partir de conceitos encontrados noutras ciências, deve ser realizada tendo em vista uma finalidade normativa.¹⁰⁷

Com efeito, na Seção 1 da presente tese (*O desenvolvimento do tema da empresa entre a finalidade normativa histórica e a descrição econômica do instituto*), composta pela Seção 1.1 (*A finalidade normativa histórica da empresa*) e pela Seção 1.2 (*A estrutura econômica da empresa na literatura jurídico-comercial*), serão enfrentados os seguintes problemas hipotéticos específicos:

Na Seção 1.1, apresenta-se o seguinte problema específico:

Primeiro problema específico: A finalidade normativa que preponderantemente orienta a elaboração do conceito de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo é distinta ou igual àquela que se lhe atribuía em etapas passadas do direito comercial?

Para o enfrentamento deste problema, adota-se a seguinte hipótese específica de trabalho:

Primeira hipótese explicativa: Tendo em vista que a noção jurídica de empresa surgiu no âmbito legislativo e doutrinário do direito comercial para desempenhar a finalidade normativa de delimitar o seu âmbito de aplicação em contraposição ao direito civil, sustenta-se a hipótese de que prepondera na doutrina comercialista brasileira contemporânea a mesma finalidade normativa que se lhe atribuía em etapas passadas do desenvolvimento do direito comercial.

Ademais, tendo em vista que se optou por investigar o tema da empresa a partir do dado teórico econômico, cumpre investigar-se qual a *estrutura* econômica encontrada no conceito econômico de empresa que será utilizada pela literatura jurídica para desempenhar a finalidade normativa de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial. Desse modo,

¹⁰⁷ Nesse sentido, ver ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, 5-6, 157-184, 1954, p. 167-168; e ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, n. 7-8, 301-315, 1956, p. 308, nota de rodapé 8. Destacando esta característica no Funcionalismo Jurídico elaborado por Tullio Ascarelli, ver AULETTA, Giuseppe G. Tullio Ascarelli. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, 5-6, 179-191, 1970, p. 187; REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. **Revista de Direito Mercantil**, 38, 75-85, 1980, p. 78.

apresenta-se o seguinte problema específico, a ser respondido na Seção 1.2 (*A estrutura econômica da empresa na literatura jurídico-comercial*):

Segundo problema específico: O conceito econômico de empresa formulado pela literatura jurídico-comercial brasileira contemporânea está em situação de *path dependence* em relação ao conceito econômico de empresa formulado em etapas passadas do direito comercial?

Para enfrentar o tema, adota-se a seguinte hipótese específica de trabalho:

Segunda hipótese explicativa: Tendo em vista que ainda há dificuldade em se elaborar um conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico econômico, sustenta-se a hipótese de que o conceito econômico de empresa utilizado no direito comercial contemporâneo é estruturalmente idêntico àquele utilizado em etapas passadas do desenvolvimento do direito comercial brasileiro.

Tanto a identidade da finalidade normativa atribuída à empresa ao longo dos tempos, como a identidade estrutural do conceito econômico de empresa formulado pelos juristas, são mantidas por razões de *path dependence* e, assim como no passado, atualmente não se obtém elaborar um conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico econômico. Isto é, sustenta-se a hipótese de que se está em uma situação de *lock-in* em *path dependence* no que respeita à elaboração do conceito econômico de empresa.

Uma vez identificadas a *finalidade normativa* preponderantemente atribuída à empresa (qual seja qualificar o sujeito destinatário das normas comerciais para, assim, delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial) e a *estrutura econômica* encontrada no conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas, cumpre verificar-se se esta *estrutura econômica* é capaz de ser vertida para uma *estrutura jurídica*, de modo a desempenhar aquela *finalidade normativa*. Esta investigação será conduzida na Seção 2 (*A inadequação do conceito econômico à estrutura jurídica quando orientada pela finalidade normativa histórica*). Esta Seção é composta pela Seção 2.1 (*Estratégias de apropriação jurídica do conceito econômico de empresa*) e pela Seção 2.2 (*A incongruência entre o conceito econômico e a finalidade normativa histórica da empresa*).

Nestas seções, serão enfrentados os seguintes problemas específicos:

Terceiro problema específico: De que modo as estratégias adotadas pelo direito para lidar com o conceito econômico de empresa contribuem para o *path dependence* no enfrentamento do tema da empresa?

A orientar o enfrentamento deste problema, adota-se a seguinte hipótese:

Terceira hipótese explicativa: Há duas estratégias utilizadas pelos juristas para lidar com o conceito econômico de empresa. A primeira consiste em transpor o conceito econômico para o direito. A segunda consiste em adaptar o conceito econômico para categorias jurídicas. Conquanto estas duas estratégias possuam claras diferenças, estas diferenças ocultam uma forte semelhança, consistente em manejar o conceito econômico a partir da finalidade normativa histórica.

A verificação deste *path dependence* pressupõe, em primeiro lugar, identificar, na primeira estratégia de enfrentamento do tema, a finalidade normativa histórica da empresa, consistente em integrar a *fattispecie* de comerciante de modo a, assim, delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial. Em segundo lugar, cumpre identificar na teoria dos perfis da empresa as distintas finalidades normativas que orientam a adaptação do fenômeno econômico a categorias jurídicas. Uma vez identificadas estas finalidades normativas, cumpre investigar-se a importância que a elas se atribui, de modo a, assim, verificar se há *path dependence* nesta teoria, consistente em atribuir maior importância à finalidade normativa histórica e, por conseguinte, atribuir um papel de predominância do perfil subjetivo da empresa em relação aos demais perfis.

Uma vez identificada a predominância do perfil subjetivo da empresa em razão de um *path dependence* nas estratégias jurídicas para lidar com o conceito econômico de empresa, cumpre verificar-se a adequação deste conceito com a função normativa histórica.

Com efeito, apresenta-se o seguinte problema específico a ser enfrentado nesta tese:

Quarto problema específico: O conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas é adequado a integrar o conceito jurídico de empresário, para delimitar-se o âmbito de aplicação do direito comercial?

Para enfrentar-se este problema, adota-se a seguinte hipótese específica de trabalho:

Quarta hipótese específica: O conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas não guarda congruência com o conceito jurídico de empresário e, portanto, não é relevante para delimitar-se o âmbito de aplicação do direito comercial pela qualificação de um sujeito.

Esta hipótese é elaborada com base no trabalho de Mário Ghidini,¹⁰⁸ que questionou a relevância do conceito econômico de empresa para elaborar-se o conceito de empresário no direito italiano. O teste da hipótese demanda que sejam cotejados, um a um, os característicos econômicos do conceito de empresa com os característicos jurídicos do conceito de empresário.

Na Parte I desta tese, importa verificar como se dão as relações entre o conceito econômico de empresa *tal qual elaborado pelos juristas* e as *finalidades normativas* que orientam a doutrina comercialista na elaboração do conceito de empresa. Por esta razão, não são realizadas incursões na literatura econômica. Ademais, considerando que o objeto desta tese circunscreve-se ao conceito de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo, circunscreve-se igualmente a investigação ao conjunto de manifestações da doutrina comercialista e da legislação brasileiras posteriores à apresentação do Projeto de Código Civil em 1975,¹⁰⁹ que se refiram à teoria da empresa, tal qual recentemente positivada no Código Civil. As incursões na literatura anterior a este período, bem como na literatura estrangeira, somente são realizadas à medida que exerçam influência sobre a doutrina comercialista contemporânea, de modo a verificar se há *lock-in* em *path dependence* no enfrentamento do tema da empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo. Pela mesma razão, justifica-se porque não será conduzida investigação que leve em conta manifestações doutrinárias e legislativas pertinentes a outros ramos do direito, como, por exemplo, o direito do trabalho, do consumidor e concorrencial.

A Parte II desta tese (*Elaboração de um conceito jurídico de empresa a partir da sua funcionalização às exigências econômicas*) é desenvolvida para enfrentar problemas relativos à elaboração, a partir do dado teórico econômico, de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável no direito comercial brasileiro contemporâneo. Com efeito, apresenta-se como o problema geral de pesquisa o seguinte:

Segundo problema geral de pesquisa: É possível elaborar, a partir do dado teórico econômico um conceito de empresa que seja juridicamente relevante e operacionalizável, no direito comercial brasileiro contemporâneo?

¹⁰⁸ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**. Milano: 1950.

¹⁰⁹ O Projeto de Lei n. 634 foi publicado no Diário do Congresso Nacional, Suplemento (B), de 13 de junho de 1975, disciplinava, em seu Livro II, a Atividade Negocial, adotando a teoria da empresa encontrada no modelo legislativo do Código Civil italiano. O Anteprojeto de Código Civil foi apresentado ao presidente da República em 1973, como resultado dos trabalhos da Comissão de Juristas presidida por Miguel Reale e tendo Sylvio Marcondes por responsável pela elaboração do Livro II.

Para o enfrentamento deste problema, adota-se a seguinte hipótese explicativa:

Segunda hipótese geral: Ante os desenvolvimentos teóricos da análise econômica do direito, a aprofundar o diálogo interdisciplinar entre direito e economia, sustenta-se que é possível elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável no direito comercial brasileiro contemporâneo.

Em se tratando do tema da empresa, a complexidade do objeto impõe necessariamente o seu enfrentamento a partir de uma perspectiva interdisciplinar,¹¹⁰ ¹¹¹ por ser impossível compreendê-lo a partir de um único ponto de vista.¹¹² Com efeito, um diálogo interdisciplinar envolve a cooperação de diversas disciplinas para a compreensão de um mesmo objeto,¹¹³ mediante a transposição de conceitos, a integração terminológica, o compartilhamento de problemas e objetivos capazes de atingir uma síntese comum.¹¹⁴

O propósito inicial desta análise interdisciplinar consiste primeiramente em (a) identificar e descrever o paradigma econômico atualmente utilizado pelos juristas brasileiros para elaborar o conceito de empresa e, também, (b) identificar novos paradigmas econômicos capazes de fornecer novas bases teóricas (estruturais e funcionais) a partir das quais se pode empreender a tarefa de elaborar um conceito jurídico de empresa juridicamente relevante e operacionalizável no direito brasileiro. Esta investigação será conduzida na Seção 3 da presente tese (*Estruturas e funções econômicas da empresa*).

Com efeito, apresenta-se como problema específico da presente tese, a ser enfrentado na Seção 3.1 (*Ilhas de poder consciente: a empresa neoclássica como função de produção*), o seguinte:

¹¹⁰ BAUDRY, Bernard; CHASSAGNON, Virgile. The close relation between organization theory and Oliver Williamson's transaction cost economics: a theory of the firm perspective. **Journal of Institutional Economics**. v. 6, n. 4, 477-503, 2010, p. 477.

¹¹¹ Ante a pluralidade semântica da expressão interdisciplinaridade e às expressões correlatas multidisciplinaridade e transdisciplinaridade, adota-se, aqui, a expressão no sentido indicado neste parágrafo.

¹¹² A complexidade do objeto é identificada como uma das razões a justificar a interdisciplinaridade. POMBO, Olga; LEVY, Teresa; GUIMARÃES, Henrique. **A interdisciplinaridade: reflexão e experiência**. Lisboa: 1993, p. 10.

¹¹³ Conforme observa Williamson, “[m]ultidisciplinary, however, is different from interdisciplinary, [...] the latter aspires to a genuine integration of two or more disciplinary perspectives.” WILLIAMSON, Oliver E. Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective. In: CARROL, Glenn R., TEECE, David J. (Org.). **Firms, markets and hierarchies: the transaction cost economics perspective**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 197-234, p. 204.

¹¹⁴ POMBO, Olga; LEVY, Teresa; GUIMARÃES, Henrique. **A interdisciplinaridade: reflexão e experiência**, p. 13.

Quinto problema específico: O conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas corresponde a qual paradigma econômico?

A este problema corresponde a seguinte hipótese específica:

Quinta hipótese explicativa: O conceito econômico de empresa adotado pela literatura jurídica corresponde àquele elaborado de acordo com o paradigma econômico preponderante nos últimos cem anos.

Por constituir a escola preponderante do pensamento econômico no século XX, importa investigar as características da economia neoclássica, sob a ressalva de que esta investigação é apenas instrumental aos objetivos do presente trabalho.

Assumindo-se como hipótese de trabalho que é o conceito econômico neoclássico de empresa que influencia os juristas na elaboração do conceito jurídico de empresa, e que até o momento os juristas não lograram elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável, importa identificar as características da firma neoclássica de modo a verificar as possíveis razões pelas quais a elaboração de um conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico neoclássico não obteve sucesso. Com efeito, a descrição das pressuposições da economia neoclássica é realizada com o objetivo de (a) evidenciar a sua preponderância no pensamento econômico do século XX, notadamente no que interessa ao tema da firma; (b) descrever, em traços gerais, a *estrutura* econômica da firma (isto é, os elementos econômicos contidos no conceito econômico neoclássico da firma); e (c) identificar, em traços gerais, a *função econômica* desempenhada pela firma na teoria econômica neoclássica. Por esta razão, a literatura utilizada para descrever-lhe os contornos é principalmente aquela encontrada em trabalhos de economistas que endereçaram críticas aos seus pressupostos, a exemplo de Ronald Harry Coase¹¹⁵ e Oliver Eaton Williamson,¹¹⁶ que foram amplamente reconhecidos pela comunidade econômica por terem sido agraciados com o prêmio Nobel de economia. As críticas endereçadas à economia neoclássica são elaboradas

¹¹⁵ Ronald Harry Coase foi condecorado com o prêmio Nobel de economia no ano de 1991 pela sua contribuição para o desenvolvimento da teoria da firma e da teoria dos custos de transação. Nobelprize.org. **Ronald H. Coase - autobiography**. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/coase-autobio.html> Acesso em: 6 Sep 2011.

¹¹⁶ O desenvolvimento da economia dos custos de transação rendeu a Oliver Williamson o prêmio Nobel de economia, que lhe foi outorgado no ano de 2009 por sua contribuição à análise de estruturas de governança, notadamente à investigação das fronteiras entre firmas e mercados. Nobelprize.org. **Oliver E. Williamson - autobiography**. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson.html> Acesso em: 6 Sep 2011.

de modo a enfatizar as suas limitações (as quais, portanto, são descritas com contornos mais fortes). Da mesma maneira, as referências aos economistas clássicos somente são realizadas a partir do filtro da literatura econômica que critica as pressuposições neoclássicas da firma. Com isto, quer-se afirmar que esta tese não se ocupa da evolução do pensamento econômico, nem de análise econométrica ou microeconômica da firma.

Tendo em vista que se trabalha com a hipótese de que a elaboração do conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico econômico fornecido pela economia neoclássica não possibilitou fosse elaborado um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável, apresentam-se as seguintes alternativas de desenvolvimento desta tese.

A primeira delas, que desde já é rechaçada, consiste em abrir-se mão da estratégia de elaborar o conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico econômico. Esta alternativa, a que recorre parte substancial da doutrina,¹¹⁷ conduz necessariamente à elaboração do conceito de empresa a partir do dado teórico jurídico ou legislativo, restando pouca ou nenhuma importância ao dado teórico econômico. No entanto, tendo em vista que o objeto desta tese consiste na investigação acerca da possibilidade de elaboração de um conceito jurídico a partir do dado teórico econômico, impõe-se necessariamente o enfrentamento do tema mediante o aprofundamento da investigação econômica, com o objetivo de buscar na ciência econômica dados teóricos capazes de contribuir para a elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável.

Com efeito, apresenta-se como problema específico, a ser enfrentado na Seção 3.2 (*Abrindo a caixa preta: as funções econômicas da empresa para a Nova Economia Institucional*), o seguinte:

Sexto problema específico: A economia é capaz de fornecer novos paradigmas, distintos do paradigma neoclássico, capazes de auxiliar os juristas na elaboração do conceito de empresa?

A este problema corresponde a seguinte hipótese específica:

Sexta hipótese explicativa: A ciência econômica desenvolveu, nos últimos quarenta anos, um novo paradigma capaz de auxiliar o jurista na elaboração de um conceito de empresa

¹¹⁷

Por todos, ver PANUCCIO, Vincenzo. *Impresa (dir. priv.)*. XX, *passim*; e ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, *passim*.

juridicamente relevante e operacionalizável. Este paradigma está sendo elaborado pela Nova Economia Institucional.¹¹⁸

A formulação desta hipótese é devida ao fato de que, há pouco mais de dez anos, ganhou corpo no Brasil o movimento de análise econômica do direito,¹¹⁹ inclusive no que diz respeito ao desenvolvimento da teoria jurídica da empresa.¹²⁰

O paradigma da Nova Economia Institucional, elaborado a partir de críticas à economia neoclássica, põe em evidência a importância das instituições jurídicas para a compreensão de fenômenos econômicos e, portanto, pode auxiliar na tarefa de elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável.

Por serem ainda muito recentes, as abordagens neoinstitucionalistas ainda não possuem uma denominação específica que encontre consenso entre os economistas.¹²¹ No

¹¹⁸ Tendo em vista a dificuldade em se elaborar um adjetivo referente a esta escola, e para evitar recorrer-se excessivamente ao genitivo (v.g., escola *da* Nova Economia Institucional), adota-se aqui a terminologia utilizada por Bruno Salama, que refere à escola *neo-institucionalista*, – expressão que passou a ser grafada *neoinstitucionalista* em razão do novo acordo ortográfico. Neste sentido, registra Bruno Salama que “[a] Teoria Neo-Institucionalista desenvolveu-se principalmente a partir das obras de Oliver Williamson e Douglass North, e emprega a ciência econômica para analisar as normas e regras sociais que sustentam a atividade econômica. Ela é chamada de “neo” (ou seja, nova) para destacar a oposição às teorias institucionalistas antigas, especialmente as de John R. Commons e Thorstein Veblen.” SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**. v. 5, n. 2, 1-59, 2008, p. 49, nota de fim de texto 45.

¹¹⁹ Para um panorama da análise econômica do direito no Brasil, ver a apresentação elaborada por Giacomio Balbinotto, Eugênio Battesini e Luciano Timm (O movimento de Direito e Economia no Brasil, p. 17-21) à tradução da obra COOTER, Robert; ULEN, Thomas S. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: 2010. Dentre as publicações sobre direito e economia no Brasil, incluem-se, por exemplo, PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: 2005; ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005; TIMM, Luciano Benetti **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thompson. 2005; SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia?; PORTO, Antônio José Maristrello. The legal and financial system link: a case study from Brazil. **Journal of Legal Technology Risk Management**. v. 4, 40-55, 2009; BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: 2011; e TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas. 2012.

¹²⁰ Neste sentido, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: 1998, p. 31-33; SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresarial e mercados**; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. v. I. São Paulo: 2004, p. 157-162; CAVALLI, Cássio. Reflexões sobre direito e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 85-95 e SPINELLI, Luís Felipe. A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito. **Revista de Direito Mercantil**. v. 146, 165-187, 2007.

¹²¹ Thráinn Eggerston, ao contrastar as correntes econômicas neoinstitucionalistas com a economia neoclássica, afirmou que “[t]his line of inquiry has no generally accepted name,

entanto, estas abordagens possuem como núcleos fundamentais a importância emprestada às instituições, aos custos de transação e à proteção aos direitos de propriedade.¹²²

Não constitui objeto desta tese realizar uma investigação acerca da evolução do pensamento econômico institucionalista e as suas interfaces com o direito.¹²³ Por esta razão, elegem-se aqui as teorias desenvolvidas pelo trabalho de Ronald Coase;¹²⁴ Oliver Williamson;¹²⁵ Oliver Hart, Sanford Grossman, John Moore;¹²⁶ Armen A. Alchian, Harold

although such labels as the Property Rights School, Transaction Costs Economics, the New Economic History, the New Industrial Organization, the New Comparative Economic Systems, or Law and Economics are often used to refer to various contributions in this area.” EGGERTSSON, Thráinn. **Economic behaviour and institutions**. Cambridge: 1990, p. 6. Distinguindo as escolas da Economia Neoinstitucional e da Nova Economia Institucional com base na diferente concepção de instituição, ver CONCEIÇÃO, Octavio Augusto C. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? **Análise Econômica**. 18, 33, 25-45, 2000.

¹²² Para uma síntese das características da Nova Economia Institucional, ver MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**. New Jersey: 2006, p. 241-283.

¹²³ Para uma investigação sobre o tema, dando ênfase ao instituto da responsabilidade civil, ver BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**, p. 25-97; e BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomo. A história do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>> Acesso em: , *passim*.

¹²⁴ Em especial COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica**. v. 4, 386-405, 1937.

¹²⁵ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations. **The American Economic Review**. 61, 2, 112-123, 1971; WILLIAMSON, Oliver E. Dominant firms and the monopoly problem: market failure considerations. **Harvard Law Review**. 85, 8, 1512-1531, 1972; WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations. **The American Economic Review**. 63, 2, 316-325, 1973; WILLIAMSON, Oliver E. The economics of antitrust: transaction cost considerations. **University of Pennsylvania Law Review**. 122, 6, 1439-1496, 1974; WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**. 22, 2, 233-261, 1979; WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach. **The American Journal of Sociology**. v. 87, n. 3, 548-577, 1981; WILLIAMSON, Oliver E. The modern corporation: origins, evolution, attributes. **Journal of Economic Literature**. 19, 4, 1537-1568, 1981; WILLIAMSON, Oliver E. Credible commitments: using hostages to support exchange. **The American Economic Review**. 73, 4, 519-540, 1983; WILLIAMSON, Oliver E. Corporate governance. **The Yale Law Journal**. 93, 7, 1197-1230, 1984; WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: 1985; WILLIAMSON, Oliver E. Corporate finance and corporate governance. **The Journal of Finance**. 43, 3, 567-591, 1988; WILLIAMSON, Oliver E. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**. 36, 2, 269-296, 1991; WILLIAMSON, Oliver E. Economic institutions: spontaneous and intentional governance. **Journal of Law, Economics, & Organization**. 7, 159-187, 1991; WILLIAMSON, Oliver E. Visible and invisible governance. **The American Economic Review**. 84, 2, 323-326, 1994; WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. New York: 1996; WILLIAMSON, Oliver E. The new institutional economics: taking stock, looking ahead. **Journal of Economic Literature**. v. XXXVIII, 595-613, 2000.

Demsetz,¹²⁷ William H. Meckling e Michael C. Jensen.¹²⁸ Ademais, a investigação das características da Nova Economia Institucional também é apenas instrumental aos objetivos do presente trabalho.

Estas teorias possuem em comum o fato de terem sido desenvolvidas a partir do *insight* de Ronald Coase de que os mercados não constituem mecanismos perfeitos de formação de preço, pois a sua utilização envolve custos.¹²⁹ Vale dizer, as transações em mercados envolvem custos. Estes custos são diretamente relacionados e podem ser evitados mediante a utilização de diferentes instituições jurídicas. Neste sentido, as teorias desenvolvidas a partir do trabalho de Ronald Coase assumem que as instituições jurídicas

¹²⁶ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**. Oxford: 1995; GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. **The Journal of Political Economy**. 94, 4, 691-719, 1986; HART, Oliver D. Incomplete contracts and the theory of the firm. **Journal of Law, Economics & Organization**. v. 4, n. 1, 119-139, 1988; HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm. **Columbia Law Review**. v. 89, n. 7, 1757-1774, 1989; HART, Oliver D.; MOORE, John. Property rights and the nature of the firm. **The Journal of Political Economy**. v. 98, n. 6, 1119-1158, 1990; HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**.

¹²⁷ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. **The American Economic Review**. v. 62, n. 5, 777-795, 1972; DEMSETZ, Harold. The theory of the firm revisited. **Journal of Law, Economics, & Organization**. 4, 1, 141-161, 1988; DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**. Cambridge: 1997.

¹²⁸ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In: Jensen, Michael C. (Org.). **A theory of the firm**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 83-135.

¹²⁹ É consenso que o estudo seminal de Ronald Coase deu origem às abordagens neoinstitucionalistas da firma. Nesse sentido, ver, por exemplo, WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach, p. 550; HART, Oliver D.; MOORE, John. Property rights and the nature of the firm, p. 1120; HART, Oliver D. Incomplete contracts and the theory of the firm, p. 119; FOSS, Nicolai J.; LANDO, Henrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. In: Bouckaert, Boudewijn, Geest, Gerrit De. Encyclopedia of law and economics: Edward Elgar, v. III, 2000, p. 631-658, p. 632; ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 269; ARMOUR, J.; WHINCOP, M. J. The proprietary foundations of corporate law. **Oxford Journal of Legal Studies**. v. 27, n. 3, 429-465, 2007, p. 432; ARMOUR, John; WHINCOP, Michael J. An economic analysis of shared property in partnership and close corporations law. **Journal of Corporation Law**. v. 26, 983-1000, 2000, p. 987; MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic theories of the firm: past, present, and future, p. 445; ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics. **Journal of Corporate Law**. v. 18, 301-331, 1993, p. 301-302; KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. **Journal of Law and Economics**. v. 21, 2, 297-326, 1978, p. 297; McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered. **History of political economy**. v. 16, n. 2, 233-253, 1984, p. 245; e LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret. Vertical integration and firm boundaries: the evidence. **Journal of Economic Literature**. v. 45, n. 3, 629-685, 2007, p. 629.

importam para a explicação do fenômeno econômico da firma. O *insight* de Ronald Coase acerca dos custos de transação contribuiu fortemente para que se lhe atribuisse o prêmio Nobel de economia.¹³⁰

Os trabalhos de Ronald Coase, Oliver Williamson, Oliver Hart, Armen A. Alchian, Harold Demsetz, William H. Meckling e Michael C. Jensen não são facilmente agrupáveis em uma única linha de desenvolvimento da teoria econômica da firma que se interesse por instituições jurídicas,¹³¹ embora se perceba uma convergência em direção a uma teoria unificada da firma.¹³² Estes trabalhos, no entanto, foram escolhidos por conta do impacto que tiveram no (a) desenvolvimento da análise econômica da firma; (b) no movimento da análise econômica do direito; e (c) nas investigações sobre os mecanismos jurídicos das organizações, notadamente no *corporate law* norte-americano.

Até o desenvolvimento destas linhas de investigação, a economia não possuía uma teoria da firma, mas uma teoria de mercados em que a firma era um importante participante.¹³³ Esta constitui uma importante justificativa para buscar-se nestas teorias elementos *estruturais* e *funcionais* capazes de servir como o dado teórico econômico na elaboração do conceito jurídico de empresa.

No entanto, ante o grande volume da literatura acerca do tema e a pluralidade de linhas de desenvolvimento, cumpre justificar o critério de escolha das teorias eleitas para orientar elaboração desta tese.

Não constitui objeto desta tese realizar uma investigação omnicomprensiva acerca da evolução do pensamento da análise econômica do direito. A investigação das características da análise econômica do direito é apenas instrumental aos objetivos do presente trabalho.

¹³⁰ Neste sentido, apenas ilustrativamente, ver JOHNSTON, Jason Scott. The influence of the nature of the firm on the theory of corporate law. **Journal of Corporation Law**. v. 18, 213-244, 1993, p. 235.

¹³¹ A terminologia empregada nas diversas abordagens do tema derivadas da teoria de Coase não é necessariamente coincidente, de modo que há dificuldade em compará-las e, também, verificar os pontos de dissensão entre uma e outra. Assim, “[t]his lack of consensus leaves room for further interpretation, although in the area of transaction costs the lack of a standardized terminology makes it difficult to tell where the disagreements lie.” CHEUNG, Steven N. S. The contractual nature of the firm. **Journal of Law and Economics**. 26, 1, 1-21, 1983, p. nota de rodapé 4.

¹³² HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1774; FOSS, Nicolai J.; LANDO, Henrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 634.

¹³³ Por todos, ver FOSS, Nicolai J.; LANDO, Henrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 632; e HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1757.

Seguindo a orientação proposta por Oliver Williamson, distinguem-se aqui os movimentos teóricos da Economia dos Custos de Transação (*Transaction Costs Economics*) e da análise econômica do direito (*Economic Analysis of Law* ou, se se preferir, *Law and Economics*).¹³⁴ Ambas as ramificações possuem aspectos comuns, a começar por terem sido originadas a partir do trabalho de Ronald Coase.¹³⁵ A relevância do trabalho de Ronald Coase na aproximação entre direito e economia é tamanha, que George Stigler refere-se ao direito e à economia *a.C.*, isto é, antes de Coase, e *d.C.*, depois de Coase.¹³⁶

Entretanto, estas ramificações possuem características contrastantes. De acordo com a orientação proposta por Oliver Williamson e aqui seguida, de um lado, o movimento do *Law and Economics* estabelece uma relação de uma só via entre economia e direito, com fortes traços normativos em que a economia prepondera sobre o direito, por conta da utilização da metodologia econômica neoclássica (notadamente microeconômica¹³⁷) para explicar o fenômeno jurídico;¹³⁸ de outro lado, a Economia dos Custos de Transação¹³⁹ é voltada a compreender as relações entre direito, economia e organizações (*law, economics and organization*),¹⁴⁰ de maneira mais positiva (isto é, descritiva). Neste sentido, enquanto que a análise econômica do direito afirma ‘este deve ser o direito’, a Economia dos Custos de Transação questiona ‘o que está a ocorrer?’.¹⁴¹ Vale dizer, a Economia dos Custos de Transação entende que se deve estudar “o direito tal qual ele é.”¹⁴²

¹³⁴ A diferença não elimina certos traços similares que compartilham, como a inspiração pelos trabalhos de Ronald Coase e terem se desenvolvido a partir da década de 1970. WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 199.

¹³⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 198.

¹³⁶ STIGLER, George J. Law or economics? **Journal of Law and Economics**. v. 35, n. 2, 455-468, 1992, p. 456.

¹³⁷ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 199.

¹³⁸ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. New York: 2007, p. 24 e ss.; DÍAZ, José Ramón Cossío. **Derecho y análisis económico**. México, D.F.: 1997, p. 225.

¹³⁹ WILLIAMSON, Oliver E. The new institutional economics: taking stock, looking ahead, p. 598-599; WILLIAMSON, Oliver E. Por que direito, economia e organizações? In: Zylbersztajn, Decio, Sztajn, Rachel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 16-59, p. 42 e ss.

¹⁴⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **Por que direito, economia e organizações?**, no original WILLIAMSON, Oliver E. Why law, economics, and organization? **Annual Review Law and Social Science**. v. 1, 369-396, 2005.

¹⁴¹ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 199.

¹⁴² WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 198, tradução livre.

Por esta razão, esta tese se ocupará de dialogar com a *Nova Economia Institucional* (NEI), também designada pela expressão *Direito, Economia e Organizações* (*Law, Economics and Organization*). Com efeito, esta tese não adotará a perspectiva que Oliver Williamson identifica com o movimento do *Law and Economics*. Com isto, justifica-se a razão pela qual esta tese não se ocupou de investigar os importantes trabalhos desenvolvidos pelas escolas lideradas por Richard Posner,¹⁴³ e por Robert Cooter e Thomas S. Ulen.¹⁴⁴ Pela mesma razão, justifica-se aqui a ausência de investigação dos fundamentos microeconômicos das instituições jurídicas.

Dentro da perspectiva adotada, que envolve a análise interdisciplinar do direito, da economia e da administração de empresas, optou-se por centrar a atenção no diálogo entre o direito e a economia. Os elementos provenientes da administração de empresas utilizados nesta tese são aqueles encontrados na literatura do *Law, Economics and Organization*, e não nas fontes primárias da administração de empresas.

É inequívoco que as investigações acerca da empresa baseadas nos trabalhos de Armen A. Alchian, Harold Demsetz, William H. Meckling e Michael C. Jensen dão origem a uma linha de análise da firma que contrasta claramente com aquela desenvolvida a partir do trabalho de Oliver Williamson. É que, de um lado, entendem incorreta a distinção entre contratos de empresa e contratos de mercado (questionando, portanto, a própria pertinência de se investigar as razões da integração vertical), e, de outro, identificam na firma o problema da coordenação do trabalho em equipe pela análise microeconômica de problemas de agência. Esta tese recorrerá a estas teorias da firma apenas na medida em que elas explicitam a *estrutura jurídica* da firma como um feixe de contratos que desempenha a *função econômica* de reduzir custos de agência, mas não se ocupará de investigar os aspectos microeconômicos dos problemas de agência e, portanto, também não investigará os desenvolvimentos do *law and finance*, voltados que são para analisar a estrutura de propriedade e os mecanismos de financiamento das empresas.¹⁴⁵ A razão pela qual estas teorias serão apresentadas consiste no

¹⁴³ Do autor, ver POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**.

¹⁴⁴ Dos autores, ver COOTER, Robert; ULEN, Thomas S. **Direito e economia**.

¹⁴⁵ Na linha de desenvolvimento da teoria proposta por Meckling e Jensen, encontram-se, por exemplo, os trabalhos de PORTA, Rafael La, et al. *Law and finance*. **Journal of Political Economy**. v. 106, n. 6, 1113-1155, 1998; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *A survey of corporate governance*. **The Journal of Finance**. v. 52, n. 2, 737-783, 1997 e PORTA, Rafael La, et al. *Legal determinants of external finance*. **The Journal of Finance**. v. 52, n. 3, 1131-1150, 1997; e MORCK, Randall; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *Management ownership and market valuation: an empirical analysis*. **Journal of Financial Economics**. v. 20, 293-315, 1988.

fato de que elas exerceram influência decisiva nos desenvolvimentos do direito societário norte-americano a partir da década de 1980, causando uma verdadeira revolução no *corporate law*.¹⁴⁶ Esta tese, no entanto, não tem por objeto específico a análise econômica do direito societário e de mecanismos de governança corporativa das sociedades por ações.

As investigações em torno da empresa como mecanismo de coordenação do trabalho em equipe pela redução de custos de agência serve para explicar diversas formas jurídicas de empresas, entendidas como feixes de contratos polarizados em um sujeito, a exemplo das cooperativas, as sociedades de profissionais liberais, as sociedades limitadas e as sociedades por ações de capital fechado e aberto.¹⁴⁷ No entanto, quando do cotejo entre as teorias econômicas da firma com as instituições do direito brasileiro contemporâneo tal qual ele é (*law in action*), serão eleitas apenas algumas destas *estruturas* jurídicas de modo a fornecer uma análise positiva (isto é, descritiva) de como as instituições podem desempenhar as *funções econômicas* de reduzir custos de transação e de agência.

O enfrentamento a partir de uma perspectiva genuinamente interdisciplinar pressupõe que, de um lado, se encontre na economia descrições da estrutura e das funções da firma capazes de fornecer uma alternativa ao modelo neoclássico, e, de outro lado, que se identifique no direito uma teoria capaz de incorporar e, assim, possibilitar a elaboração de um conceito jurídico de empresa relevante e operacionalizável a partir do dado teórico econômico. Esta investigação será conduzida na Seção 4 da presente tese (*Estrutura jurídica da empresa em função das necessidades econômicas*).

Com efeito, apresenta-se como problema específico da presente tese, a ser enfrentado na Seção 4.1 (*Bases da integração interdisciplinar para a elaboração de um conceito de empresa*), o seguinte:

¹⁴⁶ JOHNSTON, Jason Scott. The influence of the nature of the firm on the theory of corporate law, p. 213. A obra que sintetiza esta revolução no *corporate law*, incorporando expressamente as proposições de William H. Meckling e Michael C. Jensen, é EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. **The economic structure of corporate law**. Cambridge: 1991. Esta obra é a quadragésima quinta mais citada no direito norte-americano, conforme SHAPIRO, Fred R. The most cited legal books published since 1978. **The Journal of Legal Studies**. v. 29, n. S1, 397-405, 2000. Os artigos destes autores também figuram nas listas dos artigos mais citados do direito norte-americano. SHAPIRO, Fred R. The most cited law review articles revisited. **Chicago-Kent Law Review**. v. 71, 751-779, 1996.

¹⁴⁷ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 785-790; e MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 88.

Sétimo problema específico: De que modo e por meio da utilização de quais pressupostos teóricos jurídicos pode-se fornecer as bases teóricas para o diálogo interdisciplinar entre o direito e a Nova Economia Institucional?

Para o enfrentamento do problema, adota-se a seguinte hipótese específica:

Sétima hipótese explicativa: Os pressupostos teóricos jurídicos utilizados para a elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável devem viabilizar um verdadeiro diálogo interdisciplinar, de modo a operacionalizar juridicamente as funções econômicas da empresa. Neste sentido, entrevê-se na teoria do Funcionalismo Jurídico os pressupostos teóricos adequados a desempenhar este papel.

A mera identificação das funções econômicas da empresa não é suficiente para resolver-se o problema da elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável a partir do dado teórico econômico. Uma tarefa assim empreendida apenas substituiria a concepção econômica da empresa como função de produção pelas concepções econômicas da empresa como função de redução de custos de transação e de custos de agência. Esta substituição de funções econômicas da empresa, no entanto, em nada assegura que, a partir daí, se logrará elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável. Cumpre, pois, identificar-se os pressupostos capazes de fornecer as bases teóricas para o diálogo interdisciplinar entre o direito e a Nova Economia Institucional

Com isto, entende-se que não é suficiente a habitual assertiva de que direito e economia se influenciam reciprocamente, pois, além do truísmo, “as análises que daí resultam costumam ser estanques, não integradas, – em geral, tem-se um ponto de vista jurídico que se coloca ao lado de um ponto de vista econômico, quase sempre sem interlocução nem interferências recíprocas.”¹⁴⁸ Um diálogo assim empreendido não é interdisciplinar, mas multidisciplinar, e frequentemente esconde a tradicional indiferença e hostilidade que marcou as relações entre o direito e a economia por largo período.¹⁴⁹

Conforme afirmado acima, um diálogo interdisciplinar que conduza a uma *genuína* integração entre o direito e economia¹⁵⁰ pressupõe a afirmação de bases teóricas capazes de

¹⁴⁸ MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e economia em Weber. **Revista DireitoGV**. v. 2, n. 2, 45-66, 2006, p. 46.

¹⁴⁹ STIGLER, George J. Law or economics?, p. 455.

¹⁵⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 204.

possibilitar a transposição de conceitos e integração terminológica, com o propósito de enfrentar um problema comum por meio da efetiva cooperação interdisciplinar.

Para tanto, o esforço de integração interdisciplinar entre direito e economia é empreendido a partir da identificação dos pressupostos teóricos da Nova Economia Institucional, cuja justificativa de escolha já foi acima fornecida.

Uma vez descritas as pressuposições teóricas da Nova Economia Institucional, impõe-se cotejá-las com as pressuposições teóricas do Funcionalismo Jurídico, de modo a verificar a possibilidade de convergência interdisciplinar entre as pressuposições de ambas as teorias.

A eleição desta teoria é devida ao fato de que a obra de seu fundador e principal expoente, Tullio Ascarelli,¹⁵¹ a um só tempo, forneceu diversas contribuições aos domínios da *civil law*, – notadamente no direito comercial,¹⁵² inclusive brasileiro,¹⁵³ – aproximando-o por meio do direito comparado¹⁵⁴ dos domínios da *common law*,¹⁵⁵ e, também, pelas incontáveis

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. Tullio Ascarelli. In: BOBBIO, Norberto (Org.). **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007, p. 211-271, p. 270.

¹⁵² Assim, apenas ilustrativamente, ver: ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: 1945; ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: 1947; ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**. Buenos Aires: 1947; ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**. 3.ed. Milano: 1962.

¹⁵³ A obra de Ascarelli influenciou decisivamente o desenvolvimento do direito comercial brasileiro, – com uma força talvez até mesmo maior do que a obra de Cesare Vivante –, por conta do fato de que Ascarelli, expulso da sua cátedra universitária em razão da perseguição aos judeus pelo regime fascista, acabou por encontrar no Brasil “a sua segunda pátria.” (BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 236). Recebido como docente na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, produziu e publicou diversos de seus mais importantes em língua portuguesa. Apenas ilustrativamente, ver o seminal ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Outras obras de Tullio Ascarelli foram traduzidas para o português e exercem, até hoje, grande influência sobre os comercialistas brasileiros. Destacando esta influência, ver, por exemplo, COMPARATO, Fábio Konder. O direito brasileiro na visão de Tullio Ascarelli. **Revista de Direito Mercantil**, 38, 11-18, 1980; MIGNOLI, Ariberto. Contribuição de Tullio Ascarelli à doutrina das sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil**, 38, 37-46, 1980; REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli; WALD, Arnoldo. A teoria da moeda de Tullio Ascarelli e suas repercussões no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, 38, 47-59, 1980; BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**; DE LUCCA, Newton. A influência do pensamento de Tullio Ascarelli em matéria de títulos de crédito no Brasil. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. v. 9, n. 28, 77-83, 2005; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização. **Revista de Direito Empresarial**, n. 15, 93-119, 2011, p. 100.

¹⁵⁴ Assim, ver, por exemplo as seminais contribuições: ASCARELLI, Tullio. Prefazione agli studi di diritto comparato. In: MIGNOLI, Ariberto (Org.). **Lecture per un corso di diritto commerciale comparato**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 1-57; ASCARELLI, Tullio.

contribuições à teoria geral do direito.¹⁵⁶ Ademais, o Funcionalismo Jurídico ocupa-se de interpretar os institutos jurídicos a partir da sua instrumentalidade em relação a funções econômicas, mediante um vigoroso esforço de conjugação entre direito e economia.¹⁵⁷ Esta característica, que levou Norberto Bobbio¹⁵⁸ a referir-se a Tullio Ascarelli como sendo um *jurista-economista*, reforça as razões de escolha deste modelo teórico para conduzir a aproximação interdisciplinar entre direito e economia.

Uma vez firmadas as bases para um verdadeiro diálogo interdisciplinar entre direito e economia capazes de operacionalizar as relações entre estrutura jurídica e funções econômicas, cumpre afirmar-se uma estrutura jurídica que seja adequada a desempenhar as funções econômicas da empresa. É desta tarefa que se ocupa a Seção 4.2 (*A significação jurídica da empresa*). Com efeito, apresenta-se como problema específico a ser enfrentado o seguinte:

Oitavo problema específico: Qual um possível significado jurídico da empresa, captado por um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável, a partir de um diálogo interdisciplinar entre o Funcionalismo Jurídico e a Nova Economia Institucional, que enfatize as relações entre as estruturas jurídicas e a funções econômicas dos institutos?

Oitava hipótese explicativa: O conceito jurídico de empresa corresponde, em direito, a uma *fattispecie* e, ao mesmo tempo, a uma *regulae iuris* que sintetiza sua disciplina normativa. Enquanto *fattispecie* a empresa é caracterizada pela polarização de um conjunto de relações jurídicas a um sujeito e, portanto, possui como objeto o conjunto de bens. Enquanto *regulae iuris*, a empresa possui por conteúdo o poder de gestão sobre este conjunto de bens.

Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato; e ASCARELLI, Tullio. **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: 1952.

¹⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 177. Nesse sentido, ver, também, BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 223; e BOBBIO, Norberto. Trends in italian legal theory. **The American Journal of Comparative Law**. 8, 3, 329-340, 1959, p. 336.

¹⁵⁶ Assim, por exemplo, ver os seminários ASCARELLI, Tullio. A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação. In: Ascarelli, Tullio (Org.). **Problema das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 55-98; ASCARELLI, Tullio. Norma giuridica e realtà sociale. In: (Org.). **Problemi giuridici**. Milano: Giuffrè, I, 1959, p. 69-111; ASCARELLI, Tullio. Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. In: ASCARELLI, Tullio (Org.). **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952, p. 55-78; ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato; e ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica.

¹⁵⁷ WALD, Arnoldo. A teoria da moeda de Tullio Ascarelli e suas repercussões no direito brasileiro, p. 59.

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 269.

Neste sentido, a empresa consiste em uma situação jurídica complexa, composta por um conjunto de direitos e deveres.

Esta hipótese é formulada com base no seminal artigo de Rosario Nicolò, intitulado *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*.¹⁵⁹ ¹⁶⁰ Neste artigo, o autor afirma o significado jurídico-dogmático da empresa tendo como ponto de partida a constatação da necessidade de renovação das categorias jurídicas tradicionais por conta das transformações econômicas e da promulgação do Código Civil italiano de 1942. A análise põe em destaque a necessidade de se renovar as construções dogmáticas tanto do ponto de vista material (*i.e.*, das funções econômicas) como do ponto de vista formal (*i.e.*, das estruturas jurídicas). O autor descreve a reduzida importância de se atribuir à empresa o papel de integração da *fattispecie* qualificativa do empresário para delimitar o âmbito de aplicação do estatuto profissional do empresário, razão pela qual desenvolve consistente argumentação que verifica ser a empresa uma situação jurídica complexa que tem por objeto o estabelecimento e por conteúdo o poder de gestão. Neste sentido, Rosario Nicolò entrevê um paralelismo entre a situação proprietário-propriedade-coisa e a situação empresário-empresa-estabelecimento. Com esta análise, forneceu uma substancial contribuição para a doutrina da empresa, possibilitando compreender-se o fenômeno da empresa não apenas como um fato qualificador de um sujeito, mas como um complexo de direitos e deveres enfeixados no *diritto de empresa*.

¹⁵⁹ NICOLÒ, Rosario. *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. v. 1, n. 5-6, 177-195, 1956. O artigo reproduzido, em sua quase totalidade, em NICOLÒ, Rosario. *Riflessioni sul tema dell'impresa*. In: RODOTÀ, S. (Org.). **Il diritto privato nella società moderna**. Bologna: Il Mulino, 1971, p. 409-424; e publicado em português, por tradução nossa, em NICOLÒ, Rosario. *Reflexões sobre o tema da empresa e sobre algumas exigências de uma moderna doutrina do direito civil*. **Revista dos Tribunais**, 914, 159-182, 2011.

¹⁶⁰ Esboçamos um primeiro e rudimentar teste desta hipótese, buscando fugir ao *path dependence* na elaboração do tema da empresa, em CAVALLI, Cássio. *Reflexões sobre empresa e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito*. **Revista Forense**. v. 379, p. 594-598, 2005; também publicado em CAVALLI, Cássio. **Reflexões sobre direito e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito**; e CAVALLI, Cássio. *Reflexões sobre empresa e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito*. **Revista de Direito Mercantil**. v. 44, p. 250-256, 2006. Este ensaio foi precedido por uma investigação que conduzimos sobre o significado da empresa em CAVALLI, Cássio. *Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado*. **Revista de Direito Privado**. v. 6, n. 22, 22-29, 2005; também publicado em CAVALLI, Cássio. *Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado*. **Revista de Direito Mercantil**. v. 44, 207-212, 2006; e CAVALLI, Cássio. *Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado*. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Direito empresarial: direito societário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2011, p. 33-41.

A teoria de Rosario Nicolò, até o presente momento, não logrou aceitação na doutrina italiana e, na doutrina brasileira, permanece praticamente ignorada. Vale dizer, no Brasil, a hipótese de pesquisa da empresa enquanto situação jurídica não foi até o momento testada. Na Itália, as críticas endereçadas à teoria são relacionadas ao fato de que Rosario Nicolò atribuiu ao direito de empresa um conteúdo patrimonial que, no entanto, não é transmissível, entre vivos ou *mortis causa*, pois se adquire apenas originariamente,¹⁶¹ o que, em se tratando de um direito patrimonial, não seria concebível.¹⁶² Ademais, sustentou-se que não haveria possibilidade de se distinguir o direito de empresa do direito sobre o estabelecimento,¹⁶³ bem como as categorias de universalidade de fato e de direito seriam suficientes para explicar o poder do empresário sobre o estabelecimento.¹⁶⁴ Por fim, tendo em vista que o direito de empresa exsurgiria de um ato de destinação funcional do conjunto de bens, formulou-se crítica no sentido de que a lei não conteria previsão de um tal ato, mas apenas da atividade enquanto fato.¹⁶⁵

Estas críticas, no entanto, não infirmam a opção aqui realizada de adotar a teoria de Rosario Nicolò como hipótese a ser testada, pois fundam-se, todas elas, em considerações de ordem conceitual e formal, decorrentes exclusivamente de um raciocínio que prescinde de considerações de ordem econômica. Isto é, não contavam os juristas italianos de meados do século XX com as contribuições das teorias neoinstitucionalistas da empresa, que foram formuladas somente a partir do último quarto daquele século.

Para verificar a possibilidade de operacionalização da teoria proposta por Rosario Nicolò, no entanto, cumpre primeiramente identificar os pressupostos teóricos utilizados pelo Funcionalismo Jurídico para orientar a elaboração de conceitos jurídicos. Após, cumpre cotejar-se, à luz dos pressupostos teóricos do Funcionalismo Jurídico e da Nova Economia Institucional, a adequação da hipótese da empresa como situação jurídica complexa às estruturas e funções econômicas da empresa, de modo a obter-se *um* conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável.

Esta tese não nutre a pretensão de fornecer uma resposta definitiva ao tema da empresa. Assim como as teorias econômicas da empresa ainda estão sendo elaboradas a partir

¹⁶¹ PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 591.

¹⁶² FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**. 2. ed. 1. reimpressão Torino: 1971, p. 33.

¹⁶³ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 33-34.

¹⁶⁴ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 34.

¹⁶⁵ PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 591.

do paradigma da Nova Economia Institucional, é de se reconhecer que em direito muito ainda está por fazer-se. Neste sentido, esta tese pretende fornecer contribuições que possam auxiliar nos desenvolvimentos dogmáticos da teoria da empresa, por meio de propostas para a superação das abordagens tradicionais do tema que descortinem novos horizontes de pesquisa a partir de esforços metodológicos de integração interdisciplinar entre direito e economia.

PARTE I – O *PATH DEPENDENCE* NA ELABORAÇÃO DO CONCEITO DE EMPRESA NO DIREITO COMERCIAL

1 O DESENVOLVIMENTO DO TEMA DA EMPRESA ENTRE A FINALIDADE NORMATIVA HISTÓRICA E A DESCRIÇÃO ECONÔMICA DO INSTITUTO

O tema da empresa nasceu e se desenvolveu no direito comercial. Mesmo hoje, em que há incontáveis ramos do direito a disciplinar a empresa, entende-se que a empresa pertence à tradição do direito comercial, atualmente denominado direito da empresa.

Na literatura jurídico-mercantil, destaca-se com fortes cores a noção de que o direito comercial é um ramo do direito que pode ser compreendido atualmente a partir da descrição de sua evolução histórica.¹⁶⁶ Esta ideia foi herdada da teorização do direito comercial conduzida no final do século XIX por Levin Goldschmidt, que desenvolveu a tese de que o direito comercial é uma *categoria especial* do direito privado que se formou mediante a adaptação das normas do direito civil em razão das necessidades econômicas decorrentes do renascimento comercial no medievo italiano e cujo significado deve ser compreendido à luz do significado histórico de seus institutos.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Neste sentido, apenas para exemplificar o ponto, entende Alfredo de Assis Gonçalves Neto, “para a determinação do objeto do Direito Comercial tornava-se imprescindível conhecer sua formação histórica. Com o quadro histórico que acabou de ser desenhado, é possível, agora, retomar o tema para procurar determinar pelo método indicado, qual é, efetivamente, o âmbito de aplicação do Direito Comercial e se ele se justifica como ramo autônomo do direito privado.” GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 78.

¹⁶⁷ GIULIANI, Alessandro. **Giustizia ed ordine economico**. Milano: 1997, p. 83 e ss. Essa tese da contraposição entre o direito comum (civil) e o direito comercial, contudo, passa a ser revista por outro prisma, que afirma a profunda função exercida pelo direito romano sobre o direito comercial, no sentido de que “la lex mercatoria è inconcepibile senza l’apporto della tradizione romanistica”. GIULIANI, Alessandro. **Giustizia ed ordine economico**, p. 83, nota 5. Entretanto, observe-se que James Whitman registrou: “[i]n particular, Goldschmidt was more willing than his predecessors to concede that there had been important commercial relations in Antiquity, and therefore that Roman law had some contributions to make to commercial law. Nevertheless, he insisted that commercial custom was the fundamental source of commercial law.” WHITMAN, James. Commercial law and the american volk: a note on Llewellyn's german sources for the Uniform Commercial Code. **The Yale Law Journal**. 97, 1, 156-175, 1987, p. 164, nota de rodapé 55.

A obra de Levin Goldschmidt, na qual destaca-se a sua célebre *História Universal do Direito Comercial*,¹⁶⁸ integra a Escola Histórica do Direito¹⁶⁹ e, portanto, deve ser compreendida no contexto desta escola do pensamento jurídico.

Em primeiro lugar, em consonância com os postulados da Escola Histórica, Levin Goldschmidt alçou a história do direito comercial à condição de objeto da investigação jurídico-dogmática.¹⁷⁰

Com efeito, o principal rasgo característico da Escola Histórica do Direito residia na noção de *espírito do tempo*,¹⁷¹ pelo qual criava-se um fundamento de continuidade entre o *espírito* do direito de tempos passados, – que remontava à antiguidade para a vertente romanística e ao medievo para a vertente germanista, – até o direito vigente, que, portanto, estava pré-determinado¹⁷² pelas noções da *unidade da cultura jurídica européia* e da *tradição*, consubstanciadas na “obra cultural e literária do passado.”¹⁷³ Para Goldschmidt, esta tradição remontava ao medievo italiano.¹⁷⁴ Consoante observa Gerhard Dilcher,

segundo a concepção de Goldschmidt, o desenvolvimento do direito comercial sofria a influência dos conceitos e das figuras jurídicas do direito romano, mas após conquistou a sua forma moderna, com base nas exigências universais e permanentes do comércio, especialmente no medievo, e sobretudo no âmbito do direito comercial mediterrâneo. Nesse sentido, ele era um fiel discípulo da Escola histórica do direito porque, mesmo após a codificação do Código geral alemão de direito comercial, do ano de 1861, se ateu à estreita relação pesquisa histórica e conhecimento dogmático.¹⁷⁵

Para Levin Goldschmidt, a especialidade do direito comercial é radicada nas *necessidades econômicas universais* encontradas ao longo da história dos povos civilizados,

¹⁶⁸ Consultamos a tradução italiana da obra. GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**.

¹⁶⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: 1993, p. 430; DILCHER, Gerhard. Dalla storia del diritto alla sociologia. Il confronto di Max Weber con la scuola storica del diritto **Scienza & Política. Per una storia delle dottrine**. 37, 95-115, 2007, p. 98-100; LEONHARD, Rudolph. Methods followed in germany by the Historical School of law. **Columbia Law Review**. 7, 8, 573-581, 1907, p. 580-581; e GIULIANI, Alessandro. **Giustizia ed ordine economico**, p. 83.

¹⁷⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, p. 403-404; LEONHARD, Rudolph. Methods followed in germany by the Historical School of law, p. 579; e CLAVERO, Bartolomé. Historia, ciência, política del derecho. **Quaderni Fiorentini Per La Storia del Pensiero Giuridico**. 8, 5-58, 1979, p. 15.

¹⁷¹ Acerca da influência do espírito do tempo na dogmática jurídica, ver WIEACKER, Franz. **Diritto privato e società industriale**. Napoli: 2001, p. 77 e ss.

¹⁷² CLAVERO, Bartolomé. Historia, ciência, política del derecho, p. 15.

¹⁷³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, p. 442.

¹⁷⁴ GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**, p. 16-18.

¹⁷⁵ DILCHER, Gerhard. Dalla storia del diritto alla sociologia. Il confronto di Max Weber con la scuola storica del diritto, p. 99-100, tradução livre.

por se inserirem na *demonstrável continuidade* do desenvolvimento jurídico.¹⁷⁶ Estas necessidades econômicas desempenham, na doutrina de Goldschmidt, o papel que o *espírito do povo* desempenhava na doutrina de Friedrich Karl von Savigny, isto é, o povo como *tradição cultural*.¹⁷⁷ No pensamento de Goldschmidt, a noção de *povo* era substituída pela de *mercador*.¹⁷⁸ Nesse sentido, conforme afirma,

a história do direito comercial, como todas as histórias do direito, não pode ser bem compreendida exceto em relação com a história universal da civilização, e especialmente com a história da economia, a qual compreende em si também a história das opiniões econômicas, isto é, da ‘explicação’ (ou às vezes o contrário) da questão econômica. Esta destina-se a uma ilustração *genética* do direito vigente direito do tráfico. A ‘história’ não é a exposição da simples sucessão de coisas, nem se limita a comparar entre as coisas que em um dado momento estão unidas ou separadas – a assim chamada ‘jurisprudência comparada’ como tal não é uma ciência histórica. Para a investigação histórica o ontem, o hoje e o amanhã formam uma cadeia ininterrupta.¹⁷⁹

Com efeito, consoante observou Franz Wieacker,

o direito estaria antes inevitável e predominantemente preso, de acordo com uma necessidade forçosa, aos seus pressupostos históricos; a ‘matéria’ do direito actual estava portanto predeterminada pelo passado total da nação, e por isso só podia ser encontrado e mantido através da ciência histórica.¹⁸⁰

A investigação histórica conduzida por Levin Goldschmidt adotava o *método genético*, segundo o qual, para a compreensão presente de um instituto, deve-se conhecer a forma de sua evolução, pois, consoante entendia,

[p]ara alguns institutos uma profunda investigação histórica pode determinar com grande precisão a parte que, até a configuração atual, cada povo tem o seu próprio desenvolvimento; por exemplo, para os institutos da cambial, das sociedades por ações, dos seguros, das associações cooperativas. A importância de uma tal investigação é evidente. Não no caos histórico e dogmático de um ‘*usus modernus*’, mas somente mediante um acurado desvelamento e uma sucessiva prudente combinação dogmática se pode conhecer com segurança um instituto jurídico historicamente fundado, que é realmente existente, e promover-lhe o conveniente desenvolvimento ulterior. O método exclusivamente dogmático-lógico, o ‘*método dogmático de isolamento*’, que concebe o direito existente, especialmente aquele

¹⁷⁶ GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**, p. 37.

¹⁷⁷ Para Savigny, o ‘espírito do povo’ não é entendido como “‘comunidade dos cidadãos postos sob tutela’ mas a ‘tradição cultural’.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, p. 448.

¹⁷⁸ WHITMAN, James. Commercial law and the american volk: a note on Llewellyn's german sources for the Uniform Commercial Code, p. 165.

¹⁷⁹ GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**, p. 16-17, tradução livre.

¹⁸⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, p. 444.

codificado, unicamente como um todo completo, e considera todo o material histórico, que precede a fixação aparentemente definitiva feita pela lei, no máximo como um meio estatístico de interpretação, não pode de modo algum penetrar em organismos historicamente complicados do direito vigente, e raramente em institutos jurídicos modernos, que possuem, também eles, sua própria ‘história’, embora mais breve. A dificuldade, realmente grande no campo do direito comercial, de utilizar com segurança um *método genético*, não escusa a total negligência nem a utilização insuficiente.¹⁸¹

A ênfase, portanto, da doutrina Levin Goldschmidt assentava sobre a história dos institutos.

Entretanto, talvez por influência de Max Weber, seu orientando,¹⁸² o pensamento de Goldschmidt continha, – conquanto em menor grau, – referências à importância econômica dos institutos. Com efeito, consoante entendia o autor, o direito comercial constitui uma parte da ciência do comércio que é formada também por outros ramos do conhecimento, como a contabilidade e a estatística do comércio.¹⁸³

Por esta razão, Goldschmidt divisava uma ciência comercial em sentido estrito, constituída por uma parte da ciência econômica, que se ocupa “do exercício do comércio e das suas leis sociais (econômicas) expostas em correlação à suas causas históricas. Ela forma o substrato de fato do direito comercial privado, a matéria de suas regras, o meio de seu conhecimento e de sua ulterior formação.”¹⁸⁴

Até os dias de hoje, o debate em torno da empresa é apanhado em cheio pelas características da teorização do direito comercial conduzida por Levin Goldschmidt, de modo

¹⁸¹ GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**, p. 36-37, tradução livre.

¹⁸² Conforme registra Lutz Kaelber, Levin Goldschmidt “expressly accepted, adopted and supported Weber’s main thesis”. KAELBER, Lutz. Introduction - Max Weber's dissertation in the context of his early career and life. In: WEBER, Max (Org.). **The history of commercial partnerships in the middle ages**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003, p. 1-47, p. 12-13. Um dos pontos centrais da tese de Max Weber acerca das origens medievais e não romanas das sociedades comerciais partia da constatação de que “[l]aw follows criteria that are, from an economic point of view, often extraneous. However, this peculiar aspect of the creation of law means that when we find marked differences as a result of stark economic differences, we might assume that different forms of law emerged that have to be considered separately. This consideration determines the extent to which the following investigation turns to economics.” WEBER, Max. **The history of commercial partnerships in the middle ages**. Oxford: 2003, p. 61. Assim, Weber entrevê no contrato de empréstimo marítimo a risco as origens do instituto jurídico da comenda medieval, que se desenvolve em razão das necessidades econômicas de distribuição de riscos e de resultados entre os participantes da comenda. Nesse sentido, ver WEBER, Max. **The history of commercial partnerships in the middle ages**, p. 64 e ss.

¹⁸³ GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**, p. 7-8.

¹⁸⁴ GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**, p. 9, tradução livre.

que à empresa são emprestados atualmente os significados a ela atribuídos em etapas pretéritas do desenvolvimento do direito comercial. Isto é, emprega-se o *método genético*, de investigação histórica dos institutos, que era empregado por Levin Goldschmit. No entanto, por ser a empresa instituto muito recente na história do direito comercial,¹⁸⁵ seus contornos nunca foram precisamente firmados, de modo a poder-se identificar as transformações porque passou ao longo dos tempos. Desse modo, acentua-se fortemente a dificuldade de compreensão da empresa a partir de sua breve história.

Entretanto, neste percurso de investigação histórica da empresa, vão sendo colhidas cargas de significação que condicionam a forma pela qual atualmente é elaborado o seu conceito. Essas condicionantes históricas, de certo modo, podem conduzir a dificuldades para a compreensão atual do conceito, conforme a hipótese, aventada com clareza por Rachel Sztajn, que sugere que “eventual dificuldade em imaginar a empresa fora do campo do direito comercial pode estar ligada à historicidade.”¹⁸⁶

São fundamentalmente dois grandes aspectos que se pode divisar com clareza no debate acerca da empresa e que serão objeto de análise.

De um lado, a importância da investigação histórica do tema da empresa, que é conduzida a partir da perspectiva da especialidade histórica do direito comercial (Seção 1.1). Neste sentido histórico, atribui-se à empresa, desde o seu nascimento, a finalidade jurídica de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial. Esta característica influencia a literatura jurídica até os dias de hoje.

De outro lado, destaca-se a relevância econômica da empresa (Seção 1.2), em um discurso marcado inicialmente pelo tom da teorização do direito comercial levada a cabo por Levin Goldschmidt e evidentemente reforçado na literatura jurídica à medida que as transformações socioeconômicas decorrentes da Revolução Industrial, – notadamente a segunda, – tornavam-se mais perceptíveis nas sociedades ocidentais a partir do final do século XIX.

¹⁸⁵

GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**. 2. ed. Bologna: 1980, p. 165-166.

¹⁸⁶

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 43.

1.1 A finalidade normativa histórica da empresa

1.1.1 Finalidade normativa na origem da empresa: origens do *path dependence*

A investigação do tema da empresa a partir da perspectiva da evolução histórica do direito comercial acaba por firmar uma série de preconceitos teóricos que condicionam sua compreensão presente. O principal deles, decorrente do axioma da especialidade histórica do direito comercial, consiste em atribuir-se à empresa a finalidade normativa de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial.

A história do direito comercial é a história de sua especialidade em relação ao direito civil.¹⁸⁷ Assim, na historiografia do século XX preponderou a tese de que o direito comercial, em contraposição ao *jus civile*, constitui-se enquanto um ramo especial do direito privado, em razão de peculiares necessidades econômicas que se fizeram sentir no medievo italiano em razão do renascimento comercial. A evolução histórica do direito comercial é descrita como uma sucessão de fases marcadas por distintos critérios de afirmação da especialidade deste ramo do direito em contraposição ao direito civil.

Com efeito, amiúde as investigações acerca da empresa são precedidas pela investigação histórica das etapas evolutivas do direito comercial, em um percurso que normalmente¹⁸⁸ se inicia na (a) etapa de surgimento do direito comercial no medievo italiano, – caracterizada como fase subjetiva, por conta do fato de que o direito comercial seria apenas aplicado aos sujeitos matriculados em uma corporação de ofício, – passando pela (b) etapa de

¹⁸⁷ Assim, apenas ilustrativamente, ver GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**; REHME, Paul. **História universal del derecho mercantil**. Madrid: 1941; ASCARELLI, Tullio. **Evolução e papel do direito comercial**; ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. **Revista Forense**, 149, 17-45, 1953; ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil**, 114, 237-252, 1999; ASQUINI, Alberto. Dal Codici di Commercio del 1865 al Libro del Lavoro del Codice Civile del 1942. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, 1-2, 1-8, 1967; GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**; ESTRELLA, Hernani. A comercialização do direito civil. **Revista Forense**. 185, 675-676, 31-45, 1959; TRAKMAN, Leon E. **The law merchant: the evolution of commercial law**. Colorado: 1983; e KERR, Charles. The origin and development of the law merchant. **Virginia Law Review**. 15, 4, 350-367, 1929.

¹⁸⁸ Há diversas classificações das fases evolutivas do direito comercial. Aqui, elege-se a que é provavelmente a mais adotada na doutrina comercialista brasileira contemporânea, que descreve a sua evolução em três distintas fases: (a) a fase subjetiva; (b) a fase objetiva; e (c) a fase subjetiva moderna.

objetivação do direito comercial, – com a afirmação da teoria dos atos de comércio, em que o direito comercial passou a disciplinar, objetivamente, atos reputados comerciais, – e chegando na (c) fase subjetiva moderna, marcada pela teoria da empresa, – em razão da aplicação das normas de direito comercial ao sujeito que for qualificado como empresário.¹⁸⁹

Ao identificar com a empresa a atual fase do desenvolvimento histórico do direito comercial, acaba-se por atribuir à empresa a finalidade normativa de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial.

Esta finalidade normativa é atribuída à empresa desde seu surgimento legislativo,¹⁹⁰ ocorrido nos albores da fase objetiva do direito comercial, no início do séc. XIX, em que se reafirmava, sob novos fundamentos, a especialidade do direito comercial.

Neste período, em decorrência da Revolução Francesa, cujo lema afirmava os ideais da *liberté* e da *égalité*, foi instaurado o regime de liberdade de exercício de qualquer profissão¹⁹¹ e, também, foram extintas as corporações de ofício.¹⁹² A extinção das corporações

¹⁸⁹ Os artigos doutrinários frequentemente investigam o tema da empresa a partir da análise da evolução histórica do direito comercial, dividida em fases caracterizadas pelos diferentes critérios de delimitação do âmbito de aplicação do direito comercial. Nesse sentido, ver, por exemplo: SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual; SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Teoria da empresa - um retorno ao critério subjetivo. **Revista dos Tribunais**. v. 783, 16-41, 2001; LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico; e MIRANDOLA, Carlos Maurício Sakata. Apontamentos para uma teoria geral da empresa: uma visão pragmática. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. v. 94, 419-476, 1999. Os cursos, manuais e monografias sobre o tema da empresa também frequentemente optam pela exposição histórico-evolutiva do direito comercial para após investigar o tema da empresa. Nesse sentido, ver, p. ex.: SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Manual de direito comercial**. 4. ed. Rio de Janeiro: 1972; PEREIRA, Pedro Barbosa. **Curso de direito comercial**. v. 1. São Paulo: 1975; REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. I. 22. ed. São Paulo: 1995; ROQUE, Sebastião José. **Teoria geral do direito comercial**. Rio de Janeiro: 1992; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 19-60; BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 1-5; 8-11; LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**; TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**. São Paulo: 2003, p. 1-7.; NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 3. ed. São Paulo: 2003; DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial** v. I; TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**. São Paulo: 2007, p. 432-440; FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. **Código Civil comentado**. v. XI. São Paulo: 2008, p. 80-81; e MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 2. ed. São Paulo: 2007, p. 1-23.

¹⁹⁰ A primeira referência legislativa ao termo *entreprise* é datada de 1807, com a promulgação do Código Comercial francês (GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**, p. 165). O desenvolvimento da noção econômica e organizacional de empresa é posterior, consoante a autorizada opinião de Alfred Chandler Jr. (CHANDLER JR., Alfred D. **The visible hand**. Cambridge: 1977, *passim*).

¹⁹¹ Como consequência imediata da Revolução francesa, foram abolidos os limites à liberdade de iniciativa impostos no Antigo Regime, por meio da promulgação, em março de 1791, do

de ofício foi acompanhada da extinção dos tribunais consulares.¹⁹³ Por conseguinte, foram extintas todas as reminiscências dos *particularismos* medievais ainda presentes na sociedade francesa moderna.¹⁹⁴

Na França revolucionária, palavras associadas ao Antigo Regime, como, por exemplo, *privilégio*, tornaram-se tabu, e foram substituídas por uma nova retórica¹⁹⁵ que desafiava a estratificação social em nome de uma nova sociedade.¹⁹⁶ Acentuou-se o movimento de *objetivação* do direito, que se tornava estatal e, com base no princípio da igualdade, era “hostil a uma diferenciação de disciplina jurídica segundo qualidades subjetivas.”¹⁹⁷ Neste contexto, o direito comercial, nascido e desenvolvido como o *particularismo* jurídico da classe dos comerciantes, estava fadado a desaparecer.¹⁹⁸

Décret d'allarde, que instaurou a liberdade de exercício de profissões para todos, independentemente da matrícula em uma corporação. GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. **Revista Forense**. 85, 1941, p. 593.

¹⁹² Em junho de 1791, a Lei Le Chapelier extinguiu as corporações de ofício e reiterou a ideia de liberdade de exercício das profissões. RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**. São Paulo: 1937, p. 26-27; ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 47.

¹⁹³ Pelos Decretos de 4-15 de março e 9-12 de abril de 1791, foram suprimidas, inclusive, as *Amirautés*, ou seja, tribunais voltados a conhecer as causas relacionadas ao comércio marítimo. RIPERT, Georges. **Droit maritime**. t. 1. Paris: 1913, p. 703.

¹⁹⁴ Nos demais países europeus, a “liquidação legal dos períodos medieval e mercantilista”, consoante a dicção de Eric Hobsbawn, ocorreu ao longo do século XIX: na Áustria, foram extintas as guildas em 1859; na Alemanha, em 1860; na Suécia, entre 1846 e 1864; e na Dinamarca, entre 1849 e 1857. HOBBSAWN, Eric J. **A Era do capital, 1848-1875**. 9. ed. Rio de Janeiro: 1996, p. 62.

¹⁹⁵ HUNT, Lynn. The rhetoric of revolution in france. **History Workshop**, 15, 78-94, 1983, p. 79 e ss.

¹⁹⁶ HUNT, Lynn. The rhetoric of revolution in france, p. 81.

¹⁹⁷ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 59, tradução livre.

¹⁹⁸ O direito comercial medieval era aplicado a quem fosse qualificado como comerciante, em decorrência da matrícula em uma corporação. Por isso, diz-se que o direito comercial medieval é eminentemente subjetivo. Acerca do critério de delimitação do âmbito de aplicação do direito comercial medieval, ver, p. ex., DONAHUE JR., Charles. Equity in the courts of merchants. **Legal History Review**. 72, 72, 1-35, 2004; GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 5.ed. Roma: 1999, p. 224; ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 8 e ss; REHME, Paul. **História universal del derecho mercantil**, p. 165 e ss.; PASTERIS, Carlo. Diritto commerciale. In: (Org.). **Novissimo digesto italiano**. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 5, 1957, p. 813-819, p. 813; GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. 4.ed. Bologna: 2001, p. 9 e ss.; WALD, Arnoldo. Direito comercial - I. In: (Org.). **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 25, 1977, p. 442-455, p. 444; e CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 28.

O processo de objetivação do direito decorria do fato de que a classe comercial, por conceber-se como uma classe socialmente aberta,¹⁹⁹ ansiava por livrar-se do controle do acesso à profissão pelas corporações de ofício.²⁰⁰

A Revolução Francesa, no entanto, não tinha sido uma revolução contra um direito de classe, mas a Revolução de uma classe que tomava conta da cena econômica.²⁰¹ A tomada de poder por uma classe social determinou, no plano da política legislativa, a afirmação de um direito especial para esta mesma classe social.²⁰² Assim, três anos após a promulgação do *Code Civil* de 1804, que aspirava ser a constituição do homem comum, foi promulgado o *Code de Commerce*, que assegurava aos comerciantes a manutenção dos privilégios de sua classe, fazendo do direito comercial um direito essencialmente desigual.²⁰³

Persistia, assim, a especialidade do direito comercial:²⁰⁴ enquanto a integralidade das profissões subordinava-se às normas encontradas no Código Civil, os comerciantes lograram assegurar para si um direito especial, positivado pelo Código Comercial.

O fundamento dogmático utilizado para assegurar a existência de um corpo autônomo de normas destinadas à classe dos comerciantes era diverso daquele utilizado desde o nascimento do direito comercial no medievo italiano. Ante a supressão das corporações de ofício, não havia mais como identificar os destinatários das normas comerciais por meio da matrícula em uma corporação de ofício.

Assim, adotou-se a um mecanismo encontrado na *Ordonnance du Commerce*, de 1673, e na *Ordonnance de la Marine*, de 1681,²⁰⁵ que havia possibilitado à nobreza celebrar

¹⁹⁹ GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione**. 2.ed. Bologna: 1999, p. 23; RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**, p. 443.

²⁰⁰ GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione**, p. 23-24. Ver, também, ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 58.

²⁰¹ VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith H. (org.) (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 730-762, p. 737-738. Observe-se, porém, que os revolucionários franceses se insurgiram mormente contra o passado de domínio aristocrático e não propriamente em nome do capitalismo, ante a associação de corrupção ao comércio. HUNT, Lynn. *The rhetoric of revolution in france*, p. 90.

²⁰² WIEACKER, Franz. **Diritto privato e società industriale**, p.14.

²⁰³ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. v. I. 4. ed. Milano: 1911, p. 15 e ss.; GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**, p. 106; GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione**, p. 25.

²⁰⁴ ASCARELLI, Tullio. **Prefazione agli studi di diritto comparato**, p. 97.

²⁰⁵ A Comissão que apresentou o *Projet de Code du Commerce* registrou na exposição de motivos que “[d]ans leur ensemble, la plupart des dispositions qu’il renferme ont été extrait de l’édit de 1673, de l’ordonnance de 1681, et de divers réglemens qui sont intervenus postérieurement; on a même conservé l’expression littérale de ces lois, lorsqu’on a reconnu

contratos de especulação comercial sem que fosse socialmente tisonada com o depreciativo *status* de comerciante.²⁰⁶

O fundamento dogmático da autonomia do direito comercial, assim, era estabelecido não mais pelo *status* profissional de um sujeito, mas pela natureza objetiva de atos²⁰⁷ praticados no comércio, qualificados como *atos de comércio*.²⁰⁸ Por meio deste expediente, evitavam-se os desdouros de fazer renascer um direito de classe.²⁰⁹

A teoria dos atos de comércio, – cuja finalidade consistia em identificar a *matéria comercial*²¹⁰ e, assim, delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial,²¹¹ – foi o

qu'elle était précise et non surannée.” GORNEAU, et al. **Projet de Code du Commerce**. Paris: 1801, p. v-vi. Mais adiante, registrou que “[l]’ordonnance de 1681 nous a servi de guide et de modèle.” GORNEAU, et al. **Projet de Code du Commerce**, p. xxvii. Assim, ver TRAKMAN, Leon E. **The law merchant: the evolution of commercial law**, p. 21; VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. Lisboa: 1910, p. 11; ASQUINI, Alberto. Dal Codici di Commercio del 1865 al Libro del Lavoro del Codice Civile del 1942, p. 2; RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**, p. 22; CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: 1945, p. 65; CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 31; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 52, nota de rodapé 17.

²⁰⁶ Nestas ordenações, por meio de um sistema *quase hipócrita*, criou-se a *ficção do comerciante acidental* que permitia aos clérigos, nobres e militares praticar atos de comércio ocasionais. ASCARELLI, Tullio. **Evolução e papel do direito comercial**, p. 29-30; SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. II, número especial, Estudos em homenagem ao prof. doutor Ferrer-Correia, 909-1064, 1989, p. 909 e ss., nota de rodapé 1. Assim, por exemplo, “[u]n ecclésiastique qui ferait le commerce serait même sujet à cette juridiction.” JOUSSE, Daniel; BÉCANE, V. **Commentaire sur l’Ordonnance du Commerce, du mois de Mars 1673**. Poitiers: 1828, p. 295. Da mesma forma, quanto à competência para conhecer causas relativas às letras de câmbio, afirmou Bécane: “Même nobles, officiers, ecclesiastiques, parce que cer personnes ont dérogé à leur qualité en subissant un pareil engagement, et que ces lettres sont une espèce de négoce.” JOUSSE, Daniel; BÉCANE, V. **Commentaire sur l’Ordonnance du Commerce, du mois de Mars 1673**, p. 302.

²⁰⁷ ASQUINI, Alberto. Dal Codici di Commercio del 1865 al Libro del Lavoro del Codice Civile del 1942, p. 2.

²⁰⁸ Neste sentido, fala-se em objetivação do direito comercial. ASCARELLI, Tullio. **Prefazione agli studi di diritto comparato**, p. 98.

²⁰⁹ No *Projet de Code du Commerce* apresentado em 1801, assim eram lavrados os artigos primeiro e terceiro: “Article 1.^{er} Toute personne a le droit de faire le commerce en France. L’exercice de ce droit est garanti et réglé par des lois particulières.” e “ 3. Sont éputés faits de commerce, tous actes relatifs aux trafic et négoce de denrées et marchandises; Toutes entreprises de manufactures, de commission, de transports par terre et par eau, de constructions, expéditions et voyages par mer; Toutes opérations de change et de banque; Toute signatures données sur des lettres de change, billets à ordre ou à domicile.” GORNEAU, et al. **Projet de Code du Commerce**, p. 39.

²¹⁰ FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de direito mercantil brasileiro**. v.1. 2. ed. São Paulo: 1948, p. 89.

²¹¹ Assim, por exemplo, ver CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito**

expediente dogmático que possibilitou a manutenção da existência do direito comercial como um *particularismo* jurídico,²¹³ apresentado sob as novas vestes de direito nacional.²¹⁴

A delimitação da matéria comercial por meio da teoria dos atos de comércio não era realizada apenas objetivamente.²¹⁵ A matéria comercial era marcada por uma *nozione elastica di commercialità*,²¹⁶ porquanto compreendesse a comercialidade subjetiva e a comercialidade objetiva. Esta, a significar a sujeição de um ato à disciplina comercial; aquela, relacionada à aplicação das normas comerciais ao sujeito qualificado como comerciante.²¹⁷ Os atos de comércio qualificadores do comerciante (que se submeteria às normas comerciais) foram chamados de atos de comércio por natureza.²¹⁸

Desse modo, o direito comercial era descrito como “a disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares.”²¹⁹

Foi nesse contexto de reafirmação do particularismo do direito comercial que o *Code de Commerce* positivou em seu art. 632 a expressão *empresa*, enquanto espécie do gênero *ato de comércio*²²⁰ por natureza, no sentido de que qualificava como comerciante aquele que a exercesse habitualmente.

comercial brasileiro v. I, p. 430; CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 33; PEREIRA, Pedro Barbosa. **Curso de direito comercial** v. 1, p. 7; e GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 64.

²¹² Mais precisamente, à época, a especialidade do direito comercial era apresentada como uma necessária especialidade da jurisdição comercial em contraposição à jurisdição civil (SERMENT, Henri. **Des actes réputés par la loi actes de commerce**. Genève: 1847, p. 3 e ss.), e o comerciante seria “[l]a personne qui en est investie devient justiciable des tribunaux de commerce et contraignable par corps.” SERMENT, Henri. **Des actes réputés par la loi actes de commerce**, p. 13. Em igual sentido, ROGRON, J.-A. **Code de Commerce expliqué par ses motifs et par des exemples**. Bruxelles: 1827, p. 1.

²¹³ GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**, p. 9-10; SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento), p. 910-911.

²¹⁴ GRAF, Jorge Barrera. **Temas de derecho mercantil**. México, D.F.: 1983, p. 17.

²¹⁵ Assim, a objetivação do direito comercial não afastou completamente o seu caráter subjetivo. GRAF, Jorge Barrera. **Temas de derecho mercantil**, p. 17.

²¹⁶ LIMPENS, Jean. L'unificazione del diritto civile e commerciale. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, n. 51, 417-433, 1953, p. 418.

²¹⁷ Conforme registrou Raoul Aghion, no verbete *actes de commerce*, “[l]’exercice habituel de ces actes donne à celui qui les execute la qualité de commerçant.” AGHION, Raoul. **Actes de commerce**. In: AGHION, Raoul (Org.). **Petit dictionnaire de droit commercial**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1936, p. 5-6, p. 5-6.

²¹⁸ AGHION, Raoul. **Actes de commerce**, p. 5-6.

²¹⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 16.

²²⁰ GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**, p. 165-166; SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro

Nada mais natural, portanto, que a noção de empresa tenha sido estudada pela doutrina sob prisma dos atos de comércio.²²¹ Desta forma, como a teoria dos atos de comércio consistia no critério que permitia a afirmação da autonomia do direito comercial, foi igualmente investigada a empresa como critério de afirmação da autonomia do direito comercial.

Diante do prestígio do *Code de Commerce*, a teoria dos atos de comércio logo foi adotada nos países que lhe seguiram o modelo,²²² como foi o caso do Brasil.²²³

A empresa, nesse contexto, era tratada como ato de comércio por natureza,²²⁴ cuja finalidade normativa consistia em delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial mediante a qualificação do comerciante.²²⁵

apontamento), p. 954; e CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 219.

²²¹ GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**, p. 166.

²²² De um modo geral, esta orientação foi adotada em diversos países europeus ao longo do séc. XIX. Nesse sentido, ver ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 50; e SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento), p. 954.

²²³ No Brasil, o art. 4º do Código Comercial de 1850 dispunha que “[n]inguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”. Isto é, as normas comerciais brasileiras somente eram aplicáveis àqueles sujeitos qualificados juridicamente como comerciantes em razão do exercício habitual da mercancia. A definição de mercancia, isto é, dos atos de comércio por natureza, era encontrada no art. 19 do Regulamento 737 de 1850, que dispunha, em seu parágrafo terceiro, “reputam-se mercancia e sujeitam-se à legislação comercial [...] as *empresas* de fábricas, de comissões de depósito, de expedição, consignação e transportes de mercadorias, de espetáculos público”. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 492-505.

²²⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 492-505. Na tradição latina, a empresa é considerada como ato de comércio qualificador do comerciante, com a finalidade normativa de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial. CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 209. Acerca do tema, na Itália, ver VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 150 e ss. e FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale**, p. 25; na França, ver AGHION, Raoul. **Actes de commerce**, p. 5-6. Identificando os autores que seguiram a orientação firmada por Cesare Vivante quanto ao tema da empresa, ver DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 55.

²²⁵ Conforme a expressiva dicção de Waldírio Bulgarelli, “[o] problema da doutrina estava limitado quase que praticamente a determinar qual o conceito jurídico da empresa (arrostando os desajustes da noção econômica correspondente) que haveria para completar o quadro dos atos de comércio, para o fim de fixar a esfera de aplicação do Direito Comercial, ou seja, do âmbito da matéria comercial. O objetivo das pesquisas praticamente se limitava à busca de um critério de qualificação e não de obter um conceito para dele extrair as consequências jurídicas substanciais.” BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 38.

1.1.2 Ampliação do âmbito de aplicação do direito comercial através do conceito de empresa

Nascida no início do século XIX no contexto de um capitalismo predominantemente comercial, a empresa não despertou maior atenção do direito para delimitar-se o âmbito de aplicação do direito comercial. Àquele tempo, bastava a noção de intermediação na troca, profundamente relacionada à própria raiz etimológica da palavra comércio,²²⁶ que impregnava a noção de ato de comércio. A empresa, neste contexto, não escapava a esta concepção do capitalismo comercial.²²⁷

A dicotomia do direito privado, consubstanciada na duplicidade de códigos, refletia as divisões internas da burguesia francesa do século XIX. O *Code Civil* era o código da burguesia fundiária,²²⁸ enquanto que o *Code de Commerce* era o código da burguesia comercial.²²⁹ Com isso, as demais atividades econômicas existentes à época, notadamente a atividade agrícola, imobiliária e a prestação de serviços, que não eram reputadas comerciais, subordinavam-se às normas de direito civil.

As fronteiras entre o direito comercial e o direito civil haveriam de se deslocar em razão das grandes transformações socioeconômicas experimentadas ao longo do séc. XIX. A vertiginosa²³⁰ Revolução Industrial da segunda metade do século XIX acarretou uma completa

²²⁶ A palavra *comércio* deriva do latim *commercium*, resultante da junção da preposição *cum* (i.é, *com*, no sentido de portar, dar continuidade), com o substantivo *merx* (i.é, mercadoria ou produto). Neste sentido, ver FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de direito mercantil brasileiro** v.1, p. 27.

²²⁷ Com efeito, entendia-se que não existiria uma empresa de transportes sem que houvesse intermediação. Desse modo, o transportador autônomo não seria considerado empresa. BESLAY, M. François. **Des actes de commerce: commentaire théorique et pratique des articles 632 et 633 du Code de Commerce**. Paris: 1865, p. 81. Da mesma forma, a referência que o art. 632 do *Code de Commerce* fazia à *entreprise de fourniture* foi assim interpretada: “Cette disposition est surabondante: que fait le fournisseur? il achète pour revendre. Ses opérations portent donc énergiquement imprimée la marque de la commercialité, le caractère de l’entremise.” BESLAY, M. François. **Des actes de commerce: commentaire théorique et pratique des articles 632 et 633 du Code de Commerce**, p. 82. Ainda sobre o tema, ver GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**, p. 166.

²²⁸ Assim, “[l]es propriétaires ou fermiers de biens ruraux, qui vendent en gros ou en détail les fruits qu’ils retirent de leurs fonds, tels que les grains, les bois, les vins, etc., ne sont point *commerçants*, car ils ne font point du commerce leur profession habituelle”. ROGRON, J.-A. **Code de Commerce expliqué par ses motifs et par des exemples**, p. 1. Em igual sentido, ver GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: GOMES, Orlando (Org.). **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 40-50, p. 41.

²²⁹ GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**, p. 97. Igual fenômeno verificou-se no Brasil. Assim, ver REQUIÃO, Rubens. Projeto de Código Civil - apreciação crítica sobre a Parte Geral e o Livro I (das obrigações). **Revista dos Tribunais**. 64, 477, 11-27, 1975, p. 11.

²³⁰ Conforme registra Eric Hobsbawn, o “desmedido avanço econômico” que culminou com a

transformação do panorama socioeconômico da época. O *espírito comercial* expandiu-se a todos os setores da economia em um movimento de progressiva mercantilização de todas as classes sociais.²³¹

Atividades econômicas que tradicionalmente eram consideradas não mercantis (como a agricultura, serviços e incorporação imobiliária), impregnadas pelo *espírito comercial*, passaram a demandar a disciplina de institutos jurídicos de direito comercial.

Por isto, o conceito de comerciante dilatou-se internamente para dar conta das novas realidades decorrentes da industrialização dos países ocidentais.²³²

Em decorrência da industrialização, por exemplo, acentuou-se no continente europeu o processo de urbanização, a demandar a organização em larga escala de capital para atender a crescente demanda por unidades imobiliárias,²³³ que passavam a ser objeto de especulação.²³⁴ Por isto, no final do século XIX, a atividade de incorporação imobiliária, que historicamente havia sido disciplinada pelo direito civil, foi incluída no rol de atos de comércio, superando-se uma fronteira que até então *parecia intransponível*.²³⁵

industrialização europeia e norte-americana ocorreu entre 1850 e 1870. A transformação econômica ocorrida neste período “foi [algo] tão extraordinário, que não foi possível detectar um precedente.” HOBBSBAWN, Eric J. **A Era do capital, 1848-1875**, p. 53-54. É importante reter-se que a Revolução industrial é o mais importante evento econômico da história, equiparável apenas ao Renascimento. VRIES, Jan De. The industrial revolution and the industrious revolution. **The Journal of Economic History**. 54, 2, 249-270, 1994, p. 250.

²³¹ RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**, p. 401; e GOMES, Orlando. A comercialização do direito civil. In: GOMES, Orlando, VARELA, Antunes (Org.). **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 61-70, p. 61.

²³² GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. v. 3. 4. ed. Padova: 2004, p. 7; e GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 12. ed. Padova: 2004, p. 455.

²³³ Assim, “[a]tividades outras, outrora genuinamente civis, como as de construções de casas, estradas e outras mais realizam-se, hoje, sob forma empresária, tipicamente comercial.” ESTRELLA, Hernani. A comercialização do direito civil, p. 40.

²³⁴ ESTRELLA, Hernani. A comercialização do direito civil, p. 39; e REQUIÃO, Rubens. Sociedades de objeto misto: civis e comerciais (critério para sua classificação). **Revista de Direito Mercantil**. 8, 1, 12-15, 1958, p. 12-13.

²³⁵ Assim, conforme registrou Tullio Ascarelli, o Código de Comércio italiano de 1882, em seu art. 3º, nº 3, incluiu no conceito de comércio “a especulação imobiliária, atravessando uma fronteira que parecia intransponível”. ASCARELLI, Tullio. **Evolução e papel do direito comercial**, p. 36-37. Nesse mesmo sentido, ver ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: 1931, p. 174; e GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**, p. 104. No Brasil, as construtoras foram consideradas comerciantes, pela Lei n. 4.068/62, e as incorporadoras do mesmo modo, para o fim falimentar, pela Lei n. 4.591/64. O atraso é devido às diferenças econômicas entre o Brasil e a Europa do final do séc. XIX. GOMES, Orlando. O Código Civil e sua reforma. **Revista Forense**. 185, 675-676, 15-20, 1959, p. 18.

Da mesma maneira, com a expansão das indústrias extrativistas, registrava-se o fenômeno da *comercialização do solo*.²³⁶

O setor de serviços, a exemplo da telefonia, passou igualmente a demandar a adoção de normas comerciais.²³⁷ As prestadoras de serviço passaram a se beneficiar das normas de direito comercial à medida que fossem organizadas sob a forma de sociedades anônimas, reputadas comerciais independentemente de seu objeto.²³⁸ O movimento de comercialização alcançava não apenas as grandes empresas de serviços, pois comercializavam-se também as profissões liberais.²³⁹

A difusão do *espírito comercial* a todos os setores da atividade econômica, que em muito excediam a restrita noção de intermediação na troca de coisas móveis, conduziu a uma inexorável superação da restrita concepção de ato de comércio. O direito comercial tendia “a deixar de ser o direito exclusivo dos comerciantes, para se tornar o direito de todo o mundo.”²⁴⁰

Neste período, a expansão do âmbito de aplicação do direito comercial foi realizada por meio de um exercício de *abstração* da essência da noção de ato de comércio, por meio da

²³⁶ ESTRELLA, Hernani. A comercialização do direito civil, p. 39.

²³⁷ GALGANO, Francesco. I rapporti di scambio nella società post-industriale. In: GALGANO, Francesco (Org.). **Il diritto privato futuro**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p. 61-72, *passim*.

²³⁸ No Brasil, o Decreto n. 8.821 de 30/12/1882, que regulamentou a Lei n. 3.150 de 4/11/1882, dispôs em seu art. 2º que “Podem ser objeto da sociedade anônima: todo gênero de comércio ou de indústria, as empresas agrícolas, e todos e quaisquer serviços de natureza comercial ou civil, uma vez que não sejam contrários à Lei, à moral e aos bons costumes (Código Comercial, art. 287).” ORLANDO, Salustiano Orlando de Araujo Costa. **Código Commercial do Brazil**. 6. ed. Rio e São Paulo 1896, p. 1136. Sobre o tema, assim manifestou-se o Cons. Orlando, destacado comercialista brasileiro do final do século XIX: “Os trabalhos de lavoura e criação de gado, a colheita, amanho, remessa, a venda dos produtos agrícolas, a divisão, a partilha dos lucros de uma sociedade para esses fins, são operações puramente civis”. Contudo, “formada por ações, que representa um capital para o fim de reprodução e lucro, gerida por mandatários amovíveis e responsáveis, pertence à classe das que se devem sujeitar à jurisdição comercial.” ORLANDO, Salustiano Orlando de Araujo Costa. **Código Commercial do Brazil**, p. 572. Já para Waldemar Martins Ferreira, a “exploração da agricultura, da pecuária, ou de propriedades imobiliárias, que, por exigir capitais avultados, adotar a forma de sociedade anônima, comercializar-se-á, para todos os efeitos, a falência inclusive.” FERREIRA, Waldemar Martins. *Elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito comercial*, p. 42. Esta orientação que foi seguida pelo Parágrafo único, do art. 2º, do Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, de seguinte redação: “Qualquer que seja o objeto, a sociedade anônima ou companhia é mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio.” Atualmente, a Lei 6.404/76 dispõe em seu art. 2º, § 1º, que, qualquer que seja o objeto da companhia, ela é tida como comerciante – idêntico teor normativo possui o Parágrafo único do art. 982 do Código Civil de 2002.

²³⁹ ESTRELLA, Hernani. A comercialização do direito civil, p. 40.

²⁴⁰ MENDES, Octavio. **Direito comercial terrestre**. São Paulo: 1930, p. 80.

individualização do *espírito de especulação* em cada ato de comércio,²⁴¹ independentemente da subjetividade profissional daqueles que o praticassem.²⁴² Desse modo, a essência de todo ato de comércio poderia ser identificada na especulação sobre mercadorias, sobre o risco, sobre o crédito e sobre o trabalho.²⁴³ A empresa, na sua mais célebre formulação enquanto ato de comércio, foi definida como “ato de interposição na troca do trabalho”.²⁴⁴

Por objetivar o direito comercial à progressiva expansão sobre o *mercado do comércio*, em que as empresas industriais e de serviços desempenham importante papel em seu funcionamento, ficou clara a impossibilidade de se formular uma “definição unitária e omnicompreensiva da matéria do direito comercial, caracterizada por elementos que lhe seriam essenciais e representativos do comércio em sentido econômico.”²⁴⁵ Vale dizer, tornou-se patente a impossibilidade de se delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial com base em uma precisa formulação de uma teoria dos atos de comércio.²⁴⁶

²⁴¹ Assim, “[l]e caractère principal de l’acte de commerce est donc la *spéculation sur l’échange et le transport des biens.*” SERMENT, Henri. **Des actes réputés par la loi actes de commerce**, p. 9-10. No mesmo sentido, “[i]l est nécessaire, avouons-nous dit, pour qu’il y ait acte de commerce, qu’il y ait entremise et spéculation; ce n’est pas tout, il faut que la spéculation ait sa raison d’être dans l’entremise, et que l’entremise ait pour objet la spéculation. Il faut que le fait d’où l’on prétend bénéficier, soit précisément le fait de l’entremise.” BESLAY, M. François. **Des actes de commerce: commentaire théorique et pratique des articles 632 et 633 du Code de Commerce**, p. 47. Também acerca da especulação como característica da empresa, ver ROGRON, J.-A. **Code de Commerce expliqué par ses motifs et par des exemples**, p. 200.

²⁴² SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento), p. 918 e ss., nota de rodapé n. 5. Conforme afirma Paulo Melero Sendin, “a categoria dos actos dos comerciantes pelo acessório representa uma frente privilegiada na extensão do mercado de regime comercial, através da abstracção, individualizada, da ‘especulação mercantil’”. SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento), p. 950 e ss., nota de rodapé n. 18.

²⁴³ Assim, ver GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**, p. 97.

²⁴⁴ ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**, p. 222. Ainda neste sentido, ver ASQUINI, Alberto. **Profili dell’impresa**, p. 5.

²⁴⁵ SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento), p. 984.

²⁴⁶ Nesse sentido, já em 1865, M. François Beslay afirmava que “[t]rouver une définition exacte de l’acte de commerce est une difficulté qui a rebuté les auteurs les plus autorisés.” BESLAY, M. François. **Des actes de commerce: commentaire théorique et pratique des articles 632 et 633 du Code de Commerce**, p. 10. Ao final do século XIX, Cesare Vivante afirmou que “[i]l vero è che nostro legislatore nel mettere insieme la serie degli atti di commercio non fece un esame preliminare della loro funzione economica, ma la compose tenendo conto di ben altre influenze. Egli si piegò innanzi alle tradizioni storiche quando mantenne in quella serie certi atti [...]. Non è possibile di riassumere in un solo concetto gli atti disparatissimi cui il legislatore impresso il carattere commerciale, e la dottrina, che vuole informarsi al diritto positivo, deve francamente rinunciare a una definizione che sarebbe per necessità logica inconciliabile col diritto vigente.” VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto**

Por evidente, havia que se reformular as bases sobre as quais assentava o direito comercial.²⁴⁷ A empresa, que até então dormitava nas codificações de diversos países europeus enquanto espécie de ato de comércio, foi chamada a desempenhar o papel relacionado à ampliação do âmbito de aplicação do direito comercial a praticamente todos os setores da economia.²⁴⁸

Diferentemente do conceito de ato de comércio, que, por ser preso à noção de intermediação, possuía limitado alcance, a noção de empresa, – e conseqüentemente a noção de empresário –, por estar atrelada em suas primeiras manifestações à organização dos fatores de produção, possibilitava ao direito comercial disciplinar virtualmente todos os setores da atividade econômica. Desse modo, a atividade não seria mais a estrita atividade *comercial*, mas sim uma atividade *empresarial*, a significar a superação da noção de intermediação na troca de coisas móveis, para encampar todas as atividades econômicas relevantes.²⁴⁹

Ao par da ampliação do âmbito de aplicação do direito comercial a virtualmente todos os setores da economia, ocorria uma outra transição que haveria de se demonstrar central no desenvolvimento da teoria da empresa: a superação da noção de ato por aquela de atividade.

commerciale v. I, p. 112-113. Na 5ª edição de seu tratado, ao discorrer sobre a busca por um conceito unitário de ato de comércio, Vivante acabou por concluir que a “ciencia debe reconocer su impotencia para alcanzar tal finalidad” (VIVANTE, Cesare. **Tratado de derecho mercantil**. v. I. Madrid: 1932, p. 105). Mormente se tiver em vista que não é “posible resumir en un solo concepto los actos variadísimos a los que el legislador atribuye el carácter comercial [...] [pois não é possível] dar una definición comun a lo que es heterogéneo.” VIVANTE, Cesare. **Tratado de derecho mercantil** v. I, p. 107. O mesmo rumo seguiu a doutrina brasileira, a exemplo de Carvalho de Mendonça, que afirmou: “A construção dos *atos de comércio* é inteiramente legal. Não é possível, a esse respeito, sistema perfeito, sólido, resistente à crítica doutrinária.” CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 452. Acerca das deficiências e inexatidões da teorias sobre ato de comércio, ver CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 432.

²⁴⁷ Conforme registra Alfredo de Assis Gonçalves Neto, com “as dificuldades de sistematização do sistema objetivo somadas às transformações ocorridas nos meios de produção a partir da segunda fase da Revolução Industrial, os comercialistas tiveram de procurar um novo núcleo para o Direito Comercial.” GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 57.

²⁴⁸ FERREIRA, Waldemar Martins. Elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito comercial, *passim*.

²⁴⁹ Nesse sentido, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 15. 3. ed. Rio de Janeiro: 1971, p. 361; e WALD, Arnoldo. **Direito comercial - I**, p. 451.

Retenha-se, porém, que a finalidade normativa a que a noção de atividade foi chamada a desempenhar era a mesma antes desempenhada pela noção de ato, qual seja, qualificar o comerciante para fins de aplicação das normas comerciais.

A transição de ato para atividade deveu-se à impossibilidade, verificada pela doutrina, em reduzir-se a noção de empresa a apenas um ato isolado. A empresa, enquanto ato de comércio por natureza,²⁵⁰ só se caracterizaria se exercida habitualmente, vale dizer, se houvesse a prática de um conjunto de atos.²⁵¹ A empresa, enquanto “ato de comércio para o empresário”,²⁵² era incrustrada por um conjunto de atos de comércio objetivos,²⁵³ denominados atos de empresa.²⁵⁴ Por esta razão, dizia-se que a empresa, “enquanto ato de comércio, é unitária, mas múltipla. O direito mercantil a considera não somente em sua unidade, mas em todos os atos em que se desenvolve, os quais são atos de comércio.”²⁵⁵

Esta *elasticidade*²⁵⁶ da categoria da empresa possibilitou que ela englobasse os demais atos de comércio por natureza. É que, de um lado, para qualificarem o comerciante, os atos de comércio por natureza não poderiam ser concebidos senão em sua organicidade

²⁵⁰ Para Sendin, “a empresa comercial é *um acto de comércio objetivo*, por sua *própria natureza*, ainda que seja simultaneamente uma ‘série de actos’, uma ‘forma de actividade’, porque a *especulação mercantil* não se verifica em cada um dos actos desse conjunto mas no próprio *conjunto unitário* desses actos, nesse *único acto* de empresa que é a forma compreensiva de todos eles.” SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento), p. 971.

²⁵¹ Já em 1865, havia dúvida se a empresa deveria ser compreendida como um ato isolado ou um conjunto de atos. Neste sentido, afirmou M. François Beslay: “La loi dit ‘toute entreprise de commission;’ faut-il en conclure qu’il n’y a pas dans une commission isolée un acte de commerce? Ce serait donner au mot entreprise un sens trop restreint. Entreprise doit-étre ici entendue dans le sens d’opération: aussi n’hésitons-nous pas à décider qu’une seule opération de commission peut étre commerciale. Sans doute, s’il s’agit d’une opération unique, celui que s’y sera livré ne sera pas commissionnaire, ni commerçant; mais il n’en sera pas moins vrai que l’opération sera un fait de commerce.” BESLAY, M. François. **Des actes de commerce: commentaire théorique et pratique des articles 632 et 633 du Code de Commerce**, p. 80. Waldemar Ferreira noticiou crítica formulada por Albert Wahl quanto ao emprego da palavra *entreprise* pelo Código francês, pois, ou o legislador teria utilizado a palavra empresa sem ter percebido que ela não possui o mesmo significado que *acte*, ou ele teria confundido o comerciante com o indivíduo que pratica um ato de comércio. FERREIRA, Waldemar Martins. *Elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito comercial*, p. 37. Em sentido análogo, ver SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento), p. 990.

²⁵² MOSSA, Lorenzo. **Derecho mercantil**. v. I. Buenos Aires: 1940, p. 21, tradução livre.

²⁵³ MOSSA, Lorenzo. **Derecho mercantil** v. I, p. 20.

²⁵⁴ Carvalho de Mendonça, por exemplo, referia-se à expressão *atos das empresas de fábricas* ao comentar o rol do art. 19 do Reg. 737 de 1850. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 495.

²⁵⁵ MOSSA, Lorenzo. **Derecho mercantil** v. I, p. 21, tradução livre.

²⁵⁶ Nesse sentido, para Lorenzo Mossa, no rol dos atos de comércio a empresa “[é] a categoria mais ampla e mais elástica.” MOSSA, Lorenzo. **Derecho mercantil** v. I, p. 20.

funcional, isto é, repetidamente;²⁵⁷ de outro, a empresa, enquanto ato de comércio, era formada por um conjunto de atos. Por esta razão, passou-se a sustentar que para a qualificação do comerciante pela prática de atos por natureza seria necessário uma empresa.²⁵⁸

Daí até conceber-se a empresa como atividade, capaz de substituir por inteiro a categoria de atos de comércio, foi um passo.

1.1.3 Consolidação do *path dependence* por meio da teoria da empresa: a fase subjetiva moderna

A substituição definitiva do binômio *ato de comércio – comerciante* pelo binômio *atividade – empresário* na tarefa de delimitar-se o âmbito de aplicação do direito comercial ocorreu na primeira metade do século XX, por meio da consolidação legislativa, no *Codice Civile* de 1942, da teoria da empresa, a um só tempo sucessora e algoz da teoria dos atos de comércio. Seguindo o rumo do modelo italiano, positivou-se no Brasil a teoria da empresa, em substituição à teoria dos atos de comércio.²⁵⁹

O Código Civil de 2002, a um só tempo, revogou a primeira parte do Código Comercial de 1850, que disciplinava a qualificação do comerciante e seu estatuto profissional, para tratar, em seu Livro II, do Direito da Empresa, dedicado à qualificação do empresário e à disciplina de seu estatuto profissional.

Assim, o direito comercial, vertido sob a forma de direito da empresa,²⁶⁰ alcança sua atual fase evolutiva,²⁶¹ a fase subjetiva moderna,²⁶² que situa a empresa numa “posição nuclear

²⁵⁷ SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento), p. 1002 e ss., nota de rodapé n. 111.

²⁵⁸ SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento), p. 992 e ss., nota de rodapé n. 103.

²⁵⁹ Consoante a *Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil brasileiro*, “o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de ‘ato de comércio’, é substituído pelo de ‘empresa’”. BRASIL. **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Em igual sentido, ver, por exemplo, FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. **Código Civil comentado** v. XI, p. 81; ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa, p. 245.

²⁶⁰ Nesse sentido, por exemplo, afirma Arnoldo Wald que “o direito comercial é basicamente o direito das empresas”. WALD, Arnoldo. **Direito comercial - I**, p. 446.

²⁶¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 40.

²⁶² Nesse sentido, apenas ilustrativamente, afirma Márcia Mallmann Lippert que “[a] quarta fase do direito comercial, fase subjetiva moderna, foi inaugurada pelo Código Comercial Italiano de 1942 e é assim denominada por aqueles que vêem na empresa a sucessora das fases subjetiva e objetiva, quanto a esta, pela ‘falência’ do ‘sistema’ dos malfadados atos de

no direito comercial brasileiro”,²⁶³ por constituir seu *âmbito*²⁶⁴ ou *novo eixo*.²⁶⁵ O direito comercial, assim, passa a ser o direito das empresas.²⁶⁶

A empresa, assim situada, é interpretada na sequência evolutiva dos critérios de afirmação da especialidade do direito comercial: a finalidade normativa antes desempenhada pelo mercador e pelo ato de comércio, agora é desempenhada pela empresa.²⁶⁷ Mais precisamente, pode-se afirmar que a modificação é “limitada em alguns casos a substituir a palavra ‘*ato de comércio*’ pela palavra ‘*empresa*’.”²⁶⁸

Na esteira do axioma da especialidade do direito comercial, o termo empresa assume a significação de critério de qualificação de um sujeito e, ao mesmo tempo, de sujeito (o empresário), ao qual aplicam-se as normas comerciais. Daí porque apresenta-se o conceito de empresário como o *ponto de partida* da investigação do direito comercial.²⁶⁹

Nesse sentido, a empresa, entendida como o critério de qualificação do empresário, apresentado como sucessor do comerciante,²⁷⁰ acaba por assumir a característica do “novo sujeito de direito”²⁷¹ a ocupar o papel central no direito comercial.²⁷² Por este motivo os autores soem atribuir ao conceito de empresário o papel central nos ordenamentos que adotam a teoria da empresa.²⁷³

comércio.” LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**, p. 113.

263 DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 74. Igual assertiva é feita em relação ao direito italiano. PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 563.

264 DE LUCCA, Newton, et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro** v. 9, p. 5.

265 GOMES, Orlando. **A comercialização do direito civil**, p. 51.

266 WALD, Arnoldo. **Direito comercial - I**, p. 446.

267 GRAF, Jorge Barrera. **Temas de derecho mercantil**, p. 16 e ss.

268 LIMPENS, Jean. L'unificazione del diritto civile e commerciale, p. 422, tradução livre.

269 Conforme a dicção de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, o direito comercial “sempre gravitou em torno da figura do *comerciante* (desde o antigo *mercador* até o moderno *empresário* ou *agente econômico*), aí residindo a essência de nossa disciplina ou o ponto de partida para a sua sistematização.” GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 38.

270 Waldírio Bulgarelli, ao falar sobre o projeto de Código Civil, afirmou que ele “marca o abandono do sistema tradicional [...] baseado no comerciante [...] trocando-o pela adoção do sistema do empresário”. BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 15.

271 WALD, Arnoldo. **Direito comercial - I**, p. 445-446.

272 Assim, afirma Waldírio Bulgarelli que “[o] poder da empresa e as características da sua atuação implicam numa visão específica, já posta em evidência pelos defensores da autonomia científica do Direito Comercial. Sobre este aspecto, a ascensão da empresa em lugar do comerciante, dá nova configuração ao tema.” BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 48.

273 Nesse sentido, destacando a centralidade do conceito de empresário no direito comercial, ver, por exemplo, WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil (arts. 966 a 1.195)**. XIV. Rio de Janeiro: 2005, p 39; SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 7; DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p.

Assentadas as bases do direito comercial sobre o conceito de empresário, entendido como o perfil subjetivo da empresa,²⁷⁴ afirma-se que esta consiste na atividade qualificadora do empresário,²⁷⁵ cuja *fattispecie* encontra-se no art. 966 do Código Civil.²⁷⁶ Do exercício da atividade resulta na qualificação do sujeito, à qual constitui, por sua vez, o pressuposto para a aplicação das normas integrantes do estatuto do empresário.²⁷⁷ Por esta razão, sustenta-se que a noção de empresa resulta do conceito legal de empresário.²⁷⁸

Em razão da proeminência da figura do empresário no direito comercial, afirma-se que houve um retorno ao sistema subjetivo de direito comercial,²⁷⁹ no sentido de que “o *direito comercial objetivo* já desapareceu e o *direito comercial subjetivo* tornou-se um direito profissional da empresa.”²⁸⁰

Apesar das discussões travadas acerca da unificação do direito privado²⁸¹ em razão da adoção da teoria da empresa,²⁸² o axioma da especialidade do direito comercial no sistema

58; TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**, p. 440; ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa, p. 237; GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, n. 831, 147-161, 2005, p. 147; ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 145; LIMPENS, Jean. L'unificazione del diritto civile e commerciale, p. 422; JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**. Milano: 1985, p. 35; REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 13 e 14; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 80; e VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial** v. I, p. 49.

²⁷⁴ JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 35.

²⁷⁵ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 145; FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 36; MARCONDES, Sylvio. Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil. In: MARCONDES, Sylvio (Org.). **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 1-29, p. 7; BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 112; e SPERCEL, Thiago. A teoria da empresa no novo Código Civil - o fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. **Revista de Direito Mercantil**. v. 42, n. 130, 125-134, 2003, p. 133.

²⁷⁶ Este dispositivo legal é tradução literal do disposto no art. 2082 do *Codice Civile*.

²⁷⁷ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 156.

²⁷⁸ CASANOVA, Mario. **Impresa (in Generale)**, p. 352.

²⁷⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 25. ed. São Paulo: 2003, p. 14-15; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 80; ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa, p. 237; SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Teoria da empresa - um retorno ao critério subjetivo, p. 32; e GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro, p. 148 e ss.

²⁸⁰ LIMPENS, Jean. L'unificazione del diritto civile e commerciale, p. 422, tradução livre.

²⁸¹ Assim, por exemplo, Sérgio André Rocha Gomes da Silva anota que “a adoção da teoria da empresa deve ser encarada como sendo o núcleo da unificação do direito privado”. SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Teoria da empresa - um retorno ao critério subjetivo, p. 32. Em sentido análogo, ver LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**, *passim*.

²⁸² Há grande número de publicações que enfrentam o tema, como pode ver-se, por exemplo, em VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 1-34; ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações; ASCARELLI, Tullio. **Evolução e papel do direito comercial**; PASTERIS, Carlo. **Diritto commerciale**;

normativo é reafirmado sob a assertiva de que o conjunto das normas comerciais aplicáveis aos empresários constituem o estatuto profissional do empresário.

O argumento a justificar a existência deste estatuto profissional próprio do empresário é resgatado do discurso referente à origem histórica do direito comercial. De acordo com este argumento, o direito comercial se desenvolveu em razão de peculiares exigências econômicas, decorrentes do renascimento medieval da atividade comercial, que não eram atendidas pelas normas de direito comum.

No contexto do século XX, não mais impregnado pelos tabus relativos a posituação de estatutos de classe que marcaram o início do século XIX,²⁸³ sustenta-se que é um fato *rudimentar* que os negócios havidos entre empresas possuem características muito diferentes daquelas relativas a negócios não profissionais.²⁸⁴ Ademais, as necessidades econômicas que recaem sobre os empresários são muito distintas daquelas que recaem sobre o cidadão *comum*,²⁸⁵ bem como sobre os profissionais não empresários.²⁸⁶

Assim compreendido o direito comercial em função da figura do empresário, que seria um sujeito *especial*, afirma-se que o direito comercial “existe para a tutela dos interesses e à regulamentação das relações jurídicas de uma classe, qual seja a empresarial.”²⁸⁷ Isto significa que seria o direito empresarial o direito “das relações empresariais”,²⁸⁸ de modo que

LIMPENS, Jean. L'unificazione del diritto civile e commerciale; FERREIRA, Waldemar Martins. Elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito comercial; ESTRELLA, Hernani. A comercialização do direito civil; MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Unificação do Direito das Obrigações no Novo Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. 4, 20, 27-40, 2002; WALD, Arnaldo. **Direito comercial - I**; GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**; LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**; e MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do direito comercial ao direito empresarial: formação histórica e tendências do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. 5, 17, 71-98, 2004.

²⁸³ RИPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**, p. 393; e LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: 1998, p. 53-54.

²⁸⁴ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 48.

²⁸⁵ Conforme afirma Alfredo de Assis Gonçalves Neto, “o empresário tem direitos e obrigações que transcendem aqueles que normalmente são atribuídos ao cidadão comum, não empresário, devendo estar sempre voltado para cumprir a função social da empresa que desenvolve” GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 17.

²⁸⁶ PEREIRA, Pedro Barbosa. **Curso de direito comercial** v. 1, p. 26; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 17; e SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 13.

²⁸⁷ GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro p. 148.

²⁸⁸ GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro p. 149.

o “foco da tutela deve ser este e, mais especificamente, a tutela do empresário e da empresa.”²⁸⁹

Desse modo, defende-se abertamente que o direito comercial consiste num direito ou estatuto²⁹⁰ profissional²⁹¹ da classe dos empresários²⁹² ou, o que é o mesmo, que o direito comercial, ao adotar a teoria da empresa, conserva sua autonomia.²⁹³

A finalidade normativa preponderantemente atribuída à empresa, ainda hoje, continua a ser a mesma que se atribuía à empresa quando de sua primeira elaboração jurídico-legislativa, qual seja, qualificar juridicamente um sujeito como comerciante-empresário, de modo a submetê-lo às normas encontradas no particularismo jurídico-comercial – estatuto do empresário, de modo a delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial-empresarial.

Neste sentido, corrobora-se parcialmente a primeira hipótese geral e integralmente a primeira hipótese específica, de acordo com as quais há um *path dependence* no que respeita à finalidade normativa a orientar a elaboração do conceito de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo. Este *path dependence* é verificado nas duas modalidades utilizadas nesta tese, tanto naquela que enfatiza o aspecto evolutivo das instituições jurídicas, como naquela que enfatiza o incremento de ganhos em trilhar-se novamente o mesmo caminho que já fora trilhado.

No que respeita ao *path dependence* evolutivo na modalidade de equilíbrios pontuados, pode-se afirmar que as janelas de oportunidade (a exemplo da promulgação, ao longo do século XX, dos diplomas legislativos que superaram a teoria dos atos de comércio) não foram suficientes para que se reelaborasse a finalidade normativa atribuída ao conceito de empresa.

²⁸⁹ GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro, p. 149.

²⁹⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 121.

²⁹¹ RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**, p. 396.

²⁹² GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro, p. 148.

²⁹³ Assim, por exemplo, é o Enunciado 75 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, acerca do art. 2.045 do Código Civil, onde lê-se: “a disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial.” Neste mesmo sentido, ver, por exemplo, COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 6. ed. São Paulo: 2002, p. 27; BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: 1969, p. 9; PEREIRA, Pedro Barbosa. **Curso de direito comercial** v. 1, p. 26; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 80; GALIZZI, Gustavo Oliva; CHAVES, Natália Cristina. O menor empresário. In: RODRIGUES, Frederico Viana. (coord.) (Org.). **Direito de empresa no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 71-93, p. 71; KOURY, Suzy Cavalcante. Empresa no novo código civil: conceituação e dicotomia entre sociedades simples e empresárias. **Revista de Direito Privado**, 22, 277-287, 2005, p. 279-280.

Ademais, já aqui corrobora-se parcialmente a hipótese de que há um *lock-in* em *path dependence*, à medida que reforçam-se as expectativas de se elaborar um conceito de empresa a partir da finalidade normativa de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial. No entanto, para verificar se há efetivamente este *lock-in*, deve-se verificar se o conceito de empresa efetivamente contribui para qualificar o sujeito destinatário das normas de direito comercial. Esta hipótese, no entanto, impõe sejam cotejados o conceito econômico de empresa com o de empresário, o que será realizado abaixo, na Seção 2.

Antes disso, no entanto, cumpre identificar-se qual o conceito econômico de empresa elaborado pela literatura jurídica, de modo a evidenciar-se a *estrutura econômica* utilizada pelos juristas com a *finalidade normativa* de qualificar o empresário.

1.2 A estrutura econômica da empresa na literatura jurídico-comercial

1.2.1 O paradoxo da empresa como fenômeno econômico: da exaltação à irrelevância para o direito

Nas distintas investigações conduzidas pelos juristas atribui-se à empresa características que parecem convergir para o consenso: o fato de que a empresa é um *fenômeno econômico*, pertencente à *realidade dos fatos* econômicos, descrito por meio de um *conceito econômico, metajurídico e antecedente à experiência jurídica*.

A noção da empresa enquanto fenômeno econômico decorre, de um lado, da própria exaltação da empresa enquanto instituição-chave da sociedade, que se encontra no “centro da economia moderna”²⁹⁴ e constitui a “célula base de toda economia industrial”;²⁹⁵ e, de outro lado, do fato de que a empresa é, antes de tudo, uma *organização econômica*.

Esta característica, diga-se desde já, é uma constante na literatura jurídica. Assim, conquanto se possa reconhecer que houve grandes transformações nos sistemas jurídicos ao longo do século XX, estas transformações não foram de tal ordem a alcançar as

²⁹⁴ OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A empresa: uma realidade fática e jurídica, p. 112.

²⁹⁵ Neste sentido, ver ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 4, nota de rodapé 5. Em sentido análogo, ver OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A empresa: uma realidade fática e jurídica, p. 112.

pressuposições fundantes da literatura jurídica acerca da empresa enquanto organização econômica.

Se observadas as lições dos dois grandes autores cujas obras sintetizam as duas distintas etapas de teorização do tema da empresa, – de um lado, Cesare Vivante, a quem competiu sistematizar o direito comercial continental europeu no seu fundamental *Trattato di diritto commerciale*,²⁹⁶ e, de outro, Alberto Asquini, que publicou o seminal artigo *Profili dell'impresa*,²⁹⁷ – não será difícil observar que ambos os autores compartilham da mesma pressuposição segundo a qual a empresa é uma organização econômica, portanto, um fenômeno econômico, pertencente à realidade dos fatos econômicos e, assim, metajurídico, que se coloca em relação de precedência em relação à racionalidade jurídica.

Com efeito, Cesare Vivante, que escreveu sobre o tema no contexto italiano do final do século XIX com o propósito de elucidar o significado emprestado à expressão *impresa*, utilizada como espécie de ato de comércio pelo art. 3º do Código Comercial italiano de 1882, afirmou que a “*impresa* é um organismo econômico”²⁹⁸ cuja existência antecede à experiência jurídica.²⁹⁹

Alberto Asquini, que escreveu sobre o tema em 1943 para identificar os significados em que Código Civil italiano de 1942 empregava a palavra *impresa*, manteve a pressuposição de que a empresa é um organismo econômico pré-jurídico³⁰⁰ ao afirmar que a empresa é um “fenômeno econômico poliédrico, o qual possui sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos o compõem.”³⁰¹

Ambos os autores situaram a empresa na realidade econômica, enquanto fenômeno antecedente ao direito.

Até os dias de hoje a literatura jurídica brasileira recorre a estas obras para descrever o *fenômeno econômico* da empresa, em que pese seja o contexto jurídico-cultural brasileiro contemporâneo profundamente distinto dos contextos encontrados na Itália do final do século XIX e de meados do século XX. Com efeito, compartilham desta pressuposição autores como

²⁹⁶ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I.

²⁹⁷ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*. O artigo foi traduzido para o português por Fábio Konder Comparato. ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. **Revista de Direito Mercantil**. 35, 104, 109-126, 1996.

²⁹⁸ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 150, tradução livre.

²⁹⁹ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 150-151.

³⁰⁰ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 1-4.

³⁰¹ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 1, tradução livre.

José Xavier Carvalho de Mendonça,³⁰² Sylvio Marcondes,³⁰³ Rubens Requião,³⁰⁴ Waldírio Bulgarelli,³⁰⁵ P. R. Tavares Paes³⁰⁶ e Sérgio Campinho.³⁰⁷

A empresa, enquanto organização econômica, é descrita como um *fenômeno econômico*, consoante dão conta, por exemplo, as opiniões de Cesare Vivante,³⁰⁸ José Xavier Carvalho de Mendonça,³⁰⁹ Alberto Asquini,³¹⁰ Rachel Sztajn,³¹¹ Luiz Gastão Paes de Barros Leães,³¹² Alfredo de Assis Gonçalves Neto,³¹³ Mauro R. Penteado,³¹⁴ Jorge Rubem Folena de Oliveira³¹⁵ e Bernardo Vianna Freitas.³¹⁶

³⁰² Na esteira de Vivante, afirmou o autor que afirmou que a empresa “é organização técnico-econômica”. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 492.

³⁰³ Conforme afirmou o autor, “há indubitavelmente, na concepção da empresa comercial, um substrato econômico consistente na organização dos fatores da produção realizada pelo empresário, no sentido da atividade empreendedora, visando à obtenção de lucro e correndo o risco correspondente. Esse substrato, por estar implícito em todos os enunciados propostos para a definição de empresa, pode ser havido como ponto pacífico na controvérsia, a qual somente surge quando se trata de complementar o conceito econômico, mediante elementos da ordem jurídica.” Sylvio Marcondes, *Limitação da responsabilidade do comerciante individual*, São Paulo, 1956, p. 162-163, apud BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 55.

³⁰⁴ Consoante o autor, os “organismos econômicos [...] tomam na terminologia econômica o nome de *empresa*”, (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 47) que “assenta sobre uma organização fundada em princípios técnicos e leis econômicas.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 48). Este mesmo autor entende que a enunciação da empresa consiste em um “bem elaborado conceito econômico.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 48)

³⁰⁵ Conforme afirma, a empresa constitui um “tipo de instituição econômica”. BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 14.

³⁰⁶ Para o autor, “[a] empresa é um organismo econômico organizada sobre princípios econômicos”. PAES, P. R. Tavares. **Curso de direito comercial**. v. 2. São Paulo: 1996, p. 53.

³⁰⁷ Afirma o autor que a empresa “[m]anifesta-se como uma organização técnico-econômica”. CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa**. 3.ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 13.

³⁰⁸ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 150.

³⁰⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 492.

³¹⁰ Afirmou Alberto Asquini que “[i]l fenomeno economico dell’impresa è stato particolarmente studiato dalla scienza economica nel sistema dell’economia liberale, che ha avuto nel secolo XIX – il secolo della rivoluzione industriale – il suo apogeo, ed ha segnato il definitivo passaggio dalla fase dell’economia artigiana alla fase delle grandi concentrazioni di capitale e di lavoro moderne (grande industria, grande commercio, grandi organizzazioni bancarie, ecc.). Ma l’impresa è la cellula fondamentale di qualunque tipo di economia organizzata.” ASQUINI, Alberto. *Profili dell’impresa*, p. 4, nota de rodapé 5.

³¹¹ A autora afirma que a empresa é “[f]enômeno econômico por excelência”. SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 8.

³¹² Para o autor, “a empresa é fenômeno econômico.” LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. 41, 128, 7-14, 2002, p. 13.

³¹³ Segundo o autor, a empresa pode ser compreendida “como fenômeno econômico”.

A empresa, enquanto fenômeno econômico, é radicada na *realidade econômica*.³¹⁷ As expressões fenômeno e realidade são frequentemente tomadas pela doutrina como sinônimas. Assim, de fenômeno radicado na realidade econômica, a empresa torna-se ela mesma uma *realidade econômica*, conforme a dicção de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa³¹⁸ e de Mônica Gusmão.³¹⁹

Com efeito, é *ponto pacífico*³²⁰ na doutrina que ao conceito jurídico de empresa subjaz o substrato econômico. O fenômeno econômico da empresa, assim, é situado em um momento *pré-jurídico*,³²¹ – isto é, *antecedente à própria experiência jurídica*,³²² – razão pela qual a empresa constitui um fenômeno *metajurídico*, consoante pareceu a Vicenzo Panuccio,³²³ a Ronnie Preuss Duarte³²⁴ e, também, a nós em duas distintas oportunidades.³²⁵

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 75.

314 Afirma o autor que “a empresa, que é um fenômeno econômico, [...] [consiste em um] fato da economia”. PENTEADO, Mauro R. Comentários ao art. 1º da Lei 11.101/05. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 87-103, p. 97.

315 Afirma o autor que “a empresa é vista como fenômeno econômico”. OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. A empresa: uma realidade fática e jurídica, p. 112.

316 O autor atribui à empresa a “qualidade de fenômeno econômico”. FREITAS, Bernardo Vianna. Ensaio sobre a responsabilidade social corporativa como elemento da regra de julgamento de negócios. **Revista de Direito Empresarial**, n. 15, 13-38, 2011, p. 17.

317 Fernando Netto Boiteux faz referência à “palavra ‘empresa’ na realidade econômica”. BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**. XLI, 125, 48-57, 2002, p. 48. Em igual sentido, ver SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: os centros comerciais como realidade juridicamente relevante**, p. 13.

318 Afirma o autor que “a empresa é uma realidade econômica”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial** v. I, p. 111-112.

319 Para a autora, a “[e]mpresa é uma realidade econômica”. GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 9. ed. Rio de Janeiro: 2009, p. 12.

320 Sylvio Marcondes, *Limitação da responsabilidade do comerciante individual*, São Paulo, 1956, p. 162-163, apud BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 55.

321 ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 1-4; e MIRANDOLA, Carlos Maurício Sakata. Apontamentos para uma teoria geral da empresa: uma visão pragmática, p. 447.

322 Consoante afirmou Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, “o conceito de empresa antecede o seu reconhecimento pela ordem jurídica.” COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de empresa no direito brasileiro. In: Wald, Arnoldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 89-106, p. 91.

323 PANUCCIO, Vicenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 577.

324 Conforme afirmou o autor, a descrição do “fenômeno pré-jurídico (ou meta-jurídico) da empresa, ao contrário de se revelar eminentemente ilustrativa [...], permite a apreensão de certas características comuns, que poderão ser úteis para a análise posterior da empresa sob a óptica do direito.” DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 29.

325 Conforme afirmamos, “[o] legislador inseriu o conceito econômico de empresa em nosso ordenamento, enquanto um conceito metajurídico, ao criar o suporte fático da figura do empresário.” CAVALLI, Cássio. **Transformações gerais no direito comercial - o direito**

Enquanto fenômeno antecedente ao direito, radicado que está na realidade econômica, a noção econômica da empresa impõe-se como ponto de partida do jurista para a elaboração de seu conceito jurídico, consoante sustentam, por exemplo, Waldírio Bulgarelli,³²⁶ Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa,³²⁷ Ronnie Preuss Duarte,³²⁸ Marlon Tomazette³²⁹ e Pedro Malta da Silveira.³³⁰ Neste mesmo sentido, sintetiza Vincenzo Panuccio:

[A] empresa, como talvez nenhum outro instituto, deriva a sua configuração jurídica e seu regulamento, da realidade econômico-social. Diversas assertivas doutrinárias, também sobre o plano jurídico, não seriam compreendidas plenamente, ou não seriam compreendidas verdadeiramente, se faltasse um recurso preliminar a uma série de dados, por assim dizer, metajurídicos, dessumíveis da economia, da administração de empresas e da sociologia.³³¹

Desse modo, afirma-se uma separação entre a esfera econômica e a esfera jurídica mediante a reconhecimento de uma *dualidade de concepções*³³² acerca do mesmo fenômeno, o que estabelece uma tensão entre economia e direito.³³³

Esta tensão entre os conceitos econômico e jurídico de empresa é marcada por uma relação de precedência da sua descrição econômica sobre a sua descrição jurídica. À

da empresa no novo Código Civil, p. 77. Reiteramos a mesma ideia em CAVALLI, Cássio. **Reflexões sobre direito e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito**, p. 87.

³²⁶ A tarefa da doutrina, conforme assinala o autor, consiste em partir “de uma noção econômica ou sociológica (ou conjugada) [para] encontrar uma fórmula que exprima coerentemente essa noção metajurídica.” BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 52.

³²⁷ De acordo com o autor, “a empresa é uma realidade econômica, sendo impossível construir um conceito jurídico de empresa distinto do conceito econômico.” VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial** v. I, p. 111-112.

³²⁸ Segundo afirma o autor, “é inequívoca a relevância da apreensão da concepção econômica de empresa, antes mesmo de qualquer análise jurídica da mesma realidade”. DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 29.

³²⁹ Para o autor, “[a] noção inicial de empresa advém da economia”. TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**, p. 3.

³³⁰ O autor afirma que “a matéria da disciplina jurídica não é constituída pelo próprio direito, é-lhe prévia, havendo que, de alguma sorte, ser detectada na sociedade. A realidade social é prévia ao direito, a ele se impondo, no mínimo, como ponto de partida.” SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: os centros comerciais como realidade juridicamente relevante**, p. 16-17.

³³¹ PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 576-577, tradução livre.

³³² COUTO E SILVA, Clóvis do. **O conceito de empresa no direito brasileiro**, p. 89.

³³³ Jorge Rubem Folea de Oliveira afirma que “a definição jurídica da empresa está intimamente ligada à sua definição econômica.” OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. **A empresa: uma realidade fática e jurídica**, p. 114. Em sentido análogo, ver COUTO E SILVA, Clóvis do. **O conceito de empresa no direito brasileiro**, p. 89.

economia cabe elaborar a descrição do fenômeno da empresa; ao direito cabe apenas *transpor* ou *adaptar* o fenômeno econômico.³³⁴

Com efeito, o fenômeno radicado na realidade econômica, – e, portanto, na realidade social, – será objeto da ciência jurídica, à medida que o direito compreende e o eleva à categoria de fato jurídico. A empresa, assim, pode ser concebida, de um lado, como uma realidade fática e, de outro, como uma realidade jurídica.³³⁵

A tarefa do jurista consiste em descrever esta realidade fática com base em elementos econômicos, selecionar os elementos contidos na descrição que interessam ao direito e, com base nestes elementos, elaborar um conceito jurídico de empresa. Nesse sentido, consoante afirma Ronnie Preuss Duarte, o “fenômeno pré-jurídico (ou meta-jurídico) da empresa, ao contrário de se revelar eminentemente ilustrativo [...], permite a apreensão de certas características comuns, que poderão ser úteis para a análise posterior da empresa sob a óptica do direito.”³³⁶

Por esta razão, ocupam-se os juristas em descrever o fenômeno econômico mediante recurso a um *conceito econômico* de empresa. Neste sentido, de fenômeno radicado na realidade econômica transmuta-se a empresa em um *conceito* pertencente à *ciência econômica*,³³⁷ onde surgiu e evoluiu.³³⁸

O conceito econômico de empresa, assim, estabelece as condições de possibilidade de elaboração de um conceito jurídico de empresa.³³⁹ Com efeito, o próprio conceito jurídico

³³⁴ Neste sentido, afirmou Clóvis do Couto e Silva: “assim como sucede com a família, com o contrato e com tantos outros modelos jurídicos, a empresa é apenas reconhecida pelo Direito, pois sua existência a ele antecede. Há, por igual, uma concepção econômica da empresa.” COUTO E SILVA, Clóvis do. **O conceito de empresa no direito brasileiro**, p. 89.

³³⁵ Assim, por exemplo, Jorge Rubem Folena de Oliveira publicou artigo intitulado OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A empresa: uma realidade fática e jurídica.

³³⁶ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 29.

³³⁷ Conforme afirmam Newton De Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, a empresa “traduz um conceito econômico, inserida que está na Ciência Econômica.” DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Análise crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial**, p. 9.

³³⁸ Neste sentido, Pedro Malta da Silveira asseverou que “o conceito de empresa nasceu e, de alguma forma, frutificou na ciência econômica, aí assumindo um conteúdo, senão inequívoco, pelo menos relativamente estável”. SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: os centros comerciais como realidade juridicamente relevante**, p. 13. Em igual sentido, Fran Martins, ao discorrer sobre o conceito jurídico de empresa, afirmou que a “empresa já era conhecida no campo econômico”. MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 3. ed. Rio de Janeiro: 1991, p. 15.

³³⁹ Consoante registra José Edwaldo Tavares Borba, “[o] conceito jurídico de empresa foi construído a partir de seu conceito econômico”. BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito**

de empresa que se houver de elaborar sofrerá a “influência de elementos metajurídicos, como os conceitos econômicos”.³⁴⁰ Desse modo, enfatiza-se que “a definição jurídica de empresa está intimamente vinculada à sua definição econômica”.³⁴¹

O forte acento colocado no aspecto econômico do fenômeno da empresa e a sua imprescindibilidade para a elaboração de um conceito jurídico parece levar à conclusão de que há um alto grau de interdisciplinaridade, – entre direito e economia, ao menos, – quando do enfrentamento do tema. Nenhuma conclusão haveria de ser mais equivocada do que esta. O *iter* lógico percorrido na elaboração de uma definição jurídica de empresa conduz precisamente à conclusão oposta. A demonstração desta assertiva pode ser realizada percorrendo-se no sentido inverso o mesmo percurso argumentativo até aqui percorrido. Isto é, cumpre desconstruir-se analiticamente este discurso, de modo a evidenciar-lhe as suas verdadeiras características.

Esta tarefa inicia-se pelo extremo oposto, que também parece convergir para um consenso entre os juristas: até o presente momento, não se obteve elaborar uma definição jurídica de empresa. Por esta razão, impõe-se à literatura jurídica o dever de justificar porque motivo não se logrou captar os traços essenciais do fenômeno econômico que pretende disciplinar.

Esta crítica deve ser conduzida dentro da opção metodológica que parte do dado teórico econômico em direção à definição jurídica; portanto, sem lançar mão da crítica segundo a qual o recurso à economia seria uma *toada épica*³⁴² com valor meramente

societário, p. 11. Em sentido análogo, Marlon Tomazette afirma: “A partir de tal concepção econômica é que se desenvolve o conceito jurídico de empresa, o qual não nos é dado explicitamente pelo direito positivo, nem mesmo nos países onde a teoria da empresa foi positivada inicialmente. Por tratar-se de um conceito originalmente econômico, alguns autores pretendiam negar a importância a tal conceito, outros pretendiam criar um conceito jurídico completamente diverso. Todavia, os resultados de tais tentativas se mostraram insatisfatórios, tendo prevalecido a ideia de que o conceito jurídico de empresa se assenta nesse conceito econômico, pois o fenômeno é mesmo econômico, sociológico, religioso ou político, apenas formulado de acordo com a visão e a linguagem da ciência jurídica.” TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**, p. 4. Neste sentido, “[o] conceito econômico não pode ser desprezado pelo Direito. Outrossim, é relevante, pois se preocupa com as consequências do fenômeno, não só no âmbito interno da organização mas também das necessidades e, mais precisamente, das necessidades do mercado em geral.” FÉRES, Marcelo Viana. Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). **Direito de empresa no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37-69, p. 52.

³⁴⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 75-76.

³⁴¹ OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A empresa: uma realidade fática e jurídica, p. 114.

³⁴² Conform a dicção de António Menezes Cordeiro, “a toada épica deste autores não tem depois repercussões no plano dogmático.” CORDEIRO, António Menezes. **Manual de**

retórico.³⁴³ É que esta última linha de formulação de crítica acaba por reforçar a opção metodológica de partir-se do dado teórico jurídico ou legislativo, sem explicar porque a opção metodológica criticada não possibilita a compreensão jurídica do tema da empresa.

O primeiro aspecto a ser observado consiste em que o conceito econômico de empresa, apontado em um primeiro momento como sendo o ponto a partir do qual o direito elaborará o seu conceito de empresa, acaba por ser imediatamente criticado e desqualificado pelos mesmos autores que o utilizaram como referência inicial de seu discurso. Assim, por exemplo, registra Vincenzo Panuccio que “[u]ma definição de empresa em sentido econômico seria difícil para um economista e certamente não poderia ser arriscada por um jurista.”³⁴⁴

Com efeito, ante o reconhecimento da dificuldade em formular-se um conceito econômico de empresa, é relativizada a sua importância para a elaboração de uma definição jurídica. Neste sentido, a relativizar a importância do conceito econômico, afirmou Waldírio Bulgarelli: “[n]ão vamos nos preocupar, aqui, com todas as incertezas e contrariedades próprias da ciência econômica, mas, contentar-nos com a existência da empresa, e mais que isso, realçar o seu significado econômico”,³⁴⁵ até porque, “[s]em dúvida, os economistas acabaram por obter as notas características da empresa, mas ao cabo e ao longo de uma oferta continuada de um emaranhado de noções, que justifica as críticas feitas.”³⁴⁶

O insucesso em utilizar-se o conceito econômico de empresa como ponto de partida para a compreensão jurídica do tema não é apenas debitado à conta da imprecisão do conceito econômico, mas também à própria realidade econômica. Afirma-se que a *realidade econômica* está em constante *ebulição*,³⁴⁷ ante o advento da economia industrial e pós-industrial,³⁴⁸ a formação de uma sociedade de produção e consumo em massa, e a

direito comercial v. I, p. 232.

³⁴³ Nesse sentido, adverte Clóvis do Couto e Silva que, “[n]o pensamento de muitos juristas, prevalece uma visão política e econômica da empresa, sem que se tenha uma idéia exata do seu conceito jurídico. Tornam-se, assim, esses autores presa fácil de uma cadeia de argumentos puramente retóricos com que se qualifica a moderna sociedade industrial capitalista.” COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de empresa no direito brasileiro, p. 42.

³⁴⁴ PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 577, tradução livre.

³⁴⁵ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 18, nota de rodapé 25.

³⁴⁶ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 18, nota de rodapé 25.

³⁴⁷ Nesse sentido, afirmou Waldírio Bulgarelli que “a resolução dessas questões impostas pela realidade econômica em ebulição [...] [pressiona] os estudos jurídicos tradicionais”. BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 16.

³⁴⁸ GALGANO, Francesco. **I rapporti di scambio nella società post-industriale**, *passim*; e GALGANO, Francesco. Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio. **Contratto e impresa**. 17, 1, 189-205, 2000, *passim*.

globalização da economia.³⁴⁹ Assim, resta a impressão de que a *realidade econômica* e, por conseguinte, o conceito econômico situado nesta realidade, insistem em escapar das mãos do jurista.³⁵⁰ Neste sentido, registra Fábio Tokars que a “perplexidade decorrente do cotejo entre a relevância da empresa como realidade e a carência de enquadramento jurídico como categoria”³⁵¹ conduz à conclusão de que a empresa é considerada uma abstração pelo legislador que, “ao menos de forma indireta, pautou-se em sua realidade econômica para construir uma legislação mais próxima da realidade fática.”³⁵²

Assim afirmada a ductibilidade da realidade econômica, atribui-se esta característica das *transformações do ambiente econômico* ao *conceito econômico de empresa*, de modo a justificar porque a literatura jurídica não obtém apreender o escapadiço fenômeno econômico da empresa. Consoante afirma Alfredo de Assis Gonçalves Neto, a “empresa, como fenômeno econômico, apresenta-se com grande complexidade perante o direito”.³⁵³ Essa complexidade é atribuída, de um lado, ao dinamismo das transformações econômicas³⁵⁴ e, de outro, à pluralidade de perspectivas a partir das quais o direito pode disciplinar o escapadiço fenômeno.³⁵⁵

A constatação do dinamismo das transformações econômicas conduz à percepção de que não é possível, nem sequer recomendável, que o direito, notadamente o legislado, elabore uma definição de empresa. Consoante afirma Luiz Inácio Vigil, a empresa consiste em conceito metajurídico que “o legislador brasileiro, acertadamente, optou por não definir já que uma definição escrita poderia ‘engessar’ o conceito, afastando-o da compreensão social ao longo dos anos.”³⁵⁶

³⁴⁹ Consoante registra Waldírio Bulgarelli, a “empresa, porque passou a dominar a economia moderna, teria fatalmente, mais cedo ou mais tarde, que encontrar um lugar no Direito.” BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 20.

³⁵⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 272.

³⁵¹ TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**, p. 431.

³⁵² TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**, p. 432.

³⁵³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 75.

³⁵⁴ Conforme registra Jorge Rubem Folena de Oliveira, “a empresa é instituto em constante evolução, devendo o direito acompanhá-la, em cada época, conforme as mutações econômicas ocorridas na sociedade.” OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. *A empresa: uma realidade fática e jurídica. Revista de Informação Legislativa*, 144, 1999., p. 112.

³⁵⁵ Mauro R. Penteado, por exemplo, afirma que “[t]entativas e elaborações foram ensaiadas para que a empresa, que é um fenômeno econômico, recebesse conceito jurídico unitário, o que até agora não parece possível, pois esse fato da economia projeta-se no mundo do direito e nas legislações de forma diversa, e sob esses aspectos diferenciados é que se conduz a sua disciplina.” PENTEADO, Mauro R. **Comentários ao art. 1º da Lei 11.101/05**, p. 97.

³⁵⁶ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Porto Alegre: 2008, p. 65.

A ausência de um conceito jurídico de empresa conduz à utilização casuística e desarticulada do termo³⁵⁷ e, mais do que isso, denota, em verdade, a ausência de uma teoria jurídica da empresa capaz de disciplinar o fenômeno, restando a conclusão de Alberto Asquini, segundo a qual “a técnica do direito não pode dominar o fenômeno econômico da empresa”.³⁵⁸

Todo o percurso argumentativo até aqui trilhado conduz inexoravelmente a esta conclusão e, portanto, também à conclusão de que a compreensão jurídica da empresa deva ocorrer exclusivamente no interior do sistema jurídico, tendo como base a racionalidade jurídica, sendo irrelevantes considerações de ordem econômica.

A conclusão de Alberto Asquini, entretanto, é baseada na impossibilidade de o direito dominar o fenômeno econômico da empresa *tal qual descrito pelos juristas*. Ou seja, esta conclusão é válida somente no que respeita à dificuldade de compreender-se juridicamente um conceito de empresa que de econômico só tem o adjetivo. Portanto, esta conclusão não pode ser ampliada de modo a alcançar também a descrição econômica de empresa e de suas funções levada a cabo pelos economistas; ao menos enquanto não for conduzida uma pesquisa que verifique a possibilidade ou impossibilidade de o direito captar o fenômeno econômico, tal qual compreendido a partir de pressuposições constitutivas da ciência econômica.

1.2.2 O conceito econômico elaborado pelos juristas

Na elaboração do conceito econômico de empresa pelos juristas, cumpre observar que o conceito ‘econômico’ com o qual trabalham os juristas não é formulado pelos economistas, mas pelos próprios juristas que, posteriormente, atribuem o conceito que formularam aos economistas.³⁵⁹ Nesta tarefa, a literatura consultada pelos juristas é preponderantemente a literatura jurídica, conquanto um menor número de obras também se ocupe de consultar a literatura econômica. Como resultado, na elaboração do conceito de

³⁵⁷ Wilson de Souza Campos Batalha, por exemplo, afirma que o conceito de empresa “é, sobretudo, de ordem econômica e o legislador, por vezes, define a empresa apenas para efeito de aplicabilidade de certas e determinadas normas.” BATALHA, Wilson de Souza Campos. **A empresa e seus problemas atuais**, p. 311.

³⁵⁸ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 20, tradução livre.

³⁵⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 26, 52 e 54.

empresa pelos juristas há uma *harmoniosa visão do fenômeno*³⁶⁰ na qual *não há dissensão*:³⁶¹ o conceito econômico de empresa, tal qual elaborado atualmente pelos juristas, ainda contém os mesmos elementos encontrados na definição formulada por Cesare Vivante no final do século XIX.

O conceito econômico de empresa é elaborado pelos juristas com vistas a evidenciar-lhe a *estrutura*, isto é, o conjunto de elementos que integram o conceito. Com efeito, independentemente do contexto histórico, econômico e cultural em que se situe a literatura jurídica,³⁶² o conceito econômico de empresa é formado pelos seguintes elementos: (a) organização dos fatores de produção; (b) pelo trabalho do empresário; (c) voltada à obtenção de um produto destinado à troca em mercado, isto é, voltado a satisfazer necessidades alheias (d) sob o risco do próprio empresário; (e) que colhe os resultados da sua atividade a título de lucro.

Ademais, a parcela da doutrina que recorre à literatura econômica o faz apenas em busca de um conceito, sem perquirir qual o significado que o conceito e seus elementos possam assumir no contexto de uma teoria econômica. Desse modo, exsurge como outra constante na literatura jurídica a ausência de aprofundamento da investigação do conceito econômico de empresa na literatura econômica.

O primeiro jurista a conceituar economicamente empresa foi, ao que tudo indica, Cesare Vivante, que escreveu sobre o tema na Itália do final do século XIX com o propósito de identificar o significado dogmático da expressão ‘empresa’ enquanto espécie do gênero ato de comércio, contido no art. 3º do Código Comercial italiano de 1882. De acordo com Cesare Vivante,

A empresa é um organismo econômico que coloca movimento os elementos necessários para obter um produto destinado à troca, sob o risco do empresário. A combinação daqueles vários elementos, natureza, capital e trabalho, que se associando produzem resultados que separadamente estariam impossibilitados de produzir, o risco que o empresário assume para produzir uma nova riqueza, são os dois elementos essenciais de toda empresa. O direito comercial faz seu este conceito econômico, embora destacando que o trabalho do empresário deve ser voltado a satisfazer necessidades alheias, aquelas do mercado, e que por isto, como é a regra dominante para os outros comerciantes, ele deve cumprir uma função de intermediário, intrometendo-se entre a massa dos trabalhadores e a massa

³⁶⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 54.

³⁶¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro, p. 13.

³⁶² A referência aqui é feita aos ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos, de fins do século XIX até os dias atuais.

dos consumidores. Colocando cada um dos trabalhadores no posto em que cada um possui maior competência e, portanto, especificando em um ramo industrial a própria atividade e aquela dos próprios operários, fertilizando-a com o aporte do capital, a empresa prepara os produtos de que o mercado necessita. Neste duplo campo, nas operações passivas com as quais reúne as massas trabalhadoras e os instrumentos de trabalho e nas operações ativas, mediante as quais coloca os produtos, explica-se aquela sua atividade particular atividade reguladora que justifica o lucro.³⁶³

Esta posição foi criticada por Alfredo Rocco, que sustentou que o conceito econômico de empresa, tal qual formulado por Cesare Vivante, superava em extensão o seu conceito jurídico. Conforme entendia Alfredo Rocco,

o elemento econômico da empresa encontra-se, não só nos atos qualificados de empresa pelo código, mas em todos os atos de comércio constitutivos. Assim, acha-se na compra para revenda e sucessivas revendas, isto é, acha-se no comércio propriamente dito, porque o comércio é também um ramo da produção econômica e toda produção comercial implica uma organização dos vários fatores de produção, destinada a produzir e a produzir para o mercado em geral; donde há que concluir que a simples compra para a revenda e as sucessivas revendas, o comércio enfim, são uma empresa não só no sentido mais lato, como no mais restrito.³⁶⁴

Por esta razão, sustentava Alfredo Rocco que

um elemento comum a todos os atos de comércio não pode ser tomado como critério distintivo de uma só e única categoria deles. O caráter de empresa no sentido econômico não pode ser aquela diferença específica que distingue as ‘empresas’ do código de todos os outros atos de comércio. Além de que: – há empresas no sentido econômico que não são empresas, segundo o código.³⁶⁵

A crítica de Alfredo Rocco não era endereçada ao conceito econômico de empresa, mas ao fato de que Cesare Vivante havia elaborado um conceito econômico de empresa para aplicá-lo apenas a uma espécie de ato de comércio, enquanto que Alfredo Rocco entendia que este conceito econômico influenciava a integralidade dos atos de comércio constitutivos. Com isso, o conceito econômico de empresa elaborado por Cesare Vivante permaneceu intacto, mas com um alcance ampliado ao gênero ato de comércio.³⁶⁶

³⁶³ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 150-151, tradução livre.

³⁶⁴ ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**, p. 178.

³⁶⁵ ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**, p. 179.

³⁶⁶ Consoante registrou Waldírio Bulgarelli, a “empresa, porque passou a dominar a economia moderna, teria fatalmente, mais cedo ou mais tarde, que encontrar um lugar no Direito. E, conquanto se tenha intrometido em praticamente todos os ramos do Direito, o lugar central, convergente, que lhe é próprio, está no direito Comercial, pois é a ele que compete a fixação de um regime jurídico na âmbito privado. Historicamente, a empresa tendo nele se inserido timidamente, quase esquivamente, graças ao elastério dado à *noção econômica de comércio*,

Ainda na vigência do Código de Comércio italiano de 1882, Lorenzo Mossa afirmou que:

Do ponto de vista econômico, a empresa se apresenta como uma organização de capital, trabalho e forças naturais. O alcance e a âlea são indiferentes para a qualidade jurídica. Também o é que o organismo da empresa corresponda a uma noção rigorosa.³⁶⁷

O conceito econômico de empresa manteve-se perene mesmo nas obras de autores que escreveram em contexto histórico-cultural-dogmático bastante distinto daquele em que se encontravam Cesare Vivante e Alfredo Rocco.

Assim, conquanto tenha escrito sobre o tema na época do fascismo corporativista italiano,³⁶⁸ e já após a promulgação do Código Civil italiano de 1942, Alberto Asquini conceitua economicamente a empresa como “toda organização de trabalho e de capital com o propósito de produzir bens ou serviços para a troca.”³⁶⁹ Em seguida, o autor complementa o seu conceito discorrendo sobre o risco e o lucro,³⁷⁰ que tocam ao empresário.³⁷¹

a partir do momento em que assumiu a hegemonia econômica, tomando vestes próprias, acarretou, naturalmente, a inversão dos papéis: o comerciante passa a ser um tipo de empresa (a empresa comercial), e não a empresa um tipo de comerciante.” BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 20.

³⁶⁷ MOSSA, Lorenzo. **Derecho mercantil** v. I, p. 20, tradução livre.

³⁶⁸ É interessante notar que as obras de economia citadas por Alberto Asquini são: *Lezioni di economia politica e corporativa*, de Papi; *Economia politica corporativa*, de Vito; e *Economia politica corporativa*, de De Francisci. ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 2, nota de rodapé 2.

³⁶⁹ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 2, tradução livre.

³⁷⁰ Conforme afirma o autor, “[l]a dottrina economica dell’impresa fa parte della dinamica dell’economia, poichè il fenomeno della produzione si svolge necessariamente nel tempo ed è soprattutto in relazione alla variabilità nel tempo del risultato utile dell’impresa per l’imprenditore (*richio dell’impresa*), che il lavoro organizzativo dell’imprenditore assume rilievo economico. Il rischio dell’impresa – *rischio tecnico*, inerente a ogni procedimento produttivo, e *rischio economico*, inerente alla possibilità di coprire i *costi* del lavoro (salari) e del capitale (interessi) impiegati con i *ricavi* dei beni o servizi prodotti per lo scambio – fa sì che all’imprenditore si richieda un lavoro di organizzazione e di creazione per determinare conformemente ad adeguate previsioni le modalità di attuazione della produzione e della distribuzione dei beni. È questo l’apporto tipico dell’imprenditore; donde quella speciale remunerazione dell’imprenditore che dicesi *profitto* (margine differenziale tra i ricavi e i costi) e che costituisce il normale motivo della attività imprenditrice sul piano economico.” ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 2-3.

³⁷¹ Neste sentido, afirmou o autor que “[a]nche nell’economia di scambio la funzione dell’imprenditore è dunque una funzione creativa di ricchezza e non soltanto intermediaria. Vero è che attraverso l’attività dell’imprenditore trovano impiego il lavoro e i capitali disponibili sul mercato e viene soddisfatta la domanda di beni o servizi da parte del mercato. Ma nei beni o servizi forniti dall’imprenditore al mercato sono incorporati non solo il lavoro esecutivo e i capitali impiegati, ma anche il lavoro organizzativo e creativo dell’imprenditore.” ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 3.

O conceito econômico de empresa elaborado por Alberto Asquini não destoava daquele elaborado por Cesare Vivante. As diferenças entre as obras dos dois autores somente se iniciam na etapa lógica seguinte, em que o direito se ocupa da transposição ou da adaptação do conceito econômico. Nesta etapa lógica, destacava Alberto Asquini que

É quase desnecessário salientar que o conceito de empresa, entrando no código civil através do ordenamento corporativo com o significado econômico acima indicado, separou-se dos diversos significados que a palavra ‘empresa’ possuía na legislação anterior.³⁷²

Portanto, as diferenças havidas na doutrina de Cesare Vivante e de Alberto Asquini não são relativas ao conceito econômico de empresa, mas a forma pela qual o direito cuidará de importar ou traduzir o conceito econômico.

Os autores italianos que se dedicaram a conceituar economicamente a empresa após a promulgação do *Codice Civile* continuaram elaborar conceitos que reproduziam substancialmente aquele elaborado por Cesare Vivante. Assim, por exemplo, para Giuseppe Ferri,

A predisposição dos bens ou serviços para o mercado geral não é, na realidade prática, o fruto de uma atividade accidental e improvisada, mas é o objeto de uma atividade especializada e profissional, a qual se explica através de organismos econômicos especialmente predispostos. Estes organismos econômicos, que se concretizam na organização dos fatores da produção e que se propõem a satisfação das necessidades alheias e mais precisamente das exigências do mercado geral, assumem na terminologia econômica o nome de empresa.³⁷³

No mesmo sentido, Mario Casanova afirmou que:

Substancialmente, a noção jurídica de empresa, tal qual colocada pelo legislador italiano, pelo menos grosso modo, coincide com a correspondente noção econômica. Também para a ciência da economia, verdadeiramente, a empresa consiste na organização dos fatores da atividade econômica, produtiva e distributiva e no seu exercício. Em sua essência, o trabalho do empresário é portanto trabalho profissional de organização, também se a sua atividade não se exaurisse, sempre e apenas sempre, no momento organizativo; mas frequentemente é também atividade técnica, de índole executiva inerente ao objeto específico da empresa.³⁷⁴

Outros autores europeus também deram continuidade ao conceito econômico de empresa elaborado por Cesare Vivante, como o espanhol Manuel Broseta Pont, que escreveu

³⁷² ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 4-5, tradução livre.

³⁷³ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 27, tradução livre.

³⁷⁴ CASANOVA, Mario. *Impresa privata ed impresa in generale*. In: (Org.). **Lo statuto dell'impresa**. Milano: Giuffrè, 1986, p. 79-97, p. 80, tradução livre.

na segunda metade do século XX. Para o autor, a empresa é a “organização de capital e trabalho destinada à produção ou intermediação de bens e serviços para o mercado.”³⁷⁵

No Brasil, o conceito econômico de empresa elaborado pela doutrina trilha igual caminho e perpassa gerações (que escreveram em contextos muito distintos) sem sofrer modificação alguma.

Nesse sentido, José Xavier Carvalho de Mendonça, contemporâneo de Cesare Vivante que se dedicou ao tema sob a vigência do Código Comercial brasileiro de 1850, afirmou que a empresa

é organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade.³⁷⁶

Em meados do século XX, conquanto permanecesse em vigor o Código Comercial brasileiro de 1850, acentuava-se doutrinariamente a influência da teoria da empresa, que havia sido recentemente adotada pelo Código Civil italiano de 1942. Os autores brasileiros, assim, dedicaram cada vez mais atenção ao tema. Desse modo, para Sylvio Marcondes, jurista que viria a integrar a Comissão Elaboradora do Anteprojeto de Código Civil,

há indubitavelmente, na concepção da empresa comercial, um substrato econômico consistente na organização dos fatores da produção realizada pelo empresário, no sentido da atividade empreendedora, visando à obtenção de lucro e correndo o risco correspondente. Esse substrato, por estar implícito em todos os enunciados propostos para a definição de empresa, pode ser havido como ponto pacífico na controvérsia, a qual somente surge quando se trata de complementar o conceito econômico, mediante elementos da ordem jurídica.³⁷⁷

Com efeito, ainda para o mesmo autor, “[o] conceito econômico de empresa está na organização dos fatores da produção de bens ou serviços para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados.”³⁷⁸

³⁷⁵ PONT, Manuel Broseta. **Manual de derecho mercantil**. v. I. 11.ed. Madrid: 2002, p. 54, tradução livre.

³⁷⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 492.

³⁷⁷ Sylvio Marcondes, *Limitação da responsabilidade do comerciante individual*, São Paulo, 1956, p. 162-163, apud BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 55.

³⁷⁸ MARCONDES, Sylvio. **Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil**, p. 8.

Os juristas que se dedicaram ao tema da empresa antes da promulgação do Código Civil de 2002 conceituaram a empresa em termos praticamente iguais, a exemplo de José Pinto Antunes,³⁷⁹ Fran Martins,³⁸⁰ Rubens Requião,³⁸¹ e Waldírio Bulgarelli.³⁸²

Os juristas brasileiros que escreveram sobre o tema no final do século XX (portanto, quando já se aproximava da adoção da teoria da empresa mediante a promulgação do novo Código Civil) e no início do século XXI, seguiram o rumo que havia sido firmado por Cesare Vivante mais de um século antes, a exemplo de José Edwaldo Tavares Borba,³⁸³ Carlos Maurício Sakata Mirandola,³⁸⁴ Betyna Ribeiro de Almeida,³⁸⁵ Jorge Lobo,³⁸⁶ Fernando Netto Boiteux,³⁸⁷ Marcelo Viana Féres,³⁸⁸ Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa,³⁸⁹ Mauro Rodrigues

³⁷⁹ Para o autor, “[e]mpresa é um dos regimes de produzir, onde alguém (empresário), por via contratual, utiliza os fatores da produção sob sua responsabilidade (riscos) a fim de obter uma utilidade, vendê-la no mercado e tirar da diferença, entre o custo da produção e o preço da venda, o maior proveito monetário possível.” ANTUNES, José Pinto. **A produção sob o regime da empresa**. São Paulo: 1964, p. 62.

³⁸⁰ Para o autor, “[a] empresa já era conhecida no campo econômico, consistindo na organização de capital e trabalho com a finalidade da produção ou circulação de bens e prestação de serviços.” MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, p. 15.

³⁸¹ Para o autor, os “organismos econômicos, que se concretizam da organização dos fatores de produção e que se propõem à satisfação das necessidades alheias, e, mais precisamente, das exigências do mercado geral, tomam na terminologia econômica o nome de *empresa*.” REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 47.

³⁸² Para o autor, a empresa é “uma organização complexa dos fatores de produção – a natureza, o trabalho e o capital, conjugados harmonicamente, tendo como objetivo produzir ou comercializar para o mercado.” BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais**. 8. ed. São Paulo: 1999, p. 295-296.

³⁸³ Segundo entende o autor, “[a] empresa era desde então definida como a estrutura fundada na organização dos fatores da produção (natureza, capital e trabalho) para o desenvolvimento de uma atividade econômica.” BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**, p. 12.

³⁸⁴ Entende o autor que entende que a empresa “diz respeito ao enfrentamento do problema da escassez – organização dos fatores de produção para otimização dos recursos naturais e humanos, de forma a tornar mais eficiente a alocação dos fatores de produção. [...] Considera-se a produção de riqueza e o direcionamento ao mercado como essencial.” MIRANDOLA, Carlos Maurício Sakata. Apontamentos para uma teoria geral da empresa: uma visão pragmática, p. 424, e, no mesmo sentido, p. 429, 434.

³⁸⁵ Para a autora, na empresa “a organização refere-se à coordenação dos fatores de produção”. ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa, p. 251.

³⁸⁶ Para o autor, “a finalidade precípua da empresa é produzir para o mercado bens e serviços, através de diversas unidades fabris especializadas, por conta e risco exclusivo do empresário, com finalidade lucrativa”. LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: 1993, p. 23.

³⁸⁷ De acordo com o autor, “[a] palavra ‘empresa’ na realidade econômica, tanto quanto na ordem jurídica, significa a organização do empresário para o exercício da sua atividade.” BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo Código Civil, p. 48.

³⁸⁸ Para o autor, “[e]m sentido econômico, a empresa estrutura-se, basicamente, em atenção à economia de troca. Quer-se que bens e serviços sejam produzidos como valores de escambo.” FÉRES, Marcelo Viana. **Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro**, p. 48.

³⁸⁹ Consoante entende o autor, “[t]em-se afirmado nesta obra, inúmeras vezes, que, como

Penteado,³⁹⁰ Sérgio Campinho,³⁹¹ Gladston Mamede,³⁹² Maria Helena Diniz,³⁹³ Arnaldo Rizzardo,³⁹⁴ Mônica Gusmão,³⁹⁵ Bernardo Vianna Freitas,³⁹⁶ Edson Eisfer³⁹⁷ e, por fim, do português Pedro Malta da Silveira.³⁹⁸

Embora seja correta a assertiva de que o conceito econômico de empresa utilizado pelos juristas não é formulado por economistas, mas por juristas, há diversos autores que

conceito, a *empresa é a atividade econômica organizada pelo empresário*, na qual o lucro é buscado como finalidade.” VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial** v. I, p. 147.

³⁹⁰ Sustenta o autor que “[o] conceito econômico de empresa – como organização dos fatores de produção de bens ou serviços, para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados – tem sido fonte de contínua discussão sobre a natureza jurídica da empresa, entre os autores que já não consideram suficiente a lição de Vivante, aliás consagrada na doutrina brasileira, de que ‘o direito faz seu aquele conceito econômico’.” PENTEADO, Mauro R. **Comentários ao art. 1º da Lei 11.101/05**, p. 99.

³⁹¹ Consoante afirma, a empresa “[m]anifesta-se como uma organização técnico-econômica, ordenando o emprego de capital e trabalho para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva.” CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa**, p. 13.

³⁹² Para o autor, “[a] empresa é a organização de meios materiais e imateriais, incluindo pessoas e procedimentos, para a consecução de determinado objeto (o objeto social), com a finalidade genérica de produzir vantagens econômicas que sejam apropriáveis por seus titulares, ou seja, lucro que remunere aqueles que investiram na formação do seu *capital empresarial*.” MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**, p. 32.

³⁹³ Entende a autora que a “[e]mpresa é, portanto, a atividade econômica organizada que reúne capital, trabalho, insumos e tecnologia para produção e circulação de bens e prestação de serviços.” DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 8. São Paulo: 2008, p. 16-17.

³⁹⁴ O autor conceitua a empresa como “uma atividade econômica organizada para a circulação de bens, ou a sua produção, ou a prestação de serviços.” RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**. Rio de Janeiro: 2007, p. 11.

³⁹⁵ Para a autora, a “[e]mpresa é uma realidade econômica, centro de decisões capaz de adotar estratégia voltada à produção de bens e serviços, uma combinação de fatores de produção – *terra, capital, trabalho* – ou unidade de produção que trabalha para o mercado.” GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**, p. 12.

³⁹⁶ Para o autor, “na qualidade de fenômeno econômico, a empresa apresenta-se como a soma organizada dos fatores de produção para o desenvolvimento de atividades econômicas que resultem na criação de bens e serviços. Esse é o papel essencial da empresa em um contexto de liberdade econômica: produzir bens e serviços necessários ou úteis à comunidade.” FREITAS, Bernardo Vianna. Ensaio sobre a responsabilidade social corporativa como elemento da regra de julgamento de negócios, p. 17.

³⁹⁷ Para o autor, a “[e]mpresa é, portanto, a organização comercial ou industrial que produz ou oferece bens e serviços, assumindo o risco de atividade econômica urbana ou rural com fins lucrativos ou não.” EISFER, Edson. A função social da empresa e a Lei 11.101/05: capital x trabalho em crise? **Revista de Direito Empresarial**, n. 15, 135-152, 2011, p. 145.

³⁹⁸ Segundo sustenta o autor, “o conceito de empresa nasceu e, de alguma forma, frutificou na ciência econômica, aí assumindo um conteúdo, senão inequívoco, pelo menos relativamente estável: a ideia de unidade de produção ou, de forma menos sintética, a *organização autônoma de factores produtivos com vista a promover (ou a também promover) rentavelmente o encontro entre a oferta e a procura de bens*.” SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: os centros comerciais como realidade juridicamente relevante**, p. 13.

recorrem à literatura econômica para encontrar um conceito econômico de empresa, conquanto acabem por fornecer um conceito substancialmente idêntico àquele formulado por Cesare Vivante, a exemplo de Marlon Tomazette,³⁹⁹ Ronnie Preuss Duarte,⁴⁰⁰ Jorge Rubem Folena de Oliveira,⁴⁰¹ Luiz Gastão Paes de Barros Leão,⁴⁰² Sérgio André Rocha Gomes da Silva⁴⁰³ e, por fim, nós mesmos, em duas outras oportunidades.⁴⁰⁴

³⁹⁹ O autor recorreu à lição do economista Fábio Nusdeo para obter o seguinte conceito: “a empresa é uma unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços, não importa qual o estágio da produção”. NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. São Paulo: RT, 1997, p. 285, apud TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**, p. 4.

⁴⁰⁰ O autor recorre à literatura econômica à busca de um conceito econômico de empresa e conclui que “[h]odiernamente, os economistas tendem a vislumbrar na empresa a ‘forma de coordenação dos factores productivos’, como define Soares Martínez. Para o autor, a empresa corresponderia justamente a essa ordenação da produção, que é a responsável pela reunião dos fatores produtivos, sem qualquer ligação obrigatória com os preços ou o mercado.” DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 28. Com efeito, Ronnie Preuss Duarte acaba por descrever a empresa, para a economia, como uma unidade produtiva voltada à satisfação de necessidades alheias. DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 26.

⁴⁰¹ Para o autor, “sob o aspecto econômico, a empresa comercial (*business enterprise*), segundo lição de William H. Wesson, pode-se referir: a) a uma forma de produção tratada na teoria unitária da produção capitalista; b) um fator de produção; c) ao sistema de produção e distribuição capitalista; d) ao espírito ou atividade do sistema ou do empresário individual. Nesse contexto, a idéia de empresa é vista como organização dos fatores de produção com vistas para o lucro.” OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A empresa: uma realidade fática e jurídica, p. 114.

⁴⁰² Conforme o autor, “[a] concepção econômica de empresa oferecida por Coase e pelos demais autores filiados à corrente da chamada *transaction costs economics*, entendida como uma organização dos agentes econômicos do mercado, orientada no sentido de obter mecanismos de redução dos custos de transação, não se opõe à noção unitária de empresa atrás citada.” LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro, p. 13. Desse modo, a empresa é a “organização dos fatores da produção de bens ou serviços para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados – não há, aliás, discensão.” LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro, p. 13.

⁴⁰³ O autor recorreu ao economista José Paschoal Rossetti para obter o seguinte conceito: “as empresas são os agentes econômicos para os quais convergem os recursos de produção disponíveis. São as unidades que os empregam e combinam, para a geração de bens e serviços que atenderão às necessidades de consumo e acumulação da sociedade.” José Paschoal Rossetti, Introdução à economia. 17 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 163 apud SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Teoria da empresa - um retorno ao critério subjetivo, p. 27.

⁴⁰⁴ Com efeito, afirmamos que, para a economia, a “empresa é uma unidade econômica que produz e emprega resultados destinados à cobertura de necessidades alheias, respeitando a economicidade e o equilíbrio financeiro.” ENDERLE, Georges et alii. **Empresa**. In: Dicionário de ética econômica. São Leopoldo: Unisinos, 1997, p. , p. 242, apud CAVALLI, Cássio. **Transformações gerais no direito comercial - o direito da empresa no novo Código Civil**, p. 70-71. Em igual sentido, ver CAVALLI, Cássio. **Reflexões sobre direito e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito**, p. 85-95.

Na análise da evolução do tema da empresa sob o prisma da teoria do *path dependence*, pode-se afirmar que as pressuposições adotadas pela literatura jurídica para a elaboração do conceito econômico de empresa, bem como a própria descrição do conceito econômico de empresa, permanecem as mesmas até os dias de hoje. Neste sentido, pode-se afirmar que o conceito econômico de empresa não evoluiu lenta e gradativamente, bem como as diversas janelas de oportunidade, – como, por exemplo, a transição do capitalismo industrial para o pós-industrial ou a promulgação do Código Civil italiano de 1942, – não foram suficientes para a modificação do conceito econômico de empresa elaborado pela literatura jurídica.

Nas janelas de oportunidade que surgiram, o que mudou não foi o conceito econômico de empresa utilizado como ponto de partida para as investigações jurídicas, mas as estratégias de apropriação, pelo direito, do conceito econômico, conforme se haverá de demonstrar abaixo, na Seção 2.

Estas considerações, no entanto, já corroboram a hipótese de que há um *path dependence* na elaboração do conceito econômico de empresa pela literatura jurídica. Ademais, corrobora-se também a hipótese de *lock-in* em *path dependence* no que respeita à *estrutura* econômica da empresa encontrada no conceito econômico de empresa pela literatura jurídica. Neste sentido, pode-se afirmar que a formulação do conceito econômico de empresa por Cesare Vivante, no final do século XIX, ainda exerce decisiva influência na elaboração do conceito econômico de empresa pela literatura jurídico-comercial brasileira contemporânea.

2 A INADEQUAÇÃO DO CONCEITO ECONÔMICO À ESTRUTURA JURÍDICA QUANDO ORIENTADA PELA FINALIDADE NORMATIVA HISTÓRICA

2.1 Estratégias de apropriação jurídica do conceito econômico de empresa

A questão verdadeiramente essencial que se apresenta na base de todas as discussões doutrinárias relativas às diversas posições dos autores e de suas contribuições jurídicas, e que aparece como um constante e verdadeiro desafio para a teoria jurídica da empresa é, pode-se dizer sem qualquer dúvida, a transposição para o plano jurídico do fenômeno socioeconômico denominado empresa.⁴⁰⁵

2.1.1 Transposição ou adaptação do conceito econômico para o direito

A doutrina divisa a adoção de duas distintas estratégias para a apropriação jurídica do conceito econômico de empresa.⁴⁰⁶ A primeira delas, firmada por obra de Cesare Vivante, consiste em transpor-se diretamente o conceito econômico para o sistema jurídico; a segunda, elaborada por Alberto Asquini, consiste em adaptar-se o conceito econômico para distintas categorias jurídicas. Conforme sustenta Waldírio Bulgarelli, estas duas estratégias conformam uma dicotomia,⁴⁰⁷ a indicar, portanto, a coexistência de opiniões partidárias de uma ou outra corrente. É inequívoco que há substanciais diferenças entre as teorias elaboradas por Cesare Vivante e Alberto Asquini. Neste sentido, se enfatizadas as diferenças entre uma e outra teoria, é correta a conclusão de que a teoria elaborada por Cesare Vivante foi superada pela teoria dos perfis da empresa, formulada por Alberto Asquini.

A estratégia de transposição do conceito econômico de empresa para o direito foi firmada no final do século XIX naqueles países cujos códigos de comércio sofreram influência do *Code de Commerce* de 1807. Sua formulação é devida ao trabalho de Cesare Vivante, que investigava o significado jurídico da expressão empresa enquanto espécie de ato de comércio. A empresa, aí, é descrita como um fenômeno econômico, antecedente à experiência jurídica, que deve ser transposto para a *fattispecie* de comerciante. Neste contexto teórico, afirma-se que o direito comercial faz seu o conceito econômico de empresa.⁴⁰⁸ A

⁴⁰⁵ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 50.

⁴⁰⁶ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 52.

⁴⁰⁷ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 52.

⁴⁰⁸ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 150-151.

opinião de Cesare Vivante influenciou inúmeros autores, a exemplo de Carvalho de Mendonça,⁴⁰⁹ Rubens Requião,⁴¹⁰ Waldírio Bulgarelli⁴¹¹ e Tavares Paes.⁴¹²

Já a estratégia de adaptação do conceito econômico de empresa ao direito origina-se em meados do século XX nos países cuja legislação sofreu influência do *Codice Civile* de 1942.⁴¹³ A superação da estratégia proposta por Cesare Vivante decorreu do fato de que a expressão *empresa* passou a ser utilizada para designar uma série de distintos fenômenos sociais. Com efeito, se de um lado a organização dos fatores de produção servia para qualificar um sujeito como comerciante, a noção de organização de fatores de produção também passou a servir para referir-se ao conjunto de bens organizados para o exercício da atividade.⁴¹⁴ Ou seja, a apropriação jurídica do conceito econômico passou a enfrentar dificuldades⁴¹⁵ decorrentes da pluralidade de significados que a expressão empresa assumia na linguagem corrente⁴¹⁶ e na legislação.⁴¹⁷ A diversidade semântica do termo, portanto, conduzia a um problema terminológico.⁴¹⁸

⁴⁰⁹ De acordo com este autor, o “conceito econômico é o mesmo jurídico, em que pese alguns escritores, que os distinguem sem fundamento. O direito comercial considera a empresa que se apresenta com caráter mercantil.” CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 492.

⁴¹⁰ Para este autor, o “conceito jurídico de empresa se assenta no conceito econômico. Em vão, os juristas têm procurado construir um conceito jurídico próprio para tal organização. Sente-se em suas lições um certo constrangimento, uma verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor um conceito jurídico próprio para empresa, tendo o comercialista que se valer do conceito formulado pelos economistas. Por isso, persistem os juristas no afã de edificar em vão um original conceito jurídico de empresa, como se fosse desdouro para a ciência jurídica transpor para o campo jurídico um bem elaborado conceito econômico.” REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 48.

⁴¹¹ Conforme entende o autor, “se a natureza da empresa é múltipla, impossível ser tomada como um todo no Direito, já o seu conceito existe e coincide necessariamente com o conceito econômico, pois não se pode pretender um conceito jurídico que dê as costas à realidade.” BULGARELLI, Waldírio. **Perspectivas da empresa perante o direito comercial**, p. 16.

⁴¹² Para o autor, “[o] conceito jurídico da empresa se baseia no conceito econômico.” PAES, P. R. Tavares. **Curso de direito comercial** v. 2, p. 54.

⁴¹³ Neste sentido, ver BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 55-56.

⁴¹⁴ DE LUCCA, Newton. Comentários aos artigos 1.º ao 6.º. In: DE LUCCA, Newton, SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 71-125, p. 75; e LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**, p. 115; COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de empresa no direito brasileiro, p. 43; CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial** v. I, p. 208 e ss.; MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento de empresa**, p. 112.

⁴¹⁵ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 20.

⁴¹⁶ RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**, p. 276; PANUCCIO, Vicenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 581.

⁴¹⁷ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 21; DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Análise crítica da evolução do instituto do**

A solução para o problema foi proposta por Alberto Asquini, em seu fundamental artigo *Profili dell'impresa*,⁴¹⁹ no qual buscava aclarar os significados que o *Codice Civile* emprestava à expressão empresa. Conforme expressamente declarava no início de seu trabalho, a ausência de uma definição legislativa da empresa⁴²⁰ demandava a necessidade de se construir, em âmbito doutrinário, consenso semântico para o uso da expressão. Esta ausência de uma definição legislativa, para o autor, decorria do fato de que as definições jurídicas de empresa variam conforme a perspectiva pela qual se observe o fenômeno econômico.⁴²¹ Com isso, o autor afirmava a dissociação entre o fenômeno econômico e as diferentes noções jurídicas dele decorrentes, de modo que o fenômeno econômico coloca-se como ponto de partida, mas não de chegada, para a elaboração dos conceitos jurídicos.⁴²² Vale dizer, conquanto os autores do Código Civil italiano tenham lançado mão de uma técnica legislativa denominada *metodo dell'economia*,⁴²³ segundo a qual “as formas jurídicas devem corresponder à substância econômica dos fenômenos regulados pelo direito”,⁴²⁴ não se pode afirmar que “a noção econômica de empresa seja imediatamente utilizável como noção jurídica.”⁴²⁵

Neste sentido, a teoria de Asquini possibilitava que se superasse o debate dogmático tradicional,⁴²⁶ segundo o qual a empresa deveria ser entendida como sujeito ou como objeto de direito, pois o fenômeno econômico de empresa poderia ser juridicamente entendido tanto empresário, como estabelecimento, conforme variasse a perspectiva adotada para observá-lo. Assim, para o autor, “o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, que possui sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o compõem.”⁴²⁷ E cada perfil jurídico da empresa cuidará de enfatizar alguns, – não necessariamente todos, – os característicos econômicos da empresa.⁴²⁸

estabelecimento empresarial, p. 9; LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**, p. 119; e GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**, p. 11-12.

418 PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 580-581.

419 ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*.

420 ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 1.

421 ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 1-2.

422 ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 2.

423 JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 11; e GALGANO, Francesco. *Storia del diritto commerciale*, 2. ed. Bologna: Società editrice il Mulino, 1980, pp. 169-170.

424 GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**, p. 169-170, tradução livre.

425 ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 6, tradução livre.

426 JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 18.

427 ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 1, tradução livre.

428 Nesse sentido, afirmava Asquini que “[u]no è il concetto di impresa, come fenomeno economico; diverse le nozioni giuridiche relative ai diversi aspetti del fenomeno

Asquini divisava quatro perfis jurídicos da empresa: o subjetivo, o funcional, o patrimonial e objetivo, e o corporativo.

De acordo com o perfil subjetivo, o conceito econômico da empresa corresponderia ao conceito jurídico de empresário, enquanto sujeito que exerce a atividade⁴²⁹ e que se submete ao estatuto do empresário. Vale dizer, a empresa integra a *fattispecie* de empresário.

De acordo com o perfil funcional, a empresa significaria atividade exercida pelo empresário.⁴³⁰ A principal importância do perfil funcional consistiria no fato de que é a partir do conceito de atividade que se chega ao conceito de empresário.⁴³¹ Vale dizer, o conceito de atividade integra a *fattispecie* de empresário.

O perfil patrimonial e objetivo consistiria na projeção patrimonial do fenômeno econômico da empresa. Neste sentido, a empresa significaria o conjunto de relações jurídicas polarizadas no empresário e, ao mesmo tempo, o estabelecimento enquanto conjunto de bens organizados pelo empresário para o exercício da atividade.⁴³² Neste sentido, a empresa integra a *fattispecie* de estabelecimento.

Por fim, de acordo com o perfil corporativo, a empresa foi descrita como instituição, como comunidade de trabalho em que há um núcleo social organizado.⁴³³ Nela, há uma hierarquia exercida pelo empresário sobre os demais colaboradores da empresa.⁴³⁴ A empresa, assim entendida como organização de pessoas, é formada por relações de hierarquia e cooperação entre os seus membros,⁴³⁵ que perseguem um fim que supera os interesses particulares do empresário.⁴³⁶ Este perfil, conquanto remeta ao conceito de comunidade de trabalho, não corresponde, claramente, a uma *fattispecie* jurídica.

Em comum, todos os perfis da empresa remetem a conceitos jurídicos que, em sua maioria, desempenham o papel de uma *fattispecie* jurídica. Por isto, a característica mais expressiva da doutrina de Asquini consiste em identificar um conceito econômico (ou seja,

economico.” ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 2. Seguindo igual rumo, ver FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 30.

⁴²⁹ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, 6 e ss.

⁴³⁰ Conforme registrou o autor, “[p]oiché il nostro vocabolario non dispone di un'altra parola semplice come la parola impresa per esprimere il concetto di attività imprenditrice, non è facile resistere contro l'uso della parola impresa in tale senso, purchè non sia un uso monopolistico.” ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 10.

⁴³¹ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 10.

⁴³² ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 11 e ss.

⁴³³ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 16 e ss.

⁴³⁴ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 16.

⁴³⁵ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 17.

⁴³⁶ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, p. 18.

uma descrição dos característicos econômicos de empresa) para, assim, adaptar algumas das características encontradas no conceito econômico a diferentes *fattispecies* jurídicas. Esta tarefa foi conduzida por meio da demonstração dos significados que a expressão empresa assume nos diversos dispositivos do Código.⁴³⁷ Neste sentido, ao identificar os diferentes *significados* (*i.e.*, perfis) que a expressão empresa assume na legislação positivada, Asquini possibilitou a superação dos desencontros doutrinários acerca das naturezas jurídicas da empresa tornando, assim, operacionalizável juridicamente as noções relacionadas ao fenômeno econômico da empresa. Com efeito, identificou na empresa o sujeito que se submete ao estatuto do empresário, a atividade qualificadora deste sujeito, o conjunto de bens que pode ser transferido e a organização de pessoas que deve ser tutelada. Já por esta razão, o artigo de Asquini inscreve-se entre as mais importantes publicações sobre o tema e, atualmente, constitui a teoria dominante no que respeita ao enfrentamento do tema da empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo.⁴³⁸

No entanto, a doutrina dos perfis da empresa contém implícito um outro aspecto que desempenha um papel decisivo nas estratégias de apropriação jurídica do conceito econômico. Cumpre, pois, explicitar-se este outro traço da doutrina dos perfis da empresa, que orienta os juristas na tarefa de conjugar o conceito econômico de empresa com os distintos conceitos jurídicos encontrados nas *fattispecies* de empresário, atividade e estabelecimento.

Consiste este aspecto em que a teoria dos perfis da empresa foi formulada tendo como base implícita a atribuição de distintas finalidades normativas a cada um dos perfis da empresa (*i.e.*, *fattispecies* jurídicas). Com efeito, a teoria dos perfis da empresa valora a realidade social da empresa em congruência com distintas finalidades normativas, de modo a, assim, sistematizar o fenômeno radicado na realidade social. É este aspecto, – ou, mais precisamente, a sua não explicitação, – que contribui para o *path dependence* no enfrentamento do tema da empresa.

A identificação dos distintos perfis relaciona-se à identificação e atribuição de diferentes finalidades normativas ao fenômeno econômico da empresa. Assim, o perfil

⁴³⁷ Nesse sentido, identificando os significados da expressão no Código Civil brasileiro, ver o nosso CAVALLI, Cássio. **Transformações gerais no direito comercial - o direito da empresa no novo Código Civil**, p. 75.

⁴³⁸ Esta preponderância pode ser atribuída ao fato de que o Código Civil brasileiro importou o modelo encontrado no Código Civil italiano de 1942, conduzindo a uma maior influência da doutrina italiana sobre a doutrina brasileira contemporânea. Neste sentido, a publicação do artigo de Aquini em português, por tradução realizada por Fábio Konder Comparato (ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa), desempenhou um papel decisivo na divulgação da teoria de Asquini entre os autores brasileiros.

subjetivo da empresa corresponde à necessidade normativa de atribuição, a um sujeito, de um *status* profissional, de modo a submetê-lo a um estatuto profissional. O perfil funcional corresponde à necessidade normativa de qualificar o sujeito que exerce a atividade e, também, à necessidade de se afirmar uma disciplina jurídica da atividade. O perfil objetivo, por sua vez, corresponde à necessidade normativa de se disciplinar o conjunto de relações jurídicas polarizadas na pessoa do empresário, bem como a disciplina de circulação do conjunto de bens organizado pelo empresário para o exercício da sua atividade. E, por fim, o perfil corporativo corresponde à necessidade normativa de se disciplinar a tutela jurídica da comunidade organizada em empresa.

Portanto, a identificação de cada um dos perfis é realizada em razão não propriamente, ou melhor, não apenas da perspectiva a partir da qual se observa o fenômeno econômico, mas sobretudo em razão da finalidade normativa em congruência com a qual se pretende discipliná-lo. Assim, consoante varie a finalidade normativa pretendida, variará o perfil jurídico da empresa formulado a partir do dado teórico econômico. Por esta razão, os distintos perfis da empresa devem ser analisados a partir das finalidades normativas que orientam o jurista na ordenação da realidade social, pois é desse modo que se pode operacionalizar juridicamente problemas relativos ao mesmo fenômeno econômico que é a empresa, permitindo aos juristas elaborarem conceitos (*rectius, fattispecies*) que sejam juridicamente relevantes.

2.1.2 O *path dependence* na teoria dos perfis da empresa

As expressivas diferenças entre as teorias de Vivante e de Asquini ocultam fortes semelhanças teóricas que apontam para uma situação de *path dependence*. A principal diferença entre as teorias consiste em que, de um lado, Cesare Vivante buscou transpor ao direito o conceito econômico de empresa exclusivamente a partir da finalidade normativa histórica da empresa, voltada a integrar a *fattispecies* de comerciante para delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial; enquanto Alberto Asquini, por outro lado, procurou adaptar o conceito econômico de empresa ao direito a partir de quatro finalidades normativas diversas.

No entanto, ambas as teorias também compartilham características teóricas. Em primeiro lugar, para ambas as teorias, a noção de empresa se apresenta como um fenômeno

econômico pré-jurídico com o qual o direito deve lidar. Para tanto, – e aqui exsurge a segunda característica comum, – ambas as teorias são orientadas pela finalidade normativa histórica de qualificar o sujeito que se submeterá às normas jurídico-comerciais. Neste último sentido, pode-se afirmar que a estratégia de *apropriação* jurídica do conceito econômico de empresa coadunava-se com a finalidade normativa da empresa enquanto ato de comércio, qual seja qualificar-se como comerciante aquele que exercesse a empresa. A teoria dos perfis da empresa, que busca *adaptar* noção econômica de empresa a distintos perfis jurídicos, também é marcada por um maior acento na finalidade normativa histórica acima indicada, daí porque associar-se diretamente a noção de empresa à noção de empresário (ou ao fato qualificador do empresário), que se submeterá ao estatuto profissional do empresário. Com essa assertiva não se quer afirmar que a teoria de Asquini não identifica com sucesso outros aspectos da empresa relacionados a outras finalidades normativas. Quer-se apenas afirmar que quanto maior for a extensão aplicativa e maior for a relevância da finalidade normativa utilizada para compreender-se a realidade econômica, maior será a importância do perfil da empresa correspondente à finalidade normativa. E, na teoria dos perfis da empresa, a finalidade normativa que se manifesta com maior força é precisamente a mesma que já era encontrada desde as primeiras manifestações jurídicas do conceito de empresa, qual seja delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial por meio da qualificação do comerciante-empresário.

Com isso obtém-se explicar porque, entre os diversos perfis da empresa, a grande maioria dos autores terminou por identificar na empresa “não mais do que a atividade econômica exercida pelo empresário, pondo o acento naquilo que Asquini definiu como o ‘perfil subjetivo’”.⁴³⁹ É que o menor destaque atribuído aos perfis corporativo, objetivo e funcional decorre da menor importância da finalidade normativa a eles atribuída e, também, ao fato de que a disciplina jurídica a eles relacionada integra o conjunto de normas consubstanciadas no estatuto profissional do empresário. Vale dizer, os demais perfis da empresa acabam subordinados ao perfil subjetivo à medida que as finalidades normativas por eles desempenhadas só serão relevantes e aplicáveis se se estiver a tratar de situações que são relacionadas ao empresário. Por conseguinte, reforça-se o *path dependence* consistente em atribuir-se à empresa a finalidade normativa histórica de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial mediante a qualificação de um sujeito como empresário.

439

JAEGER, Pier Giusto. *La nozione d'impresa*, p. 35, tradução livre.

Cumpra, portanto, identificar-se (a) como a diminuição da importância da finalidade normativa associada a um perfil da empresa reduz a própria relevância jurídica emprestada a este perfil; e, também, (b) como o aumento da importância da finalidade normativa histórica da empresa, consistente em delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial pela qualificação de um sujeito, amplia a importância do perfil subjetivo da empresa, ao mesmo tempo em que subordina os demais perfis, ante o fato de que suas finalidades normativas só se manifestam em situações que envolvem um empresário.

Entre todos os perfis da empresa, o que recebe menor atenção da doutrina e, portanto, ao qual se atribui menor relevância jurídica, é o perfil corporativo. Significativa parte dos autores brasileiros sequer menciona o perfil corporativo da empresa quando enumeram os diversos perfis da empresa ou, quando o mencionam, frequentemente acabam por reduzir a sua importância por não lhe dedicarem maior atenção⁴⁴⁰ ou por expressamente identificá-lo com o ideário fascista imperante quando da promulgação do Código Civil italiano.⁴⁴¹ No entanto, pode-se oferecer uma melhor explicação para a menor importância que se confere ao perfil corporativo.

Por um lado, a noção de comunidade de trabalho não encontra correspondência em uma categoria jurídica sintetizada em uma *fattispecie* com a qual os juristas estejam habituados a lidar. Assim, enquanto é facilmente identificável o paralelismo entre empresário com a categoria jurídica de sujeito, de estabelecimento com a categoria jurídica de objeto e de atividade com a categoria de ato, o mesmo não pode ser dito em relação à empresa enquanto comunidade de trabalho. Por outro lado, em consonância com a explicitação aqui realizada das finalidades normativas encontradas nos distintos perfis da empresa, também não se pode afirmar que o perfil corporativo da empresa corresponda a uma clara finalidade normativa.

⁴⁴⁰ A emprestar pouca ou nenhuma atenção ao perfil corporativo, ver, por exemplo, FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. v. 1. São Paulo: 1944, p. 41; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: 2007, p. 47; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**, p. 75 e ss.; e LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**, p. 121 e ss.; COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 11. ed. São Paulo: 2007, p. 19; FÉRES, Marcelo Viana. **Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro**, p. 50; REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 51-56.

⁴⁴¹ Nós mesmos, noutra oportunidade, arrolamos os perfis subjetivo, funcional e objetivo, reservando ao perfil corporativo apenas uma nota de pé de página, na qual afirmamos que “Asquini, influenciado pelos ideais fascistas de sua época, acrescentou a estes três perfis um quarto: o perfil corporativo ou institucional, relacionado à empresa como uma unidade de produção de riquezas da qual participam os trabalhadores.” CAVALLI, Cássio. **Transformações gerais no direito comercial - o direito da empresa no novo Código Civil**, p. 74, nota de rodapé 161.

Esta última assertiva pode ser verificada nas discussões doutrinárias voltadas a investigar o tema da função social da empresa. Conquanto se reconheça que a empresa afeta os interesses da comunidade interna de trabalhadores e a comunidade externa de consumidores, fornecedores, investidores, concorrentes, cidadãos e Estado, não se obtém, daí, afirmar-se claramente deveres positivos decorrentes do perfil corporativo da empresa.⁴⁴² Com efeito, as disposições legais acerca da função social da empresa acabam por ser identificadas como *inócuas*, por conta da “ausência de um aparelhamento de sanções adequadas”.⁴⁴³ Desse modo, o tema da função social da empresa teria alcance *limitado* ou *nulo*,⁴⁴⁴ por ser privado de “valor normativo”.⁴⁴⁵ Neste sentido, ao analisar o art. 117, § 1º, ‘a’, da Lei 6.404/76, que atribui ao controlador de uma companhia o dever de agir em consonância com o interesse nacional, Fábio Konder Comparato divisou uma *incongruência*,⁴⁴⁶ ante a consideração de que

a

norma é perfeitamente compreensível, se se trata de sancionar uma atividade prejudicial ao país como um todo; ainda que ela suponha, para sua aplicação, que o Estado obedeça a um projeto nacional para o país, o que de fato não ocorre desde há muito. Mas, certamente, esse dispositivo legal não significa, nem pode significar, que o ramo aqui instalado de uma empresa multinacional deva colocar o Brasil acima do interesse de seu grupo como

⁴⁴² Assim, observa Fábio Konder Comparato que: “Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da ‘comunidade’ em que ela atua. Não há certamente dificuldade alguma em entender em que consistem os deveres negativos do empresário, relativamente a esses múltiplos interesses. Eles representam a mera aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Mas terá o empresário, também, deveres positivos?” COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**. 732, 38-46, 1996, p. 44. Calixto Salomão Filho, no entanto, identifica como deveres positivos decorrentes do princípio da função social da empresa os relativos à repressão a atos de concorrência desleal e à tutela do consumidor. SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**, 823, 67-86, 2004, p. 8.

⁴⁴³ Assim, por exemplo, acerca da regra do art. 116, Parágrafo único, da Lei n. 6.404/76, Fábio Konder Comparato afirmou que tais “disposições permanecem inócuas, pela inexistência de um aparelhamento de sanções adequadas. Pela lei acionária, o controlador que abusa de seu poder incorre apenas em responsabilidade por perdas e danos.” COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**, p. 36.

⁴⁴⁴ Conforme afirma Fábio Konder Comparato, as disposições legais acerca da função social da empresa mostram, “claramente, o alcance limitado, senão nulo, do conceito de função social das empresas.” COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, p. 44.

⁴⁴⁵ GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 65, II, 423-437, 1989, p. 432. Em sentido análogo, ver TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, 810, 2003, p. 41.

⁴⁴⁶ Conforme a dicção do autor, “[é] imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas.” COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, p. 45.

um todo, e de sacrificar a sua lucratividade global ao desenvolvimento econômico e social da nação brasileira.⁴⁴⁷

Por razões análogas, a norma do art. 154 da Lei 6.404/76 seria igualmente inócua, por faltar-lhe “maiores especificações”.⁴⁴⁸ Mesmo quando investigado o tema da função social da empresa a partir do prisma do direito constitucional, observa-se uma “deficiente técnica normativa” consubstanciada em uma “fórmula sintética e imprecisa”.⁴⁴⁹ Por esta razão, anota Fábio Konder Comparato que a “tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas.”⁴⁵⁰ Com efeito, a dificuldade em determinar-se a finalidade normativa relacionada à função social da empresa conduz à dificuldade “dificuldade de convertê-la num *conceito jurídico*”,⁴⁵¹ restando apenas a impressão de que “a empresa possui também certa função social.”⁴⁵² Isto é, o que falta é uma *fattispecie* apta a identificar as situações que haverão de ser sancionadas.

Ademais, o perfil corporativo também acaba subordinado ao perfil subjetivo, à medida que a proteção à comunidade de trabalhadores é descrita como um dever do empresário.⁴⁵³

O perfil objetivo também teve sua importância normativa diminuída, por razões de duas ordens. De outro lado, por ser entendido como o conjunto de coisas e de relações jurídicas, – portanto, o conjunto de bens, – organizado pelo empresário para o exercício da atividade (art. 1.142, Código Civil), o perfil objetivo da empresa acabou subordinado a sua existência à caracterização do empresário.⁴⁵⁴ Por esta razão, pode-se afirmar que o perfil subjetivo é dominante nessa relação.

Ademais, o perfil objetivo tem a sua finalidade normativa circunscrita à disciplina da *natureza* do conjunto de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa com

⁴⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, p. 45.

⁴⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, p. 44.

⁴⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**, p. 34.

⁴⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, p. 46.

⁴⁵¹ GOMES, Orlando. A função social da propriedade, p. 427.

⁴⁵² ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa, p. 245.

⁴⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, p. 44.

⁴⁵⁴ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 145; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia. **Revista de Direito Mercantil**, 111, 45-51, 1998, *passim*.

vistas a *disciplinar a alienação* do estabelecimento empresarial.⁴⁵⁵ É que a empresa, entendida como estabelecimento, pode ser alienada. Por essa razão, surge a necessidade de serem criadas normas para reger esse conjunto de bens afetados ao exercício de determinada atividade e sua alienação, pois sua transferência repentina (a) retira dos credores do alienante, cujo crédito havia surgido em razão das necessidades do estabelecimento, sua garantia, consistente naqueles bens utilizados pelo empresário para o exercício da atividade; (b) como meio de tutelar seu adquirente, o qual muitas vezes assume o passivo referente ao estabelecimento em verdade muito superior àquele registrado na escrituração; e (c) como meio de tutelar o próprio alienante do estabelecimento, pois a garantia do seu crédito, muitas vezes, resulta do próprio estabelecimento alienado, o qual poderia ser facilmente alienado pelo adquirente.⁴⁵⁶ Demais disso, por ser o estabelecimento composto por determinado conjunto de bens organizados de forma a atrair e manter a clientela, afirmou-se a necessidade de tutelar o seu titular contra a concorrência desleal.⁴⁵⁷

Neste sentido, a afirmação do perfil objetivo é orientada pela finalidade normativa de proteger-se o titular do estabelecimento mediante a proteção individual dos bens que o conformam e, também, proteger-se aqueles que contratam com o titular do estabelecimento. Noutras palavras, a finalidade normativa do perfil objetivo é orientada a (a) determinar a natureza jurídica deste conjunto entendido enquanto um *bem* distinto dos bens singulares que o compõem (art. 90, Código Civil); (b) quem é o seu titular; para, assim, (c) determinar quais as regras que regem a circulação deste bem. Esta finalidade normativa pode ser verificada mediante um simples sobrevoo às disposições dos arts. 1.142 a 1.149 do Código Civil, todas elas orientadas a disciplinar a natureza jurídica do estabelecimento para, assim, disciplinar-lhe a transferência. Conquanto o tema seja de inegável importância, a teoria do estabelecimento acaba restrita àqueles casos em que há alienação direta de ativos operacionais, a exemplo dos contratos de arrendamento e de *traspasse* e, também, da alienação judicial de estabelecimento, olvidando, portanto, todos os casos de alienação indireta de ativos operacionais, a exemplo da

⁴⁵⁵ Acerca da teoria do estabelecimento empresarial, ver o nosso CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro. **Revista Jurídica**. v. 347, 45-64 2006; também publicado em CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v. 858, 30-47, 2007; CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**. v. 35, 73-93, 2008; e CAVALLI, Cássio. **Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro**.

⁴⁵⁶ ZUNINO, Jorge O. **Fondo de comercio: régimen legal de su transferencia**. Buenos Aires: 1993, p. 4.

⁴⁵⁷ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**, p. 187-213.

alienação de participação societária e das modalidades de reestruturação societária, a exemplo da cisão e da fusão de empresas.⁴⁵⁸ Por esta razão, a finalidade normativa que orienta a compreensão do perfil objetivo não abrange uma série de hipóteses de transmissão da empresa que são predominantes no capitalismo industrial e financeiro da atualidade,⁴⁵⁹ com o que reduz-se a importância normativa do perfil objetivo da empresa.

No que respeita ao perfil funcional, elaborou-se uma teoria jurídica da atividade de modo a distingui-la da teoria dos atos jurídicos. Neste sentido, entende-se por atividade “uma série de atos coordenados entre si em relação a uma finalidade comum”.⁴⁶⁰ Por ser a atividade formada por uma *série de atos*, ela não consiste em único ato.⁴⁶¹ Ademais, enquanto série de atos, a atividade evidentemente se afirma como *fato autônomo* em relação aos *atos* que a constituem.⁴⁶² Compreendida a atividade enquanto fato, torna-se irrelevante a vontade do sujeito que a exerce para caracterizá-la.⁴⁶³ Por conseguinte, afirma-se que se considera empresário aquele que efetivamente exercer atividade, independentemente de declaração volitiva no sentido de se tornar empresário ou de qualquer outra formalidade.⁴⁶⁴ Observe-se, aqui, que a teoria da atividade acaba subordinada ao perfil subjetivo da empresa.

De outro lado, a atividade deve ser valorada de forma autônoma em relação aos atos que a constituem.⁴⁶⁵ Neste sentido, há autonomia tanto da atividade em relação aos atos singulares que a constituem, como dos atos singulares em relação à atividade que constituem. Por esta razão, os atos singulares não terão sua validade afetada caso o sujeito que exerça a atividade seja proibido por lei de exercê-la, conforme dispõe o art. 973 do Código Civil. Da mesma forma, eventual invalidade dos atos constitutivos da atividade não conduzirá à irregularidade da atividade.⁴⁶⁶ Ambas assertivas são fortemente subordinadas ao perfil subjetivo da empresa, pois, de um lado, os impedimentos legais para o exercício da empresa

⁴⁵⁸ ANTUNES, José Engrácia. A transmissão da empresa e seu regime jurídico. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, n. 48, 39-85, 2008, *passim*.

⁴⁵⁹ ANTUNES, José Engrácia. A transmissão da empresa e seu regime jurídico, p. 43 e ss.

⁴⁶⁰ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 147, tradução livre. Ver, também, SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 92; e ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 11.

⁴⁶¹ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 15.

⁴⁶² ASCARELLI, Tullio. Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione. In: ASCARELLI, Tullio (Org.). **Problemi giuridici**. Milano: Giuffrè, v. II, 1959, p. 781-800, p. 788; SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 93.

⁴⁶³ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 155.

⁴⁶⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**, p. 67.

⁴⁶⁵ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 149.

⁴⁶⁶ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 149 e ss.

dizem respeito aos sujeitos que, por lei, não podem exercer atividade empresarial e, se a execerem, serão caracterizados como empresários mas também estarão sujeitos a sanções de ordem administrativa ou penal,⁴⁶⁷ e, de outro lado, os empresários, mesmo quando praticarem atos inválidos, não deixarão de ser qualificados como tal.

Em todos os casos, relaciona-se fortemente a teoria da atividade ao perfil subjetivo da empresa, de modo que a maioria dos autores acaba por destacar, dentre os diversos perfis da empresa, a atividade qualificadora do empresário,⁴⁶⁸ a exemplo de Tullio Ascarelli,⁴⁶⁹ Fábio Konder Comparato,⁴⁷⁰ Sylvio Marcondes,⁴⁷¹ Waldírio Bulgarelli,⁴⁷² José Edwaldo Tavares Borba,⁴⁷³ Fábio Ulhoa Coelho,⁴⁷⁴ Marlon Tomazette,⁴⁷⁵ Thiago Spercel,⁴⁷⁶ Marcelo Viana

⁴⁶⁷ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 150. Esta construção, devida a Tullio Ascarelli, tem um claro precedente na forma pela qual o autor constrói a distinção entre obrigações cambiárias causais e obrigações cambiárias abstratas. Nestas, eventual vício de causa não conduz à invalidade da obrigação, mas apenas a sua irregularidade, no sentido de que a obrigação continuará válida e exigível, ao mesmo tempo em que o sujeito que as praticar se submete a sanções de ordem penal ou administrativa. Naquelas, eventual vício de causa conduz à invalidade da obrigação. ASCARELLI, Tullio. Causalidade e abstração na duplicata. **Revista Forense**. 43, 108, 231-236, 1946, *passim*. Para a compreensão do tema no direito brasileiro contemporâneo, ver o nosso, CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a causalidade e a abstração na duplicata e a jurisprudência do STJ. **Revista Direito Empresarial**, n. 15, 211-232, 2011.

⁴⁶⁸ Neste sentido, observa Waldírio Bulgarelli que “não há dúvida também que o perfil que ganhou mais relevo foi o de atividade econômica organizada, que veio merecendo os favores da doutrina, inclusive da mais atual e não só na Itália, como já visto, que decididamente nela assenta a construção da teoria jurídica da empresa, deduzida do conceito de empresário e vinculada à do estabelecimento.” BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 92. Da mesma maneira, anota Ronnie Preuss Duarte que, “[i]ndubitavelmente, não apenas no Brasil, mas também na Itália, o enquadramento da empresa como atividade é o que goza de franca prevalência entre os juristas italianos e brasileiros.” DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 142.

⁴⁶⁹ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 145 e ss.

⁴⁷⁰ Entende o autor que “[o] conceito de *atividade empresarial* ou *negocial* constitui atualmente o fulcro de toda a teoria do Direito Comercial.” COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa** p. 9, nota de rodapé 12.

⁴⁷¹ Para autor, a prática de atos “quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, os transubstanciam em atividade. E, assim como, partindo do conceito de negócio jurídico, se erige um sistema de atos, cabe assentar-se os postulados normativos do exercício da atividade. Atos negociais e, portanto, atividade negocial. Atividade se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício.” MARCONDES, Sylvio. **Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil**, p. 7.

⁴⁷² Conforme anota o autor, “a *empresa*, concebida como atividade econômica organizada, ou exercício profissional da atividade econômica organizada, é qualificada como fato jurídico (ou comportamento) servindo como elemento qualificador do sujeito e do objeto.” BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 109 e ss.

⁴⁷³ Ensina o autor que “[a] empresa é a atividade econômica organizada, e o empresário é o agente dessa atividade, seja este uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica.” BORBA, José

Féres⁴⁷⁷ e nós mesmos, em duas distintas oportunidades.⁴⁷⁸ Neste sentido, afirmou Newton De Lucca que “[a] empresa não *existe*, mas se *exerce*. Ela é tão-somente o *exercício* que o *empresário* faz do *estabelecimento*.”⁴⁷⁹

As investigações acerca da teoria da atividade são nitidamente conduzidas a partir do *path dependence* firmado a partir da empresa como ato de comércio, ou seja, enquanto elemento integrante de uma *fattispecie* cuja finalidade normativa consiste em qualificar o sujeito que se submetia às normas comerciais. Conforme a expressiva dicção de Ronnie Preuss Duarte,

[a] noção de atividade profissional como qualificadora do sujeito para fins de submissão a regime especial, como sabemos, não é nova. Pode ser extraída desde os primeiros escritos de Direito Comercial, da autoria de Stracca, quando o ofício, a prática reiterada de determinados atos, com intuito lucrativo, qualificava o sujeito como comerciante, sujeitando-o à respectiva disciplina jurídica.⁴⁸⁰

Neste sentido, Waldírio Bulgarelli observa que mesmo após a promulgação do Código Civil, ainda há na Itália uma “influência histórica muito forte decorrente da presença ainda marcante do sistema anterior da comercialidade”.⁴⁸¹ Com efeito, ainda de acordo com o mesmo autor,

[o] relevo dado à empresa, como atividade, pela quase maioria da doutrina italiana de nossos dias e de grande parte da doutrina de outros países, não

Edwaldo Tavares. **Direito societário**, p. 13.

474 Segundo afirma o autor, “dos quatro perfis delineados apenas o funcional realmente corresponde a um conceito jurídico próprio”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial** v. 1, p. 19.

475 TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**, p. 8-9.

476 SPERCEL, Thiago. A teoria da empresa no novo Código Civil - o fim da distinção entre sociedades civis e comerciais, p. 133.

477 Observa o autor que, “[n]a acepção jurídica, ‘empresa’ deve ser vista como a atividade econômica organizada para o fim de produção de bens ou serviços, embora a codificação, em alguns momentos lhe imprima a ideia de estabelecimento empresarial.” FÉRES, Marcelo Viana. **Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro**, p. 52.

478 Com efeito, afirmamos que “[o] legislador inseriu o conceito econômico de empresa em nosso ordenamento, enquanto um conceito metajurídico, ao criar o suporte fático da figura do empresário. Assim, o conceito econômico de empresa (i. é, *atividade organizadora*) subjaz ao conceito jurídico de empresário, pois o que qualifica o empresário é o exercício de uma atividade econômica.” CAVALLI, Cássio. **Transformações gerais no direito comercial - o direito da empresa no novo Código Civil**, p. 77. Reiteramos a mesma ideia em CAVALLI, Cássio. **Reflexões sobre direito e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito**, p. 87.

479 DE LUCCA, Newton. **Comentários aos artigos 1.º ao 6.º**, p. 77.

480 DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 144.

481 BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 53.

constitui nenhum artificialismo nem uma invenção inopinada, pois decorre naturalmente da idéia que se encontrava, em muitos casos, subjacente, é verdade, mas sempre viva, em toda a evolução da comercialidade como critério qualificador do comerciante para sujeitá-lo a um estatuto jurídico próprio.⁴⁸²

A vinculação da noção de empresa à noção de atividade qualificadora do empresário exerce tamanha influência no enfrentamento do tema que autores como Jorge Rubem Folena de Oliveira⁴⁸³ e Marcia Mallmann Lippert⁴⁸⁴ referem ao *ato empresarial*, com o que remetem à noção já superada de empresa enquanto ato de comércio.⁴⁸⁵

Por estes motivos, conforme observou Pier Giusto Jaeger, “[o] ‘perfil funcional’ da empresa é muito reduzido; ou, melhor dizendo, quase que completamente coincide com a análise da atividade empresária, que visa a alcançar, através dela, a atribuição àquele que a exerce a qualificação de empresário”.⁴⁸⁶

2.2 A incongruência entre o conceito econômico e a finalidade normativa histórica da empresa

O conceito econômico de empresa elaborado por juristas é afirmado enquanto uma *estrutura* que contém elementos pré-jurídicos a serem utilizados pelos juristas como *dado* teórico econômico a partir do qual se desenvolve o esforço de construção de conceitos jurídicos constitutivos de *fattispecies*. Daí a assertiva, corrente na doutrina por conta da influência exercida pela exposição de motivos do Código Civil italiano, de que os autores do Código Civil italiano tenham lançado mão de uma técnica legislativa denominada “*metodo*

⁴⁸² BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 112. Deste ponto em diante, Waldírio Bulgarelli passa a discorrer sobre a evolução histórica do comércio, p. 112-114.

⁴⁸³ OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. Desenvolvimento da teoria da empresa - fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. **Revista de Direito Mercantil**. v. 35, n. 103, 33-39, 1996, p. 37, nota de rodapé 30. O autor refere-se, inclusive, ao *ato empresarial* como objeto das sociedades empresárias. OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. Desenvolvimento da teoria da empresa - fim da distinção entre sociedades civis e comerciais, p. 38-39.

⁴⁸⁴ LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**, p. 33 e ss.

⁴⁸⁵ José Xavier Carvalho de Mendonça, por exemplo, utilizou a expressão *atos das empresas de fábricas* ao comentar o rol do art. 19 do Reg. 737 de 1850. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 495.

⁴⁸⁶ JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 22-23, tradução livre.

dell'economia”, segundo a qual “as formas jurídicas devem corresponder à substância econômica dos fenômenos regulados pelo direito”.⁴⁸⁷

O conceito de empresário é assim formulado pelo art. 966 do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”⁴⁸⁸ O conceito de empresa que resulta da *fattispecie* de empresário corresponde exatamente àquele conceito econômico uniformemente elaborado pelos juristas, pois contém os seguintes elementos: (a) organização dos fatores de produção; (b) pelo trabalho do empresário; (c) voltada à obtenção de um produto destinado à troca em mercado, isto é, voltado a satisfazer necessidades alheias (d) sob o risco do próprio empresário; (e) que colhe os resultados da sua atividade a título de lucro.

Esta assertiva conduz à conclusão de que o conceito de empresa, conquanto não definido no Código Civil, pode ser encontrado na *fattispecie* de empresário, elaborada que foi a partir da substância econômica.⁴⁸⁹ Por esta razão, a definição de empresário ocupa o papel central nos ordenamentos que adotam a teoria da empresa⁴⁹⁰ e apresenta-se como o ponto de partida para as investigações sobre o tema da empresa.⁴⁹¹

Este raciocínio seguro esconde a profunda dificuldade que há em harmonizar-se o conceito econômico de empresa com o conceito jurídico de empresário. De um lado, a transposição do conceito econômico de empresa tal qual elaborado pela literatura jurídica para a *fattispecie* jurídica de empresário é germe de grande confusão.⁴⁹² É que os elementos

⁴⁸⁷ GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**, p. 169-170, tradução livre.

⁴⁸⁸ Esta enunciação da *fattispecie* foi elaborada a partir do art. 2082 do *Codice Civile*, segundo o qual “È imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

⁴⁸⁹ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell’impresa**, p. 4; BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 37 e 76; NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**, p. 39; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: 2005, p. 36.

⁴⁹⁰ Nesse sentido, destacando a centralidade do conceito de empresário no direito comercial, ver, por exemplo, WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil (arts. 966 a 1.195)** XIV, p. 39; SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 7; DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 58; TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**, p. 440; ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa, p. 237; GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro, p. 147; ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 145; LIMPENS, Jean. L’unificazione del diritto civile e commerciale, p. 422; JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d’impresa**, p. 35; REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 13 e 14; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 80; e VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial** v. I, p. 49.

⁴⁹¹ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell’impresa**, p. 17.

⁴⁹² Conforme assevera Mario Ghidini, “in realtà se il concetto economico dell’imprenditore

econômicos indicados no art. 966 do Código Civil em nada auxiliam na tarefa de qualificação de quem seja, no direito brasileiro, empresário.⁴⁹³

Conquanto, num primeiro olhar, se entreveja nas estratégias de elaboração das *fattispecies* jurídicas correspondentes a cada um dos perfis da empresa um esforço de transposição ou adaptação dos elementos contidos no conceito econômico, o esforço de construção de conceitos jurídicos constitutivos de *fattispecies* é mormente orientado por finalidades normativas, situadas no interior do sistema jurídico, e não na realidade econômica.

Este aspecto que aqui se põe em destaque, no entanto, conduz à conclusão de que a teoria dos perfis da empresa não assenta primeiramente sobre o dado teórico econômico, mas na ênfase que se empresta às distintas finalidades normativas encontradas no direito, das quais destaca-se a finalidade normativa histórica de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial mediante a qualificação de um sujeito.

Por isto, a doutrina de Asquini conduz à conclusão de que o direito não é capaz de lidar com o fenômeno econômico da empresa.⁴⁹⁴ Isto é, a doutrina dos perfis da empresa é a coroação da impossibilidade de o direito captar unitariamente o fenômeno da empresa,⁴⁹⁵ conduzindo a um obscurecimento das possíveis relações entre o fenômeno econômico e o direito.⁴⁹⁶

Não é possível a transposição ou adaptação dos elementos encontrados no conceito econômico de empresa para a *fattispecie* de empresário, quando orientada pela finalidade normativa histórica. Numa palavra, há uma incongruência entre o conceito econômico de empresa utilizado pelos juristas e a finalidade normativa que historicamente a ela se atribui.

fosse stato trafuso nel campo del diritto, si sarebbe portato il germe della confusione, là dove l'esigenza della certezza è sovrana." GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 9. Em sentido análogo, Waldírio Bulgarelli afirmou: "Como um dos fatores que vem prejudicando a compreensão da empresa tem sido a constante invocação de idéias e conceitos econômicos que turbaram sua análise jurídica (como por exemplo, o de risco, de lucro, de organização etc.) faz-se mister uma redobrada atenção, para se evitem as confusões decorrentes." BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 25.

⁴⁹³ PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. XX, p. 577, nota de rodapé 98. Em sentido análogo, acerca da *fattispecie* legal de empresário encontrada no *Codice Civile*, cujos elementos derivariam do conceito econômico de empresário, elaborado a partir do *metodo dell'economia*, anotou Pier Giusto Jaeger que "non tutti gli elementi indicati nell'art. 2082 sono apparsi essenziale." JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 38.

⁴⁹⁴ ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**, p. 20.

⁴⁹⁵ LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**, p. 115; DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 87.

⁴⁹⁶ CAVALLI, Cássio. **Reflexões sobre direito e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito**, *passim*.

Cumpra, portanto, seja demonstrada a assertiva mediante o cotejo, uma a uma, das características do conceito econômico de empresa com as características encontradas na *fattispecie* de empresário, para verificar em que medida os elementos encontrados no conceito econômico interferem na tarefa de qualificação do empresário para delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial.

2.2.1 Atividade organizativo-diretiva

Encontra-se no conceito econômico de empresário a característica *atividade organizativo-diretiva* do capital e do trabalho alheio.⁴⁹⁷ Esta noção econômica não tem como ser transposta para a *fattispecie* de empresário. Por conseguinte, o discurso acerca do elemento ‘atividade’ assume colorações exclusivamente jurídicas, que prescindem de qualquer diálogo com conceitos econômicos. Ademais, quando da elaboração jurídica de uma teoria da atividade, os avanços não foram muito além da importância que a noção jurídica de atividade assume na *fattispecie* de empresário. Mesmo aqui, entretanto, é possível verificar-se que a noção de atividade não se presta à tarefa de qualificar um sujeito como empresário, de modo a submetê-lo ao estatuto profissional do empresário, em contraposição ao sujeito não empresário, que não se submete a este estatuto.

Conquanto o conceito econômico de empresário com que trabalham os juristas contenha o elemento *atividade organizativo-diretivo*, é certo que não há como transpor-se este elemento econômico para o plano jurídico. A esta noção econômica subjaz a lógica de que é o empresário que exerce a atividade de organizar os fatores de produção, vale dizer, a organização da produção é realizada por um determinado sujeito que, por isto, é qualificado economicamente como empresário.

Entretanto, do ponto de vista jurídico, diz-se que empresário é *status* profissional que se atribui à *pessoa natural* que exerce individualmente a atividade empresária *em nome próprio*. Deve-se, aqui, ter em conta que o conceito jurídico de atividade pressupõe uma série de atos coordenados entre si e orientados teleologicamente a uma finalidade comum,⁴⁹⁸ e que será empresário quem, *em nome próprio*, praticar estes atos.

⁴⁹⁷

GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 4.

⁴⁹⁸

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 147; e MARCONDES, Sylvio. **Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil**, p. 7.

De regra, a *pessoa natural* que pratica um ato vincula-se pessoalmente.⁴⁹⁹ Se deste ato irradiar posição de dívida, será o ativo patrimonial desta pessoa que responderá pela obrigação (art. 391, Código Civil; art. 591, Código de Processo Civil). Pela satisfação das obrigações que contraiu, o empresário individual responde com todos os seus bens, presentes e futuros; bens, estes, que se situam em seu patrimônio. Não há, portanto, para o empresário individual, um destacamento patrimonial daquelas obrigações contraídas em razão do exercício da atividade, nem dos bens que responderão por estas obrigações em razão de estarem afetados ao exercício da atividade.⁵⁰⁰

Assim, não será necessariamente empresário aquele que exercer a atividade de direção-organização dos fatores de produção, mas aquele que, *em nome próprio*, exercer a atividade, isto é, a quem forem imputadas as relações jurídicas, ativas e passivas, decorrentes dos atos constituintes da atividade.⁵⁰¹ Esta característica remete a duas outras, que lhe são correlatas: a noção de risco da atividade e a distinção que há entre controle da atividade e

⁴⁹⁹ Excepcionam-se aqui, por evidente, os atos praticados com base em uma legitimação indireta ou extraordinária, em que o ato praticado tem por efeito vincular terceiro titular do direito. Desse modo, conquanto seja a legitimação ordinária a mais frequente – isto é, aquela em que coincidem na mesma pessoa o titular do direito e o legitimado, e para que haja legitimação ao exercício do direito há a necessidade de prova da titularidade –, não consiste na única espécie de legitimação. Existem duas outras hipóteses em que se legitima ao exercício de um direito sujeito diverso do titular deste direito. Na primeira hipótese, ocorre a chamada legitimação indireta, em que o legitimado atua em virtude de um poder de representação convencional ou legal outorgado pelo titular do direito ou em razão da lei; na segunda hipótese, há a legitimação aparente, extraordinária ou excepcional, em que o legitimado, com base na aparência de titularidade, atua em nome próprio com eficácia na esfera jurídica do titular. Tanto na legitimação ordinária como na indireta, há um nexo com a titularidade. Sobre o tema, ver BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio juridico**. 2. ed. Madrid: 1959, p. 177-178. Contudo, enquanto a legitimação ordinária ocorre apenas se o sujeito que pretende exercer o direito demonstrar que é titular, a legitimação indireta, e a lição é de Francesco Carnelutti, “funda-se não propriamente na situação inicial, mas numa situação conexa ou a ela ligada, resolvendo-se, por isso, na coincidência entre o agente ou o paciente e o sujeito, não da situação inicial mas de uma situação conexa com a situação inicial”. CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: 1942, p. 367.

⁵⁰⁰ Não se deve incluir aqui figuras em que se possibilita o exercício individual de atividade empresária mediante a constituição de pessoa jurídica que possua apenas um titular, a exemplo do quanto ocorre na empresa individual de responsabilidade limitada - Eireli, positivada no direito brasileiro pela Lei 12.441, de 11 de julho de 2011. A Eireli é pessoa jurídica, consoante dispõe o art. 44, VI, do Código Civil, e quem exerce a atividade empresária é a Eireli, vale dizer, ela é a titular da atividade.

⁵⁰¹ Nesse sentido, assevera Mario Ghidini que “[p]er imprenditore in senso giuridico si deve qualificare colui *nel cui nome* si svolge l’attività economica produttiva (contradistinta da certi caratteri; vedremo quali); o colui - ciò che ne è una conseguenza - *che è il titolare delle obbligazioni* attive e passive sorte in dipendenza della predetta attività.” GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell’impresa**, p. 9.

imputação da responsabilidade. Cumpre realizar-se o cotejo entre as perspectivas econômica e jurídica destas duas características.

É certo que em sentido jurídico a atividade, enquanto série de atos, deve ser exercida por alguém, de modo que será titular dessa atividade aquele a quem forem imputados os atos singulares, e não àquele que, de acordo com o conceito econômico de empresa, a dirige ao mesmo tempo em que se submete aos riscos econômicos correspondentes.⁵⁰² É que, em ambos os casos, seria sobremaneira difícil identificar quem efetivamente possui o controle econômico e, também, conforme observou Tullio Ascarelli,⁵⁰³ quem, efetivamente, suporta o risco da empresa. Isto é, a noção econômica de risco da atividade também não auxilia na definição de empresário. É que, conforme ensina Mario Ghidini,

[a] tese do risco deveria de fato implicar no abandono da outra tese (econômica) empresário organizador. Este último, na verdade, como tal, não corre nenhum risco (ou corre um risco muito tênue); o risco recai somente (ou sobretudo) sobre o capitalista, que coloca em jogo na empresa os seus bens, enquanto que o empresário-organizador, *como tal*, está ‘empty-handed’ e não pode suportar riscos em que não há nada a perder.⁵⁰⁴

Neste sentido, ainda conforme Mario Ghidini,

[n]a verdade, o risco é um conceito *econômico*: ele exprime a incidência econômica dos resultados da empresa (ganhos ou perdas), enquanto para o empresário em sentido jurídico utiliza-se o distinto conceito da *responsabilidade jurídica* (titularidade das relações ativas e passivas) expressa pelo exercício em nome próprio.⁵⁰⁵

Se fosse o rasgo caracterizador do empresário suportar as perdas econômicas, aquele que contratasse seguro e transferisse o risco a terceiro deixaria de ser empresário.⁵⁰⁶ Por outro lado, há quem suporte o risco econômico mas não é empresário, como ocorre com o sócio oculto na sociedade em conta de participação.

Existem diversos casos em que aquele que exerce a atividade de direção-organização não é qualificado juridicamente como empresário. Assim, por exemplo, ocorre no caso italiano do gestor judicial e no caso brasileiro do administrador na falência das sociedades empresárias, que sempre necessitam de órgãos de apresentação.⁵⁰⁷ Da mesma forma, no caso do empresário incapaz, a ele são imputados os atos referentes à atividade (art. 974, § 2º,

⁵⁰² ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 149 e ss.

⁵⁰³ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 150.

⁵⁰⁴ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 14, tradução livre.

⁵⁰⁵ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 14, tradução livre.

⁵⁰⁶ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 14-15.

⁵⁰⁷ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 10.

Código Civil), sem que ele exerça a atividade diretivo-organizativa dos fatores de produção, quando for representado (art. 974, Código Civil).

A atividade, assim, é atribuída a sujeito determinado ao qual são imputados os atos singulares, razão pela qual a qualidade de empresário é sempre adquirida a título originário. Não se pode, pois, transmiti-la. Desta assertiva não se deve extrair a ideia de que não se pode transmitir o conjunto de bens organizados para o exercício da atividade, pois se estaria a atentar inclusive contra o texto legal (art. 1.142 e ss., Código Civil). Mas o que se pode transmitir é apenas o conjunto de bens, jamais a qualidade de empresário, que fica sempre a depender do efetivo exercício de uma atividade,⁵⁰⁸ a significar a imputação de responsabilidade pelos atos individuais constitutivos da atividade.

Ademais, nosso sistema jurídico não comporta a ideia de que, por ser detentor do poder de controle societário, seria o controlador empresário.⁵⁰⁹ É que, neste caso, não é a ele que se imputam os atos singulares e, portanto, a atividade, mas à sociedade que controla. Com isto não se quer sustentar a isenção da incidência de deveres o controlador. Muito pelo contrário. Mas estes deveres emanam da disciplina que se atribui ao poder de controle, e não do estatuto profissional do empresário; até porque, para a adoção da tese de que o controlador seria empresário, conforme pondera Calixto Salomão Filho,⁵¹⁰ deveria o controlador registrar-se como empresário, exigência que, *de lege lata*, inexistente.

Esta assertiva remete à classificação que há no Código Civil entre empresário individual e sociedade empresária. A abordagem preponderante acerca das sociedades empresárias tende a equipará-las à noção de empresário coletivo, isto é, ao exercício de empresa por uma estrutura de governança, via de regra personificada, que titulariza direitos e deveres, mas que é controlada por outras pessoas, normalmente designadas pela expressão *sócios*. Daí porque se afirma que, havendo pluralidade de sócios, se estaria diante da hipótese do exercício coletivo da atividade empresária. A qualificação do empresário coletivo é objeto da norma contida no art. 982 do Código Civil, que se refere expressamente às sociedades empresárias.

⁵⁰⁸ Assim, ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 156.

⁵⁰⁹ Em sentido contrário, ver COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: 2005, p. 130 e 136. O próprio autor, inclusive, reconhece que para a aceitação da noção de controlador como empresário haveria a necessidade de uma série de modificações na legislação mercantil, administrativa e penal. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 141.

⁵¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 139.

Entretanto, de há muito se admite no direito a existência de sociedades unipessoais,⁵¹¹ sejam originariamente, como é o caso da subsidiária integral (art. 251, Lei 6.404/1976) e da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (art. 980-A, Código Civil), sejam derivadamente, como é o caso da não dissolução de sociedade pela redução a um só sócio (art. 206, I, 'd', Lei 6.404/1976, e art. 1.033, IV, Código Civil).⁵¹² Por esta razão, a expressão *empresário coletivo*, por denotar pluralidade de sócios, parece não abarcar a totalidade de casos em que há exercício de atividade por estruturas societárias. Com efeito, o rasgo fundamental na distinção entre empresário individual e empresário coletivo reside em que o primeiro exerce atividade em nome próprio, de modo a imputar-se a ele a responsabilidade direta pelo exercício da atividade, enquanto o segundo, há alguma estrutura de governança, de regra personificada, a quem se imputa diretamente a responsabilidade pelos atos constituintes de sua atividade, imputação que, apenas indiretamente, atinge terceiros, normalmente qualificados como sócios.

Nos casos de sociedade não personificada, notadamente no caso da sociedade em comum (arts. 986 a 990, Código Civil), deve-se ponderar acerca da qualificação que se empresta a seus sócios. Fábio Konder Comparato entende que nas “sociedades não-personalizadas, ainda é possível dizer que todos os sócios são empresários.”⁵¹³ A assertiva, entretanto, não é indene a críticas.

Se adotada a imputação direta de responsabilidade como critério em que se apoia a existência de um empresário coletivo, não se poderá chegar a esta mesma conclusão em relação aos sócios de sociedade em comum. Isto porque só será empresário quem exercer em nome próprio a atividade empresarial, com a conseqüente imputação direta de responsabilidade, o que não ocorre quanto aos sócios de sociedade em comum (art. 990, Código Civil), que somente respondem pelas obrigações da sociedade indiretamente, observado o benefício de ordem ou de excussão (art. 1.024, Código Civil, e art. 596, Código de Processo Civil). Até porque, enquanto sócios, podem ter apenas contribuído com bens para o exercício da atividade comum, sem que tenham praticado qualquer ato ou assumido qualquer dever na qualidade de administradores, isto é, na qualidade de exercentes de atividade organizativo-diretiva. Quando muito, adotado o critério fundado na imputação direta

⁵¹¹ Quanto a este tema, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: 1995.

⁵¹² Acerca da dissolução das sociedades por ações, ver, por todos, ZANINI, Carlos Klein. **A dissolução judicial da sociedade anônima**. Rio de Janeiro: 2005.

⁵¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**, p. 18.

de responsabilidade, poder-se-á admitir que o sócio que contrata pela sociedade em comum seja considerado empresário, tendo em vista que ele não pode invocar em seu favor o benefício de excussão (art. 990, Código Civil), embora ele não suporte individualmente o risco econômico pelos dissabores da atividade, à medida que pode ratear as perdas com os demais sócios (art. 1.008, Código Civil).

Além disso, deve-se recordar a regra pela qual as sociedades, enquanto não registrados os seus atos constitutivos, regem-se pelas disposições acerca da sociedade em comum. Assim, admitida a hipótese que considera empresários os sócios de sociedade não personificada, se estaria diante da necessidade de todos os sócios se registrarem como empresários, até que fossem registrados os atos constitutivos. A hipótese escapa ao razoável e, ademais, em nada se relacionaria à noção de exercício de atividade organizativo-diretiva e de risco econômico pelas perdas da atividade.

Por estas razões, o aspecto diretivo-organizativo do conceito econômico de empresário não integra a *fattispecie* jurídica, pois (a) nem todo aquele qualificado juridicamente como empresário, por figurar nas relações jurídicas decorrentes dos atos constitutivos da atividade, exerce atividade organizativo-diretivo; bem como (b) há pessoas que dirigem a atividade e não são qualificadas juridicamente como empresárias.

Por fim, dentro de uma racionalidade exclusivamente jurídica, que, portanto, prescinde de qualquer diálogo com noções econômicas, pode-se afirmar que a noção jurídica de atividade, enquanto conjunto de atos coordenados entre si e orientados a uma determinada finalidade, não serve para qualificar o empresário em contraposição ao não empresário. Para demonstrar a hipótese, tome-se o exemplo dos profissionais liberais, que sabidamente não são qualificados como empresários no ordenamento jurídico brasileiro. Todos eles soem contratar aluguel de imóvel, de linha telefônica, comprar computadores e *softwares*, contratar empregados, obter licenças perante a municipalidade, etc., com o propósito de prestar serviços. A responsabilidade jurídica por estes atos, por evidente, é-lhes imputada. Com efeito, todos praticam uma série de atos coordenados entre si e teleologicamente orientados a uma finalidade, isto é, exercem uma atividade, sem que, com isso, sejam qualificados como empresários e sujeitados ao estatuto profissional do empresário. Desse modo, também por ser compartilhada por empresários e não empresários, a noção jurídica de atividade não serve para caracterizar exclusivamente o empresário.

2.2.2 Organização dos fatores de produção

De acordo com substancial parcela da literatura jurídica, a organização dos fatores de produção é mais um elemento contido no conceito econômico de empresa ou de empresário a ser transposto para a *fattispecie* de empresário. Neste sentido, a qualificação jurídica de empresário pressupõe a organização de fatores de produção.

A apropriação da noção econômica de organização pelo direito remonta às investigações doutrinárias acerca da empresa enquanto ato de comércio por natureza. Aqui, desponta a obra de Cesare Vivante, que muito contribuiu para a difusão da noção de que a *combinação* dos fatores de produção era inerente ao conceito econômico e jurídico de empresa. Em passagem que decisivamente influenciou o evoluir doutrinário, afirmou o emérito comercialista que a noção econômica de empresa envolve

[a] *combinação* destes vários elementos, natureza, capital e trabalho, que associados produzem resultados que separados teriam sido incapazes de produzir [...].⁵¹⁴

Para os autores do final do séc. XIX e início do séc. XX, como, por exemplo, Alfredo Rocco,⁵¹⁵ a noção de organização contida no conceito de empresa é fortemente marcada pela noção de intermediação ou especulação sobre o trabalho alheio.⁵¹⁶ Mas não apenas o trabalho, pois a organização de bens de capital, enquanto fator de produção, também era levada em consideração para a formulação de um conceito de empresa. Neste sentido, acerca da empresa enquanto ato de comércio, afirmou José Xavier Carvalho de Mendonça que o

artista ou mestre de ofício não exerce empresa, não é comerciante, e do fabricante ou industrial distingue-se por três fatos principais: 1. o artista trabalha materialmente, embora auxiliado por outros empregados, conforme a sua habilidade o torne conhecido e procurado; 2. o capital fixo do artista, máquinas, utensílios, etc., é, em regra, pequeno, ou estritamente necessário; 3. o artista trabalha para satisfazer encomendas de quem o procura, do freguês; não corre a álea da revenda, não especula sobre a matéria-prima e o trabalho ao mesmo tempo. É o fruto do próprio trabalho material que ele vende. Adquirindo a matéria-prima, não o faz para revendê-la manufaturada; podemos dizer que ele a compra na qualidade de intermediário.

⁵¹⁴ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 150 e 151, tradução livre.

⁵¹⁵ ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**, p. 222.

⁵¹⁶ GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**, 166.

Exemplos: o sapateiro com oficina, o fabricante de massas, o encadernador de livros, etc.⁵¹⁷

A correspondência entre a noção econômica de organização de fatores de produção e a noção jurídica de organização continuou a ser afirmada por grande parte da literatura jurídica com o propósito de distinguir o empresário do não empresário. O raciocínio é desenvolvido em conformidade com as seguintes etapas: (a) o conceito jurídico de empresário contém o conceito econômico de empresa ou de empresário; (b) o conceito econômico de empresa ou de empresário contém a noção de organização dos fatores de produção; logo, (c) a *fattispecie* de empresário contém a noção de organização dos fatores de produção. Já a noção jurídica de não empresário não contém em si o conceito econômico de empresa e, portanto, também não contém a noção de organização.

A organização dos fatores de produção é uma noção econômica, não jurídica.⁵¹⁸ Ela envolve a organização, por empresário, do capital e do trabalho; ou, mais precisamente, envolve a organização de bens de capital e de trabalho.⁵¹⁹

Por conseguinte, a *fattispecie* de empresário contida no art. 966, Código Civil, à semelhança do dispositivo análogo do Código Civil italiano, reproduz substancialmente o conceito econômico de empresário, como aquele que “associa, combina e coordena os diversos fatores de produção, entre os quais capital e trabalho.”⁵²⁰

Com efeito, seria elemento da *fattispecie* de empresário a organização do trabalho alheio e de capital próprio ou alheio.⁵²¹ A distinção entre empresário e não empresário, assim, é radicada na noção econômica de empresa que, por sua vez, contém a noção econômica de organização, consoante entendem Giuseppe Ferri,⁵²² Sylvio Marcondes,⁵²³ José Edwaldo

⁵¹⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro** v. I, p. 498.

⁵¹⁸ Conforme registra Mario Ghidini, a “[o]rganizzazione non è un concetto giuridico, ma un concetto economico; essa esprime il collegamento reciproco dei beni, tra di loro, posto in essere dall’uomo (dall’imprenditore) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.” GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell’impresa**, p. 159.

⁵¹⁹ Waldírio Bulgarelli aponta que a organização possui um “reflexo nos *bens* (estabelecimento) e nas *pessoas* (comunidade de trabalho, quando haja e assim seja reconhecida)”. BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 109.

⁵²⁰ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell’impresa**, p. 4, tradução livre.

⁵²¹ ASQUINI, Alberto. *Profili dell’impresa*, p. 7; e BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 75-76.

⁵²² Conforme entende o autor, a empresa pressupõe a organização de elementos pessoais e reais. FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 27.

⁵²³ MARCONDES, Sylvio. **Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil**, p. 8.

Tavares Borba,⁵²⁴ Ronnie Preuss Duarte,⁵²⁵ Fernando Boiteux Netto⁵²⁶ e Carlos Maurício Sakata Mirandola⁵²⁷ e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca e Rachel Sztajn.⁵²⁸

Desta mesma linha de raciocínio são derivados outros dois argumentos a sustentar que o traço distintivo do empresário seria a presença de uma organização por ele coordenada. De um lado, sustenta-se que a caracterização do empresário não depende da sua atuação pessoal, mas do conjunto de bens por ele organizados,⁵²⁹ assim como os sócios operariam diretamente o objeto social nas sociedades não empresárias,⁵³⁰ enquanto que nas sociedades empresárias, não. De outro lado, associa-se amiúde a caracterização do empresário ao correspondente conceito de estabelecimento empresarial, a significar o conjunto de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa.⁵³¹

Entretanto, a noção de organização é tão extensa⁵³² que resta privada de qualquer *eficácia seletiva* para identificar-se quem é ou não empresário.⁵³³ Neste sentido, aliás, é o

⁵²⁴ O autor afirma que o “que separa o empresário e a sociedade empresária, de um lado, do trabalhador autônomo e da sociedade simples, do outro lado, é exatamente o requisito da organização, conforme consignado no art. 966 do CC. Todo empresário deve possuir uma organização [...]. Se os próprios sócios, ou principalmente os sócios, operam diretamente o objeto social, exercendo eles próprios a produção de bens, ou a sua circulação, ou a prestação de serviços, o que se tem é uma sociedade simples.” BORBA, José Edwaldo Tavares. *Sociedades simples e empresárias*. **Revista de Direito Imobiliário**. v. 26, n. 55, 201-220, 2003, p. 207.

⁵²⁵ De acordo com o autor, no conceito de empresário “o elemento organizativo é preponderante.” DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 147.

⁵²⁶ Para o autor, “[a] palavra ‘empresa’ na realidade econômica, tanto quanto na ordem jurídica, significa a organização do empresário para o exercício da sua atividade.” BOITEUX, Fernando Netto. *A função social da empresa e o novo Código Civil*, p. 48.

⁵²⁷ MIRANDOLA, Carlos Maurício Sakata. *Apontamentos para uma teoria geral da empresa: uma visão pragmática*, p. 421.

⁵²⁸ Para as autoras, é com base na ausência de organização de fatores de produção que se pode concluir que modelos, cantores e locutores não são empresários FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. **Código Civil comentado** v. XI, p. 86.

⁵²⁹ Por todos, apenas exemplificativamente, ver BORBA, José Edwaldo Tavares. *Sociedades simples e empresárias*, p. 205 e ss.

⁵³⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Sociedades simples e empresárias*, p. 207.

⁵³¹ Neste sentido, por exemplo, sustentando que “a empresa só existe se os fatores de produção estiverem organizados com vistas à realização de um fim econômico, surgindo, dessa organização, o estabelecimento.” DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Análise crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial**, p. 10.

⁵³² Waldírio Bulgarelli, por exemplo, rejeita a transposição da noção econômica de organização para o plano jurídico. Conforme afirma, “a idéia de organização é impossível de ser aceita no plano jurídico, como se pretende, até porque - e aqui avançamos nosso pensamento sobre o tema - parece que a visão econômica da empresa, como captada pelos economistas e/ou pelos juristas, sofre uma distorção séria.” BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 96.

⁵³³ JAEGGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale**. v. I. 4. ed. Milano: 2000, p. 1.

magistério de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, ao asseverar que compete “à ordem jurídica determinar os fatos que compõem o modelo jurídico de empresa. Ainda quando se configure como organização, algumas vezes o direito não lhe dá categoria de empresa.”⁵³⁴

Há dois argumentos capazes de demonstrar a irrelevância da noção econômica de organização para a caracterização da *fattispecie* do empresário. Ambas possuem em comum o fato de que partem de uma argumentação que se desenvolve exclusivamente no interior do sistema jurídico.

O primeiro argumento, que se desdobra em dois, consiste em que há sujeitos qualificados juridicamente como empresário que não organizam fatores de produção. Assim, considerando que a noção de organização de fatores de produção se desdobra em organização de bens de capital e trabalho alheio, cumpre demonstrar-se a assertiva em relação a cada um destes elementos. Nesse sentido, de um lado, há sujeitos qualificados juridicamente como empresários sem que organizem trabalho alheio ou preponderantemente alheio e, de outro lado, há sujeitos qualificados como empresários sem que organizem bens de capital.

O segundo argumento consiste em que há sujeitos que não são juridicamente qualificados como empresários mas que organizam bens de capital ou trabalho alheio no exercício de sua profissão. Com efeito, não pode ser em razão de uma pretensa ausência de organização que diversos agentes econômicos, notadamente os profissionais intelectuais, são excluídos do conceito de empresário.⁵³⁵

Cumpre aprofundar-se o desenvolvimento de cada um dos argumentos acima apontados.

A inclusão no conceito jurídico de empresário da organização do trabalho alheio ou, ao menos, preponderantemente alheio em relação ao próprio trabalho do empresário,⁵³⁶ a toda evidência, decorre, de um lado, do desenvolvimento doutrinário da noção de empresa enquanto ato de comércio a envolver uma intermediação na troca do trabalho alheio, e, de outro lado, da própria noção econômica que se atribui à organização.

Conquanto seja posição largamente preponderante na doutrina brasileira, a organização do trabalho alheio ou preponderantemente alheio não subsistiu às críticas que se lhe objetaram após a metade do século XX.

⁵³⁴ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de empresa no direito brasileiro, p. 56.

⁵³⁵ Assim, ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 170-171.

⁵³⁶ Por todos, JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 39; JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 18.

O início da derrocada deste critério deu-se a partir da investigação do conceito de pequeno empresário, encontrado no art. 2083 do *Codice Civile*, onde se lê: “São pequenos empresários os cultivadores diretos do fundo (1647, 2139), os artesãos, os pequenos comerciantes e aqueles que exercem uma atividade profissional organizada prevalentemente com o trabalho próprio e dos componentes da família (2202, 2214, 2221).”⁵³⁷ Com efeito, para o direito italiano, o conceito de pequeno empresário, por envolver preponderantemente o trabalho do próprio empresário e de integrantes de sua família, não envolve a organização de trabalho alheio ou preponderantemente alheio ao do próprio empresário. A ser assim, se um megaempresário do setor têxtil substituísse todos os empregados de sua indústria por máquinas e, portanto, deixasse de organizar trabalho alheio ou preponderantemente alheio, ele deixaria de ser empresário, ou passaria da categoria de empresário de médio ou grande porte para empresário de pequeno porte.⁵³⁸ O absurdo do argumento fala por si.⁵³⁹ Por isto, reconheceu-se que na *fattispecie* de pequeno empresário, que afinal é juridicamente qualificado como empresário, o que interessa é a prevalência do próprio trabalho sobre os demais fatores de produção, ou seja, não só o trabalho, mas também o capital.⁵⁴⁰ Com efeito, o conceito jurídico de empresário acaba por divergir daquele econômico, tendo em vista que não se pode dizer que nele se compreende a intermediação do trabalho alheio.⁵⁴¹ Sucessivamente, consoante registrou Pier Giusto Jaeger, “não somente a organização do trabalho, mas também do capital, não entra como elemento essencial na definição do empresário.”⁵⁴²

Os autores que se apegam à noção de organização para a caracterização do empresário, a exemplo de Giuseppe Ferri⁵⁴³ e Tullio Ascarelli,⁵⁴⁴ – este último, aliás, sustenta a necessidade de o empresário organizar trabalho alheio ou meios materiais, compreendido neste conceito a contração pelo empresário de obrigações financeiras para exercer sua

⁵³⁷ Tradução livre.

⁵³⁸ JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d’impresa**, p. 39; GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 33;

⁵³⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização, p. 106.

⁵⁴⁰ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 33.

⁵⁴¹ JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d’impresa**, p. 40; GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 33; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial** v. I, p. 126; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização, p. 107.

⁵⁴² JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d’impresa**, p. 40, tradução livre.

⁵⁴³ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 39.

⁵⁴⁴ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 178 a 181.

atividade -, são obrigados a se defrontar com a consequência lógica de sua posição: a de que o pequeno empresário no direito italiano não seria empresário, ante a ausência de organização de trabalho alheio ou preponderantemente alheio. Esta é a conclusão a que chega Giuseppe Ferri ao sustentar que há, em todas as atividades profissionais, um mínimo de organização, mas que, para dar lugar a uma empresa, o próprio *Codice Civile* traça um limite organizacional ao colocar fora do conceito de empresa a pequena empresa.⁵⁴⁵ Por isto, entende que a diferença entre pequena empresa e a empresa não é quantitativa, ou ao menos não é apenas quantitativa.⁵⁴⁶ É que haveria diferença entre a atividade do empresário em relação à do pequeno empresário, tendo em vista que este exerce uma atividade preponderantemente pessoal, não de organização de trabalho alheio ou capital, razão pela qual não se poderia considerar empresário o pequeno empresário.⁵⁴⁷

Já Mario Casanova prefere descartar a relevância da organização do trabalho alheio para a caracterização do empresário, pois, segundo afirma, o que interessa é a organização de elementos meramente reais, isto é, de bens de capital, dada a sua necessidade para a caracterização do estabelecimento.⁵⁴⁸ Entretanto, como se admite a existência de um empresário que não seja titular de um estabelecimento,⁵⁴⁹ há concluir-se que o conceito de empresário não contém o elemento organização de bens de capital.

Ademais, no que interessa em terras brasileiras, é certo que o Código Civil, conquanto tenha feito referência ao pequeno empresário em seu art. 970, não cuidou de traçar-lhe os contornos. Esta tarefa ficou por conta da Lei Complementar 126, de 14 de dezembro de 2006, que, em seus arts. 68 e 18-A qualifica como pequeno empresário, para efeito de aplicação do disposto nos arts. 970 e 1.179 do Código Civil, o empresário individual caracterizado como microempresa tenha auferido receita bruta anual de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

⁵⁴⁵ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 39.

⁵⁴⁶ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 39.

⁵⁴⁷ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 39 e ss.

⁵⁴⁸ Conforme afirma o autor, “[l]’esercizio dell’impresa implica, normalmente ma non necessariamente l’organizzazione di lavoro altrui, dato che l’organizzazione ad impresa (ad es., di un negozio di gioielleria) può riguardare anche soltanto elementi reali, senza il concorso di elementi personali. Ciò che è immancabile, laddove si abbia impresa è l’esistenza dell’azienda, nella quale l’organizzazione dei fattori della produzione, si concreta e si oggettiva, ma l’azienda, se di regola consiste in un complesso di beni e di servizi economicamente complementari, può anche invece comprendere (come nell’esempio testè accennato) soltanto cose e non opere: essere, cioè, a base meramente reale.” CASANOVA, Mario. **Impresa (in Generale)**, p. 353.

⁵⁴⁹ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 315.

Quem auferir receita *bruta* anual de tão reduzido valor certamente não dispõe de incontáveis meios de produção para organizar, mas inequivocamente é considerado empresário individual, consoante a própria letra da lei. Submete-se, pois, ao estatuto do empresário; tanto que, para fins de recuperação de empresas dispõe da faculdade de apresentar o plano especial de recuperação judicial (arts. 70 a 72, Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). Quanto ao conceito de empresário no direito brasileiro, portanto, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a organização dos meios de produção não lhe é essencial.

No direito norte-americano, também se reconhece a não essencialidade de organização de trabalho alheio para o conceito de *firm*, embora ao mesmo tempo se reconheça a importância das relações de trabalho para pensar-se uma teoria da firma. Neste sentido, destaca Eric W. Orst que o “[e]mprego não está presente em todos os tipos de empresa. Há empresas unipessoais e sociedades pluripessoais sem empregados. A grande maioria das empresas, entretanto, utiliza relações de emprego.”⁵⁵⁰

De resto, o argumento segundo o qual para o profissional intelectual não é necessária organização para o exercício de sua profissão, ao passo que para o empresário seria necessária, não reflete a realidade nem encontra fundamento na lei⁵⁵¹ e, ademais, reporta-se a uma “fase da civilização diversa da atual.”⁵⁵²

Note-se que este argumento, em verdade, remete à noção de impessoalidade da atividade do empresário, contrastada com a pessoalidade da atividade do não empresário. De acordo com esta noção, a distinção jurídica entre o empresário e o não empresário residiria no fato de que os ‘consumidores’ procurariam a empresa por conta de sua organização, sem referência à figura do empresário e, portanto, impessoalmente; enquanto que os ‘clientes’ do não empresário o procurariam por conta de qualificações profissionais suas, portanto pessoais, sem importar a sua organização de bens ou trabalho. Assim, mais precisamente, a distinção do empresário em relação ao não empresário residiria na organização dos fatores de produção do empresário como motivo determinante na contratação do empresário, ao passo que seria o renome do profissional que consistiria o motivo determinante para o interesse da clientela.⁵⁵³ Com efeito, a doutrina brasileira,⁵⁵⁴ – seguindo os passos da doutrina italiana,⁵⁵⁵ – destaca o

⁵⁵⁰ ORST, Eric W. *Shirking and sharking: a legal theory of the firm*, p. 297, tradução livre.

⁵⁵¹ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 23.

⁵⁵² JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 21.

⁵⁵³ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 123.

⁵⁵⁴ A exemplo de MARCONDES, Sylvio. **Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil**, p. 11; e BORBA, José Edwaldo Tavares. *Sociedades simples e empresárias*, p. 207.

aspecto da *prestação personalíssima do trabalho* pelo profissional intelectual, no sentido de que se alguém presta serviços em caráter personalíssimo, não será considerado empresário.⁵⁵⁶

Este argumento não resiste a duas simples objeções.

A primeira consiste em que muitas vezes consumidores e investidores buscam grandes empresas não por conta do conjunto de bens organizados, mas por razões que mais se aproximam à noção de pessoalidade. Tome-se o exemplo da Apple, Inc., cujos produtos e serviços comercializados eram objeto de demanda dos consumidores por conta do fascínio que a pessoa de Steve Jobs inspirava nos seus clientes.⁵⁵⁷ No dia subsequente ao seu afastamento da presidência da empresa, a cotação das ações da Apple caiu aproximadamente 5%.⁵⁵⁸ Consoante registrou um analista, “Steve Jobs dirigindo a empresa da prisão seria muito melhor para o valor das ações do que Steve Jobs não ser o CEO [diretor executivo]”.⁵⁵⁹ Conquanto Steve Jobs não prestasse um serviço personalíssimo aos clientes, é inegável que muitos contratantes optavam por contratar com a Apple por razões vinculadas à pessoa de seu

⁵⁵⁵ Assim, por exemplo, afirma Mario Casanova que, da definição do art. 2082 do Código Civil italiano, “risulta, a chiare note, che ciò che caratterizza la figura dell’imprenditore è l’indole organizzativa dell’attività professionale da lui esercitata, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. Il lavoro dell’imprenditore è tipicamente lavoro di organizzazione economica, essendo, correlativamente, l’impresa, organizzazione dei fattori della produzione per lo scambio. Non sono, pertanto, imprenditori perchè la loro attività tipica professionale non si sostanzia nella organizzazione produttiva, i leberi professionisti intellettuali come i medici o gli avvocati, anche se si valgono, quale strumento ausiliario della loro attività *essenzialmente personale* di assistenza media o legale, di un complesso organizzato di elementi personali (sostituti, assistenti, praticanti, segretari, impiegati, ecc.) e reali (apparecchi terapeutici, macchine da scrivere, ditta-foni, registratori, libri, ecc.). Nè sono, per ragione analoga, imprenditori gli artisti che esercitano individualmente, un’arte (quali, ad es., pittori o scultori). Parimenti, non sono imprenditori coloro che, individualmente, esercitano mestieri manuali. Nè sono, ugualmente, imprenditori, i prestatori di lavoro subordinato, siano essi impiegati od operai, che prestano – nell’ambito di una impresa - servizi, la cui coordinazione con altri elementi produttivi è, appunto, compito peculiare della superiore attività organizzativa dell’imprenditore.” CASANOVA, Mario. **Impresa (in Generale)**, p. 353.

⁵⁵⁶ Nesse sentido, ver os Enunciados 194 e 195 do Conselho de Justiça Federal formulado sobre o art. 966 do Código Civil, nos quais, respectivamente, lê-se: “Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”; e “A expressão ‘elemento de empresa’ demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.”

⁵⁵⁷ “[W]hat was perhaps most astonishing about Mr Jobs was the fanatical loyalty he managed to inspire in costumers. Which other technological brand do you ever see on bumper stickers? Many Apple users feel themselves to be part of a community, with Mr Jobs as its leader. And there was indeed a personal link.” **The magician**. October 8th 2011.

⁵⁵⁸ SULLIVAN, Patricia. Steve Jobs dies; Apple co-founder was 56. 2011, **The Washington Post**, .

⁵⁵⁹ SULLIVAN, Patricia. Steve Jobs dies; Apple co-founder was 56., tradução livre.

presidente. Assim, a julgar pelo critério da pessoalidade, a Apple não seria qualificada como empresária no direito brasileiro.

Por outro lado, há sociedades que inequivocamente não são qualificadas como empresárias no direito brasileiro, a exemplo dos grandes escritórios de advocacia, que são procuradas por seus clientes apenas em razão da organização de bens e pessoas que possuem. Tome-se, aqui, o exemplo do notório escritório de advocacia Pinheiro Neto. Seu fundador, que dá nome ao escritório, Sr. José Martins Pinheiro Neto, faleceu em meados de 2005. Com isso, não se pode afirmar que é em razão de algum vínculo pessoal que o escritório mantém sua clientela, mas por conta da organização de bens e trabalho.⁵⁶⁰

A segunda objeção, que talvez possua maior força, consiste em uma objeção de ordem prática, relacionada à própria prestação jurisdicional. Sabe-se que apenas empresários e sociedades empresárias sujeitam-se à falência no direito brasileiro (art. 1º, Lei 11.101/05). Portanto, antes de decretar uma falência, cumpre ao magistrado indagar se o devedor cuja falência é postulada é ou não empresário. Agora, imagine-se que o magistrado, para decidir sobre a qualificação jurídica do devedor, utilize o critério aqui criticado. Para tanto, ele deverá indagar aos consumidores ou clientes do devedor se o procuram por conta de sua qualificação profissional, – pessoal, portanto, – ou por conta dos fatores de produção que organiza. O absurdo da hipótese fala por si: o argumento da impessoalidade da atividade do empresário não é capaz de definir se um sujeito é empresário ou não.

Com efeito, quando se está a tratar da *fattispecie* de empresário, o elemento econômico da organização é privado de conteúdo jurídico-normativo. Isto é, a organização

⁵⁶⁰ Por estas razões não há como concordar com Sylvio Marcondes, quando afirma que há “pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresários - referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual - pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, *falta aquele elemento de organização dos fatores de produção*; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente acidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou serviço. Portanto, não podem - embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços, ser considerados empresários. A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o qual, quando opera, ou faz o diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante da sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, une capital trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, será considerado empresário, porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços.” MARCONDES, Sylvio. **Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil**, p. 11.

não constitui elemento essencial ao conceito de empresário.⁵⁶¹ Daí porque Francesco Galgano concluiu que a organização constituiria um *pseudo-requisito*⁵⁶² para a caracterização do empresário; até porque a organização também não é elemento exclusivo da *fattispecie* de empresário.⁵⁶³

O segundo argumento que afasta a relevância da noção econômica de organização para a caracterização do empresário consiste em que nem todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços é qualificado juridicamente como empresário. Noutras palavras, não é a ausência de organização de fatores de produção irá determinar que um agente econômico não é empresário. Pelo contrário, o critério distintivo entre o empresário e o não empresário reside em uma critério de *tradição*,⁵⁶⁴ radicado em uma distinta *valoração social*⁵⁶⁵ da atividade desenvolvida pelos profissionais intelectuais. O critério de distinção entre empresários e profissionais intelectuais é fundado em uma *qualidade* atribuída à profissão,⁵⁶⁶ razão pela qual denominamos *qualitativo* este critério.⁵⁶⁷

A distinta valoração social que se atribui a estas profissões, normalmente referidas como profissões liberais, não é decorrente de uma *condição de privilégio*, como pareceu a Georges Ripert,⁵⁶⁸ concedida aos profissionais livres,⁵⁶⁹ isto é, aos profissionais liberais, à base

⁵⁶¹ JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 40; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização, p. 107.

⁵⁶² GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 37.

⁵⁶³ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 16.

⁵⁶⁴ O argumento, afirmado por Tullio Ascarelli (ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 168), foi desenvolvido por Pier Giusto Jaeger, ao asseverar que “[l]a distinzione tra *professionisti intellettuali* e *imprenditore* (che hanno sicuramente in comune il requisito della professionalità), non si fonda, peraltro, sull'esistenza, nei secondi, di un'organizzazione che i primi non possiedono, come la realtà sociale abbondantemente dimostra; ma à una distinzione di tipo esclusivamente qualitativo, che affonda le sua radici nella tradizione.” JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 44.

⁵⁶⁵ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 168 a 171; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização, p. 101.

⁵⁶⁶ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 23.

⁵⁶⁷ CAVALLI, Cássio. A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**. 34, 31-40, 2007, *passim*; também publicado em CAVALLI, Cássio. A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro. **Revista Jurídica**. v. 351, 11-20, 2007, *passim*.

⁵⁶⁸ Nesse sentido, ver RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**, p. 394 e ss. Em expressiva passagem, o autor assevera que a “democracia não gosta por princípio, dos monopólios, e mantém apenas os que existem por complacência com os interesses particulares ou dificuldade dum organização geral. Aprecia, ao invés, o

de uma *antiga tradição*.⁵⁷⁰ O critério aqui empregado é mais sociológico⁵⁷¹ do que histórico. É que certas profissões intelectuais, que em grande parte constituem as profissões liberais regulamentadas, denominadas *profissões protegidas* pelo direito italiano, são aquelas em que é defeso o exercício da profissão sem que se esteja inscrito no registro profissional, de modo a submeter os profissionais ao poder disciplinar da corporação, com o propósito de conservar a dignidade e decoro no exercício da profissão.⁵⁷² Vale dizer, submetem-se a uma deontologia profissional própria. Neste sentido, aliás, diz-se que a prestação do profissional intelectual é pessoal.⁵⁷³

Aquelas profissões que não se submeterem a normas deontológicas próprias ou que não se enquadrarem nas hipóteses de exceção indicadas no parágrafo único do art. 966 serão consideradas empresárias, como é o caso dos consultores motivacionais e dos especialistas em reorganização de empresas.⁵⁷⁴

O significado desta especial valoração social decorre do fato de que não se deseja que qualquer pessoa, desprovida de qualificação e isenta de fiscalização, possa exercer uma profissão que lide com um bem socialmente relevante, como é o caso da vida e da integridade física para os médicos e da liberdade e do patrimônio para os advogados. Ainda para exemplificar o ponto, se a qualquer um fosse lícito o exercício da profissão de engenheiro, independentemente de qualificação pessoal e fiscalização corporativa, seriam incontáveis os casos de prédios a desabar por conta de erros em cálculos estruturais. É por conta disto, e apenas disto, que há profissões liberais regulamentadas. A verdade da asserção é comprovada pelo fato de que, no Brasil, entendeu-se que a atividade de músico⁵⁷⁵ e a de jornalista⁵⁷⁶

reconhecimento oficial de títulos adquiridos por exame ou concurso, porque, nesse caso, o direito é fruto do trabalho. Leis e decretos sucessivos criaram os diplomas de geometra-perito e de perito-guarda-livros; protegeram o diploma de engenheiro; estabeleceram a lista dos comissários de contas para as sociedades de reservas económicas.” RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**, p. 395 e 396.

⁵⁶⁹ GALGANO, Francesco. **Diritto privato**, p. 456 e 457; e GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 12 e 13.

⁵⁷⁰ JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 44.

⁵⁷¹ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 24.

⁵⁷² GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 15.

⁵⁷³ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 15.

⁵⁷⁴ Em sentido contrário, ver GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 15 e ss.

⁵⁷⁵ Ao julgar o RE 414.426, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Ellen Gracie. 1 de agosto de 2011, decidiu-se que: “Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de

prescindem de registro profissional, por não haver *potencial lesivo* a terceiros em decorrência do exercício da profissão.

Por isto, certas profissões intelectuais, comumente referidas pelo adjetivo *liberais*, por necessitarem de uma regulação do acesso e da fiscalização do seu exercício,⁵⁷⁷ organizaram-se em torno de corporações profissionais que desempenham a dupla função de órgão de (a) registro e de (b) normatização e fiscalização do exercício da profissão. Este é, inclusive, o sentido que preponderantemente se atribui ao termo *profissão intelectual* no *Codice Civile*, que refere, em seu art. 2229, àquelas profissões que possuem listas próprias. Neste sentido, inclusive, propusemos fosse interpretada a expressão *profissão intelectual* contida no parágrafo único do art. 966 do Código Civil,⁵⁷⁸ – ou seja, como aquelas profissões liberais organizadas em corporações próprias, – pois, tomada em sentido amplo, a atividade das profissões intelectuais confunde-se, em abstrato, com a atividade econômica de produção de serviços para o mercado.⁵⁷⁹ As profissões intelectuais não se submetem ao estatuto do empresário, pois são dele excluídas pela lei, razão pela qual, por exemplo, as normas sobre a organização do estabelecimento não se aplicam aos bens organizados por profissionais intelectuais.⁵⁸⁰

Nesse sentido, aliás, ponderou Miguel Reale, Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, que

[e]special cuidado mereceu a colocação do conceito de ‘empresário’, excluindo-se dessa categoria quem exerce profissão intelectual, ‘de natureza científica, literária ou artística’, tal como julguei de bom alvitre acrescentar, para delimitar com mais rigor o campo da ação empresarial.⁵⁸¹

Entretanto, há no ordenamento positivo brasileiro uma única hipótese em que a organização de fatores de produção integrará a *fattispecie* de empresário: a caracterização do

controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.”

⁵⁷⁶ **RE 511.961, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Gilmar Mendes, m. v. 17 de junho de 2011.**

⁵⁷⁷ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 168.

⁵⁷⁸ CAVALLI, Cássio. **Transformações gerais no direito comercial - o direito da empresa no novo Código Civil.**

⁵⁷⁹ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 168.

⁵⁸⁰ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 13; e FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia, *passim*.

⁵⁸¹ REALE, Miguel. Considerações sobre o Anteprojeto de Código Civil. In: (Org.). s.l.: Departamento de Imprensa Nacional, 1972, p. 7-31, p. 21-22.

empresário pelo *elemento de empresa*.⁵⁸² Consoante lê-se no parágrafo único do art. 966 do Código Civil, os profissionais intelectuais não são empresários, a menos que o exercício da profissão constitua elemento de empresa.

A noção de elemento de empresa foi diretamente importada do art. 2238 do *Codice Civile*, intitulado *Rinvio*.⁵⁸³ Ela consiste, essencialmente, em um critério *quantitativo* de qualificação jurídica do empresário. A lógica que orienta o argumento do elemento de empresa estabelece uma relação diretamente proporcional entre a quantidade de fatores de produção e a noção de organização. Quanto maior a quantidade de fatores de produção, maior será a organização. Em um dado nível, que a lei não cuidou de individualizar, haverá tanta organização que restará caracterizado o elemento de empresa, com a conseqüente sujeição do profissional liberal ao estatuto do empresário.

Com efeito, por critério quantitativo quer-se significar que os profissionais liberais, conquanto de regra não sejam qualificados juridicamente como empresários, se organizarem grande quantidade de fatores de produção serão qualificados como tal e, portanto, também estarão sujeitos ao estatuto profissional do empresário, ao mesmo tempo em que permanecem sujeitos ao seu estatuto profissional próprio. Está-se, portanto, diante de uma hipótese de sujeição a uma multiplicidade de estatutos profissionais, consoante corretamente observaram Norberto Caruso da Costa Mac-Donald,⁵⁸⁴ Flávia Trentini,⁵⁸⁵ Ronnie Preus Duarte⁵⁸⁶ e Erasmo Valladão Azevedo Novaes e França,⁵⁸⁷ seguindo opinião *largamente prevalente*⁵⁸⁸ na doutrina italiana.

Assim, de regra, excluem-se as profissões liberais regulamentadas da *fattispecie* de empresário, mas estas profissões serão consideradas empresárias se for caracterizado o

⁵⁸² Quanto ao tema do elemento de empresa, remetemos ao nosso CAVALLI, Cássio. A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro.

⁵⁸³ Lê-se no referido dispositivo que “1. Se l’esercizio della professione costituisce elemento di un’attività organizzata in forma d’impresa, si applicano anche le disposizioni del titolo II. 2. In ogni caso, se l’esercente una professione intellettuale impiega sostituti o ausiliari, si applicano le disposizioni delle sezioni II, III e IV del capo I del titolo II.”

⁵⁸⁴ MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. O Projeto de Código Civil e o direito comercial. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. 16, 136-160, 1999.

⁵⁸⁵ TRENTINI, Flávia. O novo conceito de empresa. **Revista dos Tribunais**. 92, 813, 11-25, 2003

⁵⁸⁶ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 125.

⁵⁸⁷ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização, p. 109.

⁵⁸⁸ JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d’impresa**, p. 45, nota de rodapé 101; GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3 p. 11.

elemento de empresa com base na quantidade de fatores de produção organizados. Esta interpretação, ao que parece, coube primeiramente a Francesco Messineo, que propôs uma interpretação *a contrário* do art. 2238 do Código Civil italiano, que corresponde ao parágrafo único do art. 966 do Código Civil brasileiro, no sentido de quem exerce profissão intelectual ou artística não será

empresário senão no caso de que sua atividade venha a ser elemento de atividade formalizada em forma de empresa (exemplo, médico que, além de exercer a atividade profissional, conduza a gestão de uma clínica organizada em forma de empresa) e não em outro caso. A razão de tal exclusão se deve buscar, provavelmente, na *natureza peculiar* de tal atividade profissional ou artística (se fala, a propósito destas, de ‘obras liberais’, para sinalar um caráter delas cujo oposto é a atividade *lucrativa do industrial, do comerciante e do agricultor*), mais do que na ausência de organização, que, em vez disso, é normal a esta atividade.⁵⁸⁹

Entretanto, não se deve aqui confundir este com outros critérios. A noção de elemento de empresa em nada se relaciona com o equivocado argumento da prestação personalíssima do trabalho, nem com o critério econômico da gestão da atividade organizativo-diretiva, cuja inaplicabilidade ao direito foi demonstrada acima. Portanto, não assiste razão aos autores, como Ronnie Preuss Duarte⁵⁹⁰ e José Edwaldo Tavares Borba,⁵⁹¹ que sustentam que a caracterização do elemento de empresa fica a depender de uma *despersonalização do trabalho*, no sentido de que o profissional liberal deixa de prestar pessoalmente seus serviços para administrar o conjunto de fatores de produção.

A noção de elemento de empresa não é aplicável aos casos em que há uma diferença *qualitativa* entre as atividades desenvolvidas. Assim, o sujeito que, de um lado, exerce uma

⁵⁸⁹ MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. v. 1. Buenos Aires: 1954, p. 202, tradução livre.

⁵⁹⁰ Conforme observa o autor, “[é] simples: sempre que houver uma despersonalização da atividade, ou seja, que a organização sobrepujar a pessoal do profissional, fazendo-o dotado de pouco e secundária importância, ter-se-á uma empresa. Quando o resultado de certa atividade for oferecido, independentemente da pessoa que se apresente como responsável pela respectiva execução, ela será tida como empresarial. Na empresa, é o conjunto que se sobrepõe a determinadas pessoas. Ainda que se tenha em consideração a qualidade dos correspondentes quadros, não é a uma pessoa específica que desperta, em regra, o interesse da clientela.” DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**, p. 124.

⁵⁹¹ De acordo com o autor, “trabalho intelectual seria um elemento de empresa quando representasse um mero componente, às vezes até o mais importante, do produto ou serviço fornecido pela empresa, mas não esse produto ou serviço em si mesmo. [...] O trabalho intelectual somente se reduziria a um elemento de empresa quando, considerada a sociedade e o seu objeto social, a criação científica, literária ou artística apenas representasse um componente desse objeto, isto é, uma parcela do produto ou serviço oferecido pela empresa ao mercado, jamais o próprio produto ou serviço.” BORBA, José Edwaldo Tavares. **Sociedades simples e empresárias**, p. 211.

profissão liberal regulamentada, e, de outro, exerce uma atividade que, por não ser própria de profissão regulamentada, é qualificada como atividade empresária. Neste caso, não incide a hipótese do elemento de empresa, pois o sujeito será, de um lado, qualificado como profissional intelectual, e, de outro, qualificado como empresário, em razão de as atividades que exerce serem qualitativamente distintas. Assim, um profissional liberal que exerce sua profissão regulamentada (o médico, o contador, o veterinário, o engenheiro, etc.) enquanto exercente de sua profissão, sujeita-se à inscrição na sua corporação profissional própria e seu respectivo estatuto profissional.⁵⁹² Já aqueles que exercem outras atividades não regulamentadas, como os serviços de *spa*, de *marketing*, de hotelaria e de incorporação e construção, não se sujeitam à inscrição em listas próprias e a estatutos profissionais próprios. Com efeito, será empresário quem organizar um *spa*, independentemente de ser ao mesmo tempo médico, engenheiro ou advogado. Por esta razão, quem exercer estas atividades deverá se inscrever no Registro de Empresas e se sujeitará ao estatuto do empresário. Se a inscrição no Conselho de Medicina fosse requisito para organizar-se um hospital, inexisteriam as Santas Casas, organizadas por padres e freiras que não são inscritos no Conselho profissional.⁵⁹³

O elemento de empresa somente se caracteriza se um mesmo sujeito, ao exercer apenas *uma* profissão liberal regulamentada, o faz mediante o emprego de uma grande *quantidade* de fatores de produção. Neste caso, portanto, não há o exercício simultâneo de atividades *qualitativamente* distintas, mas o exercício de uma mesma atividade profissional, mediante a utilização de grande *quantidade* de fatores de produção. Assim, há o exemplo do advogado que organiza grande escritório de advocacia. O exercício da sua profissão depende do registro no órgão de classe, de modo que o grande escritório só pode ser organizado por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados. Nessa hipótese, é inegável a importância noção econômica de organização para a elaboração da *fattispecie* do empresário.

⁵⁹² Assim, por exemplo, há os Conselhos Regionais de Medicina, a quem compete “deliberar sobre a inscrição e cancelamento no quadro do Conselho, manter um registro dos médicos, legalmente habilitados, com exercício na respectiva Região, e fiscalizar o exercício de profissão de médico” (art. 15 da Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957); os Conselhos Regionais de Medicina Veterinária, a quem compete “inscrever os profissionais registrados residentes em sua jurisdição e expedir as respectivas carteiras profissionais” (art. 18 da Lei n. 5.517, de 23 de outubro de 1968); e os Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura, a quem compete “organizar, disciplinar e manter atualizado o registro dos profissionais e pessoas jurídicas que, nos termos desta lei, se inscrevam para exercer atividades de engenharia, arquitetura ou agronomia, na Região” (art. 34 da Lei n. 5.194, de 24 de dezembro de 1966).

⁵⁹³ No mesmo sentido, ver FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização, p. 103, em especial nota de rodapé 22.

Entretanto, esta é a única hipótese em que se estabelece correlação entre o conceito econômico de organização e a *fattispecie* de empresário. E esta correlação, aliás, é altamente criticável, à medida que submete um profissional liberal ao estatuto do empresário em análise *ex post*, prejudicando, assim, a necessária previsibilidade e segurança na aplicação do direito. É que, tendo em vista que o profissional liberal não se submete ao estatuto do empresário, – conjunto de normas que impõe deveres relativos à manutenção de uma escrituração e sanciona criminalmente a não observância destes deveres em caso, por exemplo, de falência, – poderá ocorrer, por exemplo, de um dentista tomar emprestado financiamento para adquirir uma máquina de raio X de alto valor, não conseguir pagá-la e, por dispor de uma grande *quantidade* de fatores de produção, ser caracterizado como empresário para fins de decretação de falência. Decretada a falência e não apresentada a escrituração formalmente lavrada (por não estar, por exemplo, autenticada pelo Registro de Empresas, conforme prescreve o art. 1.181, Código Civil), estará caracterizado o crime falimentar, sem que o malfadado dentista sequer soubesse antecipadamente que devia autenticar sua escrituração na Junta Comercial, por não ter a lei disposto claramente *qual* a quantidade de fatores de produção que, uma vez reunida, caracterizaria o elemento de empresa.⁵⁹⁴ Esta mesma insegurança jurídica manifestase nas incontáveis situações em que o erário público municipal multa pesadamente profissionais liberais sob a argumentação de que o imposto sobre serviços a ser recolhido por profissionais que organizam *grande* quantidade de fatores de produção tem como base de cálculo o faturamento da *empresa*, assim caracterizada mediante recurso ao indefinido critério do elemento de empresa. O profissional liberal, no entanto, só descobre que organiza uma empresa após ser multado.⁵⁹⁵

Com isso, por fim, pode-se concluir que a organização dos fatores de produção não é elemento integrante da *fattispecie* de empresário e, quando o é, acaba por conduzir a situações de insegurança jurídica. Consoante corretamente remata Waldírio Bulgarelli,

a idéia de organização é impossível de ser aceita no plano jurídico, como se pretende, até porque – e aqui avançamos nosso pensamento sobre o tema – parece que a visão econômica da empresa, como

⁵⁹⁴ Esta crítica quanto à indeterminação da quantidade necessária para a caracterização do elemento de empresa nós havíamos formulado em CAVALLI, Cássio. A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro.

⁵⁹⁵ Para uma vigorosa crítica à insegurança jurídica tributária causada pelo conceito de elemento de empresa, ver FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização.

captada pelos economistas e/ou pelos juristas, sofre uma distorção séria.⁵⁹⁶

Ante a constatação dessa impossibilidade de transposição do elemento econômico para a *fattispecie* jurídica, por vezes intenta-se contemporizar mediante recurso a fórmulas que afirmam ser a organização elemento natural, não essencial ao conceito de empresário, no sentido de que a grande maioria dos empresários organiza fatores de produção, embora alguns não. Essa linha de argumentação, entretanto, é perniciosa para o desenvolvimento do tema, à medida que é elaborada para deixar a impressão de que o elemento econômico organizativo possui alguma relevância para a *fattispecie* de empresário, o que é incorreto e em nada auxilia para resolver-se o problema da influência de elementos econômicos na *fattispecie* jurídica.

2.2.3 Economicidade

No conceito econômico de empresa também figura a noção de lucro. Assim, a empresa organiza fatores de produção para a obtenção de um produto destinado à satisfação de necessidades alheias para trocá-lo por um valor que superior ao que dispendeu para produzi-lo, isto é, para obter lucro. A noção de lucro corresponde às noções vulgarizadas pela doutrina de *ganho econômico*, ou *produção de riquezas*⁵⁹⁷ *patrimonialmente valoráveis*.⁵⁹⁸

Compreendida por estas ou análogas fórmulas a noção econômica de lucro, afirma-se que a *fattispecie* de empresário o contém; seja por conta da expressão ‘atividade econômica’ que consta do art. 966 do Código Civil, herdada dos antigos debates que se conduziram acerca da *fattispecie* de comerciante; seja por conta da expressão *profissionalidade* contida no mesmo artigo, a que alguns autores associam, como decorrência, o *intuito lucrativo*.⁵⁹⁹

O elemento econômico *lucro*, entretanto, mesmo quando vagamente descrito, não integra a *fattispecie* de empresário, consoante atestam, por exemplo, Mario Ghidini,⁶⁰⁰ Erasmo

⁵⁹⁶ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 96.

⁵⁹⁷ É neste sentido, por exemplo, que utilizam a expressão BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 193 e ss.; e MIRANDOLA, Carlos Maurício Sakata. Apontamentos para uma teoria geral da empresa: uma visão pragmática, p. 429.

⁵⁹⁸ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 162.

⁵⁹⁹ Nesse sentido, ver GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 19; LIBONATI, Berardino. **Diritto commerciale**. Milano: 2005, p. 16; e ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 189.

⁶⁰⁰ GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**, p. 149.

Valladão Azevedo Novaes e França,⁶⁰¹ Flávia Trentini⁶⁰² e Francesco Galgano.⁶⁰³ É deste último, aliás, a peremptória assertiva, segundo a qual, “evidente é, todavia, a superfluidade do escopo de lucro”.⁶⁰⁴

O primeiro argumento empregado para afastar-se o elemento econômico *lucro* da *fattispecie* jurídica foi elaborado por Cesare Vivante, que afirmou ser o lucro elemento natural, mas não essencial, ao conceito de empresa, tendo em vista que a empresa pode ser explorada pelo Estado.⁶⁰⁵ Seguindo exatamente a mesma linha, Alberto Asquini afirmou que é “elemento *natural*, mas não *essencial*, a finalidade de remuneração (lucro) como motivo da atividade do empresário”.⁶⁰⁶

Essas fórmulas, elaboradas para adequar a antiga noção jurídica de empresário (ou comerciante) às iniciativas do Estado na economia, atualmente são insuficientes, à medida que não é apenas na organização de atividade econômica por entes públicos⁶⁰⁷ que a vaga noção econômica de lucro não encontra correspondente, mas em incontáveis casos em que se está diante da *fattispecie* de empresário, bem como nos outros incontáveis casos em que a noção de lucro alcança sujeitos não qualificados juridicamente de empresários.

Não interessa aqui delongar-nos sobre a velha parlenga se o empresário será assim qualificado por *obter* efetivamente um ganho ou apenas por *visá-lo*,⁶⁰⁸ por conta de ter sido de há muito superada por aquela mesma doutrina que sustenta ser o lucro elemento integrante da *fattispecie* de empresário.⁶⁰⁹ Com efeito, economicidade não significa intenção de lucro, nem

⁶⁰¹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização, p. 115-116.

⁶⁰² TRENTINI, Flávia. O novo conceito de empresa, p. 16.

⁶⁰³ GALGANO, Francesco. **Diritto privato**, p. 458.

⁶⁰⁴ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 21, tradução livre.

⁶⁰⁵ Conforme afirma o autor, “lo scopo di lucro è connaturale all’impresa, ma non essenziale”. VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 152.

⁶⁰⁶ ASQUINI, Alberto. Profili dell’impresa, p. 9, tradução livre.

⁶⁰⁷ GALGANO, Francesco. **Diritto privato**, p. 458.

⁶⁰⁸ Assim, corretamente adverte Mario Casanova que “[è] superfluo avvertire che, in linea di fatto, l’imprenditore, specialmente se singola persona fisica, trova, di regola, nel tornaconto economico personale, la molla psicologica che lo guida e lo stimola nell’esercizio dell’impresa. Ma, in sede giuridica, si tratta di stabilire se, nel sistema del diritto vigente, la soggettiva finalità di lucro sia, ogni qualvolta si abbia una impresa ed un imprenditore, essenziale e costante od, invece, soltanto frequente e normale.” CASANOVA, Mario. **Impresa (in Generale)**, p. 353.

⁶⁰⁹ Assim, por exemplo, afirma Mario Casanova que “[n]el sistema del diritto vigente, non la finalità soggettiva del lucro, bensì, semplicemente, l’oggettiva, generica ed astratta attitudine a conseguire il profitto inerisce all’impresa, quale necessario riflesso dell’indole economica che le è peculiare.” CASANOVA, Mario. **Impresa (in Generale)**, p. 353.

realização de lucro,⁶¹⁰ pois é atributo da atividade, não dos atos singulares, nem do sujeito que os pratica.⁶¹¹ Para a compreensão do que seja o elemento econômico *lucro*, recorre-se à noção de *economicidade*, a significar intenção de realizar lucro em sentido *amplo*,⁶¹² que impõe, como atributo da atividade, a noção de *economicidade de gestão*, entendida como “equilíbrio estrutural entre ingressos e dispêndios.”⁶¹³

A economicidade de gestão, assim, relaciona-se à possibilidade de ganho, que se deve valorar no contexto da sociedade de produção em massa.⁶¹⁴ Esta orientação doutrinária, assim, coloca na conta da *índole econômica da sociedade atual* a necessidade de se incluir na *fattispecie* de empresário o elemento econômico *lucro*.⁶¹⁵

O argumento da *índole econômica da sociedade industrial* é utilizado por parte da doutrina para justificar a razão pela qual determinadas atividades não são econômicas e, portanto, quando exercidas, não concretizam a *fattispecie* de empresário. Nesse sentido, atribui-se à expressão atividade *econômica* o significado de que, pelo exercício da atividade, o empresário cria *riquezas*, isto é, cria bens ou serviços. Este argumento é utilizado para justificar a razão pela qual determinadas atividades, conquanto criativas, não são qualificativas do empresário. Assim, por exemplo, o jardineiro que cultiva flores em seu jardim.

O exemplo utilizado para ilustrar o argumento é a um só tempo correto e falacioso, no sentido de que falha em provar eficazmente o quanto alega. É que aqui se está a comparar laranjas com maçãs, isto é, fatos absolutamente distintos.

Se analisados apenas da perspectiva jurídica, qualquer ato humano de transformação criativa da natureza poderia passar por criador de riqueza, apto, portanto, a caracterizar uma atividade própria de empresário. É que qualquer atividade criadora humana cria juridicamente bens (materiais, imateriais, etc.) patrimonialmente valoráveis. Assim, quando cozinheiro em

⁶¹⁰ LIBONATI, Berardino. **Diritto commerciale**, p. 17

⁶¹¹ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 189; e JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 18.

⁶¹² RESCIGNO, Pietro. **Codice Civile**. Milano: 1997, p. 2389.

⁶¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**, p. 10; GALGANO, Francesco. **Diritto privato**, p. 459; e GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 24 e ss; e MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial** v. 1., p. 201.

⁶¹⁴ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 147.

⁶¹⁵ Assim, além dos já citados CASANOVA, Mario. **Impresa (in Generale)**, p. 353; e ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 147; também ver, por exemplo, SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Teoria da empresa - um retorno ao critério subjetivo. In: Wald, Arnoldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 275-310, p. 301.

minha casa, produzo uma refeição que, juridicamente, é qualificada como um bem. As flores cultivadas, a toda evidência, também são bens patrimonialmente valoráveis, para cuja criação foi determinante a ação humana. Resta saber, entretanto, se estes bens podem ser tomados como *riqueza* no vago sentido que se atribui à expressão econômica *lucro*.

É neste ponto que reside a correção do argumento: não basta, para ser qualificada como econômica que uma atividade criadora de *riqueza* dê origem a um bem. É necessário que a produção deste bem seja orientada à satisfação de necessidades alheias, isto é, orientada à troca em mercados. Com isto, distinguem-se as noções econômicas de *valor de uso* e *valor de troca* dos bens, desenvolvida já pelos economistas clássicos⁶¹⁶ e incorporadas pela literatura jurídica.⁶¹⁷ Para que seja tida por econômica a atividade, há que concorrer também o fato de o bem criado possuir um *valor de troca*, que se obtém apenas pela sua funcionalização, – ou destinação, se assim se preferir –, à satisfação de necessidades alheias. Deste modo, uma mesma atividade poderá ser tida por econômica ou não, conforme crie bens destinados à satisfação de necessidades alheias ou próprias. A distinção, portanto, é funcional; jamais ontológica.

Na esteira da compreensão econômica clássica, fundada na noção do valor de troca de bens, em contraposição ao valor de uso, o conceito de empresário é aprioristicamente estranho às atividades de mero gozo de bens,⁶¹⁸ ou seja, atividade criadora de bens voltados à satisfação de necessidades próprias.⁶¹⁹ Daí porque não apresenta o rasgo econômico a atividade de mero gozo, como é a atividade de administração de bens.⁶²⁰ Será considerada econômica tão-somente a atividade cuja produção seja voltada para o mercado,⁶²¹ isto é, orientada abstratamente ao mercado⁶²² para a satisfação de necessidades alheias.⁶²³

⁶¹⁶ SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Indianapolis: 1981, p. 44 e ss.; RICARDO, David. **On the principles of political economy, and taxation**. London: 1817, p. 1 e ss; e MARX, Karl. **El capital**. v. I. 2. ed. México: 1995, p. 106 e ss.

⁶¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**, p. 29 e ss.; TOMASETTI JR., Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. **Revista de Direito Mercantil**, 126, 123-127, 2002, p. 125; e GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 4. ed. São Paulo: 1998, p. 253 e ss.

⁶¹⁸ Nesse sentido, LIBONATI, Bernardino. **Diritto commerciale**, p. 9; ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 163.

⁶¹⁹ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 37.

⁶²⁰ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 15; e ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 163.

⁶²¹ LIBONATI, Bernardino. **Diritto commerciale**, p. 9.

⁶²² ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 156 e 164 e ss.

Neste quesito desponta a hipótese de determinadas atividades orientadas a um único agente econômico, como ocorre, por exemplo, com certas prestamistas da indústria automotiva ou, também, com empresas inseridas em grupos cuja produção é inteiramente absorvida por outra empresa do mesmo grupo. Conquanto não ofereçam os bens ou serviços que produzem à coletividade, pode-se dizer que produzem bens para a satisfação de necessidades alheias e, portanto, são economicamente estimados pelo seu valor de troca. Por esta razão, aliás, fala-se em *regime de preços administrados*. Precisamente por este característico que se pode afirmar que há atividade econômica própria de empresário.⁶²⁴ Nesse sentido, equivocam-se autores, como Giuseppe Ferri, que admitem que em grupo societário existam empresas que produzam apenas para satisfação de necessidades próprias.⁶²⁵

Entretanto, também afirmamos que o argumento que comparava o jardineiro ao empresário era falacioso, o que pode ser demonstrado pela comparação dos exemplos do editor que edita livros, do industrial que produz componentes eletrônicos, do hospital que presta serviços de saúde, do técnico que presta serviços de manutenção de computadores, do médico que presta serviços de medicina, do advogado que presta serviços de advocacia. Em comum, todos estes exemplos possuem o fato de que nenhuma das atividades acima indicadas é exercida para obter-se um bem ou serviço para uso próprio, por diletantismo. Portanto, todos estes exemplos constituem atividades econômicas orientadas à satisfação de necessidades alheias e, neste sentido, são todas elas produtoras de riqueza. No entanto, nem todas estas atividades são juridicamente consideradas como atividades empresárias.

Neste sentido, aliás, equivocam-se os autores, como Giuseppe Ferri,⁶²⁶ que sustentam que o advogado e o médico não serão considerados empresários por não exercerem atividade econômica. Este argumento, de matriz nitidamente pré-capitalista, atribui às profissões liberais uma marca feudal de estabilidade social e, portanto, de desinteresse econômico, a significar a desnecessidade de competir em um mercado profissional para ganhar o próprio pão. Diz-se, assim, que advogado é remunerado por *honorários*, expressão que em vernáculo é utilizada para significar alguém que tem a honra de desempenhar cargo ou função facultativos sem receber estipêndio, e cuja eventual remuneração, para não evidenciar o interesse econômico, não pode ser assim denominada, razão pela qual recebe o distintivo nome de *honorários*. Nada mais distante da realidade, consoante, aliás, já era apontado pela

⁶²³ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 28.

⁶²⁴ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 20.

⁶²⁵ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 37.

⁶²⁶ FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**, p. 36.

célebre frase pronunciada por Marx e Engels de 1848: “Tudo o que era estável e sólido desmancha no ar”,⁶²⁷ a significar o avanço capitalista e a necessidade de se ampliarem os mercados a horizontes que outrora eram protegidos por privilégios de classe feudais. Com a célebre frase, que data de mais de um século e meio, sintetizavam uma clara e irreversível modificação socioeconômica, a de que o capitalismo “despojou de sua aura todas as atividades até então consideradas com respeito e temor religioso. Transformou o médico, o jurista, o padre, o poeta, o homem de ciência, em assalariados por ela remunerados.”⁶²⁸

Quem quer que ofereça produto ou serviço ao mercado, – portanto, para satisfazer necessidades alheias, – e com isso obtém remuneração, desenvolve atividade econômica. Por este motivo, a não ser que se queira disciplinar a integralidade das atividades econômicas por meio do estatuto do empresário, deve-se encontrar um critério de diferenciá-las. E, até aqui, não parece poder a economicidade desempenhar este papel.

O atributo da economicidade impõe seja a “atividade abstratamente lucrativa”,⁶²⁹ – e daí a necessidade de se contrapor a noção de lucratividade com a de perda sistemática, no sentido de que a atividade deve ser idônea para cobrir seus custos com suas próprias receitas.⁶³⁰ A “empresa deve obter de si mesma os seus meios de sobrevivência”, conforme afirmam Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza.⁶³¹ Desse modo, se a atividade for desenvolvida mediante subvenção, por ser deficitária, não haverá economicidade, e, logo, quem a exercer não será juridicamente tido por empresário.⁶³² Nesse conjunto incluem-se atividades que, em abstrato, podem ser absolutamente idênticas, mas que serão consideradas ou não empresárias consoante apresentem, ou não, o atributo da economicidade, conforme se pode apurar nos exemplos da atividade de ensino de idiomas subvencionada por algum Estado ou patrono com o intuito de difundir uma cultura, ou voltada a obter, de si, as receitas com que houver de cobrir-lhe os gastos; e, também, no exemplo do transporte gratuito de pessoas, para estimular a frequência escolar, ou aquele em que se observa o atributo da economicidade,⁶³³ para obter-se, direta ou indiretamente, a vantagem econômica para custear-lhe as despesas, como ocorre com o transporte público administrado por concessionárias ou

⁶²⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: 2002, p. 29.

⁶²⁸ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**, p. 28.

⁶²⁹ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 21.

⁶³⁰ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 14.

⁶³¹ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 15, tradução livre.

⁶³² GALGANO, Francesco. **Diritto privato**, p. 459.

⁶³³ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 13.

com o transporte organizado por uma empresa para facilitar o acesso de seus funcionários a uma planta industrial distante, ainda que a passagem não seja cobrada.

Também apresentam o rasgo da economicidade, ademais, as denominadas *redes de cooperação*,⁶³⁴ que assumem a forma de associações de interesse econômico. Consistem elas em verdadeiras associações nas quais os associados são empresários individuais ou sociedades empresárias, e cujo objeto é permitir-lhes compartilhar etapas ou fases de seus processos produtivos para alcançarem maior competitividade em mercados. Precisamente por isto, por compartilharem etapas ou fases do processo produtivo de empresários ou sociedades empresárias, as redes de cooperação desenvolvem atividade *economicamente dependente* da atividade dos associados,⁶³⁵ de modo que, embora não tenham por objetivo a aferição de lucro operacional, atuam sob o regime da economicidade, vale dizer, encontra-se, aqui, presente a noção de lucro em sentido amplo.⁶³⁶ Este rasgo de economicidade autorizaria a conclusão de que as redes de cooperação são associações empresárias.⁶³⁷ Esta qualidade atribuída às redes de cooperação permite seja-lhes decretada falência, à semelhança do que ocorre no direito europeu,⁶³⁸ bem como, ao menos em tese, postulem recuperação judicial ou extrajudicial de empresas.⁶³⁹ As redes de cooperação, no entanto, não visam a obtenção de lucro operacional, no sentido de ganho econômico.

O escritório de advocacia e o consultório médico também só podem subsistir se observarem o critério da economicidade de gestão, pois é certo que nenhum escritório de advocacia adquirirá insumos cujo custo marginal exceda o ganho marginal do serviço que há de prestar, sem que, com isso, os seus titulares sejam considerados empresários. Portanto, à medida que todas as profissões observem o critério de economicidade de gestão, há encontrar-

⁶³⁴ Para aprofundamento de uma análise notadamente econômica do tema, ver o conjunto de ensaios reunidos em VERSCHORE, Jorge Renato S. **Redes de cooperação: uma nova organização de pequenas e médias empresas no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: 2004.

⁶³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: 2002, p. 325 e 326.

⁶³⁶ TARREGA, Maria Cristina V. B. **Associações consorciais**. São Paulo: 2004.

⁶³⁷ TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Carlo Rosito da. Aspectos legais do associativismo: uma abordagem jurídica do programa redes de cooperação de empresas do governo do estado do Rio Grande do Sul. In: VERSCHORE, Jorge Renato de Souza (Org.). **Redes de Cooperação: uma Nova Organização de Pequenas e Médias Empresas no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: FEE, 2004, p. 89-107, p. 104.

⁶³⁸ SERRA, Catarina. **Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência**. Coimbra: 1999.

⁶³⁹ Diz-se em tese quanto à recuperação judicial ou extrajudicial de empresas pois, aqui, há observar-se também a regra de legitimação prevista no *caput* do art. 48 da Lei 11.101/05, a prever a necessidade de exercício regular da atividade por ao menos dois anos. E para que haja exercício regular da atividade há a necessidade de registro no Registro Público de Empresas Mercantis, não no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

se um outro critério para distingui-las. Este critério, contudo, não é arrimado sobre a noção de lucro contida no conceito econômico de empresa ou de empresário.

2.2.4 Produção ou circulação de bens ou serviços

Em conformidade com o conceito econômico de empresa e de empresário, a organização dos fatores de produção é orientada à obtenção de um *produto*. Por produto, aqui, entenda-se tanto produto ou serviço. Daí porque afirma-se que a atividade do empresário é voltada à *produção ou circulação de bens ou serviços*. Esta característica econômica, no entanto, não é exclusiva dos sujeitos qualificados juridicamente como empresários.

É inequívoco que esta característica da *fattispecie* do empresário, enquanto sucessor do comerciante, constitui uma síntese das transformações por que passou o conceito de comerciante⁶⁴⁰ em razão da progressiva *comercialização das atividades econômicas*. Demais disso, apresenta-se, do ponto de vista jurídico, como a mais importante diferença entre o conceito de comerciante e o conceito de empresário,⁶⁴¹ pois enquanto aquele, em síntese, exercia atividade de intermediação na troca, este exerce atividade de produção ou circulação de bens ou serviços.

No entanto, se analisadas em abstrato, não há atividade econômica que não consista em produzir ou circular bens ou serviços. O conceito de empresário, pois, analisado abstratamente, abrange a totalidade das atividades econômicas.⁶⁴²

Com efeito, não há como argumentar-se que o profissional intelectual não produz *bens* ou *serviços* no sentido jurídico, consoante corretamente adverte Francesco Galgano.⁶⁴³ É que, por fundar-se na natureza intrínseca do bem ou serviço, este critério não daria conta de determinar em que hipótese se estaria diante de atividade própria de empresário ou não, tendo em vista que o bem ou o serviço serão intrinsecamente idênticos. Nesse sentido, conforme exemplo apresentado por Francesco Galgano, o profissional que presta serviços de organização de empresas, mediante sugestões de inovações técnicas para redução de custos de

⁶⁴⁰ GALGANO, Francesco. **Diritto privato**, p. 454; e GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 4 e 6 e ss.

⁶⁴¹ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 9.

⁶⁴² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização, p. 99; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**, p. 47.

⁶⁴³ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 11 e 12.

produção, “seguramente não é empresário”,⁶⁴⁴ mas, se este profissional oferece os serviços de engenheiros especializados em reorganização por meio de uma consultoria, ele será inequivocamente empresário,⁶⁴⁵ conquanto seja o mesmo serviço ofertado.

Precisamente por se apresentar como um conceito *omnicomprensivo das profissões*, diferentemente do que ocorria com a noção de ato de comércio, – que necessitava *dilatar-se internamente* para acompanhar os avanços do capitalismo –, a noção de empresa necessita ser *limitada externamente*. Vale dizer, para não apanhar a totalidade das atividades econômicas, de modo a submetê-las ao estatuto profissional do empresário, há a necessidade de se identificar quais delas não são consideradas juridicamente empresas. Daí, aliás, a preocupação do Código Civil em identificar as *hipóteses de exclusão* do conceito de empresário, como ocorre com as profissões intelectuais (art. 966, parágrafo único, Código Civil) e com o profissional rural (art. 971, Código Civil). É que, conforme entendem Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza, a diferença entre o empresário e as demais profissões “é fruto de uma diversa *disciplina*, e não de uma diferença presente na *fattispecie*.”⁶⁴⁶ Em sentido análogo é a escorreita lição de Sérgio Campinho, para quem, na

caracterização do empresário, a lei expressamente exclui dessa condição certas pessoas. Portanto, determinadas atividades profissionais não têm o condão de se caracterizar como atividade de natureza empresarial, muito embora possam consistir em uma atividade de cunho econômico.⁶⁴⁷

Cumpra, assim, desenvolver o tema da delimitação do conceito de empresário em contraposição às demais profissões, mediante a investigação da insuficiência da *fattispecie* de empresário e da identificação dos diversos estatutos profissionais.

A relevância em atribuir-se a alguém a qualidade de empresário respeita à sua sujeição ao estatuto profissional do empresário.⁶⁴⁸ Com efeito, incontáveis normas jurídicas contêm em seu suporte fático elementos que consistem na identificação do *status* atribuído a determinado sujeito. Assim ocorre com o disposto nos arts. 967, 973, 983 e 1.150 do Código Civil, ou ao art. 1º da Lei 11.101/05, cujo pressuposto de aplicação está na prévia

⁶⁴⁴ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 12, tradução livre.

⁶⁴⁵ Nesse sentido, Francesco Galgano colaciona decisões da Corte de Cassação sobre a espécie mencionada no texto. GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale** v. 3, p. 12, nota de rodapé 22.

⁶⁴⁶ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale** v. I., p. 23, tradução livre.

⁶⁴⁷ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa**, p. 16.

⁶⁴⁸ Contra, por entender que não se deve falar de *status* de empresário, no sentido de uma síntese “direitos, deveres e poderes particulares a certos sujeitos, compreendidos em determinada categoria”, ver GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell’impresa**, p. 84.

qualificação, de um sujeito, como empresário individual, ou de uma sociedade, como sociedade empresária.

A normas desta estirpe, que qualificam previamente um sujeito de modo a submetê-lo a um peculiar regime jurídico, atribui-se a denominação de normas *qualificativas*, ou de *organização*, ou de *configuração*, consoante a expressão de Emilio Betti,⁶⁴⁹ no que foi acompanhado por Torquato Castro,⁶⁵⁰ ou, se se preferir a terminologia utilizada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, de normas *pré-juridicizantes*.⁶⁵¹ Esta é a espécie na qual se insere a *norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro*.⁶⁵² Sem ela, ficaria a pairar no vazio aplicativo todo o conjunto de normas que constituem o estatuto profissional do empresário.

Por este motivo, aliás, é que os autores soem atribuir ao conceito de empresário o papel central do direito comercial situado nos ordenamentos que adotam a teoria da empresa, como fazem, por exemplo, Tullio Ascarelli,⁶⁵³ Jean Limpens,⁶⁵⁴ Pier Giusto Jaeger,⁶⁵⁵ Rubens Requião,⁶⁵⁶ Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁶⁵⁷ e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa.⁶⁵⁸

Por conseguinte, o critério para distinguir o empresário do não empresário, como se afirmou acima, decorre de uma distinta valoração social das profissões e não de uma correlação entre a *fattispecie* de empresário e o conceito econômico de empresa. Isto é, o critério é fundado em uma valoração social decorrente da finalidade normativa preponderantemente emprestada à empresa, que é incompatível com a noção econômica de empresa. Nesse sentido, o critério valorativo é voltado a afirmar quem não é empresário, – isto é, não se submete ao estatuto profissional do empresário.⁶⁵⁹ O restante das profissões, que não forem normativamente excluídas, serão caracterizadas como empresárias. O critério,

⁶⁴⁹ BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio juridico**, p. 8 e 9.

⁶⁵⁰ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**. São Paulo: 1985, p. 30 e ss.

⁶⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 1. 4. ed. São Paulo: 1974, p. 3.

⁶⁵² Este, aliás, consiste em título do ensaio, por nós publicado, CAVALLI, Cássio. A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro.

⁶⁵³ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 145.

⁶⁵⁴ LIMPENS, Jean. L'unificazione del diritto civile e commerciale, p. 422.

⁶⁵⁵ JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**, p. 35.

⁶⁵⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 13 e 14.

⁶⁵⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos**, p. 80.

⁶⁵⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial** v. I, p. 49.

⁶⁵⁹ Assim, ver CAVALLI, Cássio. A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro, *passim*.

portanto, de econômico nada tem. O que comprova a não essencialidade dos elementos contidos no conceito econômico de empresa para a elaboração da *fattispecie* de empresário.

PARTE II – ELABORAÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA A PARTIR DA SUA FUNCIONALIZAÇÃO ÀS NECESSIDADES ECONÔMICAS

3 ESTRUTURAS E FUNÇÕES ECONÔMICAS DA EMPRESA

An outsider to the field of economics would probably take it for granted that economists have a highly developed theory of the firm. After all, firms are the engines of growth of modern capitalistic economies, and so economists must surely have fairly sophisticated views of how they behave. In fact, little could be further from the truth. Most formal models of the firm are extremely rudimentary, capable only of portraying hypothetical firms that bear little relation to the complex organizations we see in the world. Furthermore, theories that attempt to incorporate real world features of corporations, partnerships and the like often lack precision and rigor, and have therefore failed, by and large, to be accepted by the theoretical mainstream.⁶⁶⁰

Em consonância com o modelo de investigação adotado nesta tese, a compreensão jurídica da empresa a partir do dado teórico econômico impõe necessariamente que se identifique as funções econômicas desempenhadas pela empresa. Com efeito, mais do que buscar na literatura econômica um conceito de empresa, – que, aliás, sabe-se inexistente, – para esta opção metodológica importa compreender as funções que as distintas teorias econômicas atribuem à firma.

Uma teoria consiste em um conjunto de premissas básicas a orientar a compreensão de um determinado fenômeno.⁶⁶¹ Consoante varie a teoria econômica adotada para explicar o fenômeno da empresa, sofrerão variações as funções e os conceitos atribuídos à empresa. Não há um critério apriorístico que permita eleger-se uma teoria econômica da empresa em detrimento de outras. Pelo contrário, consoante registra G. C. Archibald, “a teoria da firma foi, e talvez ainda seja, o campo de batalha para algumas ferozes disputas metodológicas.”⁶⁶²

⁶⁶⁰ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1757.

⁶⁶¹ Conforme lecionam Nelson e Winter, “[i]n economics (as in physics) what we refer to as a theory is more a set of basic premises – a point of view that delineates the phenomena to be explained and modes of acceptable explanation – than a set of testable propositions.” NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. Neoclassical vs. evolutionary theories of economic growth: critique and prospectus. **The Economic Journal**. 84, 336, 886-905, 1974, p. 886.

⁶⁶² ARCHIBALD, George C. Theory of the firm. In: Durlauf, Steven N., Blume, Lawrence E.

No entanto, conquanto existam diversas teorias da empresa,⁶⁶³ vertidas que são em uma extensa literatura,⁶⁶⁴ elas podem ser reconduzidas e classificadas⁶⁶⁵ em um número mais restrito de escolas do pensamento econômico.

Assim, nesta Seção, antes mesmo de delimitar quais teorias econômicas da firma serão utilizadas para análise, pretende-se situar a teoria da empresa no quadro mais amplo das duas grandes escolas do pensamento econômico do século XX. A primeira escola na qual será investigada a função econômica da firma consiste na escola neoclássica, Seção 3.1 (*Ilhas de poder consciente: a empresa neoclássica como função de produção*). Em seguida, serão cotejados os fundamentos da escola neoclássica a partir das críticas que lhe foram endereçadas pela escola neoinstitucionalista, que atualmente abriga as mais relevantes teorias econômicas da firma, a serem investigadas na Seção 3.2 (*Abrindo a caixa preta: as funções econômica da empresa na Nova Economia Institucional*).

3.1 Ilhas de poder consciente: a empresa neoclássica como função de produção

The broader history of the theory of the firm [...] reveals the major shaping role of conjunctions of circumstances that [...] do not reflect the internal logic of the subject matter [...]. Without demeaning the contributions that any of us have made, I think we must acknowledge that the present state is one of incoherence. If we ask, ‘What does economics have to say about the role of the business firm in a market economy?’ the response will be silence followed by an excited babble of significantly conflicting answers – an interesting babble, but a babble nonetheless.⁶⁶⁶

(Org.). **The new palgrave dictionary of economics**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008, p. , tradução livre.

⁶⁶³ Assim, já na longínqua década de 1960, Fritz Machlup identificou mais de 20 teorias econômicas da empresa. MACHLUP, Fritz. *Theories of the firm: marginalist, behavioral, managerial*. Para uma referência mais recente ao trabalho de Machlup, ver MASKELL, Peter. *The firm in economic geography*, p. 331.

⁶⁶⁴ ORST, Eric W. *Shirking and sharking: a legal theory of the firm*, p. 289.

⁶⁶⁵ Há também diversas classificações acerca das teorias econômicas da empresa, que variam conforme o critério utilizado para a classificação. Assim, por exemplo, Eric Orst classifica as teorias econômicas da firma em (a) *transactions costs theory*, (b) *contracts theory*, (c) *property rights theory*; e (d) *employment theory*. ORST, Eric W. *Shirking and sharking: a legal theory of the firm*, p. 289. Já Sidney Winter classifica as teorias econômicas da empresa em (a) *textbook orthodoxy*, (b) *transaction cost economics* e (c) *evolutionary economics*. WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation. **Journal of Law, Economics, & Organization**. 4, 1, 163-180, 1988, p. 171-173. Peter Maskell, por sua vez, classifica as teorias da firma em teorias relacionadas a contratos completos e incompletos. MASKELL, Peter. *The firm in economic geography*.

⁶⁶⁶ WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 163-164.

3.1.1 Fundamentos da ortodoxia econômica

Não há dúvida de que a principal escola do pensamento econômico a elaborar uma teoria da firma é a escola econômica neoclássica.⁶⁶⁷ Desenvolvida há pouco mais de cem anos,⁶⁶⁸ em muitos casos, a teoria econômica neoclássica fornece a única teoria da firma nos livros texto de economia,⁶⁶⁹ constituindo, assim, a “dieta básica dos economistas modernos”,⁶⁷⁰ consoante a dicção de Oliver Hart.

Os pressupostos da teoria neoclássica são generalizados e, por vezes, os únicos encontrados nos livros de economia.⁶⁷¹ Deste modo, a grande maioria dos estudos acerca da empresa inicia e termina na orientação neoclássica,⁶⁷² que carrega consigo um conjunto de pressuposições que condicionam a compreensão econômica da teoria da firma.

Com efeito, a teoria econômica neoclássica fornece uma estrutura teórica da empresa que é dominante,⁶⁷³ razão pela qual Sidney G. Winter referiu-se à escola neoclássica como *ortodoxia do livro texto*.⁶⁷⁴ Conforme afirma o autor, a

mesma visão geral da empresa e dos contextos em que ela opera é generalizada na teoria econômica contemporânea. Contribuições particulares podem explorar as consequências de modificar-se um pressuposto ou outro, mas os elementos básicos da estrutura permanecem intactos. Pesquisas teóricas em organizações econômicas industriais foram transformadas pela aplicação de técnicas matemáticas poderosas no último quartel do século, e recentemente pela cuidadosa atenção à informação teórica e aos detalhes teóricos dos aspectos dos jogos entre empresas, ou entre empresas e consumidores. Mas em quase todo este trabalho, empresas são o que são nos textos intermediários de microeconomia. Perambule entre finanças públicas e economia do trabalho; examine quase todos artigos em econometria

⁶⁶⁷ Até os dias de hoje, a teoria neoclássica ocupa a posição central na teoria econômica. DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 1.

⁶⁶⁸ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 15.

⁶⁶⁹ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1757-1758.

⁶⁷⁰ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1757, tradução livre.

⁶⁷¹ Neste sentido, ver HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1757-1758, e WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164. Descrevendo a influência do pensamento neoclássico em diversos ramos da economia, ver MASKELL, Peter. The firm in economic geography, p. 330-331.

⁶⁷² HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1757-1758.

⁶⁷³ MASKELL, Peter. The firm in economic geography, p. 330-331; ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 302 e ss.

⁶⁷⁴ Este autor denomina o conjunto da literatura neoclássica de “‘textbook orthodoxy’ to distinguish it from the recent work of otherwise orthodox theorists who have concerned themselves with questions relating to the nature of the firm.” WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164.

aplicada que envolva o comportamento da empresa, e você encontrará muito da mesma situação. Em síntese, nesta questão como na maioria das outras, os textos intermediários provêm um análise simples, mas geralmente precisa daquilo que a disciplina econômica trata. O que eles apresentam como a teoria da empresa é a teoria ortodoxa da empresa – ou mais precisamente, é o que a teoria ortodoxa da empresa tem sido. Eu chamo isto de ‘ortodoxia do livro-texto’ para distingui-lo do trabalho de teóricos não ortodoxos que se ocuparam das questões relativas à natureza da empresa.⁶⁷⁵

A preponderância da economia neoclássica na economia já permite uma explicação para o fato de que a literatura jurídica elabora um uniforme conceito econômico de empresa, mesmo quando recorre a fontes primárias da literatura econômica. Neste sentido, em que pese haja endogenia na elaboração do conceito econômico de empresa pela literatura jurídica, o resultado a que ela conduz é reforçado pelo fato de que na literatura econômica prepondera a compreensão neoclássica da empresa.

Com efeito, por esta razão, mesmo que não houvesse na literatura jurídica viés de seleção na escolha dos textos de economia, – isto é, selecionar-se apenas livros de economia que corroborassem o conceito econômico de empresa utilizado pela literatura jurídica, – dificilmente se obteria um conceito econômico de empresa diverso daquele que é preponderante encontrado na literatura econômica e jurídica.

Por constituir o conjunto de pressuposições neoclássicas – e, indiretamente, no conceito resultante desse conjunto de pressuposições – aquele que orienta a maior parte dos economistas e dos juristas na investigação acerca do tema da empresa,⁶⁷⁶ cumpre, analisar qual a função atribuída à empresa pela teoria econômica neoclássica. Para tanto, mais do que procurar por um conceito econômico, deve-se compreender os fundamentos da economia neoclássica e os seus reflexos na compreensão da função econômica da empresa.

A preocupação fundamental da economia neoclássica diz respeito à economia de mercado, em que a produção e a distribuição de bens ocorre através do sistema de preços (*price system*).⁶⁷⁷ O mercado, entendido como um sistema descentralizado de preços, constitui um mecanismo perfeito de coordenação econômica.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164, tradução livre.

⁶⁷⁶ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1758 e 1773.

⁶⁷⁷ McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered, p. 233; BOUDREAUX, Donald J.; HOLCOMBE, Randall G. The coasian and knightian theories of the firm. **Managerial and Decision Economics**. 10, 2, 147-154, 1989, p. 152; DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 7.

⁶⁷⁸ MASKELL, Peter. The firm in economic geography, p. 330-331; WINTER, Sidney G. On

A economia neoclássica elabora um modelo *econômico hipotético* em que há uma *extrema interdependência* entre os indivíduos que participam do mercado que, por sua vez, é marcado por uma *extrema descentralização*. Por *extrema interdependência* quer significar-se que o mercado cuida do problema da coordenação social da produção e do consumo.⁶⁷⁹ Já por *extrema descentralização* quer-se significar que os preços em mercados não sofrem influência direta da ação individual de uma empresa ou consumidor, de modo que “eles não estabelecem o preço, o sistema estabelece.”⁶⁸⁰

A fixação de preços em mercado é marcada pela característica do *equilíbrio geral de mercado*. O mercado envia sinais, sob a forma de preços,⁶⁸¹ aos indivíduos, de modo que “[p]rodução, preço e lucro reagem a mudanças na demanda, custo e estruturas de mercado da maneira mais intuitiva.”⁶⁸² Isto é, há um equilíbrio de mercado, de acordo com o qual a oferta será equilibrada com a demanda.⁶⁸³ Desse modo, conforme anota Douglass C. North, os “[p]reços, então, tornam-se um dispositivo de alocação suficiente para alcançar-se maior valor de uso.”⁶⁸⁴

A compreensão do mercado enquanto um sistema de formação de preços (*price system*) assenta sobre os seguintes pressupostos.

O primeiro pressuposto consiste no *individualismo metodológico* (*methodological individualism*),⁶⁸⁵ segundo o qual a unidade básica de análise é o indivíduo.⁶⁸⁷ A

Coase, competence, and the corporation, p. 165; FOSS, Nicolai J.; LANDO, Henrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 633.

⁶⁷⁹ Por *interdependência extrema* quer-se afirmar que as decisões dos indivíduos são orientadas pelo problema da coordenação social da produção, deixando nenhum espaço para decisões auto-suficientes, como seriam aquelas tomadas por Robinson Crusoe em sua ilha. DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 7.

⁶⁸⁰ DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 7, tradução livre.

⁶⁸¹ Nesse sentido, observa Harold Demsetz que “[p]rices do not coordinate; they supply information. Each owner of resources, knowing all there is to know in a perfect information world, can self-manage his or her resources, placing them in their highest value of use.” DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 9.

⁶⁸² FELDER, Joseph. The profit-maximizing firm: old wine in new bottles. **The Journal of Economic Education**. 21, 2, 113-129, 1990, p. 113, tradução livre.

⁶⁸³ ARROW, Kenneth J.; DEBREU, Gerard. Existence of an equilibrium for a competitive economy. **Econometrica**. 22, 3, 265-290, 1954, p. 265.

⁶⁸⁴ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. 23. ed. Cambridge: 2006, p. 30, tradução livre.

⁶⁸⁵ A importância do individualismo metodológico para a ciência econômica foi assentada por SCHUMPETER, Joseph A. **Methodological individualism**. Bruxelles: 1980.

⁶⁸⁶ Conforme explica Kenneth Arrow, “[i]n the usual versions of economic theory, each

preponderância do individualismo metodológico para o pensamento econômico neoclássico é assim descrita por Kenneth J. Arrow,

É uma pedra de toque da economia que todas as explicações devem ocorrer em termos de ações e reações dos indivíduos. O nosso comportamento ao julgar a pesquisa econômica, de revisão por pares de trabalhos e pesquisas, e em promoções, inclui o critério de que, em princípio, o comportamento que explicamos e as políticas que propomos são explicáveis em termos de indivíduos, não de outras categorias sociais.⁶⁸⁸

Os indivíduos são classificados em consumidores (*households*) e empresas (*firms*).⁶⁸⁹ A coordenação da atividade econômica dos indivíduos é realizada pelo mecanismo de preços.

Com efeito, a empresa, nesse contexto, é tratada como um *indivíduo*⁶⁹⁰ que participa e, portanto, sujeita-se às forças de mercado, vale dizer, ao mecanismo de preços.⁶⁹¹

De acordo com o segundo pressuposto, assume-se que todos os indivíduos atuam tendo como base uma *hiperracionalidade*,⁶⁹² que lhes outorga o nível máximo de informação acerca das quantidades de oferta e demanda por meio dos sinais de preços. Nesse sentido, a ação dos indivíduos é orientada pelos sinais enviados pelo mercado.⁶⁹³

individual makes decisions to consume different commodities, to work at one job or another, to choose production methods, to save, and to invest. In one way or another, these decisions interact to produce an outcome which determines the workings of the economy, the allocation of resources in short. It seems commonly to be assumed that the individual decisions then form a complete set of explanatory variables. A name is even given to this point of view, that of methodological individualism, that it is necessary to base all accounts of economic interaction on individual behavior.” ARROW, Kenneth J. Methodological individualism and social knowledge. **The American Economic Review**. 84, 2, 1-9, 1994, p. 1. No mesmo sentido, ver, também, ASPROMOURGOS, Tony. 'Neoclassical'. In: Durlauf, Steven N., Blume, Lawrence E. (Org.). **The new palgrave dictionary of economics**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008, p. .

⁶⁸⁷ WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 165.

⁶⁸⁸ ARROW, Kenneth J. Methodological individualism and social knowledge, p. 1, tradução livre.

⁶⁸⁹ DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 8.

⁶⁹⁰ Ainda conforme ensina Kenneth Arrow, “[t]he prototypical economic model, despite battering, is general competitive equilibrium. Individuals and firms take prices as given. Individuals choose consumption demands and offers of labor and other assets, subject to a condition that receipts cover expenditures. Firms choose inputs and outputs subject to the condition that the outputs be producible given the inputs. How they make these choices depends on many factors: tastes, attitudes toward risk, expectations of the future. But, it is held, these factors are *individual*.” ARROW, Kenneth J. Methodological individualism and social knowledge, p. 4.

⁶⁹¹ ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 284.

⁶⁹² NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 30; WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 6.

⁶⁹³ ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 284.

Assume-se, em terceiro lugar, que os indivíduos realizam escolhas racionalmente⁶⁹⁴ com o objetivo de maximizar o seu bem-estar. Os consumidores adquirem bens de empresas visando aumentar a utilidade esperada,⁶⁹⁵ enquanto as empresas produzem para os consumidores visando aumentar o seu lucro.⁶⁹⁶

A maximização de bem-estar, – a utilidade para o consumidor e o lucro para a empresa, – é medida por meio da comparação do ganho marginal em relação ao custo marginal de uma determinada troca.⁶⁹⁷

3.1.2 A firma no mundo da mão invisível do mercado

Os pressupostos da teoria econômica neoclássica não são orientados à elaboração de uma verdadeira teoria econômica da empresa, mas apenas de uma teoria de mercados nos quais a empresa é um importante participante.⁶⁹⁸ Por conseguinte, a firma acaba por constituir objeto meramente lateral da investigação econômica neoclássica. A expressão ‘firma’, conforme registra Paul McNulty, “não é listada nos índices temáticos de muitas histórias da economia, incluindo a mais enciclopédica de todas, a do falecido Joseph A. Schumpeter.”⁶⁹⁹

⁶⁹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. **Economic Analysis of Law Review**. 2, 2, 404-428, 2011, p. 419; WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164.

⁶⁹⁵ ARROW, Kenneth J.; DEBREU, Gerard. Existence of an equilibrium for a competitive economy, p. 265.

⁶⁹⁶ Neste sentido, conforme registram Arrow e Debreu, “[i]t was assumed that each consumer acts so as to maximize his utility, each producer acts so as to maximize his profit, and perfect competition prevails, in the sense that each producer and consumer regards the prices paid and received as independent of his own choices.” ARROW, Kenneth J.; DEBREU, Gerard. Existence of an equilibrium for a competitive economy, p. 265. ASPROMOURGOS, Tony. **'Neoclassical'**. Conforme registra Harold Demsetz, “[t]his is implicit in the circular flow diagrams that once were a popular expository device of basic economics texts, but the theoretical significance of the circular flow was poorly understood. The texts mistakenly emphasized the circularity of the flow rather than the interdependency and decentralization exhibited in the transactions it pictures.” DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 8.

⁶⁹⁷ Conforme registra Mankiw, “people make the best decisions by thinking at the margin.” MANKIW, N. G. **Principles of microeconomics**. 2007, p. 4.

⁶⁹⁸ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 84.

⁶⁹⁹ McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered, p. 235, nota de rodapé 18, tradução livre.

A preocupação dos economistas com o mercado, – que conduziu a um descuido com a investigação da empresa,⁷⁰⁰ – deriva do fato de que foi o sistema de mercado, sua emergência, expansão e domínio, que conduziu ao crescimento econômico e desenvolvimento de muitas sociedades ocidentais e, mais recentemente, orientais.⁷⁰¹ Assim, consoante observa Fernando Araújo, o modelo econômico neoclássico deixa pouco espaço para a empresa, – na qual ocorre a integração dos fatores de produção, – interferir nos *automatismos* do mercado.⁷⁰² A empresa, com efeito, apenas é objeto de investigação da escola neoclássica na medida em que se insere no sistema de preços, isto é, o mercado, entendido como “a junção dos agentes econômicos (empresas e consumidores) para troca de propriedade de [...] conjuntos de mercadoria.”⁷⁰³

Desse modo, a empresa é reduzida a um indivíduo que realiza escolhas racionais⁷⁰⁴ de produzir para os consumidores, em conformidade com as orientações obtidas pelos sinais de mercado, de modo a maximizar seu lucro.⁷⁰⁵ Consoante a dicção de Sidney G. Winter, na teoria neoclássica da empresa,

[a] discussão centra-se na forma como as empresas, guiadas pelas forças de mercado, tomam decisões de produção que formam uma parte da resposta

⁷⁰⁰ Conforme registra Macnulty, “the development of economics resulted in a progressive downplaying of the role and significance of the firm in favor of the primacy of the market”. McNULTY, Paul J. *On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered*, p. 235.

⁷⁰¹ Nesse sentido, conforme registram Milgrom e Roberts, “[w]hen economists today write about the firm, they most often proceed by comparing its characteristics with those of markets. The reason is not hard to understand: As economic historians have repeatedly argued (Innis, 1938; North and Thomas, 1973; Rosenberg and Birdzell, 1985); the emergence, expansion, and eventual dominance of the market system in western economies since the Middle Ages crucially contributed to economic growth and the resulting accumulation of wealth and rising standards of living for much of the population. More recently, the spectacular successes of the market oriented economies of the rapidly industrializing nations of Asia have shown that the strengths of the market as a basis for organizing economic activity are not limited to western societies.” MILGROM, Paul; ROBERTS, John. *Economic theories of the firm: past, present, and future*, p. 444. No mesmo sentido, ver ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: 2008, p. 224.

⁷⁰² ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 224.

⁷⁰³ MILGROM, Paul; ROBERTS, John. *Economic theories of the firm: past, present, and future*, p. 456, tradução livre.

⁷⁰⁴ A pressuposição da racionalidade da firma é apontada por Winter, que assevera: “Like consumers, firms are unitary actors and are economically rational; more specifically, they maximize profit or present value.” WINTER, Sidney G. *On Coase, competence, and the corporation*, p. 164.

⁷⁰⁵ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 30; WINTER, Sidney G. *On Coase, competence, and the corporation*, p. 164; ULEN, Thomas S. *The coasean firm in law and economics*, p. 303; e ADLER, Michael; DUMAS, Bernard. *The microeconomics of the firm in an open economy*. **The American Economic Review**. 67, 1, 180-189, 1977, p. 180.

para o problema social geral de alocação de recursos. Ocupa-se inteiramente de insumos e produtos e como eles se relacionam com uma determinada tecnologia, [como se relacionam] entre eles, e às forças do mercado. Esta constelação de pressupostos e preocupações é também focal para a análise da empresa em textos avançados.⁷⁰⁶

Nesse contexto, as empresas são descritas como conjuntos de produção (*production sets*)⁷⁰⁷ orientados a determinar a quantidade de produção (*output*) com base na quantidade de insumos (*inputs*) utilizados. Desse modo, a empresa consiste simplesmente em um conjunto de produção que transforma insumos em produtos, em um determinado período de tempo.⁷⁰⁸ A empresa, portanto, é marcada por uma *função de produção*,⁷⁰⁹ descrita pela fórmula $q = f(x_1, \dots, x_n)$,⁷¹⁰ em que se busca identificar qual produtividade da empresa (q) em função dos níveis de insumos utilizados (x). Dadas as condições externas à empresa, – por exemplo, variações na demanda ou oferta de bens, ou de modificações tecnológicas⁷¹¹ – cumprirá a ela realizar escolhas adequadas de insumos de modo a aumentar a quantidade produzida, com o fim atingir o nível ótimo de produção, isto é, o nível que maximize o lucro ou o valor presente.⁷¹² Portanto, consoante registram William Meckling e Michael Jensen, a produção em

⁷⁰⁶ WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164, tradução livre.

⁷⁰⁷ MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic theories of the firm: past, present, and future, p. 456; e WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164.

⁷⁰⁸ MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic theories of the firm: past, present, and future, p. 456.

⁷⁰⁹ WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach, p. 548; WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 7; HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 15; WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164; ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 302; e BOUDREAUX, Donald J.; HOLCOMBE, Randall G. The coasian and knightian theories of the firm, p. 147.

⁷¹⁰ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 15.

⁷¹¹ Esta característica é assim descrita por Nelson e Winter: “The time paths of output, input, and prices are interpreted as the paths generated by maximising firms in a moving equilibrium driven by changes in product demand, factor supply, and technological conditions.” NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. Neoclassical vs. evolutionary theories of economic growth: critique and prospectus, p. 887.

⁷¹² Nesse sentido, Nelson e Winter afirmam: “We also take it that most economists would agree that the following are essential elements of the neoclassical explanation. The dominant theme derives from the theory of the firm and production in a competitive industry. At any time firms are viewed as facing a set of alternatives regarding the inputs and outputs they will procure and produce. Firms choose so as to maximise profit or present value, given external conditions facing the firm. The sector is assumed to be in equilibrium in the sense that demand and supply are balanced on all relevant markets and no firm can improve its position given what other firms are doing.” NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. Neoclassical vs. evolutionary theories of economic growth: critique and prospectus, p. 887.

empresa é concebida de modo a verificar “as condições marginais relevantes relativas aos *inputs* e *outputs*, e assim maximizando resultados, ou mais precisamente, valor presente.”⁷¹³

A maximização dos resultados da empresa é descrita em termos *tecnológicos*,⁷¹⁴ relacionados preponderantemente à economia de escala.⁷¹⁵ Isto é, a economia neoclássica dá ênfase a características tecnológicas da firma.⁷¹⁶

Do ponto de vista tecnológico, sobressai em um primeiro momento a noção da divisão e especialização do trabalho, cuja noção remonta ao economista clássico Adam Smith.⁷¹⁷ O autor, que não chegou a viver para testemunhar a transformação econômica decorrente das novas tecnologias industriais desenvolvidas na Revolução Industrial inglesa,⁷¹⁸ em sua célebre obra de 1776, afirmou que “[o] grande desenvolvimento das forças produtivas do trabalho, e a grande parte da habilidade, destreza e discernimento com os quais o trabalho é dirigido ou executado, parecem ter sido os efeitos da divisão do trabalho.”⁷¹⁹

Para demonstrar a importância da divisão do trabalho para o aumento de produtividade, Adam Smith utiliza o exemplo da fabricação de alfinetes. Conforme ilustra o autor,

[t]omemos, pois, o exemplo de uma insignificante manufatura; mas uma na qual a divisão do trabalho tem sido frequentemente notada, a fábrica de alfinetes; um operário não treinado para este trabalho (que a divisão do trabalho tornou uma atividade distinta), nem acostumado com o uso do maquinário nele empregado (cuja invenção provavelmente é devida à mesma divisão do trabalho), poderia no máximo, talvez, com o grande empenho, produzir um alfinete por dia, e certamente não poderia produzir vinte. Mas

⁷¹³ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 84, tradução livre.

⁷¹⁴ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**, p. 86 e ss.; WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164; HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 15; e FOSS, Nicolai J.; LANDO, Henrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 633.

⁷¹⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 25; HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 16-17; e DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 13.

⁷¹⁶ WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164.

⁷¹⁷ Assim, afirma Ulen que “[t]hese economies of specialization and of the ability to use large, expensive capital goods had been obvious explanations for the existence of the firm since at least Adam Smith.” ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 302-303. Ver, também, McNULTY, Paul J. Adam Smith's concept of labor. **Journal of the History of Ideas**. 34, 3, 345-366, 1973, p. 345.

⁷¹⁸ GALBRAITH, John Kenneth. **A history of economics: the past as the present**. London: 1987, p. 58 e ss.

⁷¹⁹ SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**, p. 13, tradução livre.

pela forma em que esta atividade é atualmente desenvolvida, não apenas o trabalho todo é uma indústria específica, mas ele é dividido em um número de ramos, dos quais a maior parte é semelhante a uma indústria específica. Um homem desenrola o arame, outro o estica, um terceiro o corta, um quarto o aponta, um quinto apara a parte de cima para receber a cabeça; fazer a cabeça requer duas ou três operações distintas; para colocá-la, é outra atividade específica, alvejar os alfinetes é outra; é inclusive uma atividade em si colocá-los no papel; e a importante atividade de produzir um alfinete é, deste modo, dividida em dezoito operações distintas, que, em algumas manufaturas, são realizadas por mãos diferentes, embora em outras o mesmo homem às vezes executará duas ou três delas.⁷²⁰

Como consequência da divisão do trabalho em diversas etapas especializadas, ocorre o aumento de produtividade. Conforme prossegue o mesmo autor,

[e]stas dez pessoas, desse modo, podem produzir entre elas mais de quarenta e oito mil alfinetes em um dia. Cada pessoa, portanto, produzindo uma décima parte dos quarenta e oito mil alfinetes, pode considerar-se como produzindo quatro mil e oitocentos alfinetes por dia. Mas se eles tivessem trabalhado separada e independentemente, e sem que nenhum deles tenha sido treinado para esta atividade específica, eles certamente não teriam, cada um, produzido vinte, talvez nem um alfinete em um dia; isto certamente não é a duocentésima quadragésima, talvez nem a quarta milésima oitocentésima parte daquilo que eles são capazes de produzir atualmente, em razão da adequada divisão e combinação de suas diferentes operações.⁷²¹

Portanto, conforme a síntese de Thomas Ulen, a especialização do trabalho possibilita que “o relativamente grande número de empregados aptos para as tarefas de produção sejam divididos em suas etapas constitutivas, e aos grupos de empregados que se especializem em cada uma destas tarefas.”⁷²²

Em razão dos ganhos decorrentes da divisão e da especialização do trabalho, afirmou-se que o processo produtivo será mais eficiente se estiverem próximas, em uma mesma firma, diversas etapas do processo produtivo. Neste sentido, o principal argumento a justificar a organização da produção em empresa consiste nas *interdependências tecnológicas*,⁷²³ que são assim descritas por Oliver Williamson:

processos sucessivos que, naturalmente, seguem imediatamente no tempo e no espaço ditam certas configurações eficientes de manufatura; estas, por sua vez, acredita-se que possuem implicações na propriedade comum. Esta complementariedade técnica é provavelmente mais importante no processo

⁷²⁰ SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**, p. 14-15, tradução livre.

⁷²¹ SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**, p. 15, tradução livre.

⁷²² ULEN, Thomas S. *The coasean firm in law and economics*, p. 305, tradução livre.

⁷²³ WILLIAMSON, Oliver E. *The vertical integration of production: market failure considerations*, p. 112.

do fluxo de operações (químicos, metais, etc.) do que em componentes de manufatura separáveis.⁷²⁴

Com efeito, as *indivisibilidades* ou *não-separabilidades* tecnológicas condicionam o modelo de organização da empresa,⁷²⁵ justificando a *integração vertical*⁷²⁶ das etapas do processo produtivo.⁷²⁷ Preponderam, assim, na economia neoclássica, explicações da firma fundadas na tecnologia.⁷²⁸ Nisto consiste o denominado *determinismo tecnológico*,⁷²⁹ de acordo com o qual se assume que existe *uma* específica tecnologia que é eficiente para

⁷²⁴ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations, p. 112, tradução livre.

⁷²⁵ Conforme enfatiza Oliver Williamson, “[t]o be sure, technological indivisibilities or nonseparabilities in production processes sometimes exist and have important organizational implications.” WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies: some elementary considerations*, p. 316.

⁷²⁶ Nesse sentido, acerca do célebre exemplo de Adam Smith, Macnulty afirma que, “[i]ndeed, his pin factory was an early if rudimentary example of the benefits of vertical integration, since, as he noted, it involved not only a division of the labor of the pin-makers, but also ‘a combination of their different operation,’ within an integrated business firm.” McNULTY, Paul J. *On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered*, p. 237.

⁷²⁷ Conforme observa Oliver Williamson, “[l]arge, integrated firms, wherein production is accomplished by joining fungible inputs to yield outputs according to the engineering specifications, are supposedly the rule rather than the exception. Reference to ‘physical or technical aspects’ sometimes buttress this nonmarket presumption. The standard example is the integration of iron steel making, where the realization of thermal economies is said to require integration (Bain, 1958, p. 381). Even, moreover, if tight technological linkages of that kind are missing, existing configurations of assets are widely believed to reflect technological principles.” WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**, p. 86-87.

⁷²⁸ HOLMSTROM, Bengt R.; TIROLE, Jean. The theory of the firm. In: Schmalensee, Richard, Willig, Robert (Org.). **Handbook of industrial organization**: Elsevier, 1989, p. 61-133, p. 66; e WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 164.

⁷²⁹ Conforme ensina Oliver Williamson, “[o]urs is indisputably a technologically advanced society. That complex organization is needed to serve a complex technology is surely common sense. In particular, comprehensive integration – backward into materials, laterally into components, and forward into distribution – is widely believed to be the organizations means by which complex products and services are created, produced, and efficiently brought to market. That conception is supported by the firm-as-production-function orientation. Large, integrated firms, wherein production is accomplished by joining fungible inputs to yield outputs according to the engineering specifications, are supposedly the rule rather than the exception.” WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**, 86. Ainda conforme afirma o mesmo autor, “the interesting problems of economic organization are mainly to be explained by reference to the conjunction of a set of human attributes with a related set of (largely nontechnological) transactional factors. Inasmuch as economics is a social science concerned with exchange, this is perhaps unsurprising. Discussions of economic organization nevertheless are frequently dominated by references to technology.” WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies: some elementary considerations*, p. 316.

determinada atividade e que esta tecnologia conduz a *uma determinada* forma de organização da atividade.⁷³⁰

A eficiência da organização da tecnologia é medida em termos de ganhos de escala⁷³¹ e de escopo.⁷³² É o quanto atesta Oliver Williamson, para quem a “firma é sobretudo definida por economias de escala e escopo e é apenas um instrumento para transformar insumos em produtos conforme as leis da tecnologia”.⁷³³

Daí porque há dois grandes condicionantes da empresa: de um lado, os ganhos decorrentes da economia de escala justificam a integração do processo produtivo em uma empresa; de outro, o menor custo médio dos insumos determina o tamanho ótimo da firma.⁷³⁴

Com efeito, ao conceber a empresa em termos tecnológicos, a economia neoclássica se ocupa de descrever o papel da tecnologia empregada na empresa, notadamente no que respeita aos ganhos de escala de modo a encontrar o nível ótimo de produção, mediante o equilíbrio entre o custo marginal de insumos e o valor marginal do produto, de modo a maximizar-se o lucro, representado pelo valor presente.⁷³⁵

O conjunto de pressupostos que orientam a compreensão neoclássica da empresa orienta o trabalho de economistas e juristas na elaboração de um conceito econômico de empresa. Assim, por exemplo, para Enderle, a

definição de empresa destaca uma consideração econômico-empresarial que, de um lado, parte do fato de que empresas surgem em todos os ordenamentos econômicos, já que a produção e o emprego de resultados são

⁷³⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**, p. 87.

⁷³¹ Conforme registra Thomas Ulen, “economists would have given for the existence of the firm was economies of scale. Economies of scale are said to exist when the average (or unit) cost of production falls continually for larger volumes of output.” ULEN, Thomas S. *The coasean firm in law and economics*, p. 305.

⁷³² Economia de escopo significa que a produção de mais de um bem por uma mesma empresa é superior à produção de cada um destes bens por duas empresas diferentes. Assim, ver PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. São Paulo: 2002, p. 229; STIGLITZ, Joseph E. **Principles of microeconomics**. New York: 1997, p. 271-272.

⁷³³ WILLIAMSON, Oliver E. *Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives*, p. 270, tradução livre.

⁷³⁴ Neste sentido, afirmam Holmstrom e Tirole, “[s]cale economies explain concentrated production while minimum average costs determine the optimal size.” HOLMSTROM, Bengt R.; TIROLE, Jean. **The theory of the firm**, p. 66. Em sentido análogo, ver HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 16-17.

⁷³⁵ Nesse sentido, a firma é “operated so as to meet the relevant marginal conditions with respect to inputs and outputs, thereby maximizing profits, or more accurately, present value.” MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 84. Ver, também, HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 15.

necessários em cada sistema econômico, e de que a combinação de fatores de produção se realiza segundo o princípio da economicidade (cf. Braun). Nesta definição também se tornam claras certas características, que especificam a empresa como unidade técnica, social, organizacional e econômica. Pois o processo de produção e emprego de resultados se origina através da aplicação de técnicas, em que o equipamento com técnicas de produção e informação está em primeiro plano. O equipamento técnico, entretanto, é apenas um fator de produção; ele é combinado com pessoas, em que se aspira a uma ação finalística direcionada para necessidades humanas. O êxito de uma continuada ação finalística, em todo o caso, só estaria assegurado, se, através da organização, as comunidades humanas de trabalho fossem orientadas para a satisfação de funções duradouras. Aí domina o respeito à economicidade, a saber, que, p. ex., com um dado emprego de meios, se pretenda a obtenção maior possível de um fim (cf. Grochla). Essas características da empresa deixam claro que, com o processo antes técnico-organizacional de produção e emprego de resultados, estão relacionadas pretensões de visão social e econômica que podem ser complementares ou conflitivas e que, na instituição criadora de valores com interesses pluralísticos, chamada empresa, devem ser direcionadas para o equilíbrio.⁷³⁶

Com efeito, a empresa acaba por ser conceituada como “uma unidade econômica que produz e emprega resultados destinados à cobertura de necessidades alheias, respeitando a economicidade e o equilíbrio financeiro”.⁷³⁷ Ou, noutras palavras, a empresa é a organização dos fatores de produção, pelo empresário, para a obtenção de um produto destinado à troca em mercado, com o objetivo de maximizar o lucro, consoante a definição econômica que é reiteradamente utilizada pelos juristas.⁷³⁸

3.1.3 A firma como *black box*: a deficiente teoria neoclássica da firma

A teoria neoclássica da firma possui uma série de virtudes. É capaz de predizer o comportamento da produção na empresa em razão de modificações exógenas,⁷³⁹ por meio de uma bem elaborada teoria matemática,⁷⁴⁰ razão pela qual, do ponto de vista positivo, isto é, descritivo, a teoria está correta ao relacionar o tamanho da firma ao papel da tecnologia em geral e aos ganhos de escala.⁷⁴¹

⁷³⁶ ENDERLE, Georges et alii. **Empresa**, p. 242.

⁷³⁷ ENDERLE, Georges et alii. **Empresa**, p. 242.

⁷³⁸ Para exemplos acerca da elaboração do conceito econômico de empresa na literatura jurídica, ver, acima, a Seção 1.2.2 (*O conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas*).

⁷³⁹ Neste sentido, afirma Williamson que “the neoclassical apparatus clearly enjoys the advantage for studying the price and output decision.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 17.

⁷⁴⁰ ULEN, Thomas S. *The coasean firm in law and economics*, p. 306.

⁷⁴¹ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 16-17.

Entretanto, apesar da imensa importância das contribuições da escola econômica neoclássica para o pensamento econômico, ela apresenta claras e graves fragilidades⁷⁴² quando se está a tratar da teoria da empresa, por não responder a uma série de questões altamente relevantes. Neste sentido, conquanto a literatura econômica esteja “repleta de referências à ‘teoria da firma’, o material geralmente subsumido a esta expressão não é exatamente uma teoria da firma, mas uma teoria de mercados nos quais as firmas são importantes atores.”⁷⁴³ Por este motivo, a teoria neoclássica da firma está equivocadamente intitulada de teoria da firma, pois, consoante registra Sidney G. Winter,

não é absolutamente uma teoria da firma no sentido de ser útil para a predição de eventos em qualquer firma em particular. A teoria da firma é uma teoria do comportamento *externo* (mercado) da firma; sobretudo, é um ponto central na teoria das firmas, i.e., a teoria de como a firma no conjunto reagirá à situações de mercado.⁷⁴⁴

Com efeito, a teoria econômica neoclássica *empobreceu*⁷⁴⁵ e *obscureceu*⁷⁴⁶ a compreensão dos economistas acerca da natureza e do papel desempenhado pelas organizações e pelas firmas, de modo que, na ciência econômica, conforme registra Oliver Williamson, “há uma crescente percepção de que a teoria neoclássica da firma é auto-limitante.”⁷⁴⁷

⁷⁴² Nesse sentido, ver HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 17; e HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1758.

⁷⁴³ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 84, tradução livre.

⁷⁴⁴ WINTER JR., Sidney G. Economic "natural selection" and the theory of the firm. **Yale Economic Essays**. 4, 1, 224-272, 1964, p. 231, tradução livre. Em igual sentido, Lafontaine e Slade afirmaram que “[t]he economics profession, however, has devoted much more attention to the workings of markets than to the study of firms, and even less attention to the interface between the two.” LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret. Vertical integration and firm boundaries: the evidence, p. 629.

⁷⁴⁵ Para Holmstrom e Tirole, “[t]he theory of the firm has long posed a problem for economists. While substantial progress has been made on the description and analysis of market performance, firm behavior and organization have remained poorly understood.” HOLMSTROM, Bengt R.; TIROLE, Jean. **The theory of the firm**, p. 63.

⁷⁴⁶ Para Macnulty, a preocupação com o mercado “has at the same time produced an inadequate model of the economic process by obscuring the nature and role of the business firm.” McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered, p. 233.

⁷⁴⁷ WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach, p. 548, tradução livre.

Neste sentido, deve-se ler *cum grano salis* as asserções de juristas que escreveram sobre as interações entre as noções econômica e jurídica da empresa sob a influência da escola econômica neoclássica.⁷⁴⁸

As críticas endereçadas à teoria neoclássica da firma, – em verdade, endereçadas ao conjunto de pressuposições da teoria econômica neoclássica, – são relativas à sua incapacidade de explicar a necessidade de existência e a forma de sua organização interna. Quando sistematicamente reunidas, estas críticas acabaram por fornecer uma nova teoria da firma, isto é, um novo conjunto de pressuposições capaz de explicá-la, e, também, deram origem a uma nova escola do pensamento econômico, a economia neoinstitucionalista, cujas pressuposições visam expressamente fornecer explicações mais realísticas e detalhadas sobre a firma.

A primeira crítica endereçada à teoria econômica neoclássica da firma reside em que ela dispensa um tratamento simplístico ao seu objeto central de estudo.⁷⁴⁹ Deve-se recordar que “[d]ados sobre valor agregado, por exemplo, revelam que, nos Estados Unidos, transações que ocorrem em firmas são aproximadamente iguais em valor àquelas que ocorrem em mercados.”⁷⁵⁰ Entretanto, a economia neoclássica não fornece elementos para a compreensão dos incentivos e processos da firma para desenvolver tecnologias e mudanças organizacionais.⁷⁵¹

Esta crítica, aliás, alcança a teoria econômica clássica. Neste sentido, conquanto Adam Smith tenha iniciado sua célebre obra pela análise da divisão e especialização do trabalho na firma, ele acaba por posteriormente negligenciá-la.⁷⁵² Isto é, ao invés de investigar a forma interna de organização das firmas, Adam Smith muda seu foco de investigação para os mercados, embora recorrendo com frequência a temas relativos à divisão do trabalho em firmas.⁷⁵³ Conforme registra Paul McNulty,

⁷⁴⁸ Alberto Asquini, por exemplo, sustentou que “[o] fenômeno econômico da empresa tem sido particularmente estudado pela ciência econômica no sistema da economia liberal, que teve no século XIX – o século da revolução industrial – o seu apogeu [...]. [A] empresa é a célula fundamental de qualquer tipo de economia organizada.” ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, p. 4, nota de rodapé 5, tradução livre.

⁷⁴⁹ WINTER, Sidney G. *On Coase, competence, and the corporation*, p. 169.

⁷⁵⁰ LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret. *Vertical integration and firm boundaries: the evidence*, p. 629, tradução livre.

⁷⁵¹ WINTER, Sidney G. *On Coase, competence, and the corporation*, p. 171.

⁷⁵² McNULTY, Paul J. *On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered*, p. 237.

⁷⁵³ McNULTY, Paul J. *On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered*, p. 237 e ss.

[a]té certa medida [...] a economia exsurgiu das mãos de Adam Smith como uma mistura analítica das firmas e das forças de mercado. Mas não era uma mistura balanceada. O núcleo analítico de seu trabalho encontrava-se nas operações do sistema de preços, e este tornou-se, com o desenvolvimento subsequente da economia, cada vez mais o foco da teoria.⁷⁵⁴

Assim, à medida que se desenvolvia e se afirmava o modelo econômico de concorrência perfeita em mercados, restava à empresa e ao empresário um papel passivo de responder aos sinais de mercado.⁷⁵⁵ Por esta razão, consoante assevera Mark Blaug, os economistas clássicos “não tinham uma teoria da firma.”⁷⁵⁶ Em sentido análogo, Alfred Chandler observou que

[e]conomistas também frequentemente falharam em relacionar coordenação administrativa com a teoria da firma. Por exemplo, muito mais economias resultam da cuidadosa coordenação do fluxo de processos de produção e distribuição do que aquelas que resultam do aumento do tamanho das unidades de produção e distribuição em termos de instalações de capital ou número de trabalhadores. Qualquer teoria da firma que defina a empresa meramente como uma fábrica ou mesmo um número de fábricas, e portanto deixe de levar em consideração o papel da coordenação administrativa, está muito distanciada da realidade.⁷⁵⁷

A ausência de uma teoria econômica clássica da firma, bem como o gradativo desinteresse da teoria econômica pela firma, constitui um paradoxo, à medida que *A riqueza das nações* “se inicia não com uma análise de como os mercados organizam a atividade econômica, mas com a análise de como a produção é organizada dentro da firma.”⁷⁵⁸

A teoria econômica neoclássica acabou por desenvolver uma teoria da firma⁷⁵⁹ restrita a explicar a integração da firma no mercado.⁷⁶⁰ Neste sentido, a teoria econômica neoclássica é orientada a explicar o funcionamento do mercado, e não da firma.⁷⁶¹

⁷⁵⁴ McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered, p. 239, tradução livre.

⁷⁵⁵ McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered, p. 241.

⁷⁵⁶ BLAUG, Mark. The classical economists and the factory acts - a re-examination. **The Quarterly Journal of Economics**. 72, 2, 211-226, 1958, p. 226.

⁷⁵⁷ CHANDLER JR., Alfred D. **The visible hand**, p. 490, tradução livre.

⁷⁵⁸ McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered, p. 236, tradução livre.

⁷⁵⁹ McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered, p. 242.

⁷⁶⁰ McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered, p. 245.

⁷⁶¹ DEMSETZ, Harold. The structure of ownership and the theory of the firm. **Journal of Law and Economics**. 26, 2, 375-390, 1983, p. 377 e ss; e BOUDREAUX, Donald J.; HOLCOMBE, Randall G. The coasian and knightian theories of the firm, p. 148.

Assim, a firma é mais um elemento no conjunto de pressuposições que constituem a teoria econômica neoclássica,⁷⁶² que parte da assunção de que as firmas existem.⁷⁶³ Ao assumir a firma como um dado, a economia neoclássica não se preocupa em explicar por que razão elas são formadas,⁷⁶⁴ quais são as suas fronteiras em relação ao mercado⁷⁶⁵ e quais as consequências de uma fusão entre duas firmas.⁷⁶⁶

Ademais, a firma neoclássica é inserida no *mundo estéril de mercados perfeitos*,⁷⁶⁷ nos quais todos os agentes econômicos, de posse de informações completas, celebram contratos de execução instantânea (*spot market transactions*).⁷⁶⁸ Neste contexto, em que impera a concorrência perfeita, não há necessidade de negociação nem de celebração de contratos que estabeleçam relações duradouras⁷⁶⁹ e complexas. Pelo contrário, assume-se que os contratos estabelecem trocas instantâneas de objetos precisamente determinados.

Com efeito, os modelos econômicos neoclássicos, por serem relacionados ao equilíbrio de mercado, não necessitam de uma sofisticada teoria da firma. É que, se os mercados são mecanismos perfeitos de formação de preços, no sentido de que alocarão

⁷⁶² Nesse sentido, “neoclassical price theory leaves no room for a theory of the firm because firms in this model are an assumption. This methodological position is not adequate for explaining the origin, nature and operation of real-world firms.” BOUDREAUX, Donald J.; HOLCOMBE, Randall G. *The coasian and knightian theories of the firm*, p. 148.

⁷⁶³ WILLIAMSON, Oliver E. *The new institutional economics: taking stock, looking ahead*, p. 602.

⁷⁶⁴ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, *passim*. Em igual sentido, por exemplo, ver FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 632; HART, Oliver D. *Incomplete contracts and the theory of the firm*, p. 120.

⁷⁶⁵ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 17; HART, Oliver D. *An economist's perspective on the theory of the firm*, p. 1758; e HART, Oliver D. *Incomplete contracts and the theory of the firm*, p. 120.

⁷⁶⁶ HART, Oliver D. *An economist's perspective on the theory of the firm*, p. 1758.

⁷⁶⁷ MASKELL, Peter. *The firm in economic geography*, p. 330-331.

⁷⁶⁸ WINTER, Sidney G. *On Coase, competence, and the corporation*, p. 164. Ainda conforme registra o autor, os contratos de mercado são, para a economia neoclássica, contratos à vista em que assume-se “to be sufficiently close to being flawless and costless so as to justify the virtually total absence of discussion of these topics. (Look for ‘contract’ in the index; you will probably find ‘contract curve.’) The discussion focuses on how firms, guided by market forces, make the production decisions that form a part of the answer to the overall social resource allocation problem. It is about inputs and outputs and how they relate to the given technology, to each other, and to market forces. This constellation of assumptions and concerns is also focal for the treatment of the firm in the advanced texts.” WINTER, Sidney G. *On Coase, competence, and the corporation*, p. 164. Em igual sentido, ver NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 30.

⁷⁶⁹ MASKELL, Peter. *The firm in economic geography*, p. 330-331.

eficientemente os recursos, uma firma orientada à função de produção já é suficiente para estes modelos.⁷⁷⁰

Ademais, a teoria econômica neoclássica descreve as firmas apenas como indivíduos racionais,⁷⁷¹ isto é, unidades, que participam de mercados. Com isto, deixa-se pouco ou nenhum espaço para compreender-se a empresa pluripessoal. No entanto, apesar de adotar uma concepção individualista para analisar a firma, mesmo a economia neoclássica a descreve como sendo uma *organização* e não como um indivíduo,⁷⁷² o que acaba por constituir uma *flagrante afronta*⁷⁷³ ao individualismo metodológico.

O individualismo metodológico não permite que se desenvolvam teorias fundadas em pressupostos acerca do comportamento de grupos, organizações e instituições⁷⁷⁴ e, portanto, falha em explicar as organizações econômicas.⁷⁷⁵ Por isto, deve-se ter grande cautela ao utilizar-se o individualismo metodológico para investigar o interior de organizações como a empresa.⁷⁷⁶

A firma neoclássica é compreendida meramente como um indivíduo que converte os sinais de mercado em produtos, sem que se consiga identificar quais os processos que ocorrem em seu interior.⁷⁷⁷

O instrumental adotado pela escola neoclássica é inadequado para captar diversos aspectos da estrutura interna da firma,⁷⁷⁸ como a disciplina de seus contratos e os mecanismos de incentivo presentes na empresa,⁷⁷⁹ que, assim, passam ao largo das investigações econômicas.⁷⁸⁰

⁷⁷⁰ BOUDREAUX, Donald J.; HOLCOMBE, Randall G. The coasian and knightian theories of the firm, p. 152.

⁷⁷¹ ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 284.

⁷⁷² WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 165.

⁷⁷³ ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 284.

⁷⁷⁴ Conforme registra Sidney Winter, “[t]his principle disallows, or at least warns against, the practice of grounding theories on assumptions about the behavior of social groups, organizations, or institutions.” WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 165.

⁷⁷⁵ WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 167.

⁷⁷⁶ WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 165.

⁷⁷⁷ MASKELL, Peter. The firm in economic geography, p. 330-331.

⁷⁷⁸ DEMSETZ, Harold. The structure of ownership and the theory of the firm, p. 377; ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 306-307; e HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1758.

⁷⁷⁹ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 17-18. Em igual sentido, ver WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 171.

⁷⁸⁰ Conforme a expressiva dicção de Sidney Winter, “[i]s observation of the internal workings of business firms (i) a legitimate area of economic inquiry? (ii) a potential source of fruitful

Neste sentido, assevera Thomas Ulen que “[i]nsumos entram por um lado, e produtos saem pelo outro. O que se passa na parte escondida é chamada de ‘produção’, e é compreendida como sendo do domínio dos engenheiros e administradores, mas não dos economistas.”⁷⁸¹

Ao compreender a firma em termos tecnológicos, simplesmente assume-se que no interior da empresa a produção ocorre de modo perfeito e sem fricções, e que todos os agentes envolvidos na empresa atuam precisamente conforme as ordens que recebem.⁷⁸² As escolhas de compra de insumos e de produção são realizadas por um administrador desinteressado e talentoso,⁷⁸³ que executa planos de produção fazendo escolhas que não são orientadas a maximizar o seu próprio bem-estar, mas a maximizar o bem-estar dos proprietários da firma.⁷⁸⁴ Logo, não é capaz de responder, de forma satisfatória, como são elaborados estes planos de produção, mormente porque assume que o mercado constitui um mecanismo perfeito de formação de preços.

Com efeito, segundo a dicção de Oliver Hart, o conjunto de pressuposições da economia neoclássica

não explica como a produção é organizada dentro da firma, como os conflitos de interesse entre os vários integrantes da firma – seus proprietários, administradores, trabalhadores e consumidores – são resolvidos, ou, de modo mais geral, como o objetivo de maximização de lucros é alcançado.⁷⁸⁵

Precisamente por não possibilitar a compreensão do que se passa no interior da firma, criou-se a partir do trabalho de Ronald Coase⁷⁸⁶ a metáfora adotada pela escola da

hypotheses about firm behavior? (iii) a potential source of data with which to test competing hypotheses about firm behavior? Defenders of orthodoxy have been known to claim, among other things, that the correct answers to these questions are no, no, and no. Those who have complained of the lack of ‘realism’ in orthodox theory have argued, among other things, that the correct answers are yes, yes, and yes.” WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 168. Em sentido análogo, ver FOSS, Nicolai J.; LANDO, Henrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 632.

⁷⁸¹ ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 307, tradução livre.

⁷⁸² HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 17.

⁷⁸³ Assim, questionou Hart, “it is not clear why managerial talent is a fixed factor: why can’t the managerial diseconomies that lie behind the upward-sloping portion of the average cost curve be avoided through the hiring of a second manager?” HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 17.

⁷⁸⁴ HART, Oliver D. An economist’s perspective on the theory of the firm, p. 1758; e HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 15.

⁷⁸⁵ HART, Oliver D. An economist’s perspective on the theory of the firm, p. 1758, tradução livre.

⁷⁸⁶ COASE, Ronald H. The nature of the firm e COASE, Ronald H. The institutional structure

economia neoinstitucionalista, segundo a qual a empresa descrita pela economia neoclássica é uma *ilha de poder consciente*⁷⁸⁷ ou uma *caixa preta (black box)*,⁷⁸⁸ “na qual insumos são transformados em produtos sem referência à organização.”⁷⁸⁹

A teoria econômica neoclássica é, pois, fundada sobre pressupostos *irrealísticos*⁷⁹⁰ que conduzem à elaboração de um *retrato rudimentar* da firma que pouco evidencia a sua real estrutura.⁷⁹¹ Por conta disto, para os economistas que atualmente se ocupam do tema da empresa, o retrato neoclássico da firma é uma *caricatura* da firma moderna.⁷⁹² É com esta caricatura, entretanto, que trabalham a maior parte dos economistas⁷⁹³ e dos juristas.⁷⁹⁴

3.2 Abrindo a caixa preta: as funções econômica da empresa na Nova Economia Institucional

ONCE UPON A TIME, the organization of cooperative economic activity we call the firm was a black box. Into this box went labor and capital, and out came products. The mechanism was driven by wealth maximization and governed by the laws of returns. Some venturesome economists have wondered what the black box contained, seeing as how market prices could guide all gains from specialization. What more could a firm do?⁷⁹⁵

of production. **The American Economic Review**. 82, 4, 713-719, 1991.

⁷⁸⁷ A expressão, citada por Coase, é de Dennis H. Robertson. COASE, Ronald H. The nature of the firm, p. 388.

⁷⁸⁸ Recorrendo à metáfora, ver, por exemplo, MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 84; MASKELL, Peter. The firm in economic geography, p. 330-331; HART, Oliver D. Incomplete contracts and the theory of the firm, p. 120; ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 284; HOLMSTROM, Bengt R.; TIROLE, Jean. **The theory of the firm**, p. 63; e DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 8.

⁷⁸⁹ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 7, tradução livre.

⁷⁹⁰ WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 168; HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 17.

⁷⁹¹ É o quanto afirma Oliver Hart, para que “[n]eoclassical theory describes in rudimentary terms how firms function, but contributes little to any meaningful picture of their structure.” HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1758.

⁷⁹² HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1773.

⁷⁹³ Conforme adverte Sidney G. Winter, a “textbook orthodoxy provides the theory of the firm mainly for economists who are not much interested in the theory of the firm per se.” WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation, p. 171.

⁷⁹⁴ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1758 e 1773.

⁷⁹⁵ ALCHIAN, Armen A.; WOODWARD, Susan. Review: the firm is dead; long live the firm a review of Oliver E. Williamson's the economic institutions of capitalism. **Journal of Economic Literature**. 26, 1, 65-79, 1988, p. 65.

Foi o trabalho de Ronald H. Coase, intitulado *The nature of the firm*,⁷⁹⁶ publicado em 1937, que possibilitou à economia iluminar o interior da caixa preta da empresa.⁷⁹⁷ Este artigo serviu de gérmen para o desenvolvimento da Nova Economia Institucional⁷⁹⁸ e estabeleceu as bases para as futuras investigações da teoria da firma.⁷⁹⁹

Antes do trabalho de Ronald H. Coase, a firma era apenas uma caixa preta que integrava a economia neoclássica, isto é, havia uma economia *com* firmas (*economics with firms*); somente após a década de 1970, com o desenvolvimento da economia neoinstitucionalista, é que surgiu uma economia *das* firmas (*economics of firms*).⁸⁰⁰

A importância do trabalho de Ronald H. Coase reside em que, para investigar a natureza da firma, ele acabou por questionar os próprios fundamentos da economia neoclássica, dando origem à escola econômica neoinstitucionalista.

3.2.1 A mão do empresário torna-se visível

No contexto teórico da economia neoclássica, Ronald Coase se propôs a encontrar uma explicação lógica para a existência de firmas.⁸⁰¹ É que, de acordo com os pressupostos da

⁷⁹⁶ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*.

⁷⁹⁷ Neste sentido, registra Thomas Ulen que “[t]he novelty of Coase’s article was that it offered an entirely different way of looking at the reasons for the existence of the firm as an economic entity, and for explaining the scope of what the firm does.” ULEN, Thomas S. *The coasean firm in law and economics*, p. 307. Ademais, consoante afirma Jason S. Johnston, “[w]hat Coase did was to open up the ‘black box’ of the ‘firm’ as a subject worthy of economic inquiry. He did this not merely by noting the need for an explanation of the determinants of firm existence and size, but also by going beyond this general suggestion to provide the outline of a marginalist approach based on the comparative costs of transacting within the firm and transacting outside the firm.” JOHNSTON, Jason Scott. *The influence of the nature of the firm on the theory of corporate law*, p. 215.

⁷⁹⁸ KLEIN, Peter G. **New institutional economics**. In: Bouckaert, Boudewijn, Geest, Gerrit De. *Encyclopedia of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, I, 2000, p. 456-489, p. 530.

⁷⁹⁹ Assim, observa Thomas Ulen que “the article has slowly become one of the most important foundations of modern microeconomic theory of the firm, and of several important branches of the new field of law and economics.” ULEN, Thomas S. *The coasean firm in law and economics*, p. 303. Conforme registra Peter Maskell, “the Nobel laureate Ronald Coase’s article ‘On the Nature of the Firm’ (1937) stands out as the first systematic attempt to address the main issues just stated and contains most of the lines of thought that have been pursued by later generations.” MASKELL, Peter. *The firm in economic geography*, p. 333. No mesmo sentido, ver HART, Oliver D. *Incomplete contracts and the theory of the firm*, p. 119; e KLEIN, Peter G. **New institutional economics**. I, p. 457.

⁸⁰⁰ FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 632.

⁸⁰¹ DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 1.

economia neoclássica, o mercado é o mecanismo perfeito de formação de preços (*price mechanism*),⁸⁰² no qual, conhecida a oferta e a demanda por determinado bem ou serviço pelos sinais de preço, será possível determinar-se as razões pelas quais os agentes econômicos tomam decisões.

Assumindo-se estes pressupostos, não haveria razão para a existência das firmas, pois o mercado seria capaz de realizar integralmente a tarefa de organização da produção. Esta conclusão pode ser ilustrada por meio do recurso ao exemplo do processo produtivo de alfinetes proposto por Adam Smith.

Assumindo-se que a produção de alfinetes será mais bem desenvolvida se for decomposta em dezoito etapas distintas, cada qual desempenhada por uma pessoa, e que o mercado é um mecanismo perfeito de formação de preços, em consonância com o modelo da economia neoclássica, pode-se questionar porque razão o trabalho de cada um dos operários deve ser realizado em uma empresa e não de modo autônomo no mercado.

É que, se o mercado consiste em um mecanismo perfeito de formação de preços, à medida que houvesse um aumento de demanda do consumo de alfinetes, haveria um incentivo para comercializar-se mais alfinetes, do que decorreria um incentivo para produzir-se uma maior quantidade. Este sinal de mercado chegaria até o responsável pela primeira etapa de produção do alfinete, – consistente em desenrolar o arame, – que aumentaria o seu ritmo de produção. O responsável pela segunda etapa do processo compraria a quantidade de insumo produzida, cortaria o arame, e o venderia àquele responsável pela terceira etapa do processo produtivo. E assim sucessivamente, de modo a organizar a produção de alfinetes por meio do mecanismo de preços, em atenção ao aumento na demanda pelo consumo de alfinetes. Ou seja, o mercado enquanto mecanismo de preços seria suficiente para dar conta da tarefa de organizar a atividade econômica.⁸⁰³ Isto é, na teoria neoclássica há pouco espaço para elaborar-se uma teoria econômica da empresa.⁸⁰⁴

⁸⁰² COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 387.

⁸⁰³ Em raciocínio análogo, Steven Cheung afirma que “[a]n emphasis on transaction costs does not negate the potential gain from specialization through the division of labor or from more efficient coordination of productive efforts. Consider, for example, the classic ‘pin factory’ in which each of the multiple input owners specializes by working on only one part. If all costs of transaction were zero, a customer buying a pin would make a separate payment to each of the many contributing to its production. Comparative advantage guides each to specialize in his own skill, and if it appears desirable to hire a coordinator of activities, the buyer of the pin will simply make an additional payment to him. In such a case, a large number of product prices would direct the production of the single pin. In such a world it would be redundant to speak of a product market and a factor market. The two would be

Apesar de as pressuposições teóricas da economia neoclássica conduzirem à conclusão da auto-suficiência do mercado para coordenar a economia, é fato inegável que na vida real as empresas existem. Por conta disto, Coase questionou: “por que esta organização é necessária? Por que há estas ‘ilhas de poder consciente’?”⁸⁰⁵

Esta indagação, conforme observou Harold Demsetz, se desdobra em duas questões epistemológicas. A primeira é relacionada à razão para a existência das firmas, e a segunda, relacionada à estrutura organizacional interna da empresa.⁸⁰⁶ Estas duas questões epistemológicas podem ser assim formuladas: “[p]or que existe uma firma na teoria do preço? O que define a firma nesta teoria?”⁸⁰⁷

Para elaborar sua resposta, Coase afirmou que a teoria econômica deve ser elaborada a partir da utilização de pressupostos operacionalizáveis (*manageable*) e realísticos (*realistic*)⁸⁰⁸ capazes de auxiliar na identificação da real função econômica desempenhada pela firma. Portanto, a teoria da firma por ele desenvolvida partia do questionamento dos fundamentos sobre os quais foi construída a teoria econômica,⁸⁰⁹ conforme “ela é normalmente tratada pelos economistas”.⁸¹⁰

Enquanto a economia neoclássica assume que o mercado é um mecanismo perfeito de formação de preços, Coase afirma que no mundo real o mercado nem sempre opera de modo perfeito⁸¹¹ e, por isto, não é o único mecanismo de organização da atividade econômica.

inseparable: the buyer would be paying simultaneously for the product and for the contribution of the input owner. To separate a product from a factor market requires that an agent pay input owners while receiving from customers payment for the products he hands out. Whereas the standard approach assumes the number of products as given, Coase’s view is that this number is determinate only if transaction costs are explicitly incorporated into the analysis.” CHEUNG, Steven N. S. *The contractual nature of the firm*, p. 4.

⁸⁰⁴ FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 632.

⁸⁰⁵ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 388, tradução livre.

⁸⁰⁶ DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 1. Assim, para o autor, “[j]ust as a theory of the existence of the atom need to have no close relationship to a theory of the inner workings of its electron system, so an explanation for the existence of the firm may have little to do with an explanation of the firm’s inner organization?” DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 1.

⁸⁰⁷ DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 1.

⁸⁰⁸ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 386.

⁸⁰⁹ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 386.

⁸¹⁰ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 387, tradução livre.

⁸¹¹ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 387.

As imperfeições de mercado a que referia Coase consistiam na existência de custos relacionados à utilização de contratos de execução instantânea, em razão dos quais surgem incentivos para os agentes econômicos estabelecerem novas formas de organização da atividade econômica capazes de evitar estes custos.

Estes custos de utilização do mercado são denominados custos de transação (*transaction costs*),⁸¹² dos quais o mais evidente decorre da necessidade de se *descobrir* quais são os preços de um produto ou serviço no mercado.⁸¹³

De acordo com os pressupostos da economia neoclássica, para um agente econômico decidir onde pretende adquirir um bem, bastaria a ele verificar qual é a oferta deste bem de modo a identificar qual o menor preço. Para Coase, esta assunção é irrealística, pois a busca de informação sobre quem são os fornecedores e quais os preços desse insumo não é isenta de custos. Pelo contrário, procurar informações por um insumo envolve a utilização de recursos como, por exemplo, o tempo de trabalho de um funcionário e a utilização de recursos tecnológicos.

Além dos custos de busca de informação, Coase apresenta como custos de transação aqueles relacionados à negociação e à celebração de um contrato⁸¹⁴ e aqueles relacionados à fiscalização do cumprimento do contrato. Em outro artigo que se tornou referência da escola neoinstitucionalista, Coase aprimorou a noção de custos de transação nos seguintes termos:

Com o objetivo de conduzir uma transação de mercado é necessário descobrir com quem se pretende negociar, informar aos sujeitos que pretende negociar e em que termos, conduzir as negociações em direção ao negócio, redigir o contrato, empreender as inspeções necessárias para garantir que os termos do contrato estão sendo observados, e assim por diante. Frequentemente estas operações são extremamente custosas, e de qualquer maneira suficientemente custosas para impedir muitas transações que seriam realizadas em um mundo no qual o sistema de preços funcionasse sem custos.⁸¹⁵

⁸¹² FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 633.

⁸¹³ COASE, Ronald H. The nature of the firm, p. 390.

⁸¹⁴ “The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account.” COASE, Ronald H. The nature of the firm, p. 390-391.

⁸¹⁵ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**. 3, 1-44, 1960, p. 15, tradução livre.

A noção de custos de transação foi posteriormente mais bem desenvolvida pelos economistas da escola neoinstitucionalista. Em seu artigo, Coase apenas teve o *insight* sobre o tema, embora não o tenha desenvolvido minuciosamente.⁸¹⁶

Com efeito, atualmente, os custos de transação podem ser classificados em três categorias: (a) os custos de busca de informação; (b) os custos de negociação do contrato; e (c) os custos de monitoração da execução do contrato e de demandar pelo seu cumprimento (*enforcement*).⁸¹⁷ Bem concretamente, os custos de transação associados ao mercado são os custos bancários, securitários, financeiros; ou, se se preferir, custos com advogados, contadores, etc.⁸¹⁸ Calcula-se que eles sejam responsáveis por 45% do PIB norte-americano.⁸¹⁹

Estes custos de utilização do mercado não são levados em consideração pela economia neoclássica, embora, na vida real, eles sejam bem palpáveis. Tome-se, aqui, o seguinte exemplo de como os custos de transação podem interferir na organização da produção. Uma churrascaria pretende adquirir carne (*inputs*) para prepará-la e vendê-la ao mercado consumidor a um preço superior ao que gastou (*outputs*). Para obter cem quilos de carne ao menor preço possível, haverá a necessidade de este agente econômico realizar uma pesquisa nos frigoríficos da sua região para descobrir a que preço cada um desses fornecedores está ofertando o produto. Suponhamos que haja nesta região trinta frigoríficos, e que cada telefonema realizado para busca de informação dure dez minutos e custe, em tarifas telefônicas, um real. Após ter realizado os trinta telefonemas, o agente econômico terá gasto cinco horas de trabalho e trinta reais de tarifas telefônicas. Se o objetivo deste agente econômico era obter o *input* carne ao menor preço possível para vendê-la aos seus consumidores no horário de almoço, provavelmente os custos relacionados à busca de

⁸¹⁶ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 28; ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 307.

⁸¹⁷ Neste exato sentido, afirmou Thomas Ulen que “law-and-economics scholars have worked out those elements, and by convention, they are now divided into three general categories: (1) search costs (the costs of finding someone with whom to engage in an exchange); (2) bargaining or negotiation costs (the costs of concluding the terms of an exchange); and (3) enforcement or monitoring costs (the costs of seeing that the terms of the exchange are adhered to).” ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 330, nota de rodapé 70.

⁸¹⁸ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 28.

⁸¹⁹ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 27. Neste sentido, questiona-se o seu impacto no cálculo do PIB norte-americano, conforme pode ver-se em WALLIS, John Joseph; NORTH, Douglass C. Should transaction costs be subtracted from gross national product. **Journal of Economic History**. 48, 3, 651-654, 1988.

informação sobre o preço da carne inviabilizarão que ele desenvolva esta atividade econômica.

Agora imagine-se que este agente econômico inicie a sua jornada de pesquisa às três horas da manhã, de modo que possa ter concluído a sua pesquisa a tempo de preparar a carne para revendê-la no horário do almoço. Há, aqui, um alto custo de busca de informação em que reincorrerá este agente econômico a cada vez que pretender adquirir carne para revendê-la aos seus clientes. Se este agente econômico pretender fazer isso em todos os dias da semana, ele terá de incorrer nestes custos em cada um dos dias da semana.

Uma vez descoberto qual o frigorífico que, naquele dia, oferta carne ao menor preço, haverá a necessidade de se negociar com este frigorífico como será pago o preço, quais as garantias de pagamento do preço e quem arcará com os custos do frete da mercadoria, etc. Uma vez acordados os termos do contrato, haverá a necessidade de se redigir um instrumento contratual a ser assinado por ambas as partes. A entrega da carne, na quantidade e qualidade contratadas, acompanhada de documentos fiscais, deverá ser fiscalizada, e, caso de discrepância entre o contratado e o executado, haverá a necessidade de novos telefonemas para que seja substituída a mercadoria.

Todas estas etapas consistem em custos que oneram as transações de mercado isoladas (*spot market transactions* ou contratos de execução instantânea) e, quando reiteradas, podem torná-los excessivamente altos, de modo a, eventualmente, desincentivar o agente econômico a continuar a exercer a atividade de comprar carne para revendê-la processada. Por esta razão, é consenso entre os economistas que se dedicam ao estudo da teoria da firma que há a necessidade de se desenvolver uma teoria, isto é, um conjunto de pressuposições, para explicá-la, que seja realística.⁸²⁰ Ou seja, não se pode assumir que a empresa é simplesmente uma unidade que converte sinais de preço do mercado gerando produtos que maximizem seu lucro; já que a identificação dos sinais de preço envolve custos.

Para evitar-se incorrer em custos de transação (isto é, custos relacionados à utilização de contratos de execução instantânea), pode-se recorrer a uma diferente espécie de contrato, marcado por estabelecer relações de longo prazo e com objeto pouco determinado.⁸²¹ Por ser de longo prazo, permite evitar-se os custos relacionados à busca de informação e de

⁸²⁰ Assim, apenas ilustrativamente, Oliver Hart afirmou que “the portrayal of the firm in neoclassical economics is a caricature of the modern firm. It then went on to discuss some other approaches that attempt to develop a more realistic picture.” HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1773.

⁸²¹ COASE, Ronald H. The nature of the firm, p. 391.

negociação do contrato; por ser de objeto pouco determinado, outorga ao empresário o poder de resolver eventuais conflitos que poderiam surgir na fase de execução. O recurso a esta diversa espécie de contrato caracterizaria a empresa.

A empresa, assim, apresenta-se como um mecanismo de coordenação da atividade econômica que, por vezes, substitui o mercado. Para demonstrar que o mecanismo de formação de preços por vezes é substituído pela firma, Coase fornece o seguinte exemplo: “[s]e um trabalhador muda do departamento *Y* para o departamento *X*, não é por causa de uma mudança nos preços relativos, mas porque ele é ordenado a fazer isto.”⁸²² Noutras palavras, a mudança do posto de trabalho de um empregado de uma empresa não é orientada pelo desejo deste empregado em obter maior remuneração, mas devida ao fato de que é o empresário quem determina o que o empregado deve fazer. Com isto, dentro da firma, Coase substitui o mecanismo de formação de preços do mercado pela autoridade do empresário. Conforme expressamente afirma o autor:

Fora da firma, os movimentos dos preços orientam a produção, que é coordenada através de uma série de transações de troca no mercado. Dentro da firma, estas transações de mercado são eliminadas e, no lugar da complicada estrutura de mercado com transações de troca, é colocado o empresário coordenador, que dirige a produção.⁸²³

Firma e mercados são métodos alternativos de coordenação da produção.⁸²⁴ O mecanismo de preços é conduzido pela mão invisível do mercado; a firma, que por vezes substitui o mercado enquanto mecanismo de preço,⁸²⁵ é conduzida pela mão visível do empresário.

A diferença entre a organização da atividade econômica pelo mercado e pela empresa pode ser ilustrada mediante recurso ao exemplo da indústria naval brasileira.

Em razão da grande expansão do setor naval no Brasil, nos últimos anos aumentou incrivelmente a demanda por trabalhadores especializados na área.⁸²⁶ Entretanto, a oferta de trabalhadores especializados é escassa no Brasil, o que conduziu a um substancial aumento do

⁸²² COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 387, tradução livre.

⁸²³ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 387, tradução livre.

⁸²⁴ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 387.

⁸²⁵ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 388.

⁸²⁶ PENA, Gabriel. **Mercado naval bombando: indústria naval vive maior onda de investimentos em três décadas e precisa de 40.000 profissionais qualificados até 2013: 2009.** Disponível em: <<http://vocesa.abril.com.br/desenvolva-sua-carreira/materia/mercado-naval-bombando-497131.shtml>> Acesso em: 20/10/2010.

preço da remuneração dos trabalhadores neste setor.⁸²⁷ Por conta disto, diversos *dekasseguis* que estavam trabalhando no Japão optaram mudar para o Brasil para trabalhar na indústria naval brasileira, em busca de uma melhor remuneração.⁸²⁸ Neste caso, o que fez com que os trabalhadores cruzassem o mundo para serem contratados no Brasil foi o mercado. Noutras palavras, foi o mercado que alocou a mão de obra no Brasil. Da mesma maneira, os estaleiros que estão treinando mão de obra receiam perder seus a mão de obra treinada para outros estaleiros que possam oferecer maior remuneração aos empregados.⁸²⁹

Agora, se um soldador naval está trabalhando para uma empresa naval em Suape, e esta empresa passa a necessitar de um maior número de empregados no estaleiro que possui em Rio Grande, esta empresa poderá determinar que este empregado vá para Rio Grande, de modo a acelerar a construção de uma determinada embarcação. Neste caso, a mudança de Suape para Rio Grande não foi determinada pelo mercado, mas pela autoridade da empresa. Isto demonstra que a alocação de recursos e, portanto, a organização da atividade econômica, pode ser realizada pelo mercado *ou* pela empresa. Mercados e empresas são mecanismos alternativos de organização da atividade econômica.

A substituição de um mecanismo por outro, entretanto, é uma questão de grau, que pode variar imensamente de um setor econômico para outro e de uma empresa para outra.⁸³⁰

⁸²⁷ UOL. **Estaleiros estão à caça de mão-de-obra**: 2005. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/aprendiz/guiadeempregos/primeiro/info/artigos_080705b.htm> Acesso em: 20/10/2010.

⁸²⁸ CAMAROTTO, Murillo. **No nordeste, cortador de cana vira soldador**: 2010. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/809559/no-nordeste-cortador-de-cana-vira-soldador>> Acesso em: 20/10/2010.; Brasil, Nippo. **Estaleiro pernambucano contrata soldados dekasseguis**: 2010. Disponível em: <<http://www.nippobrasil.com.br/dekassegui/548.shtml>> Acesso em: 20/10/2011.

⁸²⁹ Conforme notícia veiculada no jornal Valor Econômico, “[a] ameaça vem dos novos estaleiros que devem se instalar em Suape nos próximos anos, pelo menos três, que certamente flertarão com os trabalhadores já habilitados. No que depender de Clécio, a preocupação do chefe faz sentido. ‘Se o salário for bom, não tem por que não ir’, afirmou. Em seguida, preferiu ponderar: ‘Mas é claro que o novo estaleiro terá que ter bastante encomenda, pra gente saber que terá trabalho por muito tempo’.” CAMAROTTO, Murillo. **No nordeste, cortador de cana vira soldador**.

⁸³⁰ COASE, Ronald H. The nature of the firm, p. 387.

3.2.2 A firma como um mecanismo de governança de contratos: a função de economizar custos de transação

Uma das ramificações mais desenvolvidas da Nova Economia Institucional consiste na Economia dos Custos de Transação, que é voltada a explicar os mecanismos de governança capitalista possibilitados pelas instituições; isto é, como as normas jurídicas (instituições) interferem no desenvolvimento de organizações. Precisamente por isto, a atenção da Economia dos Custos de Transação é orientada à investigação de como a disciplina jurídica e econômica dos contratos interfere na organização capitalista da economia.⁸³¹ Mais precisamente, da perspectiva da teoria dos custos de transação, arranjos institucionais voltados à redução dos custos de transação constituem mecanismos de governança⁸³² (dos quais a empresa é uma das espécies⁸³³).

A Economia dos Custos de Transação parte do reconhecimento de que a utilização do mercado, por meio de contratos de execução instantânea, envolve custos de transação, que, por vezes, podem ser evitados por meio da integração vertical,⁸³⁴ isto é, por meio da organização de uma empresa. Assim, enquanto para a economia neoclássica a firma é uma função de produção,⁸³⁵ a Economia dos Custos de Transação entende que a empresa é uma estrutura de governança alternativa em relação ao mercado.⁸³⁶

⁸³¹ Conforme assevera Williamson, “[t]ransaction cost economics adopts a contractual approach to the study of economic organization.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 54.

⁸³² A terminologia empregada por Oliver Williamson variou com o tempo. Assim, o que era “estrutura institucional” passou a denominar-se “estruturas de governança” e, ultimamente, é chamado de “mecanismo de governança”, conforme observou ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 224. Assim, registra Williamson que “by governance structure I refer to the institutional framework within which the integrity of a transaction is decided. Markets and hierarchies are two of the main alternatives.” WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, p. 235. As estruturas de governança são “the institutional matrix within which transactions are negotiated and executed”. WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, p. 239.

⁸³³ PLATTEAU, Jean-Philippe. The causes of institutional inefficiency: a development perspective. In: BROUSSEAU, Éric, GLACHANT, Jean-Michel (Org.). **New institutional economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 443-462, p. 444.

⁸³⁴ A expressão *integração vertical* equivale à expressão *internalização* na terminologia empregada por Ronald Coase. Esta última também era utilizada por Oliver Williamson em suas primeiras publicações. Assim, ver, por exemplo, WILLIAMSON, Oliver E. *The vertical integration of production: market failure considerations*, p. 112.

⁸³⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 7.

⁸³⁶ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 7.

Para tanto, a teoria dos custos de transação desenvolve um instrumental teórico⁸³⁷ capaz de explicar especificamente porque razão por vezes é mais eficiente organizar-se uma empresa do que recorrer ao mercado. Este instrumental relaciona-se à forma e aos padrões dos contratos,⁸³⁸ dentro e fora da firma, de modo a identificar os diferentes custos decorrentes da utilização de diferentes institutos jurídicos para formar-se uma organização.

Tendo em vista que as diferentes estruturas de governança envolvem custos de transação relacionados aos tipos de contratos utilizados, apenas mediante a comparação destes custos é que se poderá verificar qual a alternativa menos custosa no caso concreto. Nesse sentido, a teoria dos custos de transação desenvolvida por Oliver Williamson visa operacionalizar a teoria da firma de Ronald Coase.⁸³⁹

Os custos de transação são definidos como *fricções* das transações em mercados.⁸⁴⁰ Neste sentido, a teoria dos custos de transação endereça fortes críticas à concepção neoclássica da firma, por ser exclusivamente orientada a explicar a atuação da firma (como um indivíduo) em mercados perfeitos, sem explicar, no entanto, a razão de existirem as firmas e a descrição de sua estrutura interna. Com efeito, a pergunta formulada por Ronald Coase foi assim reimpostada por Oliver Williamson: se os custos de realizar transações em mercado é zero, porque razão então ocorre a integração vertical?⁸⁴¹

A teoria dos custos de transação, por evidente, parte da assunção realista de que existem custos de utilização do sistema de preços, até porque, se não existissem os custos de transação, seria irrelevante investigar outros mecanismos de organização da atividade econômica que fugissem ao sistema de preços.⁸⁴²

Enquanto que para Ronald Coase havia dois mecanismos de governança (o mercado e a empresa), a Economia dos Custos de Transação entrevê três distintos mecanismos de

⁸³⁷ O instrumental teórico desenvolvido por Oliver Williamson “were sufficiently precise and measurable to be thought of as independent variables in formal theoretical or econometric analysis.” JOHNSTON, Jason Scott. *The influence of the nature of the firm on the theory of corporate law*, p. 216.

⁸³⁸ GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. *The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration*.

⁸³⁹ ORST, Eric W. *Shirking and sharking: a legal theory of the firm*, p. 290.

⁸⁴⁰ WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies: some elementary considerations*, p. 316. Para Oliver Williamson, interessa investigar as falhas de mercado como sendo fricções nas trocas, isto é, enquanto custos de transação. WILLIAMSON, Oliver E. *The vertical integration of production: market failure considerations*, p. 114.

⁸⁴¹ WILLIAMSON, Oliver E. *The vertical integration of production: market failure considerations*, p. 112.

⁸⁴² WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, p. 233.

governança, quais sejam mercados, formas híbridas e firmas.⁸⁴³ Estes diferentes mecanismos de governança denotam, em um extremo, a organização espontânea (invisível), e noutro, a intencional (visível).⁸⁴⁴

Cada transação pode ser realizada por meio do recurso a diferentes mecanismos de governança, cuja eficiência depende das características do ambiente institucional (isto inclui o ordenamento jurídico) em que se inserem.⁸⁴⁵ Consoante afirma Oliver Williamson,

Mercados, formas híbridas, firmas, departamentos etc. são simplesmente formas alternativas de governança, cada qual com vantagens e desvantagens. O que se deseja é revelar os pontos fortes e as fragilidades de cada forma de organização. A Teoria da Organização permite fazê-lo.⁸⁴⁶

A compreensão dos mecanismos de governança, – que, aliás, ainda é bastante primitiva,⁸⁴⁷ – envolve necessariamente a compreensão do direito contratual, tendo em vista que as transações são realizadas por contratos,⁸⁴⁸ questiona-se “[q]ue tipos de contratos são utilizados para quais tipos de atividade e por que?”⁸⁴⁹ Com efeito, as transações são classificadas de acordo com o critério utilizado para classificar os mecanismos de governança.⁸⁵⁰ Assim, há transações (a) de mercado, (b) de quase mercado e (c) de não-

⁸⁴³ WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies: some elementary considerations*, p. 316. WILLIAMSON, Oliver E. **Por que direito, economia e organizações?**, p. 25. No meio termo entre ambas, situam-se as organizações intermédias, como franquias e joint ventures. FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 633.

⁸⁴⁴ Conforme observa Oliver Williamson, “[t]he problem of economic organization is usefully posed as one of comparative analysis of discrete structural alternatives in which both spontaneous (invisible) and intentional (visible) features are combined in varying degrees. Viewed instrumentally all forms of organization are accorded respect; and because each has a role to play, none is accorded undue respect. The upshot is that the marvel of the (invisible) market is examined in relation to the marvel of the (visible) hierarchy. Although that complicates the study of economic organization, it also invites analysis of a more probing and less contrived kind. The range of phenomena to which an economic approach can be brought fruitfully to bear is expanded in the process. The combined study of law, economics, and organization is implicated.” WILLIAMSON, Oliver E. *Visible and invisible governance*, p. 325-326.

⁸⁴⁵ PLATTEAU, Jean-Philippe. **The causes of institutional inefficiency: a development perspective**, p. 444-445.

⁸⁴⁶ WILLIAMSON, Oliver E. **Por que direito, economia e organizações?**, p. 25.

⁸⁴⁷ Nesse sentido, “transaction cost economics maintains that our understanding of the economic institutions of capitalism – firms, markets, hybrids, bureaus – is very primitive.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 54.

⁸⁴⁸ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 10.

⁸⁴⁹ KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. *Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process*, p. 326, tradução livre.

⁸⁵⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 99.

mercado;⁸⁵¹ ou, o que é o mesmo, transações (a) altamente específicas, (b) semi-específicas e (c) não específicas,⁸⁵² que correspondem, por sua vez, (a) a vários contratos curtos, (b) a um contrato longo ou (c) à integração vertical.⁸⁵³

A Economia dos Custos de Transação assume que os direitos de propriedade e de contratos são *problemáticos*, no sentido de que não são facilmente, isto é, a baixo custo, definidos e protegidos.⁸⁵⁴ Mais precisamente, consoante a dicção de Scott Masten, “contratos incorrem em despesas, tanto na sua especificação como cumprimento, que limitam a sua utilidade”.⁸⁵⁵

Na hipótese do contrato de longo prazo, pode surgir a necessidade de se renegociar. Nesse caso, na renegociação apresenta-se a situação para os contratantes agirem de modo oportunístico. Por esta razão, *ceteris paribus*, parece ser mais vantajoso recorrer-se a vários contratos curtos, que podem ser mais facilmente adaptados.⁸⁵⁶ Entretanto, por vezes o fornecimento de um bem ou serviço pode demandar do fornecedor investimentos específicos, relacionados ao tipo de equipamento utilizado, ou à localização do empreendimento, ou ao aprendizado, decorrente de treinamento especializado ou do *learning by doing*.⁸⁵⁷ Neste caso, o fornecedor preferirá um contrato a longo prazo, apesar dos problemas acima indicados. Assim, o “investimento ótimo e o processo de adaptação sequencial ótimo estão em conflito neste caso.”⁸⁵⁸ A integração vertical, que foge tanto aos vários contratos a curto prazo como ao contrato a longo prazo, é a forma de evitar este conflito.⁸⁵⁹

⁸⁵¹ WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations, p. 316; WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 234.

⁸⁵² WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 247.

⁸⁵³ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations, p. 115. Sobre o tema, em direito, ver o precursor KESSLER, Friedrich; STERN, Richard H. Competition, contract, and vertical integration. **The Yale Law Journal**. 69, 1, 1-129, 1959, *passim*.

⁸⁵⁴ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 7.

⁸⁵⁵ MASTEN, Scott E. The organization of production: evidence from the aerospace industry. **Journal of Law and Economics**. 27, 2, 403-417, 1984, p. 405, tradução livre.

⁸⁵⁶ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations, p. 116.

⁸⁵⁷ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 240.

⁸⁵⁸ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations, p. 116, tradução livre.

⁸⁵⁹ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations, p. 116.

Por conseguinte, a Economia dos Custos de Transação assume que os contratos são necessariamente incompletos, no sentido de que é economicamente impossível que se redija um contrato que contenha a previsão *ex ante* de todas as possíveis contingências contratuais possíveis.⁸⁶⁰ Por esta razão, a Economia dos Custos de Transação é orientada a identificar os distintos mecanismos *ex post* de solução de conflitos contratuais, relacionando-os ao poder outorgado ao empresário para resolver o conflito.⁸⁶¹ Consoante aumentem os poderes do empresário em uma dada relação jurídica, – na qual haja um maior grau de integração vertical, – haverá uma maior possibilidade de o empresário resolver disputas contratuais por meio do *fiat*.⁸⁶² O poder do empresário, assim, consiste no poder de resolver as disputas contratuais, ao invés de ter de recorrer à negociação.⁸⁶³ Este poder do empresário, em contraposição à sua ausência nas transações de mercado, é relacionado a uma diferente forma de contrato.⁸⁶⁴

Neste sentido, muitos dos desafios encontrados nas organizações econômicas são reconduzíveis ao exame e explicação dos mecanismos contratuais de governança *ex post*.⁸⁶⁵ É nesta autoridade que assenta o fundamento da empresa,⁸⁶⁶ enquanto uma *estrutura unificada*, “na qual a transação é removida do mercado e organizada na firma sujeita a uma relação de autoridade (integração vertical).”⁸⁶⁷ É que a firma possui distintas características que tornam mais eficientes a internalização como uma alternativa ao mercado.⁸⁶⁸ A maior vantagem da

⁸⁶⁰ Neste sentido, ver, por exemplo, EISENBERG, Melvin Aron. The limits of cognition and the limits of contract. **Stanford Law Review**. 47, 2, 211-259, 1995; e HART, Oliver D.; MOORE, John. Foundations of incomplete contracts. **The Review of Economic Studies**. 66, 1, 115-138, 1999.

⁸⁶¹ Consoante afirma Oliver Williamson, “the ex post side of a contract takes on special economic importance. The study of structures that facilitate gapfilling, dispute settlement, adaptation, and the like thus become part of the problem of economic organization. Whereas such institutions play a central role in the transaction cost economics scheme of things, they are ignored (indeed, suppressed) by the fiction of comprehensive ex ante contracting.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 56.

⁸⁶² WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations, p. 114; e WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 98.

⁸⁶³ ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 316.

⁸⁶⁴ De acordo com Williamson, “the reason why the market is unable to replicate the firm with respect to fiat is that market transactions are defined by contract law of an altogether different kind.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 99.

⁸⁶⁵ Para Williamson, “mechanisms of ex post governance are where the main action of economic organization resides.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 20.

⁸⁶⁶ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations, p. 114; e WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations, p. 316.

⁸⁶⁷ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**, p. 75-76, tradução livre.

⁸⁶⁸ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure

empresa em relação aos mercados reside na maior quantidade e precisão de mecanismos de controle “que estão disponíveis para fazer valer as atividades intrafirma em comparação com as atividades entre firmas”.⁸⁶⁹ Nesse sentido, quando exsurtem disputas contratuais internas, “a firma possui um maquinário de resolução de conflitos comparativamente eficiente.”⁸⁷⁰

Para a Economia dos Custos de Transação, as relações contratuais que possibilitam a integração vertical não são apenas às relacionadas aos contratos de trabalho, pois, conforme observa Oliver Williamson,

enquanto os tribunais conhecem rotineiramente disputas acerca de preços, entrega, qualidade, e assuntos análogos nas transações entre firmas, estes mesmos tribunais recusam-se a ser atraídos para disputas idênticas entre divisões de uma única empresa. Com efeito, a hierarquia [isto é, a empresa] torna-se seu próprio tribunal em última instância.⁸⁷¹

Uma das principais preocupações da Economia dos Custos de Transação consiste em determinar quais os incentivos para organizar uma empresa ao invés de recorrer-se ao mercado para realizar uma transação.⁸⁷² Nesse sentido, a Economia dos Custos de Transação cuida do tema da integração vertical, na modalidade de integrar com um fornecedor (*integrate backwards*, o que equivale ao problema da decisão *fazer-ou-comprar*),⁸⁷³ ou na modalidade de integrar com um distribuidor (*integrate forward*).⁸⁷⁴

Por esta comparação, busca-se identificar, explicar e mitigar os danos contratuais (*contractual hazards*),⁸⁷⁵ pela análise comparativa da eficiência das distintas espécies de

considerations, p. 113.

⁸⁶⁹ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations, p. 113, tradução livre.

⁸⁷⁰ WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations, p. 114, tradução livre.

⁸⁷¹ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 27, tradução livre.

⁸⁷² WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations, p. 316.

⁸⁷³ TADELIS, Steven. Complexity, flexibility, and the make-or-buy decision. **The American Economic Review**. 92, 2, 433-437, 2002, *passim*; e WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 15.

⁸⁷⁴ LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret. Vertical integration and firm boundaries: the evidence, p. 631.

⁸⁷⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 12. Neste sentido, “[a]mong the hazards with which transaction cost economics is concerned are (i) the aforementioned hazards of bilateral dependency, (ii) those that accrue to weak property rights, (iii) measurement hazards (especially in conjunction with multiple tasks (Holmstrom and Milgrom (1991) and/or oversearching (Barzel, 1982; Kenney and Klein, 1983)), and (iv) intertemporal hazards, where these can take the form of disequilibrium contracting, real-time responsiveness, long latency and strategic abuse. Also, (v) the hazards that accrue to weaknesses in the institutional environment (North and Weingast, 1989; Levy and Spiller, 1994; Weingast, 1995) are important, need to be explicated, and are beginning to be taken

transação,⁸⁷⁶ na qual a unidade básica de análise adotada são as transações,⁸⁷⁷ que Oliver Williamson foi buscar na Velha Economia Institucional.⁸⁷⁸ Consoante se haverá de demonstrar, os riscos contratuais decorrem de determinadas características das transações, notadamente da junção entre a incompletude dos contratos e da especificidade dos ativos.⁸⁷⁹

Para analisar os riscos contratuais a Economia dos Custos de Transação investiga as consequências das seguintes características que influenciam as transações: (a) *racionalidade limitada* que conduz à *incerteza*, (b) *oportunismo*, (c) *frequência das transações*, e (c) *especificidade de ativos*.

A noção de racionalidade limitada (*bounded rationality*), primeiramente desenvolvida na administração de empresas por Herbert Simon,⁸⁸⁰ contrasta claramente com a noção econômica neoclássica segundo a qual os agentes econômicos são dotados de uma *hiperracionalidade*,⁸⁸¹ pois a teoria dos custos de transação assume, na análise interna das transações, a “natureza humana como nós a conhecemos.”⁸⁸² Com isto, não se quer afirmar

into account.” WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 214.

⁸⁷⁶ Consoante afirma Oliver Williamson, “[e]conomic approaches to the study of organization, transaction cost analysis included, generally focus on efficiency. To be sure, not every interesting organizational issue can be usefully addressed, except perhaps in a minor way, in efficiency terms. A surprisingly large number can, however, especially if transaction cost aspects are emphasized. This is accomplished by making the transaction – rather than commodities – the basic unit of analysis and by assessing governance structures, of which firms and markets are the leading alternatives, in terms of their capacities to economize on transaction costs.” WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of organization: the transaction cost approach*, p. 549. Ver, também, WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies: some elementary considerations*, p. 316; WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, p. 234.

⁸⁷⁷ WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of organization: the transaction cost approach*, p. 549; e WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 6 e 45.

⁸⁷⁸ Conforme John Commons, “the ultimate unit of activity which correlates law, economics and ethics must contain in itself the three principles of conflict, mutuality and order. This unit is a transaction.” COMMONS, John R. *The problem of correlating law, economics and ethics*. **Wisconsin Law Review**. 8, 3-26, 1932, p. 4. WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 212.

⁸⁷⁹ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 60.

⁸⁸⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 24 e 36; SIMON, Herbert A. *Bounded rationality*. In: Durlauf, Steven N., Blume, Lawrence E. (Org.). **The new palgrave dictionary of economics**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008, p. ; SIMON, Herbert A. *Rationality in psychology and economics*. **The Journal of Business**. 59, 4, S209-S224, 1986; e AUGIER, Mie; MARCH, James G. **Models of a man essays in memory of Herbert A. Simon**. Cambridge: MIT Press. 2004.

⁸⁸¹ Nesse sentido, “[t]he concept of bounded rationality substitutes for the rational and fully informed agent in neoclassical mainstream theories, thus shifting the maximization postulate.” MASKELL, Peter. *The firm in economic geography*, p. 335-336. Ver, também, WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 6.

⁸⁸² Franck Knight, 1965, p. 271, apud WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of*

que os agentes econômicos atuam de forma irracional ou não racional:⁸⁸³ o comportamento dos agentes econômicos é “*intencionalmente* racional, mas apenas *limitadamente*”.⁸⁸⁴ Por racionalidade limitada, portanto, quer-se dizer que há limites na racionalidade humana para compreender, armazenar, processar e retransmitir informações de modo completo e sem erros.⁸⁸⁵ A *intencionalidade*, por sua vez, quer significar que “agentes intencionalmente racionais estão tentando lidar [com as transações] de forma eficaz. Isto está plenamente na tradição do ‘espírito racional’.”⁸⁸⁶

A racionalidade limitada conduz aos contratos incompletos,⁸⁸⁷ em que não há como prever-se contratualmente todas as possíveis contingências que podem ocorrer no curso da relação contratual.⁸⁸⁸ Quanto maior for a complexidade do contrato e a incerteza dele decorrente, mais custosa será a utilização do contrato.⁸⁸⁹ É que podem surgir situações em que haverá necessidade de se fiscalizar ou renegociar contratos ao longo de seu cumprimento, pois, além das contingências possíveis em um mundo imprevisível, muitas vezes os contratantes não obtém dessubjetivar por completo, por meio da linguagem, o quanto pretendem pelo contrato e, portanto, qualquer conflito acerca da interpretação do contrato tenderá a ser resolvido por um terceiro que, necessariamente, deverá interpretá-lo.⁸⁹⁰

Com efeito, um contrato de maior prazo deverá ser constantemente revisado e renegociado à medida em que for sendo cumprido. Esta constante necessidade de revisão e renegociação envolve custos.⁸⁹¹

Ao conceito de racionalidade limitada justapõe-se, como conceito central no estudo dos custos de transação,⁸⁹² o conceito de oportunismo,⁸⁹³ a significar “buscar o próprio

organization: the transaction cost approach, p. 549, tradução livre.

⁸⁸³ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 36.

⁸⁸⁴ Herbert Simon *apud* WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 6, tradução livre.

⁸⁸⁵ Conforme expressamente afirma Williamson, “[b]ounded rationality refers to rate and storage limits on the capacities of individuals to receive, store, retrieve, and process information without error.” WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies: some elementary considerations*, p. 317.

⁸⁸⁶ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 42-43, tradução livre.

⁸⁸⁷ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 6; e WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 212.

⁸⁸⁸ FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 638.

⁸⁸⁹ MASTEN, Scott E. *The organization of production: evidence from the aerospace industry*, p. 405.

⁸⁹⁰ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 23.

⁸⁹¹ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 24-25.

⁸⁹² WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-cost economics: the governance of contractual*

interesse com astúcia”⁸⁹⁴ ou, mais precisamente, a buscar o próprio interesse mediante um *mau comportamento*.⁸⁹⁵ Vale dizer, consoante a definição proposta por Oliver Williamson, “[o]portunismo consiste num esforço para obter ganhos individuais por meio de uma falta de franqueza ou honestidade nas transações.”⁸⁹⁶

O oportunismo pode ocorrer *ex ante*, quando da negociação do contrato, em razão de assimetria de informações, ou *ex post*, durante a execução ou renegociação do contrato. Neste último sentido, relaciona-se aos custos de monitoração do cumprimento dos contratos.⁸⁹⁷

Nas transações em que pode haver oportunismo *ex post*, haverá ganhos se identificadas *ex ante* as *apropriadas salvaguardas*.⁸⁹⁸ A identificação do risco de oportunismo *ex post* e a elaboração *ex ante* das salvaguardas constituem tarefas primordialmente jurídicas.

Maiores serão as chances de manifestar-se o comportamento oportunista em caso de necessidade de renegociação *ex post* do contrato quanto maior for a especificidade dos ativos que são objeto da transação.⁸⁹⁹ Neste sentido, o conceito de *especificidade de ativos*⁹⁰⁰ assume

relations, p. 234.

⁸⁹³ Nesse sentido, “[t]ransaction cost economics pairs the assumption of bounded rationality with a self-interest-seeking assumption that makes allowance for guile.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 56.

⁸⁹⁴ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 6, tradução livre. Ver, também, FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 640.

⁸⁹⁵ JOSKOW, Paul L. Vertical integration and long-term contracts: the case of coal-burning electric generating plants. **Journal of Law, Economics & Organization**. 1, 1, 33-80, 1985, p. 37.

⁸⁹⁶ WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations, p. 317, tradução livre. Noutra passagem, o autor define oportunismo como “a variety of self-interest seeking but extends simple self-interest seeking to include self-interest seeking with guile. It is not necessary that all agents be regarded as opportunistic in identical degree. It suffices that those who are less opportunistic than others are difficult to ascertain *ex ante* and that, even among the less opportunistic, most have their price.” WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 234. Para outra definição de oportunismo, ver WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**, p. 47-49 e 64-67.

⁸⁹⁷ WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations, p. 317.

⁸⁹⁸ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 48.

⁸⁹⁹ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations.

⁹⁰⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 59-60. Em seus textos iniciais, Oliver Williamson referia-se a ativos idiosincráticos. WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 240 e ss.

especial significação na teoria dos custos de transação.⁹⁰¹ O conceito inclui a especificidade de bens e serviços,⁹⁰² – portanto, envolve também recursos humanos.⁹⁰³

A especificidade de ativos é obtida mediante a comparação do valor a ele atribuído no contexto da transação e o valor que a ele seria atribuído em outros contextos de outras transações.⁹⁰⁴ Neste sentido, a especificidade de ativos “é uma medida de realocabilidade de um ativo”⁹⁰⁵ e, portanto, refere-se “ao grau no qual um ativo pode ser realocado para usos alternativos sem sacrifício de valor produtivo.”⁹⁰⁶ Mais precisamente, consoante a dicção de Nikolaos Zahariadis, “[e]specificidade de ativo (fator) refere-se ao custo em que se incorre para mover fatores (ativos) através de indústrias.”⁹⁰⁷

A diferença entre o valor do ativo na sua alocação atual e o valor que ele obteria em uma alocação alternativa é denominada *quase-renda*. A maximização do valor de uso dos ativos frequentemente é obtida mediante a sua adaptação a um determinado contexto, o que reduz o valor de sua alocação em um contexto alternativo.⁹⁰⁸ Com efeito, quanto maior for a especificidade de um ativo, maior será o valor da *quase-renda*.⁹⁰⁹

Quanto menor for o valor de uso alternativo de um ativo, mais exposto estará seu proprietário ao oportunismo do outro contratante quando da necessidade de renegociação do contrato. Esta exposição é chamada de *hold-up*,⁹¹⁰ decorrente do aprisionamento (*lock-in*) na

⁹⁰¹ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 45.

⁹⁰² WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 234 e 241.

⁹⁰³ FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 640-641.

⁹⁰⁴ FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. v. III, p. 640-641.

⁹⁰⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 13, nota de rodapé 8, tradução livre.

⁹⁰⁶ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 59, tradução livre. Nesse sentido, “[t]his has a relation to the notion of sunk cost. But the full ramifications of asset specificity become evident only in the context of incomplete contracting and went unrecognized in the pre-transaction cost era”. WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 59.

⁹⁰⁷ ZAHARIADIS, Nikolaos. Asset specificity and state subsidies in industrialized countries. **International Studies Quarterly**. 45, 4, 603-616, 2001, p. 604, tradução livre. De acordo com o autor, o conceito de especificidade de ativos pode fornecer importantes contribuições para a compreensão de subsídios estatais ao setor industrial. ZAHARIADIS, Nikolaos. Asset specificity and state subsidies in industrialized countries, *passim*.

⁹⁰⁸ ARMOUR, J.; WHINCOP, M. J. The proprietary foundations of corporate law, p. 436, nota de rodapé 34.

⁹⁰⁹ MASTEN, Scott E. The organization of production: evidence from the aerospace industry, p. 405. Ver, também, JOHNSEN, D. Bruce. The quasi-rent structure of corporate enterprise: a transaction cost theory. **Emory Law Journal**. 44, 1277-1356, 1995.

⁹¹⁰ Sobre o conceito de hold-up, ver KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN,

situação contratual.⁹¹¹ Nestes casos, tende a tornar-se ineficiente o recurso à solução contratual.⁹¹² É que, aqui, apresenta-se o seguinte dilema: quanto maior a especificidade dos ativos e maior a incerteza, maior será o incentivo para incorrer em maiores custos para redigir o contrato da forma mais detalhada possível e de prolongar o seu prazo de duração. Ao mesmo tempo, a incerteza e a especificidade de ativos constituem um desincentivo para recorrer-se a relações contratuais de longo prazo.⁹¹³ É que a frequência de transações com ativos específicos acentua a tendência à formação de um monopólio bilateral.⁹¹⁴ Por conseguinte, ante a necessidade de renegociação de contratos incompletos, há maior risco de o outro contratante, oportunisticamente, buscar apropriar-se da *quase-renda*.

Nesse contexto, a reunião de oportunismo com especificidade de ativos constitui um forte incentivo à integração vertical,⁹¹⁵ em que os ativos devem ser de propriedade de uma só das partes contratantes,⁹¹⁶ de modo a “economizar os custos de evitar os riscos de apropriação das quase-rendas de ativos específicos por indivíduos oportunistas.”⁹¹⁷ Por este motivo, consoante observa Fernando Araújo,

a integração vertical, a ‘via da empresa’, é basicamente uma solução para o inacabamento dos contratos, em especial quando esse inacabamento coexiste com situações de *lock-in* contratual, isto é, com situações em que uma ou ambas as partes se encontram criticamente vulneráveis, reféns dos

-
- Armen A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process.
- ⁹¹¹ Nesse sentido, “as the value of specific capital in other uses is, by definition, much smaller than the specialized use for which it has been intended, the supplier is effectively ‘locked into’ the transaction to a significant degree.” WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of organization: the transaction cost approach*, p. 555.
- ⁹¹² MASTEN, Scott E. *The organization of production: evidence from the aerospace industry*; MONTEVERDE, Kirk; TEECE, David J. *Supplier switching costs and vertical integration in the automobile industry*. **The Bell Journal of Economics**. 13, 1, 206-213, 1982; e JOSKOW, Paul L. *Vertical integration and long-term contracts: the case of coal-burning electric generating plants*.
- ⁹¹³ MASTEN, Scott E. *The organization of production: evidence from the aerospace industry*, p. 406.
- ⁹¹⁴ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 13, nota de rodapé 8; WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, p. 241. Conforme afirma o autor, “[t]he really interesting problems of managing transactions across successive stages of production show up when bilateral dependency conditions appear.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 26.
- ⁹¹⁵ WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, p. 234, nota de rodapé 4.
- ⁹¹⁶ Nesse sentido, conforme asseveram Klein, Crawford e Alchian, “[w]e maintain that if an asset has a substantial portion of quasi rent which is strongly dependent upon some other particular asset, both assets will tend to be owned by one party.” KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. *Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process*, p. 300.
- ⁹¹⁷ KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. *Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process*, p. 299, tradução livre.

investimentos em tempo, em trabalho, em capital, realizados no seio da relação – e por isso a probabilidade de ‘*holdup*’ pode subir para níveis intoleráveis, ou seja para níveis acima dos quais a contratação, ou a subsistência de uma pura relação contratual, passam a ser questionáveis em termos de eficiência.⁹¹⁸

Nesse sentido, a Economia dos Custos de Transação preocupa-se em economizar estes custos relacionados à utilização de contratos e a distintos modelos de organização, e que são pouco relacionados a problemas tecnológicos.⁹¹⁹

A especificidade de um ativo é relacionada, por exemplo, (a) à especificidade física de um ativo,⁹²⁰ na hipótese da necessidade de se realizar investimentos para adaptar este ativo para um uso específico, o que reduz o seu valor para usos alternativos;⁹²¹ (b) à especificidade do local,⁹²² relativa a proximidade geográfica dos contratantes, para reduzir custos de transporte ou estoque, dificultando a realocação destes ativos;⁹²³ (c) à especificidade de um recurso humano cujas habilidades são adquiridas por *learning by doing*;⁹²⁴ (d) a ativos dedicados a uma função específica a pedido do cliente, capazes de deixar o seu proprietário com uma grande capacidade instalada ociosa em caso de ruptura do contrato;⁹²⁵ (e) à marca; (f) à especificidade temporal,⁹²⁶ e (g) à especificidade do *know-how* decorrente do processo produtivo que, por não ser patenteável e dificilmente transmissível, tornará muito custosa eventual mudança para um novo fornecedor.⁹²⁷

⁹¹⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 225.

⁹¹⁹ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 213.

⁹²⁰ Assim, “physical asset specificity, as where specialized dies are required to produce a component”. WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of organization: the transaction cost approach*, p. 555.

⁹²¹ JOSKOW, Paul L. *Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence*. **Journal of Law, Economics, & Organization**. 4, 1, 95-117, 1988, p. 106-107.

⁹²² Nesse sentido, “site specificity, as when successive stations are located in cheek-by-jowl relation to each other so as to economize on inventory and transportation expenses.” WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of organization: the transaction cost approach*, p. 555.

⁹²³ JOSKOW, Paul L. *Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence*, p. 106-107.

⁹²⁴ WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of organization: the transaction cost approach*, p. 555; e JOSKOW, Paul L. *Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence*, p. 106-107.

⁹²⁵ JOSKOW, Paul L. *Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence*, p. 106-107.

⁹²⁶ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 59-60.

⁹²⁷ MONTEVERDE, Kirk; TEECE, David J. *Supplier switching costs and vertical integration in the automobile industry*, p. 206.

A teoria dos custos de transação foi testada em uma grande gama de estudos empíricos,⁹²⁸ que cuidaram de investigar as escolhas organizacionais em situações que envolviam distintos tipos de especificidade de ativos.

O mais célebre estudo acerca da especificidade de ativos como incentivo à integração vertical cuidou da aquisição da fabricante de carrocerias Fisher Body pela General Motors.⁹²⁹ A GM havia celebrado com a Fisher Body um contrato de fornecimento de carrocerias por dez anos, por um valor unitário que levava em consideração o custo de produção mais um valor fixo por unidade. Logo após a celebração do contrato, houve um grande aumento na demanda por automóveis. Para economizar em custos de logística e estoque, a GM pediu à Fisher Body que se instalasse ao lado de sua planta industrial. Como a fornecedora resistisse ao pedido, em 1926 a GM adquiriu o controle acionário de sua fornecedora. Neste caso, como a Fisher Body buscou apropriar-se da quase-renda da GM (consistente nos custos de logística e estoque), a melhor opção que se apresentou para a GM foi a integração vertical.

Por motivos análogos, empresas que contratam fornecedores de peças específicas, que necessitam de matrizes específicas para serem produzidas (que podem ter um alto valor mas servem apenas a uma função),⁹³⁰ tendem a optar pela via da integração vertical para evitar o problema do *hold-up*.

A comprovação empírica de que a especificidade física de um ativo pode abrir as portas para o oportunismo foi demonstrada em um estudo que observou as relações entre as indústrias termoelétricas e as minas de carvão norte-americanas. Enquanto a grande maioria das indústrias termoelétricas preferem em geral recorrer ao mercado ou a contratos de longo prazo, as termoelétricas situadas próximas a minas de carvão preferem a integração vertical, precisamente para evitar eventual oportunismo da sua fornecedora próxima.⁹³¹

Outro estudo empírico investigou a indústria cubana de açúcar do início do século XX. Neste país, o cultivo e a usinagem da cana eram realizadas tanto da região oeste como leste. A região oeste possuía maior tradição nestas atividades, e o nível tecnológico das

⁹²⁸ Para uma resensão acerca dos estudos empíricos testando as proposições da economia dos custos de transação, ver RINDFLEISH, Aric; HEIDE, Jan B. Transaction cost analysis: past, present, and future applications. **The Journal of Marketing**. 61, 4, 30-54, 1997.

⁹²⁹ KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process, *passim*.

⁹³⁰ HOLMSTRÖM, Bengt; ROBERTS, John. The boundaries of the firm revisited. **The Journal of Economic Perspectives**. 12, 4, 73-94, 1998, p. 74.

⁹³¹ JOSKOW, Paul L. Vertical integration and long-term contracts: the case of coal-burning electric generating plants, *passim*.

usinas de ambas as regiões era equivalente. Após a Guerra da Independência cubana (1895-1898), iniciou-se um fluxo de investimentos norte-americanos na indústria do açúcar. A decisão de investir na região oeste ou na leste foi influenciada, consoante sustenta Alan Dye, por razões relacionadas aos custos de transação. Tendo em vista que para transportar-se a cana para usinas distantes, sem que ela apodrecesse, havia a necessidade de se utilizar ferrovias, e o custo do transporte integraria o custo da produção da industrialização da cana pelas usinas. Em razão da sua localização, as usinas próximas as plantações apresentam-se como um ativo específico, cujo valor de alocação alternativa é menor do que seu valor produtivo atual. Neste contexto, os produtores do oeste frequentemente agiam oportunisticamente ameaçando reter o fornecimento de cana às indústrias de sua região, obtendo, pelo aumento do preço, apropriar-se da quase-renda relacionada ao investimento no transporte ferroviário da cana produzida no leste. Por conseguinte, os investidores estrangeiros optaram por adquirir usinas na região leste do país, onde também conseguiam adquirir maiores extensões de terra cultivável. Desse modo, evitava-se o problema da exposição aos riscos de contratuais, mediante a evitação do *hold-up* decorrente da especificidade de ativos.⁹³²

Noutro estudo, envolvendo a indústria automobilística norte-americana, constatou-se que a GM e a Ford tendem a internalizar a produção de peças que demandariam maior esforço de engenharia de seu fornecedor, que teria assim um *know-how* altamente específico de como produzi-las.⁹³³ É que, neste caso, o conhecimento do fornecedor não seria facilmente

⁹³² DYE, Alan. Avoiding holdup: asset specificity and technical change in the cuban sugar industry, 1899-1929. **The Journal of Economic History**. 54, 3, 628-653, 1994, *passim*.

⁹³³ MONTEVERDE, Kirk; TEECE, David J. Supplier switching costs and vertical integration in the automobile industry, *passim*. Entretanto, é interessante notar a observação final feita pelos autores: “Hence, the vertical structure of GM and Ford appears to be based at least in part on efficiency considerations. Specifically, the structure appears to be designed to take advantage of the coordinating properties of hierarchies as well as the ability of internal organization to reduce the exposure of the automakers to opportunism from suppliers—a hazard which is apparently absent in the less integrated Japanese industry where ‘the relationship between the major auto firm and its satellite suppliers is one of total cooperation’ (Ouchi, 1981, p. 19).” MONTEVERDE, Kirk; TEECE, David J. Supplier switching costs and vertical integration in the automobile industry, p. 212. Em referência a este trabalho, ver também, JOSKOW, Paul L. Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence, *passim*. Explorando o “kanban-system”, em que há uma coordenação horizontal (em contraposição ao modelo americano do controle hierárquico), ver AOKI, Masahiko. Horizontal vs. vertical information structure of the firm. **The American Economic Review**. 76, 5, 971-983, 1986, *passim*. Identificando diversos modelos de organização da empresa que não reagem conforme a predição da economia dos custos de transação, ver HOLMSTRÖM, Bengt; ROBERTS, John. The boundaries of the firm revisited, *passim*.

transmissível a outro fornecedor, dificultando a mudança de fornecedor e, assim, colocando a montadora em situação de *hold-up*.

Em síntese, para Williamson, a integração vertical é a solução para o risco de apropriação oportunística da quase-renda, por outorgar ao empresário o poder de resolver disputas por meio do *fiat*.

Esta tese, no entanto, foi objeto da crítica de Oliver Hart, segundo a qual o argumento da integração vertical como solução aos problemas contratuais não explica a natureza dos custos de transação por não indicar claramente porque razão a integração vertical tornaria um fornecedor oportunístico em um subordinado obediente.⁹³⁴

Desenvolve-se, assim, a abordagem do tema da empresa a partir da Abordagem dos Direitos de Propriedade (*Property Rights Approach*), por obra de Sanford Grossman, Oliver Hart e John Moore.⁹³⁵ Na esteira da teoria desenvolvida por Williamson, a abordagem da empresa a partir dos direitos de propriedade busca explicar porque a integração vertical é vantajosa quando comparada à solução contratual.⁹³⁶

Para tanto, enfatiza-se a noção de que os contratos são incompletos, no sentido de que não se pode antever todas as vicissitudes que podem ocorrer ao longo da relação contratual,⁹³⁷ com o que se abre espaço para a necessidade de se revisar e renegociar o contrato após a sua celebração.⁹³⁸ Conforme expressamente observa Hart, há três razões para a incompletude contratual:

Primeiro, em um mundo complexo e altamente imprevisível, é difícil para as pessoas pensar muito à frente e fazer planos para todas as diversas contingências que possam surgir. Segundo, mesmo que os planos individuais

⁹³⁴ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1763; HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 27-28. Conforme observaram Armour e Whincop, “Williamson argued that where the amounts at stake were large, it would be cheaper for one party simply to buy both assets and organize production itself, thereby avoiding the hold-up problem. These insights were formalized by Oliver Hart and his co-authors, giving rise to what has become known as the ‘property rights’ theory of the firm.” ARMOUR, J.; WHINCOP, M. J. The proprietary foundations of corporate law, p. 436.

⁹³⁵ GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration, HART, Oliver D.; MOORE, John. Property rights and the nature of the firm.

⁹³⁶ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 4-5; ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 225-226.

⁹³⁷ GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration, p. 695.

⁹³⁸ HART, Oliver D.; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. **Econometrica**. 56, 4, 755-785, 1988, p. 123; HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 3 e ss.; HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1765.

possam ser feitos, é difícil para as partes contratantes negociar acerca destes planos, sobretudo porque elas necessitam encontrar uma linguagem comum para descrever estados do mundo e ações em relação aos quais a experiência prévia pode não fornecer um guia seguro. Terceiro, mesmo que as partes possam planejar e negociar sobre o futuro, pode ser muito difícil para elas escrever seus planos de modo que, em caso de uma disputa, uma autoridade externa – um tribunal, por exemplo – possa descobrir o que estes planos significam e fazer com que sejam cumpridos. Noutras palavras, as partes devem ser capazes de comunicar não apenas umas com as outras, mas também com terceiros que podem ter pouco conhecimento acerca do ambiente no qual atuam as partes contratantes. Como resultado destes três custos de contratação, as partes redigirão um contrato que é incompleto. Isto é, o contrato conterá lacunas e disposições faltantes.⁹³⁹

A existência destes custos contratuais *ex post* sugere que se deve realizar investimentos *ex ante* voltados a evitá-los. Estes investimentos consistem na aquisição de ativos específicos capazes de gerar ganhos, pela economia de custos de transação ao longo da relação contratual.⁹⁴⁰ Neste sentido, a abordagem do tema a partir da perspectiva dos direitos de propriedade contrasta com a abordagem da Economia dos Custos de Transação,⁹⁴¹ à medida que esta sugere que a firma consiste em um mecanismo de solução *ex post* dos conflitos contratuais, por meio de salvaguardas que conferem autoridade do empresário; ao passo que aquela sugere que a possibilidade de solução de eventuais conflitos contratuais envolvendo ativos específicos deve ser resolvida *ex ante*, pela aquisição do propriedade destes ativos.⁹⁴² Assim, a propriedade de ativos altamente complementares devem ser da mesma pessoa.⁹⁴³ Neste sentido, a aquisição da propriedade de ativos específicos evita que os agentes econômicos sejam dissuadidos de realizar investimentos que seriam ótimos.⁹⁴⁴ A aquisição dos ativos específicos, por meio de fusões e incorporações, dá origem a uma só firma.

A abordagem partir dos direitos de propriedade estabelece uma diferença entre a utilização de um bem por meio de um contrato e a utilização de um bem em razão de um direito de propriedade.⁹⁴⁵ Ademais, enfatiza direitos sobre ativos não humanos, isto é, coisas

⁹³⁹ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 23, tradução livre.

⁹⁴⁰ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 26.

⁹⁴¹ WILLIAMSON, Oliver E. The new institutional economics: taking stock, looking ahead, p. 605.

⁹⁴² ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 316.

⁹⁴³ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1770.

⁹⁴⁴ Conforme expressamente anota Hart, “[s]pecifically, because contracts are incomplete, the parties may be deterred from making the relationship-specific investments that would be optimal in a ‘first-best’ world.” HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 26.

⁹⁴⁵ HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**, p. 5-6.

físicas.⁹⁴⁶ Incluem-se, portanto, nesta categoria, “máquinas, estoques, construções ou locais, dinheiro, listas de clientes, patentes, direitos autorais, e os direitos e obrigações incorporados em contratos em curso na medida que estes são também transferidos com propriedade.”⁹⁴⁷ Por distinguir direitos decorrentes de contratos e direitos de propriedades, esta abordagem da teoria da firma não faz distinção entre propriedade e controle,⁹⁴⁸ pois quem for proprietário dos ativos específicos será, por isso, o controlador.

Os direitos de propriedade estabelecem direitos residuais de utilização de um bem, no sentido de que, se o proprietário deste bem celebrar um contrato que permita a terceiro utilizá-lo, em caso de uma disputa contratual será o proprietário, não o contratante, que poderá utilizar o bem.⁹⁴⁹ Por esta razão, o poder de completar o contrato *ex post* é atribuído a quem for proprietário do ativo, isto é, quem é titular dos direitos residuais de propriedade.⁹⁵⁰

Desse modo, a abordagem dos direitos de propriedade fornece uma explicação para o fato de que o proprietário de ativos físicos possui maior poder sobre os recursos humanos,⁹⁵¹ pois o empregador pode privar o empregado de utilizar os ativos, e contratar outro empregado.⁹⁵² Conforme registra Thomas Ulen, “a ameaça de demissão é mais forte do que o poder de negociar.”⁹⁵³

Com efeito, estabelece-se uma tensão entre o titular do ativo específico adquirir a propriedade dos bens e contratar terceiros, de modo que o tamanho ótimo da firma será estabelecido por estas duas forças. A descrição da firma como um conjunto de direitos de propriedade, assim, fornece uma explicação alternativa à teoria dos custos de tranção para a integração vertical.

⁹⁴⁶ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1765.

⁹⁴⁷ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1766, tradução livre.

⁹⁴⁸ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1766.

⁹⁴⁹ GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration, p. 716.

⁹⁵⁰ GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration, p. 691-692; HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1765.

⁹⁵¹ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1770.

⁹⁵² GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration, p. 692; HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1771.

⁹⁵³ ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 317, tradução livre.

3.2.3 A firma como conexão de contratos: a função de economizar custos de agência

Também com fundamento no trabalho de Ronald Coase, desenvolveu-se a teoria da firma como *nexus of contracts*, notadamente por obra de Armen Alchian e Harold Demsetz,⁹⁵⁴ William Meckling e Michael Jensen,⁹⁵⁵ Steven Cheung⁹⁵⁶ e Eugene Fama.⁹⁵⁷

As origens desta teoria remontam à publicação, em 1972, do artigo *Production, information costs, and economic organization*, de autoria de Armen Alchian e Harold Demsetz, no qual os autores endereçavam uma crítica direta à noção coaseana de empresa.

O fundamento da crítica reside no fato de que a teoria da empresa como feixe de contratos entende que a organização capitalista da economia envolve necessariamente relações econômicas de *especialização cooperativa*⁹⁵⁸ entre os diversos agentes econômicos, tanto nas relações de mercado como nas relações internas à firma. A marca da cooperação, portanto, opõe-se à noção de empresa como hierarquia (e, por conseguinte, à noção de *fiat* proposta por Oliver Williamson). Consoante sustentam Alchian e Demsetz, a noção coaseana de empresa é uma *ilusão*,⁹⁵⁹ pois a empresa nem sempre será proprietária dos ativos que utilizar no processo produtivo e, portanto, não terá sempre o poder de resolver conflitos contratuais com base na autoridade. Por esta razão, não há distinção entre contratos de empresa e contratos de mercado, pois, em ambos os casos, o contratante detém o poder de *punir* aquele com quem contrata mediante a não realização de novos negócios ou mediante demandas judiciais voltadas à obtenção de indenizações por conta de descumprimento contratual.⁹⁶⁰ Com isto, os autores buscam enfatizar o poder máximo de um contratante sobre o outro (ou, do empregador sobre o empregado, no exemplo que servira a Coase para explicar a existência da firma), independentemente de a relação ser qualificada como interna à empresa ou como realizada no mercado. Assim como o empregador pode demitir o seu

⁹⁵⁴ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization.

⁹⁵⁵ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**; publicado originalmente em *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976.

⁹⁵⁶ CHEUNG, Steven N. S. The contractual nature of the firm.

⁹⁵⁷ FAMA, Eugene F.; JENSEN, Michael C. Agency problems and residual claims. **Journal of Law and Economics**. 26, 2, 327-349, 1983.

⁹⁵⁸ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 777.

⁹⁵⁹ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 777.

⁹⁶⁰ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 777.

empregado (no que seria para Coase um contrato interno à empresa), o consumidor pode *demitir* o armazém onde adquire mercadorias se algo lhe desagradar. Portanto, conforme rematam os autores, os “contratos de longo prazo entre empregador e empregado não constituem a essência da organização que chamamos de firma.”⁹⁶¹

Ante a inequívoca existência das empresas no mundo real, cumpre identificar-se o fundamento da existência das firmas. Para Alchian e Demsetz, este fundamento, relacionado à cooperação nas relações econômicas, residiria na necessidade de se organizar a produção em equipe (*team productive process*), mediante a polarização de todas as relações contratuais em um único sujeito (*centralized contractual agent*), que é a empresa.⁹⁶² A produção em equipe é conceituada como a

produção na qual 1) diversos tipos de recursos são utilizados e 2) o produto não é a soma de separáveis resultados (*outputs*) de cada recurso cooperativo. Um fator adicional cria um problema de organização de equipe – 3) nem todos os recursos utilizados na produção em equipe pertencem a uma pessoa.⁹⁶³

Nesse sentido, a firma será mais eficiente à medida que remunerar aqueles que cooperarem na proporção de seus esforços. Para tanto, constituem dois conceitos fundamentais da firma a medição da produtividade e a remuneração proporcional ao esforço.⁹⁶⁴

Conquanto o mercado também desempenhe as funções de medir a produtividade e recompensar o esforço, a forma pela qual a medição e a recompensa são realizadas é distinta. Com efeito, no mercado, um agente econômico que aumenta a sua produtividade aumentará a sua receita na mesma proporção. Conforme ilustram Alchian e Demsetz, o fazendeiro que passa a produzir 10% a mais de trigo, ao valor de mercado aumentará em 10% sua receita.⁹⁶⁵

⁹⁶¹ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 777, tradução livre.

⁹⁶² ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 778.

⁹⁶³ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 779, tradução livre.

⁹⁶⁴ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 778. Para os autores, “[m]eter means to measure and also to apportion. One can meter (measure) output and one can also meter (control) the output. We use the word to denote both; the context should indicate which.” ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 778, nota de rodapé 1.

⁹⁶⁵ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 778.

Nesse sentido, afirma-se que o mercado é uma forma de organização da atividade econômica que remunera proporcionalmente o incremento individual de esforço.

A medição da produtividade e a recompensa conduzidas pelo mercado não é isenta de custos, pois envolve *custos de medição*.⁹⁶⁶ Por este motivo, haverá vezes em que o mercado desempenhará deficientemente estas funções, notadamente quando se está a tratar da medição dos esforços realizados por diversos sujeitos para uma atividade comum e a correlata recompensa. Nesses casos, pode ser mais eficiente organizar-se a produção em equipe, isto é, em empresa, que cuidará de medir a produtividade marginal de cada um dos agentes econômicos que cooperam com a produção, de modo a recompensá-los na medida de sua contribuição. Com efeito, Alchian e Demsetz entreveem na firma um mecanismo para viabilizar o *team production*, no casos em que o esforço de cada indivíduo é necessário para a produção, mas não se consegue distinguir no *output* o quanto cada indivíduo colaborou.⁹⁶⁷

A produção em equipe (isto é, em empresa) torna-se mais eficiente precisamente nos casos em que há dificuldade em medir-se a produtividade marginal de cada um dos agentes que aportam recursos para uma finalidade comum, de modo a determinar-se a remuneração.

Assim, em exemplo análogo ao oferecido por Alchian e Demsetz, se quatro sujeitos devem carregar um caminhão com sacos de areia em uma jornada de trabalho, o resultado buscado consiste em ter sido o caminhão carregado, independentemente de quanto cada um dos sujeitos tenha contribuído para este resultado. Se não houver um terceiro medindo a produtividade de cada um dos sujeitos, os encarregados não terão incentivo para se esforçarem individualmente para carregar o caminhão, pois um aumento de esforço por um dos sujeitos, conquanto contribua para a produção total, não é identificado como aumento de sua produção individual. Por esta razão, um aumento marginal no esforço individual não resultará em um proporcional aumento de recompensa. Por conseguinte, nenhum dos sujeitos terá incentivo para aumentar sua produção individual e, mais do que isso, tendo em vista que não é identificada a contribuição individual para a produção, exsurge acentuado incentivo para esquivar-se ao trabalho (*to shirk*). Isto é, os agentes econômicos tenderão a ampliar as pausas para café e conversas, bem como a, em bom português, fazer corpo mole, contanto que não possa ser identificada, a zero ou baixo custo, a sua esquiva.⁹⁶⁸ Se o custo de detectar a

⁹⁶⁶ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 778.

⁹⁶⁷ ARMOUR, J.; WHINCOP, M. J. The proprietary foundations of corporate law, p. 433, nota de rodapé 16.

⁹⁶⁸ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic

esquiva for superior aos ganhos de produtividade, ela será tolerada, mas a perda de produtividade será compensada por uma redução da remuneração de todos os sujeitos envolvidos. Essa redução da remuneração, decorrente da menor produtividade causada pela esquiva, será suportada por todos os sujeitos envolvidos na atividade, e não apenas por aquele que está a esquivar-se. Com efeito, haverá uma necessária troca entre o valor monetário da remuneração pela quantidade de lazer que é obtida pela esquiva.⁹⁶⁹ Neste caso, como a “detecção das partes responsáveis é custosa; este custo atua como um tributo nas recompensas do trabalho.”⁹⁷⁰ Por conta disto, a questão que se coloca é: “[c]omo podem os membros de uma equipe ser remunerados e incentivados a trabalhar eficientemente?”⁹⁷¹

Por causa da dificuldade em se mensurar a contribuição de cada um dos participantes, ante a existência de esquivas (*shirking*), exsurge a firma como monitor do trabalho em equipe.⁹⁷² Mais precisamente, a empresa é *um* dos métodos para evitar-se a esquiva no trabalho em equipe, pelo qual um terceiro é contratado para monitorar o desempenho de cada um dos integrantes da equipe.⁹⁷³ Para ilustrar a importância do monitor da equipe, Steven Cheung fornece o exemplo do

rebocar do barco na China anterior ao regime comunista, quando um grande grupo de trabalhadores marchou ao longo da costa rebocando um barco de madeira de considerável tamanho. O único interesse desse exemplo é que os colaboradores realmente concordaram em contratar um monitor para chicoteá-los. O ponto aqui é que mesmo se cada puxador fosse perfeitamente

organization, p. 778-780. Com efeito, “[i]n a university, the faculty use office telephones, paper, and mail for personal uses beyond strict university productivity. The university administrators could stop such practices by identifying the responsible person in each case, but they can do so only at higher costs than administrators are willing to incur. The extra costs of identifying each party (rather than merely identifying the presence of such activity) would exceed the savings from diminished faculty ‘turpitudinal peccadilloes.’ So the faculty is allowed some degree of ‘privileges, perquisites, or fringe benefits.’” ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 780.

⁹⁶⁹ Com efeito, “[i]n a university, the faculty use office telephones, paper, and mail for personal uses beyond strict university productivity. The university administrators could stop such practices by identifying the responsible person in each case, but they can do so only at higher costs than administrators are willing to incur. The extra costs of identifying each party (rather than merely identifying the presence of such activity) would exceed the savings from diminished faculty ‘turpitudinal peccadilloes.’ So the faculty is allowed some degree of ‘privileges, perquisites, or fringe benefits.’” ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 780.

⁹⁷⁰ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 781, tradução livre.

⁹⁷¹ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 779, tradução livre.

⁹⁷² CHEUNG, Steven N. S. The contractual nature of the firm, p. 8-9.

⁹⁷³ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 781-782.

‘honesto’, ainda seria muito caro medir o esforço de cada um que contribuiu para o movimento do barco, mas escolher uma diferente medida, aceitável a todos, seria tão difícil que a arbitragem por um agente é essencial.⁹⁷⁴

Moral da história: é menos doloroso ser chicoteado do que ter de carregar o barco por outros e não ser remunerado por isso. Tendo em vista que o esforço individual não é facilmente mensurável, faz-se necessária a contratação de um monitor. O monitor cuidará de recompensar cada um dos envolvidos na equipe em consonância com a sua produtividade.

Entretanto, tendo em vista que o monitor também pode esquivar-se a seu trabalho, cumpre responder-se a questão de “quem monitorará o monitor?”⁹⁷⁵ Há duas principais formas de monitorar-se a produtividade do monitor. A primeira consiste na própria competição de mercado entre monitores. A eficiência desta forma de monitoração está sujeita às mesmas deficiências a que está sujeita a coordenação do trabalho em equipe pelo mercado. A segunda forma de monitoração da produtividade do monitor consiste em remunerá-lo com um o valor residual da produção, após terem sido devidamente remunerados os que aportarem esforços para o trabalho em equipe.⁹⁷⁶

O significado que Alchian e Demsetz atribuem ao monitor vai além do sentido estrito da expressão. Monitor não é um feitor, mas é alguém que se especializa na atividade de medir e coordenar o trabalho em equipe. A metáfora a que recorrem reside na comparação entre o técnico e o capitão de um time; conquanto ambos exerçam a atividade de monitorar, ao técnico também compete a tarefa eleger as táticas a serem seguidas.⁹⁷⁷ Compete, pois, ao técnico administrar o trabalho em equipe. Em troca, será recompensado com os direitos residuais da produção.

Neste sentido, a teoria proposta por Alchian e Demsetz põe em destaque o papel da administração na produção em empresa. Assim, enquanto que para a economia neoclássica a empresa era uma função que levava apenas em consideração a quantidade de insumos (ignorando o que se passava no interior da empresa), a teoria do trabalho em equipe também

⁹⁷⁴ CHEUNG, Steven N. S. The contractual nature of the firm, p. 8.

⁹⁷⁵ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 782.

⁹⁷⁶ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 782.

⁹⁷⁷ Para os autores, “[t]he coach selects strategies and tactics and sends in instructions about what plays to utilize. The captain is essentially an observer and reporter of the performance at close hand of the members. The latter is an inspector-steward and the former a supervisor manager.” ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 782.

se ocupa da função da qualidade da administração interna da empresa.⁹⁷⁸ Com efeito, “[a]dministrar ou examinar as formas pelas quais insumos são utilizados na produção em equipe é um método de medir a produção marginal do input individual para o output da equipe.”⁹⁷⁹

A capacidade de o monitor desempenhar eficientemente a sua função depende de sua capacidade para modificar os termos de um contrato específico com um dos integrantes da equipe, sem, com isso, modificar o conjunto de contratos de todos os demais. Portanto, conquanto cada um dos integrantes da equipe possa resolver sua relação com a equipe, o monitor é único que possui o poder acrescentar novos integrantes à equipe, de por termo a qualquer um dos contratos sem com isso extinguir a equipe ou a sua relação com ela, e o poder de vender os seus direitos residuais.⁹⁸⁰ Neste sentido, pode dizer-se que este conjunto de direitos (*bundle of rights*), característico da empresa, contém:

- 1) ter um interesse residual; 2) observar o comportamento dos *inputs*; 3) ser a parte centralizada comum a todos os contratos com *inputs*; 4) alterar a composição dos membros da equipe; e 5) vender estes direitos, que define o proprietário (ou o empregador) da empresa clássica (capitalista, livre-empresa).⁹⁸¹

Dentre as diversas formas de empresas (isto é, formas de organização da produção em equipe), Alchian e Demsetz incluem as sociedades por ações (*corporation*), as demais espécies sociedades (*partnerships*), inclusive as sociedades de profissionais liberais (*profit-sharing firms*), as associações mútuas e não-lucrativas (*mutual e nonprofit firms*) e as organizações sindicais (*employee unions*).⁹⁸²

A teoria do trabalho em equipe se presta a descrever a organização do trabalho em equipe pelo proprietário de uma firma, por envolver um extenso rol de problemas de agência nas relações de trabalho.⁹⁸³ Notadamente explica as relações entre o empresário e os empregados, por compreender a firma como uma produção em equipe.

⁹⁷⁸ DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 17.

⁹⁷⁹ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 782, tradução livre, grifo do original.

⁹⁸⁰ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 782-783.

⁹⁸¹ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 783, tradução livre.

⁹⁸² ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization, p. 785-790.

⁹⁸³ DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p.

Essa concepção da firma foi objeto da crítica de Meckling e Jensen, por ser muito restritiva.⁹⁸⁴ Estes autores, enfatizando a natureza contratual da empresa, sustentam que ela envolve não apenas a relação entre o proprietário e os empregados, mas também as relações com fornecedores, consumidores, credores, etc.⁹⁸⁵ Neste sentido, a teoria da firma como *nexus of contracts*, elaborada por Meckling e Jensen, supera esta limitação, ao mesmo tempo em que radicaliza o aspecto contratual da firma.⁹⁸⁶ Vale dizer, para esta teoria deixa de ter sentido a concepção coaseana de contratos de empresa e contratos de mercado, pois a firma não é fundada na autoridade do empresário, mas na importância dos contratos para as trocas voluntárias.

Neste sentido, a firma polariza e é composta por uma série de relações contratuais, que envolvem as relações com fornecedores de capital, trabalho, com os consumidores, etc. A firma é, pois, apresentada como uma conexão de contratos (*nexus of contracts*).⁹⁸⁷

Os contratos que conformam as organizações são descritos a partir da perspectiva da teoria da agência.⁹⁸⁸

A relação de agência é aquela em que um sujeito, identificado como o titular de um interesse (principal), delega a terceiro tarefas orientadas a consecução deste interesse (agente). O agente, de um lado, deve atuar para satisfazer o interesse do principal, mas, de outro lado, por ser maximizador do próprio bem-estar, tende a tomar decisões orientadas a satisfazer os próprios interesses, em detrimento do interesse do principal.⁹⁸⁹ Conforme anotam os autores, uma relação de agência é descrita como sendo

um contrato sob o qual uma ou mais pessoas – o principal(is) – encarrega outra pessoa – o agente – de desempenhar algum serviço em seu interesse que envolva a delegação de autoridade decisória ao agente. Se ambas as

15.

⁹⁸⁴ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 88.

⁹⁸⁵ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 88.

⁹⁸⁶ Conforme registram os autores, “[c]ontractual relations are the essence of the firm”. MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 88.

⁹⁸⁷ Conforme registram os autores, “[c]ontractual relations are the essence of the firm, not only with employees but with suppliers, customers, creditors, etc.” MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 88.

⁹⁸⁸ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 87.

⁹⁸⁹ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 85-86.

partes da relação são maximizadores de utilidade, há boas razões para crer que o agente não agirá sempre no melhor interesse do principal.⁹⁹⁰

Conquanto a teoria desenvolvida por Meckling e Jensen possibilite a análise de uma imensa gama de organizações,⁹⁹¹ os autores envidaram seus esforços para elaborar um modelo adequado a descrever a estrutura de propriedade das sociedades por ações a partir da teoria da agência. Neste sentido, partem da assertiva de que a relação entre acionista e administrador é, evidentemente, uma relação de agência, assim como o é a relação entre o administrador e quem empresta capital para a empresa.

O trabalho de Meckling e Jensen possui um claro precedente no trabalho de Berle e Means,⁹⁹² que demonstrou a dissociação entre propriedade e controle, mas, ao mesmo tempo, possui um forte contraste. Do início da década de 80 em diante, o *corporate law* norte-americano vivenciou uma revolução, marcada pela passagem da era Berle e Means para o completo domínio das teorias econômicas da firma.⁹⁹³ É que, de um lado, a descrição do fenômeno da dissociação entre propriedade e controle feita por Berle e Means, ao destacar o abuso que sofrem os acionistas por parte dos administradores,⁹⁹⁴ continha fortes contornos normativos relacionados à imposição de deveres fiduciários aos administradores, os quais, se não observados, ensejariam punição legal.⁹⁹⁵

Por outro lado, contrastando com essa noção, afirmou-se que a descrição dos administradores como sujeitos ávidos por se apropriarem da riqueza dos acionistas indefesos não fazia com que as pessoas deixassem de adquirir ações. Assim, indagavam Meckling e Jensen: “[c]omo ocorre de milhões de indivíduos desejarem transferir uma significativa fração

⁹⁹⁰ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 86, tradução livre.

⁹⁹¹ O trabalho de Meckling e Jensen, portanto, “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.” MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 88.

⁹⁹² BERLE, Adolf; Means, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. São Paulo: 1984.

⁹⁹³ JOHNSTON, Jason Scott. The influence of the nature of the firm on the theory of corporate law, p. 213.

⁹⁹⁴ JOHNSTON, Jason Scott. The influence of the nature of the firm on the theory of corporate law, p. 220; ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 266; ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics, p. 303.

⁹⁹⁵ Defendendo a manutenção do sistema de deveres fiduciários, ver, por exemplo, EISENBERG, Melvin Aron. The conception that the corporation is a nexus of contracts, and the dual nature of the firm. **Journal of Corporation Law**. 24, 819-836, 1998-1999, *passim*.

de sua riqueza para organizações geridas por administradores que possuem tão diminuto interesse no seu bem-estar?⁹⁹⁶ Este fato sugere que ainda é mais vantajoso em investir-se em companhias apesar de existirem problemas de agência.

Para tanto, impunha-se desenvolver uma teoria que fosse capaz de demonstrar as hipóteses em que o problema de agência superaria, ou não, os ganhos obtidos pelo investimento. Com efeito, propôs-se uma nova teoria econômica da firma (*new economic theory of the firm*) orientada à superação do sistema de taxaço legal de deveres fiduciários por uma concepção que enfatize a liberdade contratual.⁹⁹⁷ Neste sentido, por entenderem que a firma é uma conexão de contratos, Meckling e Jensen sustentam que não há sentido em discutir-se o objetivo da firma (interesse social) e temas como responsabilidade social da empresa.⁹⁹⁸ O que importa é verificar como as instituições jurídicas, notadamente aquelas marcadas pela liberdade contratual, podem desempenhar a função econômica de solucionar problemas de agência.

A solução a estes problemas envolve custos. Os custos de agência consistem em custos de contratação entre o principal e o agente, de monitoração do agente pelo principal, de gastos feitos pelo agente para demonstrar que está atuando no interesse do principal, e de perdas residuais decorrentes da diminuição de riqueza do principal por conta das diferenças entre as decisões dos agentes e o interesse do principal.⁹⁹⁹

Para desenvolver sua teoria, Meckling e Jensen recorrem a um exemplo em que não há problemas de agência, consistente no titular de uma empresa individual.

O titular da empresa individual busca ganhos pecuniários e não pecuniários. Ganhos não pecuniários são relacionados ao *status*, ao conforto, e a gastos supérfluos, descritos como *privilégios (perquisites)*.¹⁰⁰⁰ Estes gastos não são voltados ao aumento de riqueza, mas contribuem para o aumento do bem-estar do titular da empresa individual. Neste caso, tendo em vista que cada unidade monetária investida no aumento de bem-estar será suportada integralmente pelo titular da empresa individual, a combinação ótima entre benefícios

⁹⁹⁶ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 108, tradução livre.

⁹⁹⁷ BRATTON Jr., William W. The new economic theory of the firm: critical perspectives from history. **Stanford Law Review**. 41, 6, 1471-1527, 1989, p. 1471, tradução livre.

⁹⁹⁸ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 89.

⁹⁹⁹ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 87.

¹⁰⁰⁰ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 90.

pecuniários e não pecuniários é estabelecida pela utilidade marginal obtida com um gasto (em benefícios pecuniários ou não pecuniários) for igual tanto para a utilidade marginal em termos não pecuniários como em termos pecuniários.¹⁰⁰¹

Entretanto, se este sujeito vender parte da sua empresa a terceiros, que figurarão como sócios, conservando para si a administração da empresa, os gastos no aumento de seu bem-estar não impactarão apenas no seu quinhão, mas no de todos os sócios. Assim, quanto menor a participação societária do administrador, menor será o impacto de gastos em mordomias na sua riqueza, e, portanto, maior a tendência deste administrador buscar obter, às expensas da empresa, privilégios e mordomias não pecuniárias.¹⁰⁰² Com efeito, se o administrador da empresa é titular de 95% do capital, a cada real gasto em privilégios, haverá um aumento de equivalente a um real em seu bem-estar, mas a sua riqueza reduzida em apenas R\$ 0,95, e o valor restante diminuirá a riqueza dos demais acionistas. Por isto, quanto menor for a participação societária do administrador, maior será o incentivo para ele buscar ganhos não pecuniário às custas dos demais acionistas.

Para enfrentar este problema, ao invés de defenderem a imposição legal de deveres fiduciários ao administrador, os autores optam por confiar a solução às forças de mercado. Assim, consoante sustentam, precisamente pelo fato de que os demais acionistas suportarão parte dos gastos supérfluos dos administradores, quanto menor for a participação acionária do administrador, maior será a tendência de o mercado precificar este conflito de interesse, descontando do valor das ações.¹⁰⁰³

Uma queda acentuada no valor de mercado das ações, por sua vez, pode ensejar a mudança da diretoria da empresa, seja por conta de uma tomada hostil, nos casos de dispersão acionária, seja por conta do fato de que o administrador, quando também for controlador da empresa, não desejar que o valor de suas ações seja reduzido.¹⁰⁰⁴ Em ambos os casos, as forças de mercado despojarão o administrador do cargo que lhe assegura uma boa remuneração pecuniária e não pecuniária.

¹⁰⁰¹ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 90.

¹⁰⁰² MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 89-91.

¹⁰⁰³ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 91.

¹⁰⁰⁴ Neste último sentido, para ilustrar o ponto, há o recente caso da Lupatech, no qual um baixo desempenho da empresa conduziu a uma queda no valor de mercado das ações que, por sua vez, conduziu a uma reforma na diretoria-executiva. FREGONI, Silvia. Lupatech reforma diretoria-executiva. 2011, **Valor Econômico**, 01/09/2011..

Porém, tendo em vista que o administrador é um agente racional que busca maximizar o seu bem-estar, ele cuidará de assegurar a manutenção do valor de mercado das ações, por meio de expedientes que demonstrem aos acionistas a seriedade de sua administração. Consistem estes expedientes na elaboração de um contrato de sociedade que assegure melhores condições de governança para os acionistas, na adoção de mecanismos que possibilitem a fiscalização dos administradores pelos acionistas e na adoção de mecanismos pelos quais o administrador pode fornecer informações e realizar promessas críveis aos acionistas.

Com efeito, a qualidade dos mecanismos de governança adotados por uma empresa são entendidas como uma estratégia da empresa para concorrer com outras empresas em busca de acionistas e, portanto, de valorização das ações. Esta concorrência decorre do fato de que os administradores querem manter as vantagens obtidas mediante a preservação de seu posto.

Desse modo, descortina-se, aqui, uma perspectiva evolucionária do direito societário, na qual as pressões de mercado tenderão, no longo prazo, a excluir do mercado as empresas menos aptas, isto é, aquelas que não adotarem estruturas ótimas de governança.¹⁰⁰⁵ Para sobreviverem, as empresas tendem a adotar mecanismos de governança que asseguram a valorização de suas ações, a exemplo de companhias brasileiras de capital aberto que, apesar de não estarem listadas no Novo Mercado, adotam mecanismos como o *tag along* no valor de 100% da oferta realizada ao controlador, embora por lei seja assegurado aos acionistas não controladores apenas o valor de 80% (art. 254-A, Lei 6.404/76). Neste sentido, as firmas apresentam-se como “mecanismos complexos para a coordenação e motivação das atividades dos indivíduos.”¹⁰⁰⁶

A teoria proposta por Meckling e Jensen não se restringe à análise das relações entre acionistas e administrador. As relações entre os acionistas e os credores da empresa também são analisadas a partir da perspectiva dos custos de agência. Tendo em vista que os credores possuem direito a um valor fixo, ao passo que os acionistas têm direito aos ganhos residuais da companhia,¹⁰⁰⁷ aqui, o problema de agência manifesta-se pelo fato de que os acionistas têm

¹⁰⁰⁵ EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. The corporate contract. **Columbia Law Review**. 89, 7, 1416-1448, 1989, p. 1422.

¹⁰⁰⁶ HOLMSTRÖM, Bengt; ROBERTS, John. The boundaries of the firm revisited, p. 75, tradução livre.

¹⁰⁰⁷ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 111 e ss.

incentivo a assumir riscos excessivos nos casos de subcapitalização da companhia, pois, em caso de fracasso do empreendimento, quem deixará de receber são os credores, mas, caso se tenha sucesso, os ganhos são apropriados pelos acionistas. Por esta razão é que Meckling e Jensen, ao analisar a empresa a partir da perspectiva do problema de agência, ocupam-se de verificar qual a estrutura ótima de propriedade, isto é, quais as proporções adequadas entre financiamento mediante emissão de ações e contração de dívidas.

Tendo em vista que a adoção de mecanismos de governança orientados a solucionar problemas de agência envolve custos, impõe-se uma análise comparativa de instituições que evidencie as situações concretas em que há ganho marginal quando comparado ao custo marginal destes mecanismos. Vale dizer, deve-se verificar se as perdas decorrentes do problema de agência são maiores ou menores do que os custos de agência, isto é, custos relacionados à solução dos problemas de agência.¹⁰⁰⁸ Da mesma maneira, pode-se verificar como diferentes instituições jurídicas, como a limitação ou ilimitação da responsabilidade dos sócios, podem contribuir para a solução de problemas de agência a menor custo.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁸ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 106.

¹⁰⁰⁹ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, p. 109-111.

4 ESTRUTURA JURÍDICA DA EMPRESA EM FUNÇÃO DAS NECESSIDADES ECONÔMICAS

[...] every lawyer ought to seek an understanding of economics.¹⁰¹⁰

4.1 Bases da integração interdisciplinar para a elaboração de um conceito de empresa

4.1.1 Pressuposições teóricas da Nova Economia Institucional

O principal critério utilizado por Ronald Coase para distinguir, de um lado, mercados e, de outro, empresas, reside no tipo de contrato que é adotado num e noutro mecanismo de organização da atividade econômica. Para o autor, as transações em mercados ocorrem por meio de contratos de curta duração e com objeto precisamente determinado; ao passo que nas empresas os contratos são de longa duração e de objeto pouco determinado.¹⁰¹¹ Os contratos de empresa são utilizados para evitar os custos de transação presentes em mercados, que consistem, fundamentalmente, em custos decorrentes da contratação em mercados.

A existência dos custos de transação (consistentes nos custos de utilização de diferentes arranjos contratuais) não era captada pelas assunções da economia neoclássica, mas constitui o eixo central da Nova Economia Institucional. Os custos de transação são, acima de tudo, custos relacionados à utilização de determinados tipos de contratos e evitáveis pela utilização de diferentes tipos de contratos. Mais precisamente, os custos de transação são decorrentes da utilização de determinadas instituições jurídicas contratuais e evitáveis pela utilização de instituições jurídicas contratuais diversas. A diferença entre empresas e mercados, portanto, assenta nos diferentes custos relativos à utilização de diferentes instituições jurídicas. Numa palavra, a diferença fundamental assenta nas distintas alternativas institucionais fornecidas pelo sistema jurídico. Com efeito, o eixo central da firma de Coase é radicado na escolha de contratos.¹⁰¹²

¹⁰¹⁰ HOLMES, Oliver Wendell The path of the law. **Harvard Law Review**. 110, 5, 991-1009, 1997, p. 1005.

¹⁰¹¹ COASE, Ronald H. The nature of the firm, p. 391 e ss.

¹⁰¹² CHEUNG, Steven N. S. The contractual nature of the firm, p. 2.

É por conta da importância que as instituições jurídicas assumem para a análise da empresa que deriva a própria denominação da Nova Economia Institucional.¹⁰¹³ Consoante registra Peter Klein,

A nova economia institucional (NEI) é uma empresa interdisciplinar que combina economia, direito, teoria da organização, ciência política, sociologia e antropologia para compreender as instituições da vida social, política e comercial. Ela deliberadamente toma emprestado de várias disciplinas de ciências sociais, mas sua linguagem primária é econômica. Seu objetivo é explicar quais instituições são, como elas surgem, a que propósitos elas servem, como elas se modificam e como – se tanto – elas devem ser reformadas.¹⁰¹⁴

A Nova Economia Institucional distingue-se claramente da economia neoclássica, à medida que a perspectiva econômica neoclássica adota pressuposições irrealísticas,¹⁰¹⁵ viabilizando modelos que capturam reduzidos aspectos da realidade social, mormente relacionados à busca da maximização da utilidade.¹⁰¹⁶ Com efeito, o modelo teórico neoclássico reserva pouco ou nenhum espaço para as instituições, à medida que basta à economia assumir como *dado* (assegurado por um direito natural, pré-existente à ordem jurídica¹⁰¹⁷) a existência do direito de propriedade, que circulará mediante a celebração de contratos entre indivíduos iguais, em uma troca instantânea feita por indivíduos hiperracionais que buscam maximizar a utilidade. Por isto, a ortodoxia econômica tradicionalmente assume previamente a existência dos contratos e da propriedade privada, sem se ocupar de investigá-los.¹⁰¹⁸ Com efeito, um modelo econômico que reserva mínima importância para as

¹⁰¹³ Para uma reflexão entre o ‘velho’ e o ‘novo’ institucionalismo econômico, ver HODGSON, Geoffrey M. The approach of institutional economics. **Journal of Economic Literature**. 36, 1, 166-192, 1998.

¹⁰¹⁴ KLEIN, Peter G. **New institutional economics**. I, p. 456, tradução livre.

¹⁰¹⁵ Esta característica econômica gerou grande debate, notadamente a partir da defesa do irrealismo metodológico por Milton Friedman (FRIEDMAN, Milton. The methodology of positive economics. In: MILTON, Friedman (Org.). **Essays in positive economics**. Chicago: The University of Chicago Press, 1962, p. 3-43). Para uma crítica às ideias de Friedman, ver NAGEL, Ernest. Assumptions in economic theory. **The American Economic Review**. 53, 2, 211-219, 1963.

¹⁰¹⁶ Identificando as fronteiras epistemológicas da economia a partir do critério de condutas sociais econômicas, consistentes em condutas voltadas à maximização da utilidade, ver DÍAZ, José Ramón Cossío. **Derecho y análisis económico**, p. 187 e ss.

¹⁰¹⁷ PEARSON, Heath. **Origins of law and economics: the economists' new science of law 1830-1930**. Cambridge: 1997, p. 6-18. Em expressiva passagem, o autor transcreve a frase de Frédéric Bastiat (Propriété et loi, *Journal des Économistes*. in *Oeuvres complètes de Frédéric Bastiat*, 4th ed.: 275-297. Paris: Guillaumin, 1878): “It is not due to laws that we have property, but rather because of property that we have laws”. PEARSON, Heath. **Origins of law and economics: the economists' new science of law 1830-1930**, p. 13, nota de rodapé 19.

¹⁰¹⁸ PEARSON, Heath. **Origins of law and economics: the economists' new science of law**

instituições jurídicas dificilmente poderá originar uma aproximação mais qualificada com o direito e, quanto menos, poderá auxiliar na elaboração de um *conceito* jurídico que envolva elementos que transcendam ao natural direito de propriedade.

O contraste entre o direito e a economia neoclássica tende a diminuir se o direito for compreendido a partir de uma perspectiva formalista, simplificadora dos institutos e das relações jurídicas.¹⁰¹⁹ No entanto, se explicitada a complexidade dos institutos jurídicos e das relações jurídicas, acentua-se o contraste do direito com o modelo econômico neoclássico.

Já a Nova Economia Institucional postula que as instituições importam, conquanto reconheça que “nós ainda somos muito ignorantes acerca das instituições.”¹⁰²⁰ Por isto, a Nova Economia Institucional ainda “trabalha predominantemente em mecanismos parciais ao invés de teorias gerais, no atual estágio de desenvolvimento.”¹⁰²¹

As profundas modificações no direito societário norte-americano e, de modo mais amplo, do direito das organizações, em razão do desenvolvimento da Nova Economia Institucional não são devidas à adoção de uma racionalidade exclusivamente econômica em detrimento da racionalidade jurídica, como também não são devidas apenas ao desenvolvimento de uma melhor descrição do conceito econômico de empresa. Elas são devidas sobretudo ao fato de que para a Nova Economia Institucional não é possível afirmar-se uma radical separação entre economia e direito. Neste sentido, mais importante do que eventual modificação no conceito de empresa é o conjunto de pressuposições que embasam a Nova Economia Institucional, – dentre as quais encontra-se a necessária análise interdisciplinar entre direito e economia, – capaz de descrever mais adequadamente o fenômeno da empresa.¹⁰²²

1830-1930, p. 1. Conforme observa Oliver Williamson, “[m]any economists understandably concluded that what is good enough for the law is surely good enough for economics. Not only are lawyers the experts, to whom economists defer, but such a legalistic approach to contract permits economists to ignore complex problems of incomplete contract and non-market organization.” WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 208.

¹⁰¹⁹ Para uma comparação, ver WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 203.

¹⁰²⁰ WILLIAMSON, Oliver E. *The new institutional economics: taking stock, looking ahead*, p. 595, tradução livre.

¹⁰²¹ WILLIAMSON, Oliver E. *The new institutional economics: taking stock, looking ahead*, p. 595.

¹⁰²² ORST, Eric W. *Shirking and sharking: a legal theory of the firm*, p. 269.

A Nova Economia Institucional postula que se deve compreender o direito tal qual ele é.¹⁰²³ Essa forma de aproximação com o direito, no entanto, não é afirmada para daí, à semelhança da análise econômica do direito, aplicar-se um ferramental microeconômico que permita identificar se ele deve ou não ser modificado, numa relação unidirecional que parte da economia em direção ao direito. Pelo contrário, a Economia dos Custos de Transação assume uma relação de influência recíproca entre direito, economia e organizações.¹⁰²⁴ Consoante afirma Oliver Williamson, a “economia tanto informa como é informada pelo direito e pela organização.”¹⁰²⁵ Aliás, em razão de possibilitar uma aproximação interdisciplinar, ao mesmo tempo que supera as limitações neoclássicas para compreensão da empresa, é que a se adota, neste tese, a perspectiva teórica da Nova Economia Institucional.

O foco central da Nova Economia Institucional reside em uma análise comparativa entre instituições,¹⁰²⁶ que se desdobram em quatro níveis.¹⁰²⁷

O primeiro nível contém as instituições informais, constituídas pelos costumes, pelas tradições e pelas normas religiosas. Em conjunto, formam o enraizamento (*embeddedness*) cultural da sociedade.

O segundo nível contém o ambiente institucional formal da sociedade, que é constituído por normas constitucionais e pelas demais leis positivadas pelo Estado. Entram aqui as estruturas de divisão de poder (executivo, legislativo e judiciário), bem como a determinação e tutela de direitos individuais e coletivos.

¹⁰²³ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p 198, tradução livre.

¹⁰²⁴ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 198.

¹⁰²⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 198, tradução livre. Em igual sentido, “[t]ransaction cost economics is a comparative institutional approach to economic organization in which law, economics and organization are joined.” WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 207.

¹⁰²⁶ KLEIN, Peter G. **New institutional economics**. I, p. 457; WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 207.

¹⁰²⁷ WILLIAMSON, Oliver E. The new institutional economics: taking stock, looking ahead, p. 596 e ss. Com base na classificação de Williamson, Nye aponta que há as *slow-moving institutions* (crenças, normas informais e culturas) e as *fast-moving institutions* (instituições políticas e legais). NYE, John. Institutions and the institutional environment. In: Brousseau, Éric, Glachant, Jean-Michel (Org.). **New institutional economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 67-80, p. 79.

Nestes dois sentidos, instituições são entendidas como as normas formais e informais¹⁰²⁸ e os mecanismos de aplicação (*enforcement mechanisms*) que constituem a matriz ou ambiente institucional¹⁰²⁹ de uma determinada sociedade.

Por determinarem as formas possíveis de utilização dos recursos, as instituições delimitam as oportunidades de ação dos sujeitos e, portanto, as formas de organização da economia em uma determinada sociedade.¹⁰³⁰ Assim, no terceiro nível, encontram-se os mecanismos de governança, que consistem em um esforço para criar ordem, mitigar conflitos e possibilitar ganhos mútuos.¹⁰³¹ Por esta razão, a análise neoinstitucionalista busca explicar a influência do ambiente institucional nas formas de organização, mediante uma análise institucional comparativa,¹⁰³² e, por conseguinte, identificar as influências institucionais no desenvolvimento econômico.¹⁰³³ Noutras palavras, já que os custos de transação são positivos, diferentes arranjos institucionais conduzem a diferentes performances econômicas.¹⁰³⁴

Por fim, no quarto nível, em que se dá a análise econômica neoclássica de alocação e emprego. Estabelecem-se entre todos estes níveis relações biunívocas, à medida que sofrem influência recíproca um do outro.

Para a investigação da teoria da firma, a análise aqui conduzida será centrada no nível das instituições formais e no nível dos mecanismos de governança, seguindo-se a escola liderada por Oliver Williamson.¹⁰³⁵ As organizações influenciam as instituições e são influenciadas pelas instituições. Enquanto *regras do jogo*, as instituições de um povo fornecem e delimitam as possibilidades de organização econômica,¹⁰³⁶ pois as instituições

¹⁰²⁸ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 4.

¹⁰²⁹ NYE, John. **Institutions and the institutional environment**, p. 67.

¹⁰³⁰ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 7.

¹⁰³¹ Neste sentido, consoante observa Oliver Williamson, “[g]overnance is also very much an exercise in assessing the efficacy of alternative modes (means) of organization. The object is to effect good order through the mechanisms of governance. A governance structure is the institutional framework within which the integrity of a transaction, or related set of transactions, is decided.” WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 211.

¹⁰³² WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 202.

¹⁰³³ MANTZAVINOS, C.; NORTH, Douglass C.; SHARIQ, Syed. Learning, institutions, and economic performance. **Perspectives on Politics**. 2, 1, 75-84, 2004, p. 75.

¹⁰³⁴ Assim, para Douglass North, “[i]f institutions existed in zero transactions cost framework, then history would not matter”. NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 93.

¹⁰³⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**, *passim*.

¹⁰³⁶ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 3.

reduzem as incertezas “fornecendo uma estrutura para a vida cotidiana.”¹⁰³⁷ As diferentes formas de organização, enquanto *jogadores*, são orientadas a satisfazer necessidades humanas no maior grau possível, dados os limites e as possibilidades organizacionais fornecidas pelas instituições.¹⁰³⁸ Neste sentido, a função das organizações consiste em satisfazer as necessidades presentes em um contexto social cultural e historicamente determinados.

À medida que se desenvolvem novas formas de organização, elas pressionam as instituições a se adaptarem. Quanto mais adaptáveis forem as instituições às novas formas de organização (sem perder de vista, aqui, a necessidade de se manter a previsibilidade das regras do jogo) maiores serão as possibilidades de as organizações desempenharem sua função de satisfazer necessidades sociais.¹⁰³⁹

O mercado consiste em uma organização cuja função é orientada à satisfação de necessidades de um povo. Esta forma de organização não é intencional, mas espontânea, por conta das extremas descentralização e interdependência que lhe são características.¹⁰⁴⁰ Isso não significa que a organização do mercado se situa fora da história, indene a influências culturais. Enquanto uma forma de organização social, o mercado é condicionado pelas instituições, formais e informais, de uma dada sociedade. Neste sentido, o mercado desempenha a função de satisfazer necessidades sociais dentro dos limites impostos pelo contexto institucional; vale dizer, as trocas realizadas em mercados são aquelas possibilitadas pelas instituições (incluídas, aqui, as instituições informais). As trocas feitas em mercados pressionam as instituições a se adaptarem.

À semelhança dos mercados, as firmas também são formas de organização, cuja função consiste igualmente em satisfazer necessidades de um povo. As distintas maneiras de organização de firmas também são delimitadas pelo ambiente institucional, assim como exercem sobre ele influência. Desse modo, reconhece-se a relevância do sistema jurídico para explicar economicamente as empresas e as organizações. Além de superar as estratégias

¹⁰³⁷ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 3, tradução livre.

¹⁰³⁸ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 4 e ss.

¹⁰³⁹ Conforme expressamente registra o autor, “[i]t is adaptive rather than allocative efficiency which is the key to long-run growth. Successful political/economic systems have evolved flexible institutional structures that can survive the shocks and changes that are a part of successful evolution. But these systems have been a product of long gestation. We do not know how to create adaptive efficiency in the short run.” NORTH, Douglass C. **Economic performance through time**. **The American Economic Review**. 84, 3, 359-368, 1994, p. 367.

¹⁰⁴⁰ DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 7.

empregadas pela economia neoclássica, esta constatação também põe por terra as estratégias de abordagem tradicionalmente utilizadas pelos juristas para captar o fenômeno econômico de empresa, na precisa medida em que estabelece um necessário e verdadeiro diálogo interdisciplinar, de duas vias, entre direito e economia.¹⁰⁴¹ Neste sentido, as pressuposições da Nova Economia Institucional fornece um recorte analítico capaz de superar a separação que há entre direito e economia.¹⁰⁴²

Com efeito, esta perspectiva não autoriza afirmar-se que a empresa é um fenômeno pré-jurídico, radicado na realidade econômica. Por isto, há a necessidade de que se desenvolva um instrumental teórico que possa servir tanto ao direito e como à economia, na sua tarefa comum de descrever a influência exercida pelas instituições sobre as organizações. Desse modo, não basta reconhecer que instituições jurídicas importam, nem apenas reconhecer que a economia importa, mas deve-se, acima de tudo, elaborar um quadro conceitual operacionalizável (*manageable*) e realístico (*realistic*)¹⁰⁴³ capaz de explicar o fenômeno da empresa. O ponto de partida deste instrumental teórico reside na noção de custos de transação. Conforme afirmou Ronald Coase no discurso que proferiu quando recebeu o prêmio Nobel de economia:

Se nós formos de um regime de custos de transação zero para um de custos de transação positivos, o que se torna imediatamente claro é a crucial importância do sistema jurídico neste novo mundo. Eu expliquei no *The problem of social costs* que o que é negociado no mercado não são, consoante é frequentemente suposto pelos economistas, entidades físicas, mas os direitos de executar determinadas ações, e os direitos que os indivíduos possuem são estabelecidos pelo sistema jurídico. Embora possamos imaginar no mundo hipotético de custos de transação zero que as partes em uma troca negociarão a troca de qualquer previsão do direito que os impede de adotar quaisquer medidas que são necessárias para aumentar o valor da produção, no mundo real dos custos de transação positivos tal procedimento seria extremamente custoso, e tornaria improdutivo, mesmo quando permitida, grande parte destas contratações em torno do direito. Por causa disso, os direitos que os indivíduos possuem, com seus deveres e privilégios, serão em grande parte aquilo que o direito determina. Como

¹⁰⁴¹ A importância das instituições jurídicas para a análise econômica suscitada por Ronald Coase no seminal artigo *The nature of the firm* foi por ele posteriormente desenvolvida no artigo COASE, Ronald H. *The problem of social cost*.

¹⁰⁴² Conforme afirma Maria Tereza Leopardi Mello, “[a] separação entre direito e economia – bem como a quase total ausência de comunicação entre os profissionais e acadêmicos de ambas as áreas – tem uma explicação ligada em grande parte ao recorte analítico das duas disciplinas, que se colocam tipos diferentes de problemas de pesquisa, além das diferenças óbvias quanto às respectivas linguagens técnicas.” MELLO, Maria Tereza Leopardi. *Direito e economia em Weber*, p. 46.

¹⁰⁴³ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, p. 386.

resultado, o sistema jurídico terá um profundo efeito no funcionamento do sistema econômico e pode, em certos casos, dizer-se que o controla.¹⁰⁴⁴

A importância das instituições jurídicas para a análise econômica neoinstitucionalista situa-se na medida em que diferentes arranjos institucionais apresentam diferentes custos de utilização. Esta a razão pela qual, diferentemente da perspectiva neoclássica, em que a função da empresa era economizar custos de produção, o foco principal da Economia dos Custos de Transação consiste em economizar custos de transação, mediante a escolha da estrutura de governança de contratos mais eficiente.¹⁰⁴⁵ Consoante assevera Oliver Williamson, a “economia dos custos de transação consiste em um esforço para aplicar um raciocínio contratual comparativo a qualquer problema que surja ou possa ser formulado como um problema contratual.”¹⁰⁴⁶

Neste sentido, a abordagem da Economia dos Custos de Transação não é orientada pelo determinismo tecnológico¹⁰⁴⁷ e, portanto, possibilita tanto ao direito, à economia e à administração de empresas descrever os diferentes mecanismos de organização da atividade econômica. Com efeito, diferentemente da análise neoclássica, a Nova Economia Institucional postula que instituições importam, e que as instituições devem ser analisadas a partir de uma perspectiva interdisciplinar que combine direito, economia e administração de empresas (*i.e.*, organização).¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁴ COASE, Ronald H. The institutional structure of production, tradução livre.

¹⁰⁴⁵ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 245; e WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach, p. 549.

¹⁰⁴⁶ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 226, tradução livre. Ainda conforme registra o autor, “[u]pon observing an ‘inefficiency’ of any kind, it is useful to pose three questions: What is the contract that would remove the inefficiency? What impediments preclude this contract from being implemented? What are the best feasible contractual alternatives for dealing with this condition?” WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 226.

¹⁰⁴⁷ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 25.

¹⁰⁴⁸ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 3 e 25; WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**, p. 2 e ss.; WILLIAMSON, Oliver E. Visible and invisible governance, p. 325-326; WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, *passim*, também publicado em WILLIAMSON, Oliver E. Revisiting legal realism: the law, economics, and organization perspective. **Industrial and Corporate Change**. 5, 2, 383-420, 1996; BAUDRY, Bernard; CHASSAGNON, Virgile. The close relation between organization theory and Oliver Williamson's transaction cost economics: a theory of the firm perspective, *passim*; e WILLIAMSON, Oliver E. Pragmatic methodology: a sketch, with applications to transaction cost economics. **Journal of Economic Methodology**. 16, 2, 145-157, 2009, *passim*.

Deste modo, do ponto de vista jurídico, pode-se afirmar que a teoria neoinstitucionalista da firma ocupa-se de verificar quais as estruturas jurídicas são as mais adequadas para desempenhar a função de economizar custos de transação. Conforme assevera Oliver Williamson, “cada modo genérico de organização é suportado por uma distinta forma de disciplina jurídica contratual. Há uma necessidade, portanto, de estudar disciplinas jurídicas contratuais (plural), ao invés de estudar a disciplina jurídica contratual (singular).”¹⁰⁴⁹ É que, conforme registra o mesmo autor,

a economia dos custos de transação é uma iniciativa interdisciplinar que reúne economia com aspectos da teoria das organizações e se sobrepõe extensivamente com o direito contratual. É o equivalente moderno da economia institucional e baseia-se fortemente na análise comparativa.¹⁰⁵⁰

Nesta jornada interdisciplinar, deve-se realmente prestar atenção ao direito e às organizações, sem prestar tributo irrefletido à Economia dos Custos de Transação, pois, como adverte George Stigler, “apenas tempo é necessário para uma pessoa altamente inteligente produzir uma explicação possível em termos de custos de transação para a maior parte das doutrinas jurídicas eleitas para análise.”¹⁰⁵¹

À medida que as trocas econômicas podem ser realizadas por meio de diferentes estruturas jurídicas, deve-se verificar quais os incentivos presentes em cada uma destas estruturas. Noutras palavras, as diferentes formas de organização da atividade econômica correspondem a diferentes disciplinas contratuais.¹⁰⁵²

Para tanto, é imprescindível a análise da disciplina jurídica dos contratos,¹⁰⁵³ da disciplina do direito societário¹⁰⁵⁴ e do direito de propriedade,¹⁰⁵⁵ para determinar-se quais os

¹⁰⁴⁹ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 49, tradução livre.

¹⁰⁵⁰ WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, p. 261, tradução livre.

¹⁰⁵¹ STIGLER, George J. *Law or economics?*, p. 460, tradução livre.

¹⁰⁵² WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 95.

¹⁰⁵³ WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of organization: the transaction cost approach*, p. 550. Em igual sentido, “[t]he aspect of the law to which transaction cost economics principally appeals is that of contract law.” WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 207. Conforme registra Oliver Williamson, “[a]lthough transaction cost economics emphasizes private ordering over legal centralism, and thus pushes contract law into the institutional background, contract law nonetheless has three important roles to play. One of these is to serve as ultimate appeal, thereby delimiting threat positions. Additionally relevant in this connection is the important role played by ‘excuse doctrine.’ Thus, parties that are able to enforce the terms of the contract in court might do this not only for good but also for poor cause. If, for example, a party asked that the letter of a contract be enforced for state realizations of a very low probability kind for which literal enforcement would impose egregious hardship on the other,

mecanismos de governança institucionalmente possíveis e quais as suas vantagens e desvantagens para a economia de custos de transação.

Neste sentido, conquanto seja inegável que a comparação institucional é vocação natural do jurista,¹⁰⁵⁶ a tarefa demanda um jurista-economista, na forma fraca (*weak lawyer-economist*), que “não são tão imperialistas”¹⁰⁵⁷ no que respeita ao papel da economia; no sentido de que a tarefa deve envolver, necessariamente, a colaboração interdisciplinar, biunívoca, entre direito e economia.¹⁰⁵⁸ A comparação institucional, neste sentido, deve ser feita mediante a observação do mundo da cultura, jurídica e econômica,¹⁰⁵⁹ capaz de desenvolver novas formas de compreensão de fenômenos sociais. Por este motivo, as instituições jurídicas a serem observadas devem ser, necessariamente, aquelas socialmente típicas (isto é, *law in action*).¹⁰⁶⁰ Desse modo, coloca-se em evidência que há diversas

then contract would be made to serve a purpose for which it was not originally intended. The use of contract, compared with internal organization, would suffer relatively if such punitive uses of contract were permitted.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 48-49.

¹⁰⁵⁴ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 52.

¹⁰⁵⁵ HART, Oliver D.; MOORE, John. Property rights and the nature of the firm.

¹⁰⁵⁶ JOHNSTON, Jason Scott. The influence of the nature of the firm on the theory of corporate law, p. 216. Em sentido análogo, mas evidenciando a necessária colaboração entre juristas e economistas, Oliver Williamson afirmou que “[t]he advantages of lawyers (or lawyer-economists), as against economists, for orchestrating a renewal of Legal Realism is that they have deep knowledge about legal phenomena – many of which remain puzzles. What is needed is to join deep knowledge about this subject matter with a productive framework. Employing the economic approach, which includes but goes beyond orthodoxy, and appealing to the New Institutional Economics/transaction cost economics, if and as institutions figure prominently in the problem, is the strategy proposed here.” WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 225.

¹⁰⁵⁷ ACKERMAN, Bruce A. Law, economics, and the problem of legal culture. **Duke Law Journal**. 1986, 6, 929-947, 1986, p. 929, tradução livre.

¹⁰⁵⁸ O modelo aqui adotado, portanto, assemelha-se mais ao *weak lawyer-economist* descrito por Bruce Ackerman. ACKERMAN, Bruce A. Law, economics, and the problem of legal culture, p. 929 e ss. O autor classifica os juristas economistas em dois tipos: o forte jurista-economista e o fraco jurista-economista. O primeiro entende que os argumentos legais terão validade apenas se puderem ser vertidos de modo aceitável aos economistas; o segundo entende que a economia pode auxiliar na compreensão do direito, mas não de modo absoluto. ACKERMAN, Bruce A. Law, economics, and the problem of legal culture, p. 929-930. Em sentido análogo, ver WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 225.

¹⁰⁵⁹ Consoante observa Bruce Ackerman, “we must look to the sciences of culture to explain how best to understand both traditional legal culture and the ways in which it might be transformed by the lawyer-economist’s distinctive conversational repertoire.” ACKERMAN, Bruce A. Law, economics, and the problem of legal culture, p. 941-942.

¹⁰⁶⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 223-224. Com efeito, “[g]iven the disparity between contract law on the books and contract law in action, it might have been anticipated that ‘Law and economics,

possibilidades contratuais em uma dada sociedade, ao invés de encerrar-se o contrato em um redutivo modelo legalmente típico.

Tendo em vista que os custos de transação são diretamente relacionados às características jurídicas dos contratos, deve-se conhecer efetivamente estas características. Assim, enquanto a economia neoclássica adota o paradigma dos contratos em que há uma clara negociação e um claro cumprimento, a Nova Economia Institucional assume que este paradigma não corresponde à realidade de muitos contratos.¹⁰⁶¹ Além dos contratos duros (*hard contracting* ou *black-letter law*),¹⁰⁶² marcados pela noção de “rápida contratação por um claro acordo; rápida extinção por claro cumprimento”,¹⁰⁶³ há os contratos moles (*soft contracting*) que dão origem a transações relacionais.¹⁰⁶⁴ Estes contratos, ao invés de estabelecerem claramente os deveres de prestação que serão cumpridos imediatamente, acabam por “servir preponderantemente como uma moldura”¹⁰⁶⁵ de uma relação duradoura.

Com efeito, a teoria da Nova Economia Institucional, notadamente na ramificação da Economia dos Custos de Transação, possibilita uma visão microanalítica da empresa, à medida que se ocupa de questionar quais são os diferentes elementos (jurídicos, econômicos e organizacionais¹⁰⁶⁶) que a constituem.¹⁰⁶⁷ A análise assim viabilizada se ocupa de comparar¹⁰⁶⁸

drawn from a discipline that had no intrinsic affection for judicial decision, should have rapidly redirected the attention of legal scholars to the study of contracts and contractual relations’ (Rubin, 1995, p. 3)”. WILLIAMSON, Oliver E. **Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective**, p. 223.

¹⁰⁶¹ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 235; e WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach, p. 552.

¹⁰⁶² WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach, p. 551-552.

¹⁰⁶³ I. R. MacNeil, The Many Futures fo Contract, 47 S. Cal. L. Rev. 961, 738 (1974) apud WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 235, tradução livre. MacNeil também é citado em WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach, p. 552.

¹⁰⁶⁴ Interessante notar que a noção de transações relacionais leva em consideração não apenas o teor da vontade declarada, mas também o contexto da contratação. Neste sentido, ver WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 235, nota de rodapé 10.

¹⁰⁶⁵ WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach, p. 551-552, tradução livre.

¹⁰⁶⁶ Utiliza-se a expressão com referência à disciplina da administração de empresas.

¹⁰⁶⁷ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 261; e WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 3.

¹⁰⁶⁸ Conforme assevera Oliver Williamson, “transaction cost economic approaches firm and market organization from an efficient contracting/comparative organizational perspective.” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 25.

as diferentes formas de organização¹⁰⁶⁹ e os os elementos jurídicos que conformam a empresa, de modo a obter-se a alternativa mais eficiente, isto é, que obtenha economizar custos de transação. Esta comparação de eficiência envolve, portanto, uma análise da relação meio-fim,¹⁰⁷⁰ que busca colocar em plena luz as estruturas jurídicas que desempenham funções econômicas de organização da economia.

4.1.2 Pressuposições teóricas do Funcionalismo Jurídico

Agli studenti e agli studiosi – le due parole non sono sempre sinonime – che spesso mi chiedono consigli e temi per le loro dissertazioni, io non posso dar per guida che il metodo da me seguito. Non si avventurino mai ad alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell'istituto che è oggetto dei loro studi.¹⁰⁷¹

É no Funcionalismo Jurídico de Tullio Ascarelli que se encontra a teoria jurídica mais adequada para viabilizar o diálogo interdisciplinar entre o direito e a Nova Economia Institucional.

O Funcionalismo Jurídico ocupa-se de interpretar os institutos jurídicos a partir da sua instrumentalidade em relação a funções econômicas, pondo ênfase nas relações entre direito e economia. Sua obra coloca “em primeiro plano a função imediata do direito, que [é] a função econômica”.¹⁰⁷² Neste sentido, conquanto reconhecesse ser o objeto imediato do trabalho do jurista a análise da *estrutura jurídica formal*,¹⁰⁷³ observava Ascarelli que o intérprete deve sempre atentar para a *função econômica* dos institutos jurídicos.¹⁰⁷⁴ Com

¹⁰⁶⁹ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**, p. 25.

¹⁰⁷⁰ MANNE, Henry G. Our two corporation systems: law and economics. **Virginia Law Review**. 53, 2, 259-284, 1967, p. 458.

¹⁰⁷¹ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. VIII.

¹⁰⁷² BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 270. Em sentido análogo, destacando o pionerismo de Tullio Ascarelli na análise econômica do direito, ver ALPA, Guido. Interpretazione economica del diritto. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, 7-12, 205-229, 1981, p. 214.

¹⁰⁷³ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 55, nota de rodapé 1.

¹⁰⁷⁴ Conforme anotou Ascarelli, “[e]l jurista ha de recordar que el elemento jurídicamente decisivo está, sin embargo, constituído simpre por la estructura jurídica formal, y no debe ignorar, ni en su cualidad de legislador, ni en su cualidad de intérprete, el lado funcional y económico de los institutos jurídicos estudiados por él.” ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**, p. 1-2. Em outra oportunidade, Ascarelli destacou a importância de uma análise funcional situada no campo sociológico. ASCARELLI, Tullio. **Funzioni**

efeito, apresentam-se como *conceitos polares* do Funcionalismo Jurídico os conceitos de *estrutura e função*.¹⁰⁷⁵

A preocupação com as exigências econômicas, entretanto, não subordina o método jurídico ao método econômico.¹⁰⁷⁶ Para Ascarelli, consoante anotou Miguel Reale, “a palavra ‘economia’ abrangia toda a esfera dos interesses vitais ou dos empenhos práticos”.¹⁰⁷⁷ Neste sentido, o Funcionalismo Jurídico demanda um jurista-economista na forma fraca (*weak lawyer-economist*).

O sistema jurídico posto, que encerra em si a noção de estabilidade, encontra-se em permanente tensão com a constante mutabilidade da realidade social.¹⁰⁷⁸ Por esta razão, constitui tarefa do jurista não apenas a análise formal e estrutural do *corpus juris*, mas também a análise das funções efetivamente desempenhadas pelos institutos em lugar e época determinados.¹⁰⁷⁹ Assim, o Funcionalismo Jurídico atribui ao intérprete a tarefa de conciliar a necessidade de segurança e previsibilidade jurídica assegurada pelo instituto com o seu desenvolvimento decorrente das novas funções que venham a desempenhar em sociedade.¹⁰⁸⁰

O Funcionalismo Jurídico postula que a tarefa do jurista consiste em comparar estruturas jurídicas com funções econômicas a partir de duas perspectivas, com o propósito de

economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione, p. 55.

¹⁰⁷⁵ REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli, p. 76.

¹⁰⁷⁶ ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 169, nota de rodapé 12; ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 308 e ss.; MIGNOLI, Ariberto. Contribuição de Tullio Ascarelli à doutrina das sociedades anônimas, p. 40.

¹⁰⁷⁷ Conforme observou Miguel Reale, “Ascarelli, como comercialista que era, e dos maiores que a Itália já produziu, não podia deixar de estabelecer conexão íntima e constante entre a problemática jurídica e a econômica. Mas ele jamais se deixou levar pela idéia de que existe um nexo de causalidade entre o mundo econômico e o jurídico, e jamais viu o econômico de forma estreita. No fundo, a palavra ‘economia’ abrangia toda a esfera dos interesses vitais ou dos empenhos práticos, tal como era delineada por Benedetto Croce em uma de suas obras principais que é *Filosofia della pratica*. Croce jamais subordinou o direito à economia em sentido estrito, porquanto via nesta toda e qualquer manifestação de vida prática visando a um fim existencial ou ético. Nesse sentido é que se encontra íntima interdependência entre as normas jurídicas e a experiência prático-econômica, na obra de Ascarelli.” REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli, p. 76.

¹⁰⁷⁸ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, *passim*.

¹⁰⁷⁹ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 55.

¹⁰⁸⁰ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 59 e ss. No mesmo sentido, Norberto Bobbio afirmou que o Funcionalismo Jurídico de Ascarelli faz do “problema da relação entre função econômica e estrutura jurídica de um instituto [...] uma das premissas da sua teoria geral da interpretação.” BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 240.

compreender a adequação do sistema jurídico a uma determinada realidade social.¹⁰⁸¹ A primeira perspectiva envolve o contraste entre diferentes estruturas jurídicas, de modo a verificar qual delas é mais adequada a desempenhar uma determinada função econômica. A segunda perspectiva envolve o contraste entre as funções típicas e as funções efetivamente desempenhadas por uma estrutura.

Neste sentido, o Funcionalismo Jurídico vincula o direito à realidade econômica, pois cumpre ao intérprete, na investigação de um instituto jurídico, compreender não apenas a *estrutura* do próprio instituto jurídico, mas, também, compreender a sua *efetiva função* econômica,¹⁰⁸² ante a constatação de que diversas estruturas jurídicas podem desempenhar uma mesma função econômica, e diversas funções econômicas podem ser desempenhadas por uma mesma estrutura jurídica.¹⁰⁸³ A interdisciplinaridade coloca-se, assim, como uma premissa para a consecução da tarefa do jurista.¹⁰⁸⁴ Não será possível compreender um instituto jurídico, valorá-lo criticamente e utilizá-lo como instrumento de solução de conflitos, sem levar-se em consideração as funções típica e real desempenhadas por este instituto.¹⁰⁸⁵ Por isto, em expressiva passagem, Ascarelli registrou que

[t]odo instituto jurídico pode ser também concebido como uma obra de engenharia, destinada a alcançar um determinado resultado. Na estrutura de todo instituto jurídico podemos identificar elementos distintos que no seu conjunto asseguram o seu equilíbrio, uns projetados para permitir o desempenho da função, outros orientados a evitar os abusos ou os inconvenientes. A perfeição técnica de um instituto jurídico repousa exatamente na facilidade com a qual, com um mínimo de inconvenientes, pode alcançar o máximo de resultados, isto é, a importância final dos seus efeitos, julgados benéficos quando confrontados com o seu custo social.¹⁰⁸⁶

Desse modo, por um lado, deve-se investigar quais “os instrumentos jurídicos que podem concorrer para a obtenção de um mesmo propósito econômico”,¹⁰⁸⁷ e, por outro, deve-se atentar a “algumas formas jurídicas que podem responder a finalidades econômicas

¹⁰⁸¹ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 58.

¹⁰⁸² BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 250; ASCARELLI, Tullio. **Prefazione agli studi di diritto comparato**, p. 6.

¹⁰⁸³ ASCARELLI, Tullio. **Societades y asociaciones comerciales**, p. 14-15.

¹⁰⁸⁴ ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 308.

¹⁰⁸⁵ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 59.

¹⁰⁸⁶ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 59, tradução livre.

¹⁰⁸⁷ ASCARELLI, Tullio. **Societades y asociaciones comerciales**, p. 15, tradução livre.

profundamente diversas.”¹⁰⁸⁸ É que, conforme registra Ascarelli, pode-se “falar de uma certa fungibilidade de institutos jurídicos em relação a uma mesma finalidade econômica, e de finalidades econômicas em relação a um mesmo instituto jurídico.”¹⁰⁸⁹ Evidencia-se, assim, a interdependência¹⁰⁹⁰ que há entre a estrutura dos institutos jurídicos e as funções econômicas por eles desempenhadas.

Esta interdependência, por sua vez, conduz ao fato de que novas necessidades econômicas¹⁰⁹¹ demandam a transformação das funções econômicas desempenhadas pelas estruturas jurídicas. A adaptação dos institutos jurídicos, contudo, não é necessária, pois ocorre “dentro de certos limites”.¹⁰⁹² Ademais, o desenvolvimento das instituições é marcado não apenas pela necessidade de se garantir o processo econômico, mas sobretudo para influenciá-lo.¹⁰⁹³ Com efeito, embora haja uma tendência de convergência entre direito e economia, também haverá continuamente divergências.¹⁰⁹⁴

Ademais, o Funcionalismo Jurídico postula que as necessidades econômicas que orientam o desenvolvimento do direito não se situam no plano lógico de uma ordem econômica natural, pré-jurídica e imanente, mas na realidade econômica¹⁰⁹⁵ conforme ela se apresenta em diversas culturas em distintos momentos históricos.¹⁰⁹⁶ Nesse sentido, ao reconhecer a inexorável influência exercida pelo sistema jurídico sobre o econômico, coloca-se em plena luz a necessidade de a ciência econômica superar a noção mecanicista do sistema de mercado, em prol de considerações de cunho institucional. Conforme ensina Ascarelli, a influência das instituições jurídicas sobre o sistema econômico “coordena-se com a mudança

¹⁰⁸⁸ ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**, p. 15, tradução livre.

¹⁰⁸⁹ ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**, p. 18, tradução livre.

¹⁰⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 249.

¹⁰⁹¹ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 62.

¹⁰⁹² ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**, p. 16.

¹⁰⁹³ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 106.

¹⁰⁹⁴ ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**, p. 16. Ademais, também é possível que haja modificações em institutos jurídicos sem que daí decorra nenhuma modificação nas funções exigidas pela esfera econômica. ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**, p. 16.

¹⁰⁹⁵ Assim, “[a]s normas são postas em relação às exigências da vida consociada, e não como desenvolvimento lógico de ações preestabelecidas; a sua explicação reencontra-se no terreno da história, e não no da harmonia lógica.” Tullio Ascarelli, apud BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 246.

¹⁰⁹⁶ ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**, p. 15. Conforme observou Norberto Bobbio, para Ascarelli “[a] disciplina jurídica não constitui forma variável de uma substância constante, em uma contraposição que pressuporia, precisamente, uma legalidade econômica natural; constitui, ela própria, elemento da estrutura econômica, cujos efeitos e procedimentos estão em função das regras que resultam em ação, e vice-versa.” Tullio Ascarelli, apud BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 250.

de orientação na ciência econômica; com o reconhecimento nesta da importância de fatores institucionais e com o abandono da concepção do processo econômico como mecanicamente auto-regulável.¹⁰⁹⁷

Precisamente por isto, reconhece-se que o direito exerce profunda influência sobre o próprio desenvolvimento da economia capitalista.¹⁰⁹⁸ As trocas econômicas são aquelas possibilitadas pelas instituições de um dado povo em um dado momento, de modo que maior será o nível de bem-estar desse povo quanto mais forem as suas instituições adequadas a desempenhar funções econômicas.¹⁰⁹⁹ Consoante expressamente afirmou Ascarelli:

Seja, pois, lícito a um comerciante de profissão deter-se com orgulho sobre o panorama de tais instituições, que são instrumentos jurídicos sem os quais a vida moderna seria impossível e as próprias descobertas técnicas nem teriam encontrado, nem encontrariam, a possibilidade de uma realização apropriada, de tal sorte que lhe resultaria bem menor o impulso inventivo no mundo atual. São tais instituições que mais profundamente assinalam o modo jurídico moderno com relação ao antigo, o qual só lhe conheceu eventuais e esporádicos elementos ou indícios, ficando-lhe, entretanto, substancialmente desconhecidas tais instituições. Instituições que bem poderiam dizer-se invenções jurídicas, não menos preciosas que as técnicas e que não menos que estas caracterizam a nossa civilização. O desenvolvimento da economia e as conquistas da técnica, o domínio da natureza e o aumento do bem-estar social, são condicionados pela posse de instrumentos jurídicos adequados, tanto quanto pela posse de instrumentos técnicos, e os primeiros não são menos preciosos que os segundos.¹¹⁰⁰

Assim, o sistema jurídico desempenha um papel determinante em relação à economia, à medida que diversos institutos jurídicos foram decisivos para o desenvolvimento

¹⁰⁹⁷ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 107, tradução livre.

¹⁰⁹⁸ Conforme registra Clóvis do Couto e Silva, há uma “mutual influence of economics and law.” COUTO E SILVA, Clóvis do. The legal order and economics. In: CURIEL, José Juis (Org.). **Filosofía del derecho y filosofía económica y política. Memoria del X Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social**. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, VII, 1982, p. 31-42, p. 31. Assim, para o autor, “[c]oncerning economy there is however a mutual relation between economy and law although we cannot say that law is a pure result of the economic facts related to it. Law is not a simple description or admittance of economic facts, but, much more than this, law prescribes behaviour based on facts. Often the law exercises a rectifying role with relation to certain acts. But, doubtless, economic situations are reflected in law. Juridical ideas, otherwise, project themselves into economic theories as they do not always aim only at gaining a maximum profit.” COUTO E SILVA, Clóvis do. **The legal order and economics**, p. 32.

¹⁰⁹⁹ ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. *Revista Forense*, v. 50, n. 149, set./out., 1953, p. 17-45, p. 25.

¹¹⁰⁰ ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. *Revista Forense*, v. 50, n. 149, set./out., 1953, p. 17-45, p. 25.

da economia capitalista,¹¹⁰¹ a exemplo das sociedades por ações, do contrato de seguro e dos títulos de crédito.¹¹⁰² Com efeito, o tradicional problema das relações entre direito e economia é, para Ascarelli, “definitivamente um problema mal colocado, porque as regras jurídicas são, elas mesmas, um elemento constitutivo de um determinado sistema econômico, no sentido de que contribuem para formá-lo, isto é, para forjá-lo de um modo e não de outro.”¹¹⁰³

Para orientar as relações entre direito e economia, o Funcionalismo Jurídico postula que as instituições jurídicas desempenham uma função instrumental¹¹⁰⁴ (isto é, possuem um caráter *técnico e funcional*)¹¹⁰⁵ em relação à organização econômica capitalista. Portanto, a tarefa do jurista reside em “compreender as exigências econômicas e sociais da sua época e a empenhar-se na procura dos conceitos jurídicos mais adaptados a satisfazer tais exigências.”¹¹⁰⁶ Vale dizer, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, compete ao jurista comparar os institutos jurídicos, de modo a verificar qual desempenha com maior eficiência as funções econômicas.¹¹⁰⁷

A transformação dos institutos jurídicos em razão da sua funcionalização das estruturas jurídicas às necessidades econômicas ocorre gradativamente. Por isto, é fundamental analisar os institutos jurídicos e as suas relações com as exigências econômicas através do tempo e, também, do espaço.¹¹⁰⁸ Por conseguinte, a compreensão das inter-relações entre o direito e a economia não pode ocorrer de forma a-histórica, fundada apenas no domínio da lógica. Pelo contrário, ela só pode ocorrer se for situada no tempo e no espaço, mediante o recurso à história da economia¹¹⁰⁹ e do direito e, também, ao direito comparado.¹¹¹⁰

¹¹⁰¹ Conforme observa Clóvis do Couto e Silva, “[i]t is true that the criteria of utility and profit are present even at the birth of a discipline: the commercial law.” COUTO E SILVA, Clóvis do. **The legal order and economics**, p. 35.

¹¹⁰² ASCARELLI, Tullio. A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação. In: Ascarelli, Tullio. Problema das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 55-98, p. 97; ASCARELLI, Tullio. Panorama de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 140; ASCARELLI, Tullio. Teoria geral dos títulos de crédito. Saraiva: São Paulo, 1943, p. 3 e 464.

¹¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 249.

¹¹⁰⁴ ASCARELLI, Tullio. Panorama de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 47.

¹¹⁰⁵ ASCARELLI, Tullio. Panorama de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 52.

¹¹⁰⁶ AULETTA, Giuseppe G. Tullio Ascarelli, p. 181, tradução livre.

¹¹⁰⁷ MIGNOLI, Ariberto. Contribuição de Tullio Ascarelli à doutrina das sociedades anônimas, p. 42.

¹¹⁰⁸ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 56 e ss.

¹¹⁰⁹ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 89.

¹¹¹⁰ ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, *passim*.

A evolução histórica importa para compreender-se o direito e as suas relações com a economia à medida em que se pode verificar a transformação de um instituto jurídico (cuja estrutura é mantida enquanto é gradativamente transformada) em razão de modificação gradual na sua função, orientada por exigências econômicas novas. Daí, aliás, a expressiva assertiva segundo a qual “[f]onte perene de contraste entre um qualquer ordenamento preconstituído e a realidade social é o tempo.”¹¹¹¹

A compreensão da historicidade do direito, assim, apresenta-se como um aspecto ineliminável da tarefa da interpretação. Se o direito é hoje tal qual sempre foi no passado, não há historicidade, mas um fato naturalístico.¹¹¹² A interpretação, no entanto, só pode ser levada a cabo se contextualizada por uma visão historicista,¹¹¹³ que permita compreender o contexto em que as normas são afirmadas, em contraste com outros contextos históricos.¹¹¹⁴

Esta visão historicista põe em evidência a noção de direito como experiência, a envolver, portanto, não só a comparação do contexto cultural atual com contexto pretéritos, mas com os contextos atuais encontrados em outras sociedades, a evidenciar a imensurável importância, para a interpretação, do direito comparado.¹¹¹⁵ Neste sentido, o Funcionalismo Jurídico postula que o direito comparado é *substancialmente experiência*,¹¹¹⁶ que viabiliza a compreensão da historicidade do direito.

¹¹¹¹ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 65, tradução livre.

¹¹¹² ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 85.

¹¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. O direito brasileiro na visão de Tullio Ascarelli, p. 12.

¹¹¹⁴ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 85; AULETTA, Giuseppe G. Tullio Ascarelli, p. 184.

¹¹¹⁵ ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 172.

¹¹¹⁶ Conforme ensina Ascarelli, [i]Il diritto comparato è sostanzialmente ‘esperienza’; è esperienza giuridica in un ambito più vasto di quello segnato dalla sovranità dei vari stati. Esso perciò permette a ciascun giurista di essere cosciente della storicità delle proprie categorie.” ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 172. Mais adiante, prossegue o autor, “[h]o qualificato l’esperienza comparativistica come esperienza storica. Credo invero che essa sia tanto più preziosa quanto più a detti fini lo studio venga inteso come studio storico, e con ‘storico’ non mi riferisco allo studio del diritto straniero nella sua evoluzione storica (studio ovviamente indispensabile), ma allo studio del diritto straniero vigente con i criteri dello storico e non con quelli di chi interpreta un diritto ai fini della sua applicazione; allo studio cioè del diritto vigente nella sua effettività e non alla sua intelligenza quale premessa per una sua applicazione al caso (e perciò pel suo sviluppo). Le osservazioni precedenti sulla portata creativa dell’interpretazione giuridica mirano appunto a porre in evidenza la sua differenza da quella storiografica, differenza che a sua volta non si riporta a quella tra ‘passato’ e ‘presente’, ma ad una diversa funzione e a una diversa natura.” ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 174.

Neste sentido, para o Funcionalismo Jurídico, a importância em estudar-se as distintas manifestações no direito comparado¹¹¹⁷ consiste em que ele

representa o meio para ampliar nossa experiência jurídica no espaço; meio semelhante ao que a história representa quanto ao tempo; permite-nos, através do enriquecimento da nossa experiência, entender e avaliar melhor os diversos sistemas jurídicos, e, pois, reconstruir os traços fundamentais do direito na civilização atual ou em determinada época histórica, e as linhas básicas do seu desenvolvimento; auxilia-nos a compreender as relações entre as normas jurídicas e a subjacente realidade social; dá-nos as razões das diferenças jurídicas; leva-nos modéstia e tolerância que decorrem do ampliamto da experiência.¹¹¹⁸

Esta concepção da historicidade do direito põe à plena luz a necessidade de o intérprete investigar o direito na prática (*law in action*),¹¹¹⁹ tal qual ele é afirmado na realidade social, enquanto *regra socialmente vigente*,¹¹²⁰ de forma muitas vezes distinta daquela perenizada na literatura jurídica (*law in the books*).¹¹²¹ Nesse sentido, *law in action* não quer significar apenas o direito resultante dos precedentes judiciais, mas o conjunto socialmente vigente das diversas formas de composição de conflitos sociais, a demandar seja o direito estudado a partir de uma perspectiva interdisciplinar com a economia.¹¹²²

Portanto, o Funcionalismo Jurídico postula pressuposições realísticas, que conduzam a uma melhor compreensão do papel que o direito desempenha na realidade social. Portanto, rejeita as concepções formalistas, conceitualistas e logicistas do direito,¹¹²³ em razão do fato

¹¹¹⁷ Consoante a dicção de Norberto Bobbio, “[o] direito comparado estava para o espaço assim como o estudo dos vários sistemas jurídicos estava para o tempo”, isto é, “[o] método comparatista era a ampliação e o prolongamento do método histórico, ou, melhor dizendo, era o único aspecto do estudo global do direito que permitia um entendimento adequado do fenômeno jurídico e que era, ao mesmo tempo, histórico e sociológico.” BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 239.

¹¹¹⁸ ASCARELLI, Tullio. Premissas ao estudo do direito comparado. in: ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 1-49, p. 7.

¹¹¹⁹ ASCARELLI, Tullio. **Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione**, p. 782; e ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 176.

¹¹²⁰ ASCARELLI, Tullio. **Prefazione agli studi di diritto comparato**, p. 5.

¹¹²¹ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 75; ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 176; ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 109-110.. Destacando a importância do *law in action* para o Funcionalismo Jurídico, ver BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 214 e 247; e BOBBIO, Norberto. Trends in italian legal theory, p. 337.

¹¹²² MIGNOLI, Ariberto. Contribuição de Tullio Ascarelli à doutrina das sociedades anônimas, p. 39.

¹¹²³ REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli, p. 78; COMPARATO, Fábio Konder. O direito brasileiro na visão de Tullio Ascarelli, p. 11; MIGNOLI, Ariberto.

de situarem o direito fora da história,¹¹²⁴ conduzindo ao descolamento entre as pressuposições da teoria jurídica e a realidade social, descolamento esse sintetizado na noção de *irrealismo metodológico*.¹¹²⁵ Da mesma maneira, a elaboração dos institutos jurídicos não é determinada por necessidades econômicas constantes, *sub specie aeternitatis*.¹¹²⁶

Por esta razão, as pressuposições do Funcionalismo Jurídico contrastam claramente com as pressuposições da Escola Histórica do Direito, na qual o direito vigente é predeterminado pelo direito passado.¹¹²⁷ Nisto, aliás, consistia na principal fragilidade da Escola Histórica do Direito,¹¹²⁸ que se manifestava em cheio por conta do contraste entre os institutos jurídicos do passado e a acentuada transformação social decorrente da Revolução Industrial.¹¹²⁹ A vinculação da dogmática jurídica a categorias e funções normativas históricas conduziu a uma ineliminável dificuldade de atribuir ao direito a tarefa de disciplinar a realidade social e econômica do presente. Nesse contexto, a Escola Histórica do Direito reservava ao intérprete um papel meramente declarativo de um direito preexistente.¹¹³⁰

O Funcionalismo Jurídico, por sua vez, postula que a tarefa do jurista consiste em inserir o corpo constituído de normas numa realidade social, de modo a “adaptar a novas funções velhos institutos.”¹¹³¹ Neste sentido, o direito é uma obra sempre por completar e que jamais se completa.¹¹³² A criação de novos institutos decorre, portanto, diretamente da atuação do intérprete, seja por meio da consolidação jurisprudencial, ou por meio do manejo da prática contratual. Quanto à primeira, reconhece-se o inegável papel do acúmulo de

Contribuição de Tullio Ascarelli à doutrina das sociedades anônimas, p. 39; BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 250-251.

¹¹²⁴ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 82 e ss.

¹¹²⁵ Acerca do irrealismo metodológico, ver CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm (Org.). **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XXVII.

¹¹²⁶ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 82.

¹¹²⁷ Nesse sentido, observou Franz Wieacker que, para a Escola Histórica do Direito, “o direito estaria antes inevitável e predominantemente preso, de acordo com uma necessidade forçosa, aos seus pressupostos históricos; a ‘matéria’ do direito actual estava portanto predeterminada pelo passado total da nação, e por isso só podia ser encontrado e mantido através da ciência histórica.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, p. 444.

¹¹²⁸ LEONHARD, Rudolph. Methods followed in germany by the Historical School of law, p. 580-581.

¹¹²⁹ WIEACKER, Franz. **Diritto privato e società industriale**, p. 77 e ss. No mesmo sentido, ver ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 177.

¹¹³⁰ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 96.

¹¹³¹ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 62, tradução livre.

¹¹³² ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 86.

precedentes no desenvolvimento de institutos do direito comercial.¹¹³³ Já quanto à segunda, reconhece-se que “[à]s vezes a prática contratual cria diretamente novos institutos”.¹¹³⁴ Nesse sentido, afirma-se que a habilidade do jurista em manipular a técnica contratual por vezes sobrepõe-se ao espaço ocupado pela técnica industrial¹¹³⁵ na tarefa de conduzir o desenvolvimento econômico, e, portanto, apresentam-se os juristas como verdadeiros engenheiros de instituições.¹¹³⁶

Os exemplos mais expressivos das investigações conduzidas pelo Funcionalismo Jurídico consistem na explicação fornecida para a especialidade histórica do direito comercial,¹¹³⁷ na elaboração da disciplina do negócio indireto¹¹³⁸ e da disciplina do direito cambiário.¹¹³⁹

Conforme observa Ascarelli, o desenvolvimento histórico e o atual estágio de desenvolvimento do direito cambiário só pode ser compreendido se cotejado com outros institutos, situados no plano da teoria geral do direito, que desempenham similar função econômica.¹¹⁴⁰ Neste sentido, a elaboração de uma teoria geral do direito cambiário envolve uma comparação entre diferentes estruturas jurídicas, de modo a verificar qual delas desempenha mais adequadamente uma mesma função econômica. Nesse sentido, afirmou o autor

Se nos perguntassem qual a contribuição do direito comercial na formação da economia moderna, outra não poderíamos talvez apontar que mais tipicamente tenha influido nessa economia do que o instituto dos títulos de crédito. A vida econômica moderna seria incompreensível sem a densa rede de títulos de crédito; às invenções técnicas teriam faltado meios jurídicos

¹¹³³ ASCARELLI, Tullio. **A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação**, p. 95 e ss.

¹¹³⁴ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 75.

¹¹³⁵ GALGANO, Francesco. **I rapporti di scambio nella società post-industriale**, *passim*; MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Unificação do Direito das Obrigações no Novo Código Civil, em especial p. 39.

¹¹³⁶ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 59; BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 270.

¹¹³⁷ ASCARELLI, Tullio. **A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação**, p. 92 e ss.; ASCARELLI, Tullio. **Evolução e papel do direito comercial**; e ASCARELLI, Tullio. **A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações**

¹¹³⁸ ASCARELLI, Tullio. **O negócio indireto**. In: Ascarelli, Tullio (Org.). **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945, p. 99-175.

¹¹³⁹ ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. São Paulo: 1943.

¹¹⁴⁰ ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**, p. 3 e ss.

para a sua adequada realização social; as relações comerciais tomariam necessariamente outro aspecto.¹¹⁴¹

A explicação da importância do direito cambiário mediante um contraste com o instituto da cessão civil¹¹⁴² evidencia claramente a função econômica desempenhada pelas instituições. A cessão de créditos constitui uma *caixa de surpresas*,¹¹⁴³ no sentido de que o cessionário sujeita-se às defesas que o devedor possui contra o cedente, sem que lhe seja dado conhecer e avaliar a todas.¹¹⁴⁴ Esta característica da cessão de créditos conduzia à cobrança de uma maior taxa de juros pela aquisição de créditos. Para evitar este problema, a circulação cambiária dos créditos, mediante expedientes dogmáticos que tutelam o terceiro portador ignaro de exceções, como a delimitação do direito cartular pela literalidade¹¹⁴⁵ e, num passo posterior, pela abstração,¹¹⁴⁶ assegura ao terceiro portador de boa fé que não lhe serão opostas defesas que ele desconheça, ou seja, que não resultem do teor literal do título. Com isto, o direito cambiário constitui a solução para o problema da mobilização de créditos.¹¹⁴⁷

A explicação da solução cambiária para o problema do financiamento da empresa pela mobilização do crédito pode ser elaborada, com diversa terminologia mas idêntico sentido,¹¹⁴⁸ a partir das pressuposições da Nova Economia Institucional. O direito cambiário,

¹¹⁴¹ ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**, p. 3.

¹¹⁴² ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**, p. 18.

¹¹⁴³ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**, p. 97; ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**, p. 8.

¹¹⁴⁴ ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**, p. 9.

¹¹⁴⁵ Conforme ensina Tullio Ascarelli, a “explicação da literalidade, que a doutrina eleva a característica essencial do título de crédito, está na autonomia da declaração mencionada no mesmo título (*declaração cartular*) e na função constitutiva que, a respeito da declaração cartular e de qualquer das suas modalidades, exerce a redação do título; essa declaração está, pois, submetida exclusivamente à disciplina que decorre das cláusulas do próprio título.” ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**, p. 56.

¹¹⁴⁶ Ensina o autor que “[a] abstração, em substância, representa como que um passo ulterior no caminho em que a literalidade constitui já um primeiro passo, isto é, no caminho da sempre maior delimitação e objetivação do direito cartular; da sua sempre maior distinção do conjunto do ‘negócio’ economicamente havido entre as partes, e, isso, justamente à vista da sua circulação e da segurança desta.” ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**, p. 110.

¹¹⁴⁷ ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**, p. 3 e ss.

¹¹⁴⁸ Acerca da importância de investigação da estrutura dogmática do direito cambiário, afirmou Tullio Ascarelli que são “por certo complicadas as teorias em matéria de títulos de crédito e há quem possa achar mais simples declarar que o possuidor de boa fé é invulnerável às exceções e que quanto se tem dito sobre abstração e causalidade, negócio unilateral ou contrato, omissão e criação, relação fundamental e relação cartular, constitui mero palavreado inútil. Mas, se quem assim argumenta quiser explicar quem é ‘possuidor de boa fé’, ou discriminar quais são as exceções inoponíveis e quais as oponíveis, acabará, embora com diversa terminologia, por examinar a relação fundamental e a emissão e a causa, pois,

ao não sujeitar o adquirente de um título de crédito às exceções decorrentes da relação fundamental, – em contraste com o instituto da cessão civil, – reduz significativamente os custos deste terceiro portador relativos à identificação (isto é, relativos à obtenção de informações) do crédito ou, mais precisamente, das exceções que eventualmente limitam o direito daquele que lhe transfere o título. Os custos de transação são relacionados à mensuração de aspectos dos bens trocados, diretamente relacionados à assimetria de informações dos agentes acerca destes bens.¹¹⁴⁹ Na cessão de créditos, o titular originário do crédito tem melhores condições de conhecer as exceções, ao passo que aquele a quem o crédito é mobilizado possui menores possibilidades de conhecê-las. Por esta razão, a mobilização de créditos envolve custos de transação. A existência destes custos, associados à assimetria de informações, conduziria a um problema de seleção adversa, o qual, por sua vez, conduziria a uma extinção deste mercado de financiamento da empresa por mobilização de créditos.¹¹⁵⁰ Estes custos foram evitados mediante o desenvolvimento de instituições jurídicas de direito cambiário, que forneceram solução para o problema da assimetria de informação ao proteger o adquirente do crédito de defesas que desconhecesse. Ademais, o direito cambiário reduz também custos de transação no sentido de que facilitam a realização (*enforcement*) do valor integral do crédito mencionado no título, mediante a outorga da ação executiva. Por estas razões, pode-se dizer que, ao longo da evolução capitalista, o instituto jurídico do direito cambiário apresentou-se como mais adequado do que a cessão civil para viabilizar o financiamento da empresa por meio da mobilização de créditos. Isto é, mediante uma análise comparativa de estruturas jurídicas (*i.e.*, instituições), verificou-se qual a que desempenhou com maior eficiência a função econômica de reduzir custos de transação para financiar a empresa pela mobilização de créditos.

Já no seminal ensaio sobre o negócio indireto, Ascarelli enfatiza como uma estrutura jurídica, que corresponde a uma função econômica já consolidada, se adequa a novas funções econômicas. Frequentemente uma tradicional estrutura jurídica, que desempenha uma determinada função típica em um determinado contexto, passa a desempenhar novas funções

afinal, tal exame é o meio necessário para chegar a uma disciplina que concilie, segundo justiça, vários interesses em contraste.” ASCARELLI, Tullio. **A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação**, p. 86.

¹¹⁴⁹ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 29-30.

¹¹⁵⁰ AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**. 84, 3, 488-500, 1970.

em razão de contingências econômicas, embora mantendo sua estrutura tradicional, até consolidar-se uma nova estrutura mais adequada a desempenhar a nova função.

Por assentar sua investigação na influência das funções econômicas no processo de transformação das estruturas jurídicas, Ascarelli afirma que o negócio indireto não constitui propriamente uma categoria dogmática, mas um fenômeno histórico e social que se desenvolve em razão de novas exigências econômicas.¹¹⁵¹ Assim, no sistema jurídico concorrem a um só tempo exigências de rigidez e de elasticidade,¹¹⁵² no sentido de que

[j]unto e em torno das normas tradicionais do direito privado, e dos seus institutos típicos, foram estabelecidas normas, que, substancialmente, limitam e integram os institutos tradicionais, de modo a, muitas vezes, encontrarmos uma dupla série de normas concorrentes: as primeiras, sancionadas pela autoridade, não raro veneranda, dos códigos; as segundas pela legislação especial, não raro com um cunho administrativo. O fenômeno relaciona-se, aliás, com um caráter frequente no direito, especialmente nas épocas de sua transformação, embora com aspectos e com alcance diferentes nas várias épocas históricas. Na história do direito, novas exigências, às vezes, encontram, de início, satisfação em leis especiais ou em providências especiais, em vez de acarretarem desde logo, uma modificação direta dos princípios gerais do direito tradicional; relacionam-se, algumas vezes, de início, mais com jurisdições especiais, que com a jurisdição geral.¹¹⁵³

A adaptação dos institutos jurídicos a novas necessidades econômicas (*i.e.*, funções econômicas) é lenta e gradativa,¹¹⁵⁴ para que não se sacrifique a segurança e previsibilidade do direito,¹¹⁵⁵ à medida que estes valores jurídicos devem ser preservados para assegurar a continuidade histórica do direito e, assim, a própria estabilidade do sistema econômico. Por esta razão, a transformação dos institutos jurídicos em razão de novas exigências econômicas é orientada por uma *inércia jurídica*, que, para Ascarelli,

¹¹⁵¹ Com efeito, observa o autor que “[n]o se puede [...] hablar verdaderamente de los negocios indirectos como de una especial categoría dogmática; se trata de un fenómeno histórico y sociológico; de una de las vías a través de las cuales los institutos jurídicos son adaptados a las mudables exigencias de la economía.” ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**, p. 17.

¹¹⁵² ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 61.

¹¹⁵³ ASCARELLI, Tullio. A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação. In: Ascarelli, Tullio. Problema das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 55-98, p. 70-71.

¹¹⁵⁴ Ascarelli adverte que não se deve olvidar a possibilidade de modificações rápidas no sistema jurídico, mormente nos casos de alteração legislativa. Entretanto, é nos casos em que a transformação ocorre de modo lento, gradativo e experimental que sobressai a importância da análise funcional dos institutos jurídicos em sua evolução histórica. ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 57 e ss.

¹¹⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 59; ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**, p. 17; ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**, p. 5 e ss.

não é somente o fruto de um misoneísmo, às vezes peculiar aos ambientes jurídicos, mas se prende, também, ao intuito de conciliar as novas exigências da vida prática, com a certeza e segurança da disciplina jurídica, com a ‘continuidade’ do desenvolvimento histórico do direito (o que se prende à função conservadora que, sob um certo aspecto, é sempre própria do direito constituído e da jurisprudência). A satisfação das novas exigências, já se verifica, às vezes, lenta e gradualmente, de modo a não comprometer a continuidade do sistema e a certeza da norma jurídica aplicável. As novas necessidades são, então, satisfeitas, mas o são com velhos institutos. Nessa adaptação, a nova exigência é satisfeita através de um velho instituto que traz consigo as suas formas e a sua disciplina, e oferece à nova matéria, ainda em ebulição, um velho arcabouço já conhecido e seguro. As velhas formas e a velha disciplina não são abandonadas de chofre, mas só lenta e gradualmente, de maneira que, muitas vezes, por longo tempo, a nova função vive dentro da velha estrutura, e assim se plasma, enquadrando-se no sistema.¹¹⁵⁶

É que, conforme observa Ascarelli,

[o]s conceitos da dogmática jurídica constituem precisamente os instrumentos eurísticos para permitir a aplicação do direito a novos casos, assegurando a sua solução segundo um critério coerente e logicamente reconduzível as soluções adotadas para casos anteriores.¹¹⁵⁷

É possível fornecer-se, com base nas pressuposições da Nova Economia Institucional idêntica explicação, mas com diversa terminologia, para o negócio indireto. Instituições influenciam e são influenciadas pelas organizações. As organizações são arranjos institucionais permitidos pelas instituições de uma sociedade para alcançar-se maior eficiência econômica. À medida que as instituições são utilizadas para estabelecerem-se novas formas de organização que sejam mais eficientes do que as anteriores, há uma tendência a que, a longo prazo, se modifiquem as próprias instituições, consoante sejam mais adequadas ao desenvolvimento econômico, caracterizando-se aquilo que Douglass North denominou eficiência adaptativa (*adaptive efficiency*) das instituições.¹¹⁵⁸

Com base neste raciocínio, aliás, Ascarelli explica porque os institutos de direito comercial frequentemente são, em sua origem, institutos cuja *estrutura* jurídica já se encontra

¹¹⁵⁶ ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: Tullio Ascarelli. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945, p. 99-175. p. 102-103.

¹¹⁵⁷ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 58, tradução livre.

¹¹⁵⁸ Conforme expressamente registra o autor, “[i]t is adaptive rather than allocative efficiency which is the key to long-run growth. Successful political/economic systems have evolved flexible institutional structures that can survive the shocks and changes that are a part of successful evolution. But these systems have been a product of long gestation. We do not know how to create adaptive efficiency in the short run.” NORTH, Douglass C. *Economic performance through time*, p. 367.

elaborada no direito civil e que gradativamente tem sua *função* adaptada às novas exigências econômicas. À medida que se consolida a nova função, aqueles que de início eram institutos especiais também se consolidam, passando a integrar o direito comum.¹¹⁵⁹

Estas exigências econômicas, que se fizeram sentir primeiro no medievo italiano em razão do renascimento comercial, conduziram a uma adaptação dos institutos tradicionais às novas funções econômicas. Em um primeiro momento, o conjunto das instituições assim desenvolvidas era de aplicação restrita a uma reduzida esfera, circunscrita à atividade econômica comercial. Por esta razão, apresentava-se o direito comercial (*rectius*, os institutos jurídicos de direito comercial) como um direito especial, em contraposição ao conjunto de regras tradicionais, já consolidadas em um direito comum. No entanto, à medida que as exigências da economia capitalista avançavam a todos os setores da sociedade, tornava-se evidente que as estruturas gradativamente desenvolvidas no direito comercial eram mais adequadas para atendê-las, fazendo daqueles institutos que inicialmente possuíam reduzido alcance se tornassem as instituições de direito comum. É nesse sentido que Ascarelli fundamenta a especialidade histórica do direito comercial, ao anotar que as exigências econômicas que orientam o desenvolvimento dos institutos jurídicos são encontradas em um determinado sistema econômico,¹¹⁶⁰ não em uma determinada atividade econômica.¹¹⁶¹

Com efeito, o direito comercial elaborou, “em oposição ao direito comum, os institutos mais típicos da economia moderna, aqueles que constituem quase que os instrumentos jurídicos desta.”¹¹⁶² Vale dizer, do ponto de vista histórico, o direito comercial elaborou as estruturas jurídicas mais adequadas a desempenhar as funções econômicas decorrentes do desenvolvimento da economia capitalista. No entanto, a melhor adequação das estruturas jurídico-comerciais para desempenhar as novas funções econômicas encontradas na economia capitalista conduziu a uma superação daqueles velhos institutos de direito civil, que

¹¹⁵⁹ ASCARELLI, Tullio. Panorama de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 30.

¹¹⁶⁰ Nesse sentido, conforme registra Norberto Bobbio, para Ascarelli, “[o] problema entre direito e sociedade resumia-se à relação bem mais determinada entre direito e economia, entre um certo tipo de ordenamento jurídico e um certo sistema econômico.” BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 249.

¹¹⁶¹ De acordo com Ascarelli, “a distinção entre o Direito Civil e o Comercial não pode encontrar correspondência nas categorias econômicas e [...], portanto, não é possível qualificar o Direito Comercial como o direito da circulação da riqueza, ou da riqueza mobiliária, ou da intermediação, coisa que, todavia, é frequente, diríamos até constante na literatura jurídica européia e americana.” ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações, p. 18. Em igual sentido, ver ASCARELLI, Tullio. Panorama de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 46.

¹¹⁶² ASCARELLI, Tullio. Panorama de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 44.

passaram a ser gradativamente preteridos por não atenderem adequadamente as novas funções econômicas.¹¹⁶³ Este fenômeno foi denominado comercialização do direito civil.¹¹⁶⁴ Por esta razão, somente do ponto de vista histórico é que faz sentido afirmar-se que o direito comercial constituiu um direito especial.¹¹⁶⁵ Consoante afirma Ascarelli,

[o] direito comercial constitui, ou, talvez melhor, *constituiu*, um direito especial também no sentido histórico acima especificado. [...] A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos, acolhidos de início em um âmbito limitado (o comércio e, especialmente, o comércio transmarino e bancário), sucessivamente em um âmbito mais vasto, com a progressiva ‘comercialização’ do direito das obrigações em relação ao fato de terem-se progressivamente apresentado em toda a economia, à vista da sucessiva extensão de determinadas técnicas de produção, exigências econômicas antes peculiares apenas a alguns ramos da atividade econômica.¹¹⁶⁶

A *violenta* afirmação da economia de produção em massa a partir do século XIX,¹¹⁶⁷ marcada por uma rápida e acentuada transformação da economia,¹¹⁶⁸ impôs grande desafio ao direito. Quando contrastados os novos problemas sociais surgidos com o capitalismo de massa com as normas e categorias jurídicas elaboradas antes do capitalismo global, verifica-se o descompasso entre o direito e a realidade social, que subtrai do direito a sua capacidade de disciplinar o convívio social.¹¹⁶⁹ É neste sentido que se pode falar em crise do direito.¹¹⁷⁰ Com

¹¹⁶³ ASCARELLI, Tullio. Panorama de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 30.

¹¹⁶⁴ ASCARELLI, Tullio. **Evolução e papel do direito comercial**, *passim*; ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações, *passim*; ASCARELLI, Tullio. **A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação**, p. 92 e ss.

¹¹⁶⁵ De acordo com Ascarelli, “é apenas de um ponto de vista histórico e não de um ponto de vista lógico que, também em linha geral, podemos falar de um direito especial; tal como é precisamente definido o Direito Comercial.” ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações, p. 26. Em igual sentido, ver COMPARATO, Fábio Konder. O direito brasileiro na visão de Tullio Ascarelli, p. 17.

¹¹⁶⁶ ASCARELLI, Tullio. **A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação**, p. 93, sem grifo no original.

¹¹⁶⁷ ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. Revista Forense, v. 50, n. 149, set./out., 1953, p. 17-45, p. 30; ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 177; ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 110. Chamando atenção para este aspecto do pensamento de Tullio Ascarelli, ver BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 248.

¹¹⁶⁸ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 106.

¹¹⁶⁹ De acordo com Ascarelli, “[I]o sfasamento tra le impostazioni giuridiche tradizionali e la problematica della produzione industriale in massa è in vero la vera causa del diffuso senso di insoddisfazione degli studenti delle nostre facoltà giuridiche, appunto perchè è diminuita quella funzione formativa della dottrina giuridica che, all’inizio del secolo, seppe con Orlando accompagnare la formazione dello stato e con Vivante quella della nascente struttura industriale.” ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 110.

¹¹⁷⁰ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 108.

efeito, a rápida transformação econômica impõe um ritmo de alteração nas funções econômicas dos institutos que dificulta aos juristas dar conta da tarefa de consolidar estruturas jurídicas, dando causa a um grande descompasso entre o direito contemporâneo e a realidade econômica.¹¹⁷¹ O ritmo das transformações econômicas, entretanto, acaba por orientar o próprio método de interpretação dos institutos jurídicos, pois, no desenvolvimento histórico do direito comercial, em “um período de consolidação de um sistema jurídico, era necessária uma interpretação mais rígida; em um período de transformação, era necessária uma interpretação mais flexível, mais sensível à consideração dos fins econômicos dos institutos.”¹¹⁷²

Assim, para enfrentar os novos desafios, Ascarelli entrevia uma melhor posição do direito norte-americano em relação ao direito continental europeu, por terem sido os Estados Unidos o país que mais cedo e mais intensamente vivenciou as transformações capitalísticas e, portanto, mais cedo iniciou a tarefa de adaptar os institutos jurídicos às novas necessidades econômicas.¹¹⁷³

4.2 A significação jurídica da empresa

As categorias jurídicas não devem corresponder aos gostos estéticos (digamo-lo assim), obviamente diversos, dos vários intérpretes, mas devem visar reunir casos homogêneos, isto é, submetidos a uma disciplina jurídica tal que, ao menos em suas grandes linhas, seja idêntica para todos os casos compreendidos na categoria.¹¹⁷⁴

¹¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 270.

¹¹⁷² BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 238.

¹¹⁷³ Assim, afirmou Tullio Ascarelli que “su questo terreno che, se vuolsi, l’America del Nord ha da insegnare all’Europa e non già perché più giovane, ma perché, si passi il bisticcio, più vecchia, in quanto ivi è tecnicamente più sviluppata la produzione in massa e perciò più ricca la elaborazione giuridica dei problemi relativi e più viva la relativa coscienza giuridica, che in Europa - in relazione a diverse condizioni tecniche ed economiche - è spesso ancora ispirata a un sistema industriale con un minor sviluppo della produzione in massa.”
ASCARELLI, Tullio. *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, p. 177.

¹¹⁷⁴ ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 280.

4.2.1 O papel dos conceitos e o aspecto valorativo da interpretação na elaboração de um conceito jurídico de empresa

A história do conceito de empresa tem sido a história de um conceito em busca de seu significado. A pluralidade de significados atribuídos à empresa sugere que a dificuldade não está no tema em si, mas na ausência de definição dos critérios a orientar o intérprete na tarefa de elaboração de um conceito jurídico de empresa ou, se se preferir, na ausência de rigor metodológico no enfrentamento do tema, conforme apontou Waldírio Bulgarelli.¹¹⁷⁵

A demonstração das inter-relações entre estrutura jurídica e funções econômicas, conquanto constituam um primeiro passo para a elaboração do conceito de empresa, não permite, por si só, explicar como o direito pode lidar com o dado teórico econômico na tarefa de elaboração de um conceito. Cumpre, portanto, demonstrar como o direito é capaz de incorporar o dado teórico econômico na tarefa de elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável.

No entanto, apresenta-se, desde já, uma conclusão que deve ser incorporada ao trabalho: a de que a empresa *não* é um fenômeno econômico meta-jurídico que antecede a experiência jurídica e que, por isto, deve ser transposta ou adaptada ao direito. Pelo contrário, a empresa é um fenômeno complexo cuja compreensão demanda um verdadeiro esforço interdisciplinar, a envolver direito, economia e organizações.¹¹⁷⁶ A empresa, portanto, não se situa em um momento antecedente à experiência jurídica, mas *na* própria experiência jurídica, e simultaneamente na experiência econômica e organizacional, todas elas por sua vez situadas no contexto histórico e cultural de um povo.

Os distintos planos epistemológicos do direito, da economia e da administração de empresas, no que respeita à empresa, não são estanques entre si, nem entre eles há relação de primazia ou precedência. Isto, no entanto, não retira da economia, do direito e da administração de empresas a sua autonomia, mas, ao mesmo tempo, impõe a cada um desses ramos do conhecimento que leve em consideração e integre, nas suas respectivas análises, as construções teóricas de seus pares. Para isto, tanto o direito, a economia e a organização necessitam proceder a uma integração terminológica, que envolva transposição de conceitos, que seja apta a explicar o fenômeno complexo de interesse comum.

¹¹⁷⁵ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 26.

¹¹⁷⁶ WILLIAMSON, Oliver E. Revisiting legal realism: the law, economics, and organization perspective, p. 385 e ss.

A integração terminológica e a transposição de conceitos, conquanto deem origem a uma verdadeira análise interdisciplinar, são realizadas a partir da racionalidade interna de cada uma destas disciplinas, orientadas que são por suas pressuposições teóricas. Para a consecução desta tarefa interdisciplinar, no entanto, não é suficiente que se encontre na economia um conceito, de modo a transpô-lo a um conceito jurídico. A experiência acumulada ao longo do século XX autoriza a conclusão de que é infrutífera a mera descrição dos elementos contidos em um conceito econômico de empresa seguida da elaboração de um conceito jurídico que contenha os mesmos elementos. É necessário, antes de mais, que se compreenda quais os papéis desempenhados pelos conceitos no interior do sistema jurídico, de modo a afirmar-se os critérios que devem orientar concretamente a elaboração de conceitos jurídicos.

Em direito, os conceitos podem ser classificados em (a) conceitos de fatos não qualificados por uma norma; (b) conceitos de fatos qualificados por uma norma; (c) conceitos que indicam normas ou sistemas de normas.¹¹⁷⁷ Mais precisamente, em consonância com a doutrina de Tullio Ascarelli,¹¹⁷⁸ os conceitos jurídicos podem desempenhar o papel de identificação do âmbito de aplicação de uma norma (*i.e.*, uma *fattispecie*), ou para significar um resumo de uma determinada disciplina normativa (*i.e.*, uma *regulae iuris*).

A distinção que há entre conceitos que sintetizam uma disciplina normativa e os conceitos que conformam uma *fattispecie* nem sempre é observada ou posta em plena luz pela literatura jurídica quando do enfrentamento da empresa.¹¹⁷⁹ Enquanto que a elaboração de uma *fattispecie* serve para realizar um recorte jurídico de uma dada realidade, de modo a submetê-la a uma disciplina normativa, a descrição desta disciplina normativa (*regulae iuris*) através de um conceito se presta a uma função mnemônica¹¹⁸⁰ que auxilia o jurista a recordar, pela invocação de uma expressão, todo um conjunto de normas jurídicas.

¹¹⁷⁷ D'ALESSANDRO, Floriano. Recenti tendenze in tema di concetti giuridici. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, 1-2, 15-33, 1967, p. 23.

¹¹⁷⁸ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**; ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica; ASCARELLI, Tullio. Considerazioni in tema di società e personalità giuridica. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, 7-8, 246-270, 1954.

¹¹⁷⁹ À semelhança do quanto ocorre na investigações de outros conceitos, como o de título de crédito. ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 303.

¹¹⁸⁰ Para Tullio Ascarelli, as *regulae iuris* são “i riassunti mnemonici della disciplina”. ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 75. No mesmo sentido, ver ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 301 e ss. Enquanto *regulae iuris*, certas expressões sintetizam uma disciplina normativa, como

Entre ambas (*fattispecie* e *regulae iuris*), há um inexorável nexo de congruência, que orienta o intérprete na tarefa de elaboração de uma *fattispecie*. Nesse sentido, toda *fattispecie* é elaborada em função de uma necessária valoração de um fato social para submetê-lo a uma determinada disciplina normativa.¹¹⁸¹

Na elaboração de um conceito jurídico de empresa, parece que a perspectiva preponderantemente adotada pela doutrina consiste naquela que busca entrever na empresa uma *fattispecie*, pois frequentemente parte de um questionamento acerca do que é empresa para em seguida situá-la na *realidade* econômica. No entanto, na elaboração de uma *fattispecie* da empresa, a doutrina não identifica claramente uma finalidade normativa, isto é, uma disciplina normativa a ela aplicável, de modo a que as investigações acabam frequentemente por desviar-se para a construção da *fattispecie* de empresário, que corresponde à finalidade normativa de delimitar o âmbito de aplicação do estatuto profissional do empresário.

Nesse desvio orientado pela disciplina normativa, a elaboração da *fattispecie* de empresário acaba por se distanciar completamente da descrição econômica da empresa que serviu como ponto de partida para as investigações. Com efeito, os elementos econômicos contidos na descrição legislativa do empresário são, um a um, descartados, em razão da necessidade de se valorar normativamente quais exercentes de quais profissões haverão de se submeter ao estatuto do empresário ou a estatutos profissionais próprios.

Já este aspecto demonstra o ineliminável caráter valorativo da interpretação na tarefa de construção de uma *fattispecie*.¹¹⁸² Vale dizer, em que pese o teor literal do disposto no art. 966 do Código Civil (e o fascínio que, como lei recente, exerce sobre os juristas¹¹⁸³), na elaboração interpretativa da *fattispecie* de empresário ocorre um absoluto descolamento entre o teor literal do enunciado e a *fattispecie* resultante da interpretação. Da mesma forma, tendo em vista que o enunciado contido no art. 966 foi redigido consoante o denominado *método da economia*, – e, assim, reproduz quase literalmente o conceito econômico neoclássico de

ocorre com as expressões *pessoa jurídica* e *títulos de crédito*. Assim, ver ASCARELLI, Tullio. Considerazioni in tema di società e personalità giuridica, p. 246 e ss.; e ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, *passim*.

¹¹⁸¹ ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 303.

¹¹⁸² ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 158.

¹¹⁸³ NICOLÒ, Rosario. Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile, p. 177.

empresa, – pode-se concluir que a *fattispecie* de empresário resultante da interpretação é absolutamente dissociada do conceito econômico.

Este exemplo da forma pela qual é elaborada interpretativamente a *fattispecie* de empresário acaba por constituir, assim, um expressivo exemplo da superação das concepções formalistas, conceitualistas e logistas da ciência do direito. As razões que conduziram à superação destes modelos são bem conhecidas e exploradas em todos os ramos do direito, mas, no que respeita ao tema da empresa, ainda estão por ser levadas a sério.

De um lado, é evidente que o *fetichismo legal*, que encerrava as normas jurídicas direito no cimo da torre legislativa,¹¹⁸⁴ soçobrou ao longo do século XX, levando consigo o método do silogismo legal.¹¹⁸⁵ Em conformidade com este método, sustentava-se que o

1184

No século XIX, sob os influxos do racionalismo e do iluminismo, associava-se a racionalidade jurídica à das ciências naturais, de modo a afirmar-se uma verdadeira *scientia juris*. Nesse compasso, o direito moderno concebia a sociedade pela ótica do individualismo, assegurado que era por um radical afastamento do Estado da esfera de liberdade dos particulares. Ao Estado impunha-se a doutrina do *laissez-faire*, por meio de um rígido controle *legal* de sua atuação. Os poderes do Estado, engessados em um rígido sistema de separação de poderes, assegurariam o próprio controle do Estado, submetido que estava à vontade soberana dos indivíduos. A preocupação tinha marcado acento na segurança jurídica e na desconfiança em relação ao poder Estatal, identificada com o absolutismo e com os magistrados do *Ancien Régime*. Desse modo, fundava-se um Estado de direito arrimado sobre o princípio da legalidade, ou do primado da lei, que erigia o ideal de uma justiça apriorística e abstrata. Com efeito, substituiu-se o absolutismo monárquico pelo Estado moderno, concebido de forma rígida e estática, e controlado por normas gerais e abstratas, vertidas por leis a serem aplicadas de forma igual a todos, não sendo lícito ao Estado utilizá-las como instrumento de opressão ou concessão de privilégios. Do princípio da igualdade formal afirma-se o mito da neutralidade do intérprete. A norma jurídica era identificada com o enunciado legal, compreendido como algo previamente dado e aceito pela vontade geral gestada no parlamento, e que, portanto, não era lícito a ninguém modificar. Assim, por exemplo, em 1793, na esteira da Revolução Francesa, por exemplo, foram extintas as faculdades de direito, e os intérpretes eram tratados com desconfiança, consoante denota a máxima *traduttore traditore* (LA TORRE, Massimo. **Theories of legal argumentation and concepts of law: an approximation**. San Domenico: 1998, p. 2). A norma jurídica, portanto, deveria ser apenas aplicada por meio de um *mecânico* processo *subsuntivo*, – matematizado, – pelo qual se operava o silogismo legal, que marcava o *modelo dedutivo*. Por esta condição histórica, a produção do direito era concentrada na instância legislativa, de modo a encerrar o ordenamento jurídico em um sistema fechado e completo, formado por um *castelo jurídico coerente* (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: 1992, p. 36). Subtraía-se, assim, a dimensão argumentativa do direito, que marcara o direito medieval, mediante a afirmação de uma *racionalidade teórica*, centrada na teoria das fontes; e, por conseguinte, assentava o direito moderno precipuamente sobre o modelo de racionalidade teórica, por meio dos “descriptive statements, not prescriptive evaluations.” (LA TORRE, Massimo. **Theories of legal argumentation and concepts of law: an approximation**, p. 2).

1185

LA TORRE, Massimo. **Theories of legal argumentation and concepts of law: an approximation**, p. 4 e ss.

“direito [entenda-se, aqui, a lei] procede a *esquematização do mundo físico*”,¹¹⁸⁶ qualificando determinados fatos sociais como jurídicos¹¹⁸⁷ e, assim, estabelece uma relação direta entre o direito e o mundo fático.¹¹⁸⁸ Esta esquematização do mundo é conduzida apriorística e definitivamente pelo legislador, que elege os fatos sociais que integrarão o texto legislativo e integrarão o suporte fático abstrato da norma jurídica.¹¹⁸⁹ Nesse contexto, o mundo jurídico é composto por normas jurídicas e, pois, é “mundo de leis científicas que os fatos *descrevem*, leis ‘procuradas’, que coincidam com fatos, e de leis, em sentido amplo de regras jurídicas, que, em vez de coincidirem com eles, por serem feitas por nós, incidem neles.”¹¹⁹⁰ A esquematização do mundo é realizada mediante a descrição positivada, isto é, escrita na lei, com vistas a uma finalidade normativa. Vale dizer, a descrição de fatos é realizada de modo a assegurar-lhe consequências jurídicas específicas, consistentes em efeitos irradiados da incidência da norma.¹¹⁹¹

Nessa linha, uma vez concretizados os fatos, há *infallibilidade da incidência* da norma jurídica abstrata,¹¹⁹² a *colorir* os fatos com a marca de jurídicos,¹¹⁹³ isto é, a juridicizá-los.¹¹⁹⁴ Com efeito, uma vez concretizado no mundo fático o quanto é abstratamente previsto na norma jurídica, há a incidência, com a conseqüente irradiação de efeitos.

Esta infalibilidade da incidência da norma jurídica e da irradiação de efeitos denota um forte traço mecanicista ou logicista ao direito, o que lhe confere ares de segurança científica.¹¹⁹⁵ Entretanto, é essa mesma concepção que conduziu os modelos formalistas do direito ao *irrealismo metodológico*,¹¹⁹⁶ expressão que retrata o desajustamento entre os

¹¹⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** t. 1, p. 21.

¹¹⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** t. 1, p. 21 e ss.

¹¹⁸⁸ Conforme registra o autor, “[t]odo fato é, pois, *mudança* no mundo. O mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão. O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** t. 1, p. 5.

¹¹⁸⁹ Assim, por exemplo, Marcos Bernardes de Mello assevera que uma “norma jurídica existe, simplesmente, quando, promulgada, é publicada” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 7. ed. São Paulo: 1995, p. 63.) e estará apta a incidir quando entrar em vigor, por ser direito positivo nos “sistemas de direito escrito”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, p. 63 e ss.

¹¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** t. 1, p. 9.

¹¹⁹¹ Afirma o autor que “[e]ficácia jurídica é o que se produz no mundo do direito como decorrência dos fatos jurídicos”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** t. 1, p. 4.

¹¹⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** t. 1, p. 16 e ss. e 37 e ss.

¹¹⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** t. 1, p. 6.

¹¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** t. 1, p. 74 e ss.

¹¹⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** t. 1, p. 9.

¹¹⁹⁶ Conforme anota Menezes Cordeiro, “[o] irrealismo metodológico, enquanto fenômeno

tradicionais institutos jurídicos e as novas realidades sociais por causa do desenvolvimento, cada vez mais distanciado da realidade, da dogmática jurídica a partir apenas de categorizações legislativas.¹¹⁹⁷ É que a adoção de uma metodologia formalista conduz necessariamente a um descompasso entre a realidade social, naturalmente mutável, e o direito legislado, que lentamente se modifica mediante um delongado processo legislativo. Neste sentido, os modelos formalistas de compreensão do direito só se sustentam se for subtraída as dimensões cultural e histórica do direito.

A ruína das concepções formalistas do direito ocorreu gradativamente, por meio da consolidação de uma série de fenômenos como a inflação legislativa, o surgimento de microsistemas legislativos, o acobertamento de colossais injustiças pelo manto da legalidade formal e a necessidade de se interpretar criativamente as cláusulas gerais.

Nos albos do século XX, ante as profundas transformações socioeconômicas advindas da Revolução Industrial, a realidade social se transformava a um ritmo aceleradíssimo, que o direito, encapsulado no texto legislado, mal conseguia acompanhar. Bem que se tentou, mediante uma explosão no volume de promulgação de novas leis. No final do século XIX e início do século XX, por exemplo, assistiu-se ao surgimento de uma *maré montante de leis especiais*,¹¹⁹⁸ – em um verdadeiro *big bang* legislativo,¹¹⁹⁹ – que, a um só tempo, não acompanhavam integralmente as transformações sociais e criava um volume ininteligível de leis a qualquer ser humano.¹²⁰⁰ Em uma sociedade em constante e profunda modificação, novas previsões legais não acompanhariam os fatos da vida mesmo que a locomotiva legislativa andasse à máxima velocidade. Os fatos, assim esquecidos pelas leis, revoltavam-se contra o direito.

Por outro lado, ruiu também o ideal, herdado da Revolução Francesa, de uma lei geral e abstrata, aplicável indistintamente a todos. À medida que as transformações

histórico-cultural devidamente situado, emerge duma complexidade causal de análise difícil. Como foi dito, ele tem, na base, a incapacidade demonstrada pelos esquemas formalistas tradicionais e pelo juspositivismo em acompanhar as novas necessidades enfrentadas pelo Direito.” CORDEIRO, António Menezes. **Introdução à edição portuguesa**, p. XXVII.

¹¹⁹⁷ Nesse sentido, afirma Fábio Konder Comparato que “o labor intelectual do jurista tem-se limitado, pouco mais ou menos, à tradicional discussão de conceitos, visando encaixar o fenômeno da empresa no mundo fechado de suas categorias. Reproduzimos assim, no século XX, embora desprovidos de cultura humanística (o que é um agravante), a estéril atitude dos juristas cultos do Renascimento, que tomaram o universo bibliográfico por substituto da realidade vital.” COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**, p. 4.

¹¹⁹⁸ GOMES, Orlando. **A caminho dos micro-sistemas**, p. 45.

¹¹⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**, p. 44.

¹²⁰⁰ RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**, p. 31.

socioeconômicas expunham as profundas injustiças a que se submetiam certas classes sociais,¹²⁰¹ reforçavam-se os argumentos tendentes a serem promulgadas leis protetivas, em um típico corporativismo ou clientelismo legal,¹²⁰² descrito por Norberto Bobbio como um *novo feudalismo*.¹²⁰³

Ademais, a própria aplicação mecânica da lei, associada apenas à exigência da igualdade formal, conduzia, frequentemente, a injustiças. Encasteladas nas torres conceituais, as concepções formalistas do direito eram indiferentes à injustiça; ao menos até ocorrerem, sob o manto protetor da legalidade, as barbáries das experiências totalitárias da Segunda Grande Guerra.

A confiança da infalibilidade da lei, aplicada por meio de um processo dedutivo, foi igualmente abalada em razão da constatação de que a interpretação, mesmo partindo do ponto comum que era a lei, nem sempre conduzia a uma única resposta correta.¹²⁰⁴ Questionava-se, também, o grau de segurança e de inequivocidade da lei que positivasse uma cláusula geral,¹²⁰⁵ – e, de modo geral, os *legal standards* e os conceitos indeterminados – que, precisamente por causa de sua indeterminação semântica, impossibilitava uma operação dedutiva e deixava uma necessária margem criativa para o intérprete.¹²⁰⁶ Com feito, evidenciou-se que o direito não é apodítico, – em que há uma resposta totalmente certa ou totalmente errada, – mas dúctil, maleável, e apenas *é* à medida em que *está* em contínuo movimento,¹²⁰⁷ à semelhança do que ocorre com música que resulta da interpretação de partituras musicais.¹²⁰⁸ Por serem os enunciados normativos expressos por linguagem, as

¹²⁰¹ Basta lembrar-se de um dos mais expressivos argumentos empregados por Cesare Vivante na sua enfática defesa pela unificação do direito privado, consistente no fato de que o direito comercial era um direito desigual elaborado em favor dos comerciantes em detrimento da classe de consumidores. VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale** v. I, p. 19.

¹²⁰² LA TORRE, Massimo. **Theories of legal argumentation and concepts of law: an approximation**, p. 6.

¹²⁰³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade - para uma teoria geral da política**. 8.ed. São Paulo: 2000, p. 27.

¹²⁰⁴ LA TORRE, Massimo. **Theories of legal argumentation and concepts of law: an approximation**, p. 5.

¹²⁰⁵ Para a compreensão do tema das cláusulas gerais, ver a fundamental obra MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: 1999, *passim*.

¹²⁰⁶ POUND, Roscoe. **An introduction to the philosophy of law**. New Haven: 1982, p. 55 e ss.

¹²⁰⁷ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**, p. 86. Esta noção influenciou decisivamente as teorias da interpretação, como pode ver-se em Zagrebelsky: “[i]l modo concreto di operare dei principi e dei valori costituzionali non è qualcosa che possa mai dirsi definitivamente stabilizzato, ma è il frutto di vicende sempre in movimento.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: 1988, p. 54-55.

¹²⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São

expressões linguísticas utilizadas no texto legislado, até mesmo aquelas aparentemente precisas *prima facie*, requerem interpretação.¹²⁰⁹

Todos estes fatos evidenciam que a ausência de resposta legalmente escrita a um problema social não isenta o intérprete de elaborar uma resposta, pois “do problema social nasce a exigência de uma resposta jurídica.”¹²¹⁰ Mais precisamente, a inexistência de um conceito legislado de empresa não retira do intérprete o dever de disciplinar valorativamente o fenômeno social. Com isso, são reconhecidas as necessárias imbricação e sinergia entre fato social e direito, a evidenciar, portanto, que o direito é *fenômeno histórico* que se insere no *mundo da cultura*, no qual inexistente *pureza*. Consoante a expressiva dicção de Calmon de Passos, progressivamente “se consolida a convicção de que, se a ordem natural prescinde do homem, a ordem social é tarefa de sua exclusiva responsabilidade. A história não se faz sem a intermediação do homem.”¹²¹¹

Na esteira desta transformação, reformula-se completamente a metodologia do direito, pois o modelo do silogismo legal é superado, – de modo que não se pode mais identificar a premissa maior com a lei, – e passa-se a admitir que a atuação do intérprete será sempre *law making*,¹²¹² pois sempre que alguém interpretar um dispositivo normativo à luz de uma determinada realidade, estará a desempenhar tarefa criativa. Esta constatação de que a interpretação é indeclinavelmente criativa representa uma revolta contra o formalismo e reforça, portanto, a dimensão argumentativa do direito e a noção de que o sistema jurídico encontra sua primeira virtude na *racionalidade*.¹²¹³ Recobram folêgo, desta maneira, as teorias da argumentação jurídica (*legal reasoning*),¹²¹⁴ que, por um pluralismo metodológico,

Paulo: 2002, p. 68 e ss.

¹²⁰⁹ AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Erneto Garzón; UUSITALO, Jyrki (Org.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17-35, p. 25.

¹²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: 1993, p. 17.

¹²¹¹ CALMON DE PASSOS, J. J. Processo e democracia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97, p. 88.

¹²¹² ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, *passim*; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, p. 21 e ss.

¹²¹³ MACCORMICK, Neil. I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico. In: WEINBERGER, NEIL MacCORMICK e OTA (Org.). **Il diritto come istituzione**. Milano: Giuffrè, 1990, p. 257-279 p. 257. Conforme destaca MacCormick, “[i]l postulato fondamentale della razionalità dell’azione è il seguente: ogni atto o omissione deve essere giustificabile con riferimento a qualche ragione.” MACCORMICK, Neil. **I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico**, p. 259.

¹²¹⁴ LA TORRE, Massimo. **Theories of legal argumentation and concepts of law: an approximation**, p. 7 e ss.

afirmam estratégias argumentativas que superam o modelo subsuntivo.¹²¹⁵ Em síntese, vai-se de modelo marcado pela racionalidade científica, – própria das ciências naturais, – a modelo marcado pela racionalidade prática,¹²¹⁶ na qual é ineliminável o caráter valorativo.

Deve-se, assim, reconhecer o aspecto da criação valorativa da interpretação,¹²¹⁷ de modo a descortinar-se a diferença entre o quanto é tido ordinariamente pelo trabalho do jurista (aplicar irrefletidamente) com aquilo que o intérprete realmente faz. Este modelo metodológico, orientado a emprestar maior aderência do direito aos fatos sociais, foi desenvolvido em grande parte pelo esforço empreendido por Tullio Ascarelli. Conforme registrou Norberto Bobbio,

[o] mais energético esforço para renovar os métodos de interpretação, no entanto, foi iniciado por Tullio Ascarelli, que em vários escritos insistiu no valor criativo da interpretação jurídica e buscou inspirar os juristas a compreender as diferenças entre o quanto que se crê ser o trabalho do intérprete e o quanto este trabalho realmente é.¹²¹⁸

Reconhecer o aspecto criativo da tarefa do jurista, no entanto, não equivale a afirmar que o jurista é livre na tarefa de reconstrução tipológica da realidade, à medida que deve observar como limites um *baluarte de sentido* encontrado em um enunciado normativo,¹²¹⁹ ao mesmo tempo em que deve conduzir a ordenação da realidade em congruência com uma finalidade normativa.

¹²¹⁵ Nesse sentido, “[t]hese are often balanced using argumentative operations that are more complex than a mere either-or. Constitutional justice, in order to justify its own decision, must then use argumentative strategies much more highly structured than in the syllogistic model.” LA TORRE, Massimo. **Theories of legal argumentation and concepts of law: an approximation**, p. 7.

¹²¹⁶ De acordo com Massimo La Torre, “[p]ractical reason, the reason that justifies value judgments or deontic statements, does not precisely coincide with theoretical reason. This is because experiential data and logical operations are not enough to supply us with indications of preference and guides to action. There is a need for a further type of premise, for criteria or normative principles.” LA TORRE, Massimo. **Theories of legal argumentation and concepts of law: an approximation**, p. 4.

¹²¹⁷ REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli, p. 79.

¹²¹⁸ BOBBIO, Norberto. Trends in italian legal theory, p. 336, tradução livre.

¹²¹⁹ A tarefa criativa do intérprete impõe um maior compromisso argumentativo. Roscoe Pound, referindo-se aos *legal standards* em Roma, advertia da necessidade de “strong judge because the dangerous power which they allowed him” (POUND, Roscoe. **An introduction to the philosophy of law**, p. 57); Ronald Dworkin refere a um juiz Hércules (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: 2002, p. 165); enquanto Cappelletti refere a uma maior responsabilidade judicial (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, p. 33), que saiba perceber a natureza singular do presente para que possa promover racionalmente o desenvolvimento do direito. Sobre, ver, também, LIEBMAN, Enrico Tullio. Giudici legislatori? **Rivista di Diritto Processuale**, 34, 756-760, 1984.

A aderência do sistema jurídico à realidade social demanda do intérprete que conduza a uma ordenação tipológica da realidade. Com efeito, para qualificar-se juridicamente uma dada realidade não se deve recorrer à vontade do legislador,¹²²⁰ por meio de expedientes que cristalizem um conceito econômico sob o argumento de que o legislador seguiu o *método da economia*.

É por meio de uma reconstrução tipológica da realidade, conduzida pela interpretação do jurista, que se obtém desenvolver o direito de modo a adaptá-lo a novas realidades.¹²²¹ Nesse sentido, o papel criativo da interpretação consiste sobretudo em realizar-se uma ordenação tipológica da realidade, com fins normativos,¹²²² de modo a identificar a *fattispecie*. Também por estas razões, assume-se o caráter criativo da atividade do intérprete e deve ser descartada “toda e qualquer solução de tipo puramente formalista e abstrata, desvinculada do complexo de fatores operantes na experiência jurídica.”¹²²³

Isso significa que, por indicar quais fenômenos da realidade se submeterão a uma dada disciplina normativa, a elaboração da *fattispecie* é conduzida mediante uma *ordenação tipológica da realidade*, com fins normativos. Este procedimento é comum à elaboração de qualquer *fattispecie*. Assim, título de crédito, dolo, erro, violência, consenso, homem, domicílio, culpa, caso fortuito, dano, coisa e vício são todas expressões que constituem categorias orientadas a realizar uma ordenação tipológica da realidade com fins normativos, e cuja determinação fica sempre a depender das concepções e da atividade valorativa do intérprete.¹²²⁴ O mesmo deve ocorrer em relação a elaboração da *fattispecie* da empresa. Para Ascarelli,

[a] lamentada inadequação do ordenamento jurídico vigente em relação à realidade econômica (ou seja, acerca das exigências largamente compartilhadas em relação à disciplina da realidade econômica atual) é, na minha modesta opinião, fruto da própria falta de individuação de uma conveniente disciplina jurídica, por sua vez devida à falta de uma reconstrução tipológica da realidade mais aderente ao momento atual e da consequente elaboração de disciplinas jurídicas adequadas; à dificuldade, sempre presente, daquela ‘fantasia’ ainda necessária para individuar uma

¹²²⁰ ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 307.

¹²²¹ Com efeito, “[è] appunto attraverso l’interpretazione che si assicura lo sviluppo del diritto”. ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 166.

¹²²² ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 303 e ss.

¹²²³ REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli, p. 81.

¹²²⁴ ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 169, nota de rodapé 12; ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 308-309.

disciplina, para traduzir em fórmulas suscetíveis de aplicação uma exigência sentida como justa.¹²²⁵

O intérprete deve identificar quais os fatos sociais que serão caracterizados como jurídicos para, deste modo, submetê-los a uma determinada disciplina normativa. Mais precisamente, deve-se observar a congruência entre a *fattispecie* e a disciplina normativa, e a determinação desta congruência não é arbitrária.¹²²⁶ Acentua-se, assim, o fato da socialidade da norma jurídica, constitutivo de uma fonte que possibilita que o direito se reconstrua por uma obra coletiva e social,¹²²⁷ justificando-se as diversas interpretações e desenvolvimentos doutrinários e jurisprudências a concorrer na evolução do direito.¹²²⁸ Conforme remata Ascarelli, a historicidade do direito

se revela conjuntamente na diversidade de conteúdo ou na diversa realidade à qual se referem elementos que assim confluem. Propriedade e contrato não são inteligíveis sem referência a coisas, e consenso e declaração e assim por diante; a normativa não possui sentido sem referência à realidade e o ordenamento tipológico desta é feito, assim, em função de orientações normativas.¹²²⁹

Em razão da afirmação do caráter criativo da interpretação, há indagar-se acerca da natureza dos conceitos com os quais trabalha o jurista, até mesmo por que é pelo manejo de tais conceitos que se desenvolve a interpretação.¹²³⁰ Conquanto frequentemente o enunciado normativo utilize termos que também possam ser utilizados por outras ciências, nem sempre tenciona-se utilizar o sentido que estes conceitos assumem nestas outras ciências,¹²³¹ conquanto, por vezes, deva-se reconhecer o sentido que estes termos assumem noutras ciências,¹²³² pondo à plena luz as relações interdisciplinares que o direito entretece. Assim, os conceitos de outras ciências servem muitas vezes à tarefa de auxiliar o intérprete a realizar

¹²²⁵ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 109-110, tradução livre.

¹²²⁶ ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 308.

¹²²⁷ ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 166.

¹²²⁸ ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 310.

¹²²⁹ ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 168-169, tradução livre.

¹²³⁰ Conforme expressamente registra Ascarelli, “[I]’affermazione di un valore creativo dell’interpretazione giuridica [...] naturalmente induce a riflettere sulla natura dei concetti ai quali fa ricorso il giurista, appunto perché è attraverso questi che si svolge l’interpretazione.” ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 157.

¹²³¹ ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 308, nota de rodapé 8.

¹²³² ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 308-309.

uma ordenação tipológica da realidade com fins normativos. No entanto, esta maior aproximação com a economia e com a sociologia não deve absorver por completo a tarefa do jurista, à medida que o intérprete deve valorar esta realidade empírica descrita pelas ciências sociais¹²³³ com um objetivo normativo, pois a análise e elaboração de conceitos constitui a tarefa da dogmática jurídica.¹²³⁴ Daí porque

[u]ma vez que qualquer normativa respeita à realidade e a uma determinada realidade, as categorias às quais recorre o intérprete não podem nunca ser reduzidas a uma mera classificação empírica das normas naturalisticamente consideradas, mas importam em uma reconstrução tipológica da realidade em função de orientações normativas, precisamente porque, a seu turno, são concebidas para uma valoração normativa desta realidade.¹²³⁵

Neste sentido, os conceitos jurídicos conservam a sua autonomia ante as demais ciências.¹²³⁶ Por conta disto, ao intérprete do direito comercial impõe-se a tarefa de “adequar o ordenamento à realidade social e distinguir entre conceitos jurídicos e conceitos econômicos”.¹²³⁷ Conquanto haja inegável relação entre eles, conforme observa Ascarelli

[o] ponto de vista jurídico permanece distinto daquele econômico e a insuprimível autonomia do ponto de vista jurídico deve ser observada especialmente quando o uso lexical dos mesmos termos puder induzir a negá-la. A confusão é frequente em tema de empresa, quando se pressupõe uma coincidência, pelo menos geral, entre o conceito de empresário elaborado analiticamente a partir da economia e o conceito jurídico de empresário. A não coincidência entre os dois conceitos é óbvia se se considerar as sociedades comerciais que juridicamente são definidas como empresárias, enquanto, em sede econômica, o conceito de empresário será inaplicável às sociedades como tais, devendo, ao invés, discutir a quem este conceito qualifica economicamente, pois é nesta hipótese, que a remuneração constitui um lucro, que a ampliação do conceito de empresário revela o seu âmbito normativo. Os vários sujeitos jurídicos, atendendo a uma tipologia em função de uma valoração normativa, não podem nunca realmente identificar-se com os sujeitos da atividade econômica ‘pura’, distinta no aspecto analítico, assim como as remunerações consideradas pelo jurista não podem nunca coincidir com aquela indicada, seja também com os mesmos nomes, na economia pura. [...] Pode-se encontrar uma

¹²³³ Sobre as influências que afluíram ao Funcionalismo Jurídico de Tullio Ascarelli, observou Miguel Reale que “[a] segunda corrente, que Ascarelli analisa, aceitando-a e rejeitando-a em parte, é a do *realismo sociológico*. Inegavelmente o jurista não pode deixar de ter olhos para a realidade fática, mas ele não pode ficar preso ao elemento empírico, pois deve ultrapassá-lo e transcendê-lo na medida em que o encapsula e o domina através da prescrição normativa. Como se vê, o empírico é necessário, mas é insuficiente.” REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli, p. 78.

¹²³⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di dritto civile**. 6. ed. Napoli: 2007, p. 53.

¹²³⁵ ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, p. 167-168.

¹²³⁶ ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, p. 310; MIGNOLI, Ariberto. Contribuição de Tullio Ascarelli à doutrina das sociedades anônimas, p. 40.

¹²³⁷ AULETTA, Giuseppe G. Tullio Ascarelli, p. 187, tradução livre.

correspondência, por sua vez, entre tipos jurídicos e tipos da economia descritiva, e o direito frequentemente se refere a conceitos da economia descritiva. Estes são conceitos empíricos e tipológicos, por sua vez construídos em relação a uma determinada estrutura institucional, de modo que o reenvio induz, assim, àquelas inevitáveis orientações normativas prevalentes no ambiente, às quais temos amplamente referido no texto. Assim, para tornar ao tema da empresa, o conceito de empresário da economia descritiva terminará por coincidir com aquele jurídico, que se coloca como uma determinação e clarificação do primeiro, mas não poderá, no entanto, coincidir com uma definição logicamente pura, terreno de resto sobre o qual me parece que o esforço dos economistas têm observado sobretudo para delimitar o conceito de lucro e não aquele de empresário.¹²³⁸

Estas observações, conquanto situados ao tempo do predomínio absoluto da economia neoclássica, demonstram claramente que o diálogo entre o direito e a economia não se dá a partir de um emparelhamento entre um conceito econômico de empresa e um conceito jurídico, mas entre conceitos econômicos, – como lucro, risco, etc., – e o papel que pode desempenhar na elaboração de uma *fattispecie* jurídica em congruência valorativa com uma finalidade normativa.

Mesmo se observado o panorama da Nova Economia Institucional, não se vai encontrar um conceito econômico de empresa,¹²³⁹ mas conceitos como os de custos de transação, custos de agência, contratos, etc., todos relacionados a distintas formas de organização da atividade econômica. São estes os conceitos utilizados pela economia para descrever a realidade social da empresa, muitos dos quais, aliás, são situados na esfera jurídica. Neste sentido, para a própria economia, não é vital o conceito de empresa. Em verdade, “a expressão ‘firma’ é simplesmente uma descrição abreviada de um modo de organizar atividades sob arranjos contratuais que diferem daqueles do mercado ordinário de produtos.”¹²⁴⁰ Com efeito, para a elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável interessa verificar como aqueles conceitos econômicos podem contribuir para, de um lado, verificar a função econômica da empresa e, de outro, verificar qual a finalidade normativa *justa*, capaz de orientar o intérprete na elaboração de um conceito jurídico.

¹²³⁸ ASCARELLI, Tullio. **Prefazione agli studi di diritto comparato**, p. 36, nota de rodapé 26, tradução livre.

¹²³⁹ Assim, afirma Harold Demsetz que “[i]t is a peculiarity of Coase’s and Knight’s discussion, and much of the new literature on the firm, that precise definitions of the firm are lacking.” DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**, p. 6. Em igual sentido, ver, por exemplo, ULEN, Thomas S. *The coasean firm in law and economics*, p. 318.

¹²⁴⁰ CHEUNG, Steven N. S. *The contractual nature of the firm*, p. 3, tradução livre.

Na consecução desta tarefa, interessa, pois, coadunar as funções econômicas da empresa, – identificadas por meio de conceitos econômicos da Nova Economia Institucional e de conceitos jurídicos por ela incorporados, – com uma finalidade normativa vertida em conceitos jurídicos, a um só tempo orientada pelas funções econômicas e delas orientadora, por meio de uma interpretação valorativa do fenômeno social da organização da atividade econômica.

4.2.2 Adequação das estruturas e funções econômicas da empresa ao conceito jurídico por meio da interpretação valorativa orientada pelas finalidades normativas

Mercados e empresas, enquanto distintas formas de organização social da economia, têm por funções econômicas satisfazer necessidades de um povo e correspondem a distintas estruturas jurídicas igualmente encontradas em um específico contexto histórico e cultural. As necessidades econômicas são relacionadas à maximização de bem-estar, a demandar, portanto, uma economia dos custos de produção, dos custos de transação e dos custos de agência.

A função de economizar os custos de produção baseia-se completamente em explicações relativas a ganhos de escala e escopo (elaboradas, portanto, a partir de mecanismos matemáticos microeconômicos que explicam a quantidade de produção em função do custo marginal de aquisição de insumos) e, também, em explicações relacionadas a interdependências tecnológicas (que pertencem ao mundo da engenharia, por serem arrimadas em aspectos físico-químicos da produção). Vale dizer, as estruturas que são levadas em consideração por este modelo econômico não são estruturas jurídicas, mas estruturas matemáticas e tecnológicas. Com efeito, a função de economizar custos de produção é alcançada fora do mundo da cultura e da história, pois as estruturas necessárias ao desempenho da função, por pertencerem à matemática e a tecnologia, constituem constantes universais. Assim, por prescindir de estruturas situadas no mundo da cultura para atingir a função de economizar custos de produção, este modelo teórico prescinde da compreensão das estruturas jurídicas, isto é, prescinde do direito enquanto fenômeno culturalmente situado. Portanto, o direito é irrelevante para a consecução da função de economizar custos de produção. Daí porque a economia neoclássica adota uma concepção simplística e reducionista das instituições jurídicas. Numa palavra, para este modelo econômico aspectos culturais e históricos não importam e, por conseguinte, o direito também não importa.

Esta explicação coaduna-se com a observação de que, para a economia neoclássica, o direito assume características imanes e estáveis, peculiares a um direito natural que antecede a própria sociedade e a história. Já por esta razão, não há como pretender descrever como o direito (tal qual concebido pelo modelo econômico neoclássico) pode contribuir para a organização da empresa, com o propósito de reduzir custos de produção. Por conseguinte, para o modelo econômico neoclássico, as trocas possibilitadas por instituições jurídicas são aquelas realizadas em mercados sem fricções, isto é, as instituições jurídicas não impactam, positiva ou negativamente, na função de economizar custos de produção. Assim, para adequar-se a este modelo, demanda-se que o direito renuncie a toda e qualquer característica cultural e histórica que lhe são inelimináveis, de modo a que forneça, assim subtraído da história, o substrato de que economia neoclássica necessita.

Estas considerações, que demonstram a indiferença do modelo econômico neoclássico da organização de mercados pelas empresas e pelas instituições jurídicas, permitem compreender porque razão o direito não obteve, a partir daquele dado teórico econômico, elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável.¹²⁴¹ É que o modelo econômico neoclássico é opaco a considerações de ordem jurídica. Com efeito, na elaboração de um conceito jurídico a partir do conceito econômico situado no modelo neoclássico, manifesta-se o inexorável aspecto valorativo da interpretação, voltado a realizar uma ordenação tipológica com fins normativos daquela realidade naturalística encerrada em um conceito econômico. Por conseguinte, afloram as incompatibilidades entre o direito e a economia neoclássica, resultando em concepções jurídicas totalmente descoladas daquilo que, a princípio, havia servido como dado da realidade a ser juridicamente esquematizado.

Ao longo do século XX, no entanto, a literatura jurídica fez eco às descrições neoclássicas ao afirmar que a empresa pertence ao mundo fático (*i.e.*, da matemática e da tecnologia), antecedente à experiência jurídica, e que desempenha a função de produção na qualidade de um indivíduo que se movimenta no mercado para adquirir insumos até que o seu custo marginal alcance o ganho marginal decorrente da produção. Esta observação, que já foi demonstrada na Seção 1.2, acima, pode ser ilustrada pelo quanto afirma Waldírio Bulgarelli:

No tocante ao modo de ver a posição da empresa no mundo fático, captou-se sua *função*, através do papel que exerce no ambiente socioeconômico, como

¹²⁴¹

Da mesma maneira, no direito norte-americano, “[t]he neoclassical picture also implies a limited role for corporate law.” BRATTON Jr., William W. *The new economic theory of the firm: critical perspectives from history*, p. 1480.

agente da produção e circulação de bens ou serviços para o mercado, numa economia de massa, tendo sido identificados, em consequência, os interesses que nela convergem, e do choque (*rectius*: conflito) entre eles, chegou-se à valoração dos que deveriam ser tutelados.¹²⁴²

A concepção neoclássica da função econômica da empresa foi captada com toda a clareza pela literatura jurídica, apesar da endogeneidade na elaboração do conceito econômico e do viés de seleção dos textos econômicos. O que faltou foi a compreensão de que, para o desempenho da função econômica de economizar custos de produção, as estruturas jurídicas são irrelevantes. Esta lacuna, no entanto, foi decisiva para que se encerrasse a teoria jurídica da empresa em um *lock-in* em *path dependence*, a buscar oferecer para uma realidade naturalística uma estrutura jurídica de que ela não necessita.

As diversas janelas de oportunidade que se abriram para que se renovassem as abordagens utilizadas na investigações do tema da empresa, como as grandes recodificações e a reimpostação metodológica da compreensão do direito por teorias calcadas na importância da argumentação jurídica, não foram aproveitadas para a superação do *path dependence* no enfrentamento do tema da empresa.

No que respeita à reimpostação metodológica da teoria geral do direito, releva observar que ela foi devida, em grande parte, ao precursor e fundamental impulso dado por Tullio Ascarelli, talvez o mais importante comercialista do século XX. Neste caso, autoriza-se a conclusão de que o *path dependence* por incremento de ganhos falou mais alto, à medida que os seus escritos sobre teoria geral do direito e a importância da interpretação não foram incorporados às teorias jurídico-comerciais da empresa, mas à doutrina da teoria geral do direito e à filosofia do direito, tanto que as suas lições foram rapidamente incorporados a estes ramos do direito, passando ao direito constitucional e ao direito processual. Conquanto as relações entre direito e economia fossem uma constante preocupação de Ascarelli, foi apenas nos últimos escritos de sua breve vida que ele amadureceu uma metodologia de utilização de conceitos econômicos pelo direito, demonstrando detalhadamente como o papel criativo da interpretação permite realizar a ordenação tipológica da realidade mediante sua valoração em congruência com fins normativos.¹²⁴³ Esta metodologia foi por ele utilizada com grande sucesso para enfrentar o conceito de título de crédito.¹²⁴⁴ Não lhe restou tempo, no entanto, para solucionar o problema da empresa a partir deste método, conquanto tenha esboçado a

¹²⁴² BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 70.

¹²⁴³ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**.

¹²⁴⁴ ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica.

solução em uma longa e detalhada nota de rodapé,¹²⁴⁵ no seu peculiar modo de trazer à tona novas ideias.

A abordagem proposta por Ascarelli de construção de conceitos jurídicos deve ser aliada a modelos econômicos da empresa que se ocupem propriamente de empresas, e não de mercados em que a empresa é um importante participante, e que, ao mesmo tempo, não reduzam o direito a um fato naturalístico.

Por isto, a tarefa de elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável deve ser conduzida a partir de modelos econômicos cujas correspondentes funções econômicas possam ser desempenhadas pelo direito tal qual ele é, vale dizer, o direito como experiência culturalmente situada. Estes modelos econômicos correspondem àqueles elaborados no seio da Nova Economia Institucional, que atribuem ao direito as funções de reduzir custos de transação e de agência. Isto é, atribuem funções econômicas a estruturas jurídicas conformadoras da empresa, na esteira do quanto o Funcionalismo Jurídico de Tullio Ascarelli, há mais de meio século, já postulava no que respeita às relações entre o direito e a economia. Estas funções econômicas não são situadas num plano naturalístico e imutável, pois correspondem a necessidades encontradas em um determinado sistema econômico;¹²⁴⁶ ao passo que as estruturas correspondem às instituições jurídicas de um determinado povo.¹²⁴⁷ Segundo observa Norberto Bobbio, para Ascarelli, “[o] problema entre direito e sociedade resumia-se à relação bem mais determinada entre direito e economia, entre um certo tipo de ordenamento jurídico e um certo sistema econômico.”¹²⁴⁸

Esta concepção coaduna-se, por sua vez, com aquela desenvolvida por Ronald Coase, que demonstrou claramente que “o que é negociado no mercado não são, consoante é frequentemente suposto pelos economistas, entidades físicas, mas os direitos de executar determinadas ações, e os direitos que os indivíduos possuem são estabelecidos pelo sistema jurídico.”¹²⁴⁹ A explicitação de que o mercado é constituído por trocas possibilitadas pelo sistema jurídico permite que se entreveja o quanto a economia neoclássica não foi capaz de perceber: o sistema jurídico pode fornecer estruturas diversas daquelas que são características

¹²⁴⁵ ASCARELLI, Tullio. **Prefazione agli studi di diritto comparato**, na nota de rodapé 26, que se estende da p. 36 até a p. 38.

¹²⁴⁶ ASCARELLI, Tullio. **Norma giuridica e realtà sociale**, p. 106; ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações, p. 30; e ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**, p. 30.

¹²⁴⁷ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, p. 62.

¹²⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Tullio Ascarelli**, p. 249.

¹²⁴⁹ COASE, Ronald H. *The institutional structure of production*, tradução livre.

do mercado e, assim, possibilitar que se desenhem novas formas de organização social da economia. Neste sentido, empresa apresenta-se, indubitavelmente, como a mais importante forma de organização da economia alternativa ao mercado.

As estruturas jurídicas conformadoras da empresa são elaboradas a partir de uma valoração da realidade social que leva em consideração características indesejáveis, – isto é, valoradas juridicamente como indesejáveis, – da organização econômica por mercados. Por esta razão, as instituições jurídicas da empresa só podem ser compreendidas, valoradas e, portanto, elaboradas, em contraste com as instituições jurídicas que não integram a empresa.

Mediante este processo de valoração da realidade social, busca-se desenvolver instituições jurídicas que sejam aptas a evitar os peculiares problemas de organização da economia em mercados. Neste sentido, na elaboração das instituições jurídicas próprias da empresa, as funções econômicas de economizar custos de transação e de agência convergem com as finalidades normativas que orientam a tarefa do jurista, à medida que atribui valor àquela realidade social do mercado, – também formada por instituições jurídicas, – que não são capazes de desempenhar adequadamente aquelas funções econômicas.

O processo de valoração da realidade social inicia-se, portanto, mediante a constatação da função econômica do contrato, que, por constituir a “veste jurídica da operação econômica”,¹²⁵⁰ deve ser valorado a partir da verificação do *grau de integração vertical* por ele possibilitado, – se contratos celebrados em mercados, em empresas, ou em estruturas intermédias. É este processo valorativo da realidade econômica que determinará qual a espécie de *governança do contrato*,¹²⁵¹ vale dizer, qual a finalidade normativa que orientará o jurista na elaboração do conceito de empresa. Neste sentido, aliás, Emilio Betti entrevê que na realidade social parte-se de uma

intensidade menor nas relações de troca, chega-se a uma intensidade sempre maior nas relações que se podem chamar de tipo associativo, como a sociedade, os consórcios, as cooperativas (pense-se nas cooperativas agrárias), como também nas relações de trabalho, quando se trata de trabalho permanente.¹²⁵²

São incontáveis as instituições jurídicas valorativamente elaboradas com um fim normativo capazes de desempenhar as funções de economizar custos de transação e de

¹²⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. v. V. 2 Rio de Janeiro: 2009, p. 366.

¹²⁵¹ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 235.

¹²⁵² BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Campinas: 2006, p. 123.

agência. Muitas das instituições jurídicas assim desenvolvidas, no entanto, não constituem instituições jurídicas características de empresas, mas instituições jurídicas que aperfeiçoam o funcionamento de mercados e que, por vezes, dão origem a novos mercados. O instituto jurídico de direito cambiário é um bom exemplo desta assertiva. A constatação de custos de transação relativos à busca de informação sobre o crédito que se estava a adquirir por cessão de crédito (e, portanto, sobre as exceções que, ao final, poderiam reduzir o valor deste crédito) conduziu à valoração desta realidade social em congruência com finalidades normativas, que, por sua vez, fossem capazes de desempenhar a função econômica de reduzir custos de transação. Como resultado, desenvolveu-se gradativamente o instituto jurídico de direito cambiário que, a seu turno, possibilitou a formação de um mercado de negociação de créditos. Da mesma maneira, a constatação de altos custos de agência no mercado de concessão de créditos, relativos à assimetria de informações e, portanto, ao risco moral (*moral hazard*), conduziu a uma valoração desta realidade social em congruência com finalidades normativas, que, por sua vez, aperfeiçoam o mercado de concessão de créditos mediante a redução daqueles custos. Como resultado, assiste-se nos últimos anos ao desenvolvimento de instituições jurídicas como o cadastro positivo de crédito, que, por peculiares expedientes normativos, desempenham a função econômica de reduzir custos de agência.¹²⁵³

As instituições jurídicas conformadoras da empresa também são desenvolvidas mediante uma ordenação tipológica da realidade, em congruência valorativa com fins normativos capazes de desempenhar as funções de economizar custos de transação e de agência. As instituições jurídicas da empresa orientadas a reduzir custos de transação, no entanto, são marcadas por um peculiar expediente normativo, consistente na atribuição, ao empresário (entendida, aqui, a expressão em seu sentido mais amplo, não restrita portanto àquele que se sujeita ao estatuto profissional do empresário), do poder de resolver conflitos por meio do *fiat*. Este poder é juridicamente outorgado ao empresário por conta de uma valoração daquelas realidades sociais em que haveria a possibilidade de apropriação oportunística da quase-renda do titular de ativos altamente específicos envolvidos em uma transação. Do ponto de vista jurídico, estas realidades são tipologicamente ordenadas como tais e valoradas em congruência com finalidades normativas que, a seu turno, se coadunam com a função econômica de reduzir estes custos de transação. Com efeito, desenvolvem-se instituições jurídicas que possibilitem a integração vertical, dando origem a contratos de

¹²⁵³

Sobre tema do cadastro positivo, ver PORTO, Antônio José Maristrello. O direito e a economia do cadastro positivo. **Revista Direito Empresarial**. v. 14, 35-48, 2010.

empresa, ou, o que é o mesmo, a contratos de organização.¹²⁵⁴ De acordo com a lição de Tullio Ascarelli, os contratos de organização, dos quais a espécie talvez mais característica seja a dos contratos plurilaterais,¹²⁵⁵ visam “justamente disciplinar a utilização dos bens a que se referem”,¹²⁵⁶ e, neste sentido, se compreendidos a partir de sua função econômica, podem “contrapor-se aos contratos de permuta.”¹²⁵⁷ Vale dizer, se analisados da perspectiva da função econômica, os contratos de empresa contrapõem-se aos contratos de mercado.

Uma das principais características dos contratos de organização consiste em que são contratos de execução continuada,¹²⁵⁸ que se submetem a normas que lhes são peculiares,¹²⁵⁹ de modo a possibilitar a cooperação para a organização social da atividade econômica. Por esta razão, os contratos de organização assumem uma importância fundamental enquanto “organismos de integração econômica.”¹²⁶⁰ Em conformidade com a terminologia desenvolvida por Oliver Williamson, os contratos de organização constituem contratos que possibilitam a integração vertical, de modo a evitar-se conflitos que envolvam riscos à organização econômica por contratos de mercado. Nesse sentido, a disciplina normativa dos contratos de empresa é substancialmente diversa daquela peculiar aos contratos de mercado, de modo a assegurar que o contrato desempenhe as funções relacionadas “à exigência de garantir ao máximo *a estabilidade e a continuidade das relações contratuais, e portanto, das relações econômicas*”.¹²⁶¹

As formas jurídicas pelas quais se viabiliza a integração vertical incluem os contratos de sociedade, tradicionalmente compreendidos nos domínios do direito comercial, mas que

¹²⁵⁴ Para uma investigação dos contratos de sociedade enquanto contratos de organização, relacionando diretamente o tema à integração vertical, ver o seminal artigo SPINELLI, Luís Felipe. A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito, *passim*.

¹²⁵⁵ Os contratos de organização não são apenas os contratos plurilaterais, notadamente os contratos de sociedade. Conforme observa Tullio Ascarelli, é “inoportuna a terminologia de ‘contratos de organização’, se utilizada para indicar apenas os contratos plurilaterais, podendo, ela, ser, ao contrário, aproveitada para indicar todos os contratos com funções instrumentais e, portanto, o mandato.” ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 291, nota de rodapé 50. Para uma análise dos contratos de sociedade como contratos de organização, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**, p. 13-42.

¹²⁵⁶ ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 292.

¹²⁵⁷ ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 312.

¹²⁵⁸ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, p. 236.

¹²⁵⁹ ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 293-294.

¹²⁶⁰ ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 298, nota de rodapé 73.

¹²⁶¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: 1988, p. 309.

atualmente possuem um alcance inegavelmente mais amplo, e também contratos que não são imediatamente identificados como pertencentes ao domínio tradicional do direito comercial.

A disciplina jurídica dos contratos de sociedade é construída com base no fim visada pela constituição de uma sociedade, consistente no exercício de uma ulterior atividade econômica e não a mera permuta de prestações.¹²⁶² Por esta razão, a comutação de prestações, nos contratos plurilaterais, é apenas *instrumental* em relação a uma atividade *ulterior*, consubstanciada em uma organização,¹²⁶³ de modo que

a função do contrato plurilateral não termina, quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior.¹²⁶⁴

Vale dizer, o contrato de sociedade é celebrado para possibilitar uma alocação específica de ativos de modo a assegurar-lhe um maior valor. Neste sentido, não basta a inicial alocação do ativo (*i.e.*, a comutação de prestações), pois é necessário que se assegure a sua alocação de modo a assegurar-lhe o valor. O investimento realizado por um sócio na sociedade pode constituir um ativo específico, por não encontrar uma alocação alternativa de igual valor, isto é, o valor que obtém mediante a alocação atual deste ativo no exercício da atividade. Por esta razão, em uma renegociação do contrato de sociedade, poderia apresentar-se oportunidade para um consócio buscar apropriar-se da quase-renda do outro. Para evitar-se este custo de transação, a disciplina do contrato de sociedade diminui as oportunidades de renegociação do contrato, mediante, por exemplo, a distinção entre os vícios do contrato e os vícios de cada uma das adesões individuais,¹²⁶⁵ da possibilidade a adesão de novas partes, mediante aumento de capital ou substituição de um sócio,¹²⁶⁶ e pela atribuição de deveres ao sócio que o impedem de fazer concorrência à sociedade.¹²⁶⁷ Em todos esses casos preserva-se a organização decorrente do contrato de sociedade, assegurando-se que a alocação atual dos

¹²⁶² ASCARELLI, Tullio. **Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione**, p. 795-796; ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 290 e ss.

¹²⁶³ ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, por exemplo, nas p. 291-292, e p. 324 e 329 e ss.; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed. São Paulo: 2006, p. 42 e ss.

¹²⁶⁴ ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 291.

¹²⁶⁵ ASCARELLI, Tullio. **Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione**, p. 796.

¹²⁶⁶ ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 302.

¹²⁶⁷ ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 297, nota de rodapé 68.

ativos será mantida, de modo a, assim, evitar-se risco de apropriação oportunística da quase-renda ao subtrair-se dos sócios o poder de fazer ameaças críveis de desfazimento do contrato que possam impactar na organização.

A valoração normativa conduzida na tarefa de ordenação tipológica da realidade social da empresa atribui um maior valor à organização, que pressupõe *estabilidade e continuidade*, relaciona-se não apenas à necessidade de se tutelar os ativos específicos dos sócios, mas, também, da necessidade valorativamente afirmada de se tutelar os interesses de terceiros que entabulam relações com a sociedade.¹²⁶⁸

Em síntese, a disciplina jurídica dos contratos de organização, de que são expressivo exemplo os contratos de sociedade, é valorativamente elaborada a partir de uma ordenação tipológica da realidade que destaca o papel instrumental do contrato em relação à organização por ele possibilitada. Por esta razão, aliás, que esta mesma disciplina normativa autoriza a dissolução do contrato quando não for mais possível manter-se esta organização, a exemplo do que dispõe o art. 1.034, II, do Código Civil, e do que dispõe o art. 206, II, *b*, da Lei 6.404/76. Nestes casos, conforme ensina Carlos Zanini, há a possibilidade de se dissolver o contrato ante a impossibilidade de preenchimento de seu fim,¹²⁶⁹ consistente no exercício da atividade voltada à satisfação de interesses dos sócios pela distribuição de lucro e na proteção dos interesses dos *stakeholders* que se relacionam com a sociedade.¹²⁷⁰ Esta mesma noção pode ser descrita, com diversa terminologia mas idêntico sentido, em consonância com os postulados da Economia dos Custos de Transação. Nos casos em que os ativos alocados na organização possuem um valor atual inferior àquele que encontrariam em uma alocação alternativa, autoriza-se a resolução do contrato, retirando-se do empresário o poder de resolver a disputa contratual pelo *fiat*.

Esta função econômica dos contratos de organização, isto é, dos contratos que conduzem à integração vertical, também foi valorada no que respeita àqueles contratos que dão origem à formas híbridas, situadas entre empresas e mercados. É neste sentido que Rachel Sztajn sustenta que se deve atentar ao fato de que “os liames que essas relações criam entre as partes contratantes, em que o destino de uma delas é, ou pode ser, afetado por práticas de

¹²⁶⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**, p. 307; ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 307.

¹²⁶⁹ ZANINI, Carlos Klein. **A dissolução judicial da sociedade anônima**, p. 71 e ss.

¹²⁷⁰ Sobre a importância da tutela de terceiros que se relacionam com a sociedade, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**, p. 13-42.

qualquer das demais, tornam tais negócios similares aos contratos associativos.”¹²⁷¹ Conforme observou Charles Reich,

[a] principal riqueza do comerciante de automóveis é a franquia da montadora, que lhe concede direitos exclusivos de venda dentro de determinado território, o que consiste na sua garantia de faturamento. Seu prédio, estoque de automóveis, organização e seu *goodwill* pode ser menos valioso do que o contrato de franquia. O contrato de franquia representa o principal ativo para várias empresas: postos de gasolina, cadeias de restaurantes, motéis ou farmácias, e muitos outros, vendedores a varejo. Para a grande empresa, contratos, acordos comerciais e organizações podem ser os ativos mais valiosos. As relações da empresa siderúrgica com os produtores de carvão e ferro, montadoras de automóveis e companhias de construção podem valer muito mais do que todas as suas plantas industriais e equipamentos.¹²⁷²

Esta constatação orientou a valoração destas distintas realidades sociais, o que conduziu Charles Reich a afirmar precursoramente que estes contratos desempenham no contexto econômico do capitalismo contemporâneo o papel de uma *new property*¹²⁷³ e, por isto, a sua disciplina normativa deve ser não aquela de contratos de permuta em mercados, mas uma disciplina normativa que permita a estabilidade das organizações possibilitadas pelo contrato, à semelhança da disciplina normativa da propriedade.¹²⁷⁴ Nesse sentido, não será qualquer vicissitude por que passe o contrato ou um dos contratantes que autorizará a resolução do liame contratual, à medida que é valorada a importância do conjunto de relações sociais que estão a depender daquele contrato. Essa disciplina normativa coaduna-se valorativamente com a função econômica de economizar custos de transação relacionados à apropriação oportunística de quase-renda em eventual renegociação do contrato, e com a necessidade de se assegurar a manutenção do valor alcançado pela alocação atual de ativos específicos.

Da mesma forma, a ordenação tipológica daquelas realidades sociais formadas por contratos que não podem ser reconduzidos à noção de integração vertical ou de formas

¹²⁷¹ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**, p. 17-18.

¹²⁷² REICH, Charles A. The new property. **The Yale Law Journal**. 73, 5, 733-787, 1964, p. 738-739, tradução livre. Este artigo, descrito por Fred Shapiro como “one of the genuinely original breakthroughs in legal thought”, é o quarto artigo mais citado de todos os tempos no direito norte-americano. SHAPIRO, Fred R. The most cited law review articles revisited, p. 760.

¹²⁷³ REICH, Charles A. The new property, p. 738.

¹²⁷⁴ Nesse sentido, por exemplo, observa Paul Rubin que, nos contratos de franquia, “it is notable that the franchisor has almost complete control over the behavior of the franchisee - in fact, the relationship is almost that of a firm and an employee.” RUBIN, Paul H. The theory of the firm and the structure of the franchise contract, p. 225.

híbridas, mas que envolvem a utilização continuada de ativos específicos, é realizada mediante a valoração dos riscos de apropriação oportunística de quase-renda. O exemplo mais expressivo desta distinta valoração da realidade social pode ser encontrado no contrato de locação. A doutrina acerca do contrato de locação o descreve como um contrato bilateral¹²⁷⁵ e temporário.¹²⁷⁶ Portanto, de tempos em tempos, haverá a necessidade de se renegociar a manutenção do contrato, tanto nos casos em que for celebrado por prazo determinado, como nos casos em que, celebrado por prazo indeterminado, apresentam-se oportunidades para renegociação decorrentes da possibilidade de sua denúncia.

Em certos casos, porém, aquele que organiza uma empresa é titular de ativos específicos, cujo valor de alocação atual é altamente dependente da manutenção do vínculo locatício. Basta pensar-se no singelo exemplo em que o mobiliário sob medida que garante uma loja só tem o seu valor alcativo estritamente vinculado à sua utilização naquele imóvel locado. O risco de reduzir-se o valor destes ativos em razão da eventual necessidade de serem realocados alternativamente coloca o locador do imóvel na posição de poder apropriar-se oportunisticamente da quase-renda destes ativos específicos por ocasião da renegociação do contrato. Nestes casos, valora-se esta realidade social de modo a proteger-se o locatário dos riscos de dano contratual mediante a afirmação de uma disciplina normativa que assegura a manutenção do contrato pela sua renovação compulsória (art. 51 e ss., Lei 8.245/91). Esta observação, aliás, coaduna-se com a tradicional explicação de que a disciplina jurídica da manutenção do contrato de locação é elaborada para proteger-se o *ponto comercial*,¹²⁷⁷ de modo a conservar o *fundo de comércio* enquanto uma *propriedade comercial*.¹²⁷⁸ Note-se, ademais, que esta disciplina normativa não está adstrita àqueles contratos em que figura como locatário um empresário (no sentido restritivo da expressão relacionado à identificação do sujeito que se submete ao estatuto do empresário), mas a todos os contratos de locação não residencial que viabilizam a organização de ativos específicos, a exemplo de hospitais e sociedades de profissionais liberais (art. 51, § 4º, Lei 8.245/91).

A explicação para o poder do empresário de resolver disputas pelo *fiat* em razão dos direitos residuais de propriedade também é decorrente da função econômica de reduzir custos de transação. A distinção feita entre direitos residuais de propriedade e direitos contratuais deve ser, no entanto, compreendida a partir do direito tal qual ele é. Neste sentido, por direitos

¹²⁷⁵ Por todos, ver GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: 1996, p. 274 e ss.

¹²⁷⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 282.

¹²⁷⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** v. I, p. 209 e ss.

¹²⁷⁸ RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**, p. 208 e ss.

residuais de propriedade deve-se entender aqueles direitos que asseguram, de modo estável e contínuo, a utilização de ativos pelo empresário, incluindo-se, aí, os direitos exercidos a título de propriedade sobre coisas e, também, aqueles direitos decorrentes de contratos que, por conta da estabilidade assegurada por sua disciplina jurídica, acabam por constituir uma *new property*. É que a propriedade deixou de ser compreendida como a titularidade de um direito real e passou a ser gênero de titularidade sobre *bens*,¹²⁷⁹ que uma especial disciplina normativa assegura a estabilidade de sua utilização, pois nesta ordenação tipológica da realidade, conforme ensina Fábio Comparato, “[i]mporta, pois, distinguir a função econômica de uma coisa da função econômica da relação jurídica que tem essa coisa por objeto, ou a função econômica do negócio jurídico que estabelece essa relação.”¹²⁸⁰ Deste modo, a distingue-se a propriedade “que se exerce sob a forma de empresa da que consiste simplesmente no uso, gozo e disposição dos *bens de uso* e de *consumo*.”¹²⁸¹

A ordenação tipológica desta realidade conduz a uma concepção que não leva em consideração apenas a propriedade sobre ativos físicos¹²⁸² e, portanto, atribui valorativamente uma maior importância à assertiva de que os direitos residuais de propriedade são também aqueles decorrentes de “direitos e obrigações incorporados em contratos em curso na medida que estes são também transferidos com propriedade.”¹²⁸³ Vale dizer, as relações contratuais que asseguram a utilização de ativos por um sujeito com grande estabilidade, – sem o risco, portanto, de desfazimento da relação contratual, – à semelhança daquelas relações regidas por direitos reais de propriedade, devem ser incluídas no rol de relações que outorgam ao empresário o poder de coordenar a produção por meio da possibilidade que o sistema jurídico lhe assegura de privar alguns de seus contratantes da utilização deste conjunto de ativos. Com isso, diminui a importância da organização de coisas e, por conseguinte, confere-se maior destaque às funções econômicas das relações jurídicas que asseguram a utilização de bens.

¹²⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, p. 43-44. Neste sentido, conforme anota Pontes de Miranda, o direito de propriedade “é qualquer *direito patrimonial*. Não importa se há direito real sobre bem corpóreo (propriedade, usufruto, uso, habitação, hipoteca, penhor, anticrese) ou sobre bem incorpóreo (propriedade intelectual, seja artística, literária, ou científica, ou industrial, ou direito real limitado sobre bem incorpóreo), ou se não há, na espécie, direito real (*e.g.*, se se trata de crédito ou de pretensão, ou de ação, ou de exceção, somente pessoal).” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: 1987, p. 398.

¹²⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**, p. 30.

¹²⁸¹ GOMES, Orlando. **Relações entre o direito e a economia**, p. 14.

¹²⁸² HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1770.

¹²⁸³ HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1766, tradução livre.

Neste sentido, pode-se afirmar que tanto contratos como direitos de propriedade desempenham um importante papel na teoria econômica da firma.¹²⁸⁴

É a titularidade sobre o conjunto de relações jurídicas de propriedade, entendidas no sentido acima enunciado, que asseguram o poder do empresário de resolver *ex post* conflitos contratuais, à medida que pode privar um determinado contratante de alocar seu recurso naquela organização. Neste sentido, o dado teórico econômico confirma a hipótese segundo a qual a empresa é caracterizada pela polarização de um conjunto de relações jurídicas a um sujeito e, portanto, possui como objeto o conjunto de bens, cuja titularidade atribui a um sujeito o poder de resolver conflitos por meio do *fiat* e, portanto, possui por conteúdo o poder de gestão sobre este conjunto de bens. Neste sentido, autoriza-se a conclusão de que o conceito jurídico de empresa elaborado a partir do dado teórico econômico consiste em uma situação jurídica complexa.

As normas jurídicas que conformam esta situação jurídica complexa também desempenham a função econômica de reduzir custos de agência, entendidos como aqueles custos em que incorrem os indivíduos para solucionar conflitos de interesse caracterizados como problemas de agência. A função de economizar custos de agência é alcançada mediante a utilização de instituições jurídicas situadas numa determinada sociedade que solucionem mais eficientemente os problemas de agência.

Conquanto a teoria da empresa enquanto feixe de contratos questione a relevância de se estabelecer fronteiras entre empresas e mercados, ou até mesmo não possibilite traçar uma clara linha divisória entre contratos de mercado e contratos de empresa,¹²⁸⁵ é certo que a análise da firma conduzida por esta teoria recorre a diversos casos em que problemas de agência são solucionados por instituições jurídicas que são identificadas com a organização econômica da firma. Por esta razão, ao invés de questionar porque existem as firmas, a teoria da empresa enquanto feixe de contratos questiona porque são adotados determinados tipos de contrato.¹²⁸⁶ Pode-se, assim, afirmar que determinados custos de organização interna da empresa constituem custos de agência,¹²⁸⁷ que podem ser evitados por instituições jurídicas que possibilitam a formação e a manutenção da organização, marcada por peculiares regras

¹²⁸⁴ HOLDEN, Richard; MALANI, Anup. Contracts versus assets and the boundary of the firm. **SSRN eLibrary**. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1990550>> Acesso em: 20 de janeiro de 2012.

¹²⁸⁵ ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 274.

¹²⁸⁶ ARMOUR, J.; WHINCOP, M. J. The proprietary foundations of corporate law, p. 433.

¹²⁸⁷ ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 275.

contratuais. Nesse sentido, observa Fernando Araújo que “a ‘Teoria do Feixe de Contratos’ tem amplas virtualidades explicativas, já que através dela consegue abarcar-se um contínuo de situações de cooperação econômica assentes em elos contratuais de distintas intensidades, com diferentes graus de integração de factores.”¹²⁸⁸

Na teoria econômica, a expressão contrato assume significação diversa daquela que lhe é emprestada pelo direito,¹²⁸⁹ abarcando o conjunto de relações jurídicas formais e informais,¹²⁹⁰ decorrentes de contratos e da propriedade de ativos produtivos.¹²⁹¹ Por esta razão, muitas vezes a expressão é empregada em sentido metafórico,¹²⁹² para designar o complexo de relações que se estabelece entre investidores, administradores, credores e todo o conjunto de indivíduos que se relacionem com a firma.¹²⁹³ É neste sentido, aliás, que os trabalhos de análise econômica do direito, notadamente do *corporate law*,¹²⁹⁴ empregam a expressão contrato e identificam na *corporation* um contrato por excelência.¹²⁹⁵ Esta concepção é igualmente objeto de crítica na literatura jurídica, que observa não ser correta, do ponto de vista jurídico, a assertiva segundo a qual todas as relações da firma são relações contratuais.¹²⁹⁶ Portanto, o conceito de contrato utilizado pelos economistas, conquanto possa ser útil para as teorias econômicas, não é preciso do ponto de vista jurídico.¹²⁹⁷

1288

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 235-236.

1289

Nesse sentido, Oliver Hart observa que “lawyers’ and economists’ ideas of what constitutes a contract may differ. Economists tend to view contracts as relationships characterized by reciprocal expectations and behavior; lawyers consider the enforceable legal duties implicit in such relationships and look for formalization through the standard indicia of contract formation, such as offer and acceptance.” HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm, p. 1764, nota de rodapé 30. Em igual sentido, ver EISENBERG, Melvin Aron. The conception that the corporation is a nexus of contracts, and the dual nature of the firm, p. 822-823; ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 292 e ss.

1290

BAKER, George; GIBBONS, Robert; MURPHY, Kevin J. Relational contracts and the theory of the firm. **The Quarterly Journal of Economics**. 117, 1, 39-84, 2002, p. 39.

1291

ARMOUR, J.; WHINCOP, M. J. The proprietary foundations of corporate law, p. 431; ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 296.

1292

KLAUSNER, Michael. Corporations, corporate law, and networks of contracts. **Virginia Law Review**. 81, 3, 757-852, 1995, p. 759, nota de rodapé 4.

1293

KLAUSNER, Michael. Corporations, corporate law, and networks of contracts, p. 759; MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: 1998, p. 51.

1294

Neste sentido, por todos, ver EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. The corporate contract, *passim*.

1295

KLAUSNER, Michael. Corporations, corporate law, and networks of contracts, p. 758.

1296

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 235-236; ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm, p. 291-292; BRATTON, William W. Jr. Nexus of contracts corporation: a critical appraisal. **Cornell Law Review**. 74, 407-465, 1989.

1297

MASTEN, Scott E. A Legal Basis for the Firm. **Journal of Law, Economics & Organization**. 4, 1, 181-198, 1988, p. 184 e ss.; ORST, Eric W. Shirking and sharking: a

A convergência entre a teoria econômica da empresa enquanto feixe de contratos e o direito, no entanto, pode ser conduzida a partir da evidenciação da função econômica desempenhadas pelas diversas espécies de relações jurídicas conformadoras da empresa, de modo a, assim, elaborar-se uma taxonomia destas relações que se submeterão a uma semelhante disciplina normativa.¹²⁹⁸

É pela análise funcional da eficiência das instituições jurídicas em reduzir custos de agência que se pode explicar, por exemplo, o predomínio das sociedades por ações sobre as sociedades limitadas na tarefa de organização da grande empresa, a partir da compreensão das diferenças encontradas em instituições jurídicas sobre a limitação da responsabilidade dos sócios¹²⁹⁹ e, também, sobre a autonomia patrimonial das sociedades (*entity shielding*).¹³⁰⁰

No que respeita à limitação da responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade, pode-se dizer que ela desempenha, por diversas razões, as funções econômicas de reduzir custos de agência. Tendo em vista que entre sócios e administradores há uma relação de agência, sendo aqueles os principais, e estes, os agentes, apresenta-se a possibilidade de os administradores agirem no seu próprio interesse, em detrimento dos interesses dos sócios. Com efeito, os sócios terão um maior interesse em fiscalizar as ações do administrador, de modo a evitar que o conflito de agência se concretize.

O interesse em fiscalizar os atos da administração acentua-se naqueles casos em que o direito atribui aos sócios a responsabilidade pelas dívidas da sociedade geradas pela ação dos administradores. Assim, naquelas sociedades em que não há uma forte limitação da responsabilidade, verificada mediante a análise do direito tal qual ele é, haverá maior interesse dos sócios em fiscalizar a sociedade. Já naquelas sociedades em que há uma forte limitação da responsabilidade, os sócios terão menor interesse em fiscalizar a ação dos administradores.¹³⁰¹

Os custos incorridos pelos sócios para fiscalizar os administradores, como por exemplo contratar advogados e contadores, multiplicam-se à medida que mais sócios neles incorrem. Neste sentido, será mais eficiente se houver mecanismos centralizados pelos quais se incorrerá nestes custos apenas uma vez, de modo a que esta fiscalização aproveite a todos

legal theory of the firm, p. 292.

¹²⁹⁸ ARMOUR, J.; WHINCOP, M. J. The proprietary foundations of corporate law, p. 431-432.

¹²⁹⁹ EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited liability and the corporation. **The University of Chicago Law Review**. 52, 1, 89-117, 1985.

¹³⁰⁰ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. Law and the rise of the firm. **Harvard Law Review**. 119, 5, 1333-1403, 2006.

¹³⁰¹ EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited liability and the corporation, p. 94 e ss.

os sócios. No entanto, naqueles casos regidos por instituições que atribuam aos sócios responsabilidade pelas obrigações da sociedade, os sócios tenderão a adotar mecanismos individuais de fiscalização sobre os quais possuem maior controle, conduzindo, desse modo, a um acréscimo nos custos de agência.

Este raciocínio, relacionado às formas pelas quais distintas instituições jurídicas resolvem com distintos custos determinados problemas de agência, permite identificar porque razão as sociedades por ações constituem a instituição jurídica adotada para a organização capitalística da grande empresa, em detrimento das sociedades limitadas,¹³⁰² ao mesmo tempo que fornece uma explicação para a existência de dois sistemas exhibitórios da escrituração empresarial,¹³⁰³ um para as sociedades limitadas¹³⁰⁴ e outro para as sociedades por ações.¹³⁰⁵

Pela análise da instituição jurídica da autonomia patrimonial da sociedade, pode-se igualmente verificar como a não responsabilização da sociedade pelas dívidas dos sócios reduzem os custos de monitoração em que incorreriam os credores da sociedade em relação à solvabilidade dos sócios, para evitar que os acervo societário fosse comprometido por dívidas não relacionadas à atividade social.¹³⁰⁶ Quanto mais forte for a autonomia patrimonial, menores serão os custos de monitoração. Assim, enquanto que nas sociedades limitadas há

¹³⁰² Para uma completa análise do papel da limitação da responsabilidade enquanto instituição jurídica que reduz custos de agência, ver EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. *Limited liability and the corporation*, *passim*.

¹³⁰³ BULGARELLI, Waldírio. **Exibição judicial de livros das sociedades comerciais**, p. 174.

¹³⁰⁴ Nas sociedades limitadas, a limitação da responsabilidade dos sócios não é limitada ao valor do capital que subscreveu e integralizou, à medida que os sócios respondem subsidiária mas solidariamente pela parcela faltante à integralização do capital pelos demais sócios, mesmo quando já tenha integralizado a sua (art. 1.052, Código Civil). Ademais, no direito tal qual ele é, apresentam-se muitas situações nas quais, mediante a desconsideração da personalidade jurídica, atribui-se ao quotista a responsabilidade pelas dívidas sociais. Por esta razão é que nas sociedades limitadas, de regra, o sócio possui um amplo poder de fiscalização, mediante a possibilidade que tem de solicitar, a qualquer tempo, a exibição integral da escrituração da sociedade (art. 1.021, Código Civil).

¹³⁰⁵ Nas sociedades por ações, como o acionista responde pelas obrigações sociais apenas até o valor das ações subscritas ou adquiridas (art. 1º, Lei 6.404/76), há menores riscos de responder com seu patrimônio. Por isto, reduz-se o acesso dos sócios à escrituração (art. 105, Lei 6.404/76), ao mesmo tempo que são instituídos mecanismos concentrados de fiscalização, como o Conselho Fiscal (art. 163, Lei 6.404/76), em cujo rol de atribuições consta o dever de “fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários” e “examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar”, podendo, inclusive, contar com o auxílio de auditores independentes (art. 163, § 4º, Lei 6.404/76). Defendendo uma maior restrição à hipótese exhibitória do art. 105 da Lei 6.404/76, ver, por exemplo, BULGARELLI, Waldírio. **Exibição judicial de livros das sociedades comerciais**, p. 165.

¹³⁰⁶ Para uma completa análise das implicações das diferentes formas de *entity shielding*, ver HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. *Law and the rise of the firm*, *passim*.

uma autonomia patrimonial fraca, que apenas subordina o pagamento dos credores pessoais dos sócios ao pagamento dos credores sociais,¹³⁰⁷ sem que, no entanto, se evite a liquidação da quota;¹³⁰⁸ nas sociedades por ações, além da subordinação dos credores dos sócios aos credores da sociedade, há uma proteção contra a liquidação da quota, que causa um *lock-in* do valor investido de modo a proteger o *going concern* da empresa.¹³⁰⁹

A pluralidade de interesses juridicamente qualificados como relevantes em razão de envolverem problemas de agência e os seus respectivos custos, bem como a pluralidade de estruturas jurídicas que contribuem para a função de redução de custos de agência na organização empresarial, põem à plena luz a noção de que somente uma teoria jurídica da firma pode fornecer uma resposta adequada quanto à identificação de quais relações jurídicas, marcadas por quais características, são constitutivas da empresa enquanto feixe de contratos.¹³¹⁰ Nesse sentido, compete a uma teoria jurídica da firma demonstrar “como agência, contratos e propriedade atuam em conjunto.”¹³¹¹

Ao mesmo tempo, essa pluralidade de interesses que convergem à firma, aliada à diversidade de estruturas jurídicas que disciplinam estes interesses em conformidade com funções econômicas diversas, não permite que se ofereçam explicações reducionistas desta realidade social. O que se deve fazer, portanto, é elaborar uma teoria da empresa que permita, neste conjunto de relações, “*situar a conduta de alguém com relação à outra ou outras pessoas,*”¹³¹² outorgando-se a um determinados sujeitos um poder, enquanto a outros um comando.¹³¹³ Nesta tarefa, cumpre observar a própria complexidade das relações sociais

¹³⁰⁷ Conforme observou Ascarelli, “[a]final na constituição do patrimônio separado em consequência da constituição da sociedade há, quanto ao aspecto patrimonial, a constituição como que de um privilégio a favor daqueles que venham a ser credores da sociedade (nos confrontos dos credores particulares do sócio) quanto aos bens sociais, perdendo, de outro lado (ou conservando apenas subsidiariamente), os credores sociais, o direito de executar os bens particulares do sócio.” ASCARELLI, Tullio. **O contrato plurilateral**, p. 282, nota de rodapé 16.

¹³⁰⁸ CAVALLI, Cássio. **Sociedades limitadas: regime de circulação de quotas**. São Paulo: 2011, p. 101 e ss.

¹³⁰⁹ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. *Law and the rise of the firm*, p. 1348 e ss.

¹³¹⁰ ORST, Eric W. *Shirking and sharking: a legal theory of the firm*, p. 299.

¹³¹¹ ORST, Eric W. *Shirking and sharking: a legal theory of the firm*, p. 296, tradução livre.

¹³¹² LUDWIG, Marcos de Campos. *Situações jurídicas e relações jurídicas*. In: Püschel, Flávia Portella (Org.). **Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 269-285, p. 270.

¹³¹³ Neste sentido, registra Pietro Perlingieri que “[l]a situazione soggettiva esprime gli interessi qualificati dal complesso della normativa dovuto in base alla situazione soggettiva: permesso, se esercizio di una situazione attiva, dovuto, se esecuzione di una situazione passiva.” PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**. 6. ed. Napoli: 2007 p. 54.. Em

organizadas em empresa, valorando-as em congruência com finalidades normativas, até porque, conforme observa Marcos Ludwig, “as relações jurídicas que experimentamos e observamos na vida real (*Law in action*) normalmente oferecem uma complexidade maior do que à primeira vista deixam transparecer – e maior do que geralmente sugerem as obras didáticas no campo do direito.”¹³¹⁴ Neste sentido, pode-se entrever na empresa um *centro de interesses* que é valorado enquanto juridicamente relevante.¹³¹⁵ É a categoria jurídica da situação jurídica complexa que traduz esta noção, ao apresentar-se como a “unidade básica de configuração concreta do fenômeno jurídico que expressa todas as formas de sua revelação”.¹³¹⁶ Para tanto, cumpre reconhecer-se a situações “de acordo tanto com a natureza dos interesses envolvidos quanto com o tipo de eficácia que elas produzem”¹³¹⁷, mediante a identificação do titular de uma situação jurídica e com o exercício de uma situação jurídica.¹³¹⁸

A metáfora da empresa como um feixe de contratos em direito, por denotar a pluralidade de poderes e deveres que se originam e confluem para a situação de empresa, autorizam a resposta de que a empresa constitui uma situação jurídica complexa, que possui como objeto o conjunto de bens, e por conteúdo o poder-dever de gestão sobre este conjunto de bens. Com isso, obtém-se elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável a partir do dado teórico econômico.

igual sentido, ver, também, LUDWIG, Marcos de Campos. **Situações jurídicas e relações jurídicas**, p. 270.

¹³¹⁴ LUDWIG, Marcos de Campos. **Situações jurídicas e relações jurídicas**, p. 270.

¹³¹⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. **Situações jurídicas e relações jurídicas**, p. 273.

¹³¹⁶ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**, p. VII.

¹³¹⁷ LUDWIG, Marcos de Campos. **Situações jurídicas e relações jurídicas**, p. 270.

¹³¹⁸ LUDWIG, Marcos de Campos. **Situações jurídicas e relações jurídicas**, p. 270.

SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ALCANÇADAS

O objetivo desta tese consistiu em investigar a influência que dado teórico econômico exerce na elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável no direito comercial brasileiro contemporâneo. Este objetivo era relacionado tanto à verificação de como a utilização do dado teórico econômico dificultava a elaboração de um conceito jurídico de empresa, bem como à verificação de alternativas de manejo do dado teórico econômico que possibilitassem a elaboração de um conceito jurídico de empresa.

Por ser um trabalho de tese, cumpre demonstrar-se quais as suas contribuições originais, bem como as suas implicações para a elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável e para as relações entre direito e economia.

A tarefa interdisciplinar empreendida possibilitou a consecução dos objetivos desta tese, mediante a reimpostação metodológica das relações entre o direito e a economia, de modo a elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável. Para tanto, esta tese abordou o tema da empresa, do direito e da economia, na Parte I, a partir da teoria do *path dependence* para explicar as razões pelas quais não se obteve, no direito comercial brasileiro contemporâneo, elaborar um conceito jurídico de empresa; enquanto que, na Parte II, demonstrou a inadequação do modelo teórico neoclássico para a construção de um diálogo interdisciplinar com o direito comercial, e integrou o modelo teórico da Nova Economia Institucional na tradição jurídico-dogmática brasileira, mediante a construção de um diálogo interdisciplinar, com integração terminológica e transposição de conceitos da ciência econômica para a ciência jurídica, tendo por referência jurídica o modelo teórico do Funcionalismo Jurídico.

Com efeito, na Parte I, identificou que a estratégia de elaboração de um conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico econômico não é bem-sucedida por buscar na economia uma *estrutura* econômica vertida em um conceito econômico para servir de base para a elaboração de uma *estrutura* jurídica que desempenha a finalidade normativa de qualificar o empresário, de modo a, assim, delimitar-se o âmbito de aplicação do direito comercial. É que, conforme se demonstrou, na tarefa de elaboração da *fattispecie* do empresário, para identificar aquele que se submete ao estatuto do empresário, são irrelevantes

os característicos encontrados no conceito econômico de empresa, pois a *fattispecie* é elaborada mediante uma ordenação tipológica da realidade em congruência valorativa com finalidades normativas de excluir do âmbito de aplicação do direito comercial determinados profissionais que devem se submeter a uma deontologia profissional própria.

Ademais, pelo recurso à teoria do *path dependence*, demonstrou as razões históricas que condicionam a literatura jurídica na tarefa de enfrentamento do tema, permitindo, assim, que se desenvolvam estratégias capazes de superar o *path dependence* no que respeita à utilização do dado teórico econômico como ponto de partida para o enfrentamento do tema da empresa.

Na Parte II, divisou qual o modelo econômico que corresponde ao conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas, fornecendo explicação para as razões pelas quais não se obteve elaborar um conceito jurídico de empresa, ante a indiferença do modelo econômico neoclássico pelo direito e pela empresa. Também identificou novos modelos econômicos mais adequados a desempenhar a tarefa de auxiliar o direito na elaboração de um conceito de empresa que seja juridicamente relevante e operacionalizável. Neste sentido, forneceu alternativa às tradicionais abordagens que apresentam, lado a lado, os aspectos jurídicos e os aspectos econômicos da empresa, mas não fornecem um modelo teórico interdisciplinar capaz de efetivamente operacionalizar o diálogo entre direito e economia. Nesta tese, demonstrou-se que há uma natural proximidade entre as pressuposições teóricas da Nova Economia Institucional e do Funcionalismo Jurídico que possibilitam a elaboração de conceitos jurídicos a partir do manejo de conceitos econômicos. Ademais, a aproximação de pressuposições econômicas da Nova Economia Institucional com as pressuposições teóricas do Funcionalismo Jurídico também constitui construção original.

A perspectiva de abordagem interdisciplinar entre a Nova Economia Institucional e o Funcionalismo Jurídico construída nesta tese, para além de ter possibilitado enfrentar os problemas gerais e específicos que orientaram a pesquisa sobre a influência exercida pelo dado teórico econômico na elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável no direito comercial brasileiro contemporâneo, descortina novos horizontes de pesquisa, à medida que consubstancia um modelo teórico que pode ser utilizado para investigar inúmeros aspectos da organização econômica por instituições jurídicas próprias de mercados, de estruturas intermédias e de empresas, capazes de desvelar novos aspectos econômicos de instituições jurídicas encontradas no direito tal qual ele é. Neste sentido, esta tese fornece contribuição para o desenvolvimento da análise econômica do direito no Brasil.

As teses que resultaram dos testes das hipóteses são a seguir apresentadas.

Inicia-se a exposição das teses resultantes do teste das hipóteses situadas na Parte I deste trabalho.

Em primeiro lugar, o enfrentamento o tema da empresa a partir do questionamento da existência de um *path dependence* na finalidade normativa histórica da empresa, consistente em delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial mediante a qualificação de um sujeito, autoriza a tese de que foi corroborada a primeira hipótese explicativa, testada na Seção 1.1, segundo a qual prepondera na doutrina comercialista brasileira contemporânea a mesma finalidade normativa que se lhe atribuía em etapas passadas do desenvolvimento do direito comercial, pois verificou-se que:

(1.1.1) a finalidade normativa atribuída à empresa quando de seu surgimento legislativo na transição da fase subjetiva para a fase objetiva do direito comercial, relacionada à função de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial mediante a qualificação de um sujeito;

(1.1.2) esta finalidade normativa foi mantida na teorização posterior acerca do tema, tanto no final do século XIX como ao longo do século XX e no início do século XXI, no direito comercial brasileiro contemporâneo, a corroborar a hipótese de *path dependence* evolutivo na forma gradual;

(1.1.3) a manutenção do emprego do *método genético* de investigação do direito comercial, firmado pela Escola Histórica do Direito, ainda é utilizado no direito comercial brasileiro contemporâneo, que investiga o tema da empresa a partir da investigação das etapas e critérios de afirmação da especialidade histórica do direito comercial ante o direito civil, a corroborar a hipótese de *path dependence* evolutivo gradual;

(1.1.4) atualmente se correlaciona a etapa atual do direito comercial, a fase subjetiva moderna, à teoria da empresa, dando continuidade ao *path dependence* evolutivo cujas origens remontam há mais de um século;

(1.1.5) mesmo janelas de oportunidade, como as grandes recodificações do século XX e as profundas transformações da economia capitalista contemporânea, não foram aproveitadas para reimpostar-se a forma de enfrentamento do tema, a corroborar a hipótese de *path dependence* evolutivo na modalidade de equilíbrios pontuados;

(1.1.6) mesmo a teoria dos perfis da empresa, que importou em grande avanço para a dogmática jurídico-comercial, não foi suficiente para que se superasse o *path dependence*, à medida que, dentre os diversos perfis da empresa, o perfil subjetivo acabou por preponderar nas investigações doutrinárias que se lhe seguiram, também a corroborar a hipótese de *path dependence* evolutivo na modalidade de equilíbrios pontuados;

(1.1.7) pequenos eventos passados, como o nascimento da empresa enquanto uma insignificante espécie de ato de comércio, cuja finalidade normativa consistia em delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial, exercem uma influência imensa na teorização atual do tema da empresa, a corroborar a hipótese de *path dependence* por incremento de ganhos.

Em segundo lugar, o enfrentamento do problema da existência de um *path dependence* na forma pela qual os juristas apresentam o conceito econômico de empresa autoriza a tese de que foi corroborada a segunda hipótese explicativa, testada na Seção 1.2, de acordo com a qual o conceito econômico de empresa utilizado no direito comercial contemporâneo é estruturalmente idêntico àquele utilizado em etapas passadas do desenvolvimento do direito comercial brasileiro, pois verificou-se que:

(1.2.1) a teorização de Cesare Vivante e de seus contemporâneos italianos e brasileiros, realizada no final do século XIX, que atribuía à empresa uma reduzida importância no quadro teórico da teoria dos atos de comércio, descrevia a empresa como um *fenômeno econômico*, pertencente à *realidade dos fatos* econômicos, descrito por meio de um *conceito econômico antecedente à experiência jurídica*;

(1.2.2) a teorização de Alberto Asquini, realizada em meados do século XX, por ocasião da promulgação do *Codice Civile*, também descrevia a empresa como um *fenômeno econômico*, pertencente à *realidade dos fatos* econômicos, descrito por meio de um *conceito econômico, antecedente à experiência jurídica*;

(1.2.3) a literatura do direito comercial brasileiro contemporâneo continua a descrever a empresa como um *fenômeno econômico*, pertencente à *realidade dos fatos* econômicos, descrito por meio de um *conceito econômico, antecedente à experiência jurídica*, noções, estas, por vezes renovadas, mas de idêntico significado, por assertivas segundo a qual a empresa é um fenômeno *metajurídico*;

(1.2.4) há um *lock-in* em *path dependence* quanto a estas concepções pois, mesmo ante a constatação da incoerência existente entre a exaltação da empresa como realidade econômica e a carência de um adequado enquadramento jurídico, manteve-se a exaltação da

importância econômica da empresa como dado teórico econômico a partir do qual os juristas iniciam suas investigações. Neste sentido, verificou-se um *lock-in* em *path dependence* por incremento de ganhos, pela manutenção da utilização de um mesmo *input* teórico e pelo reforço de expectativas na comunidade jurídica quanto à importância do conceito econômico de empresa;

(1.2.5) o conceito econômico de empresa, tal qual elaborado pelos juristas, apresenta no direito comercial brasileiro contemporâneo idênticos contornos daquele conceito elaborado por Cesare Vivante no final do século XIX, quais sejam (a) organização dos fatores de produção; (b) pelo trabalho do empresário; (c) voltada à obtenção de um produto destinado à troca em mercado, isto é, voltado a satisfazer necessidades alheias (d) sob o risco do próprio empresário; (e) que colhe os resultados da sua atividade a título de lucro;

(1.2.6) as janelas de oportunidade, como as grandes recodificações do século XX e as profundas transformações da economia capitalista contemporânea, não foram aproveitadas para modificar-se o conceito econômico elaborado pelos juristas, a comprovar um *lock-in* em *path dependence* por incremento de ganhos, pela manutenção da utilização de um mesmo *input* teórico e pelo reforço de expectativas na comunidade jurídica quanto ao conteúdo do conceito econômico de empresa.

Em terceiro lugar, o enfrentamento do problema da existência de um *path dependence* nas estratégias adotadas pelo direito para lidar com o conceito econômico de empresa autoriza a tese de que foi corroborada a terceira hipótese explicativa, testada na Seção 2.1, que entrevia na estratégias de Cesare Vivante e Alberto Asquini semelhança consistente em manejar o conceito econômico a partir da finalidade normativa histórica, pois verificou-se que:

(2.1.1) as diferentes estratégias utilizadas pelos juristas para lidar com o conceito econômico de empresa, - a teoria de Cesare Vivante e a teoria de Alberto Asquini, em comum o *path dependence* segundo o qual ambas são construídas com base na finalidade normativa histórica de entrever na empresa o papel de qualificar o sujeito, de modo a delimitar-se o âmbito de aplicação do direito comercial;

(2.1.2) a assertiva de Alberto Asquini, segundo a qual a noção econômica de empresa não é imediatamente utilizável como noção jurídica, referia-se claramente, à incompatibilidade entre a *estrutura* econômica encontrada no conceito econômico neoclássico

de empresa e as *fattispecies* jurídicas que poderiam ser formuladas com base na estrutura jurídica;

(2.1.3) o sucesso da teoria de Alberto Asquini, no entanto, é devido ao fato de que os perfis da empresa correspondem a finalidades normativas, o que permitiu à literatura jurídica desenvolver o tema dos perfis da empresa, mesmo quando adotasse como ponto de partida das suas investigações o incompatível dado teórico econômico. Neste sentido, verificou-se como na tarefa de elaboração de um conceito jurídico de empresa a partir do conceito neoclássico, separou-se direito e economia, por ter atribuído excessivo valor à estrutura de descrição econômica da empresa, enquanto imperava, desapercibida, a finalidade normativa. Este fato demonstra que a finalidade normativa condiciona de tal modo a tarefa do jurista que, mesmo quando ela não é incorporada expressamente à argumentação jurídica, ela acaba por imperar;

(2.1.4) mesmo a estratégia elaborada por Alberto Asquini, que entrevia na empresa uma pluralidade de perfis, acabou por conferir maior peso ao perfil subjetivo, por conta do *path dependence* na finalidade normativa histórica de qualificar um sujeito de modo a delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial, ao mesmo tempo que diminuía a importância dos demais perfis, em razão da menor importância atribuída às finalidades normativas que orientaram as suas descrições, ao mesmo tempo que os subordinavam ao perfil subjetivo, consistente na norma de configuração do empresário.

Em quarto lugar, o enfrentamento do problema da adequação do conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas para integrar o conceito jurídico de empresário, de modo a submetê-lo às normas de direito comercial, autoriza a tese de que foi corroborada a quarta hipótese explicativa, testada na Seção 2.2, de acordo com a qual conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas não guarda congruência com o conceito jurídico de empresário e, portanto, não é relevante para delimitar-se o âmbito de aplicação do direito comercial pela qualificação de um sujeito, pois verificou-se que:

(2.2.1) o conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas não guarda congruência com o conceito jurídico de empresário e, portanto, não é relevante para delimitar-se o âmbito de aplicação do direito comercial pela qualificação de um sujeito;

(2.2.2) a noção econômica de atividade organizativo-diretiva não guarda congruência com a noção jurídica de atividade, que integra a *fattispecie* de empresário;

(2.2.3) a noção econômica de organização de fatores de produção não guarda congruência com a *fattispecie* de empresário, pois há sujeitos qualificados como empresários

que não organizam fatores de produção, bem como há sujeitos que não são juridicamente qualificados como empresário que organizam fatores de produção. Neste sentido, a noção econômica de organização de fatores de produção não auxilia a identificar quem é ou quem não é empresário no direito comercial brasileiro contemporâneo, exceto no que diz respeito à noção de elemento de empresa;

(2.2.4) a economicidade, entendida como lucro ou economicidade de gestão, não guarda congruência com a *fattispecie* de empresário, pois há hipóteses de sujeitos qualificados juridicamente como empresários que não visam lucro, bem como há diversos sujeitos que não são juridicamente qualificados como empresário, como os profissionais liberais regulamentados, que visam lucro ou observam o critério de economicidade de gestão;

(2.2.5) a produção ou circulação de bens ou serviços não constitui característica exclusiva dos empresários, pois há sujeitos não qualificados como empresários que também produzem ou circulam bens ou prestam serviços;

(2.2.6) o critério utilizado para distinguir-se juridicamente empresários de não empresário não guarda relação com o conceito econômico de empresa, mas é valorativamente elaborado em congruência com a sujeição dos profissionais liberais regulamentados a uma deontologia profissional própria.

O enfrentamento do primeiro problema geral de pesquisa relativo a razão pela qual o direito comercial brasileiro contemporâneo não obteve elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável, autoriza a tese de que foi corroborada a hipótese explicativa, testada ao longo das Seções integrantes da Parte I deste trabalho, pois verificou-se que:

(I.1) o direito comercial brasileiro contemporâneo não obteve elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável pois se encontra em uma situação de *lock-in* em *path dependence*. Esta situação é devida ao fato de que se continua a buscar adequar a *estrutura* econômica elaborada a partir do conceito econômico neoclássico de empresa à *fattispecie* de empresário, em conformidade com a *finalidade normativa* preponderantemente atribuída a empresa na evolução do direito comercial brasileiro, qual seja, qualificar um sujeito de modo a submetê-lo ao estatuto profissional do empresário, sem que, no entanto, se consiga formular um conceito jurídico de empresário que guarde congruência com o conceito econômico de empresa elaborado pela literatura jurídica.

As teses resultantes do teste das hipóteses situadas na Parte II deste trabalho são a seguir apresentadas.

Em primeiro lugar, o enfrentamento do problema da identificação do paradigma econômico correspondente ao conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas, autoriza a tese de que foi corroborada a quinta hipótese explicativa, testada na Seção 3.1, segundo a qual o conceito econômico de empresa adotado pela literatura jurídica corresponde àquele elaborado de acordo com o paradigma econômico preponderante nos últimos cem anos, pois verificou-se que:

(3.1.1) os juristas descrevem o conceito econômico de empresa como sendo a (a) organização dos fatores de produção; (b) pelo trabalho do empresário; (c) voltada à obtenção de um produto destinado à troca em mercado, isto é, voltado a satisfazer necessidades alheias (d) sob o risco do próprio empresário; (e) que colhe os resultados da sua atividade a título de lucro;

(3.1.2) a teoria econômica neoclássica é a teoria econômica preponderante se comparada com demais teorias econômicas. Em razão disso, mesmo que não houvesse endogenia na literatura jurídica nem viés de seleção na escolha de livros de economia por juristas, mesmo assim dificilmente os juristas obteriam escapar da compreensão neoclássica da empresa que a descreve como uma (a) organização dos fatores de produção; (b) pelo trabalho do empresário; (c) voltada à obtenção de um produto destinado à troca em mercado, isto é, voltado a satisfazer necessidades alheias (d) sob o risco do próprio empresário; (e) que colhe os resultados da sua atividade a título de lucro;

(3.1.3) para o conjunto de pressuposições da economia neoclássica a empresa é um indivíduo racional que, em razão dos sinais de preço enviados pelo mercado, determina a sua quantidade de produção em função do ganho marginal que obterá mediante a aquisição de mais uma unidade de insumo. Neste sentido, verificou-se que para a economia neoclássica a empresa é uma função de produção, que pode ser descrita como uma (a) organização dos fatores de produção; (b) pelo trabalho do empresário; (c) voltada à obtenção de um produto destinado à troca em mercado, isto é, voltado a satisfazer necessidades alheias (d) sob o risco do próprio empresário; (e) que colhe os resultados da sua atividade a título de lucro;

(3.1.4) as pressuposições da economia neoclássica não possibilitam uma descrição econômica da empresa, mas uma descrição de mercados nos quais a empresa é apenas um importante participante. Nesse modelo teórico, a empresa é uma caixa preta, explicada por

regras imanentes e universais dos ganhos de escala e das interdependências tecnológicas, onde não há espaço para considerações relacionadas ao sistema jurídico.

Em segundo lugar, o enfrentamento do problema de encontrar novos paradigmas, distintos do paradigma neoclássico, capazes de auxiliar os juristas na elaboração do conceito de empresa, autoriza a tese de que foi corroborada a sexta hipótese explicativa, testada na Seção 3.2, de acordo com a qual o paradigma da Nova Economia Institucional é capaz de auxiliar o jurista na elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável, pois verificou-se que:

(3.2.1) a Nova Economia Institucional, ao endereçar crítica às pressuposições da teoria econômica neoclássica, deu origem a uma nova teoria econômica da firma, capaz de auxiliar o jurista na tarefa de elaborar um conceito jurídico de empresa. Conquanto a literatura jurídica brasileira contemporânea tenha iniciado um diálogo com a Nova Economia Institucional para explicar a empresa, esta tese aprofunda este diálogo, explicitando não apenas as características desta escola do pensamento econômico, mas também incorporando expressamente as críticas que endereça à ortodoxia econômica e desenvolvendo novos aspectos da Nova Economia Institucional, como a abordagem dos direitos de propriedade e da necessidade de se economizar custos de agência. A incorporação das críticas à ortodoxia econômica, aliás, constitui a chave para que se possa superar a situação de *lock-in* em *path dependence* quanto à elaboração do conceito jurídico de empresa relevante e operacionalizável a partir do dado teórico econômico, à medida que demonstra qual o dado econômico, tomado em seu aspecto funcional, que se pode utilizar para elaborar o conceito jurídico;

(3.2.2) uma das funções desempenhadas pela firma consiste em economizar custos de transação que marcam as trocas em mercados, mediante a integração vertical. Nesse sentido, a firma consiste em um mecanismo de governança de contratos que atribui ao empresário o poder de resolver conflitos *ex post* por meio do *fiat*. A justificativa para a integração vertical consiste em evitar os riscos de apropriação oportunística da quase-renda de um ativo específico nos casos de renegociação de contratos em que há uma situação de *hold-up*;

(3.2.3) a Economia dos Custos de Transação não fornece um claro fundamento para o poder do empresário, pois não explica como a integração vertical transformará um fornecedor oportunístico em um subordinado obediente. Nesse sentido, a abordagem dos direitos de propriedade explica o poder do empresário com base na titularidade dos direitos residuais de propriedade sobre ativos físicos. Considerando-se que os contratos são

incompletos, em caso de desfazimento do contrato por ocasião de uma eventual renegociação, o proprietário dos ativos específicos terá o direito residual de propriedade sobre eles, privando o contratante de utilizá-los produtivamente. Daí o poder do empresário de resolver conflitos por meio do *fiat*, mediante a aquisição *ex ante* dos direitos de propriedade sobre ativos específicos;

(3.2.4) as teorias que entreveem na empresa um poder hierárquico foram objeto de críticas que originaram a teoria da empresa como *nexus of contracts*. A origem desta teoria remonta à noção de que a empresa atuará como monitor do trabalho em equipe, naqueles casos em que o aumento marginal de esforço de um participante não for proporcionalmente remunerado em mercado, por conta da dificuldade de se medir o ganho na produtividade total do aumento individual do esforço. Nesses casos, haverá um incentivo para os agentes econômicos buscarem um aumento de remuneração não pecuniária mediante esquiva ao trabalho, o que resultará num arranjo ineficiente do trabalho em equipe. Por esta razão, será mais eficiente contratar um monitor que seja responsável por medir e remunerar proporcionalmente o esforço individual de cada um dos integrantes da equipe, reservando-se para si os direitos residuais sobre o aumento de produtividade;

(3.2.5) a teoria da empresa enquanto mecanismo de monitoração do trabalho em equipe restringia sua análise às relações entre empregador e empregado, levando à crítica de que era muito restritiva. Por isso, propôs-se que todas os contratos coordenadas em empresas fossem objeto de análise pautada na teoria da agência. Em consonância com esta teoria, deve-se verificar nas relações em que se apresenta um conflito de agência entre um principal e um agente, quais são as perdas decorrentes desse conflito, e compará-las com os custos em que se incorre para evitá-las. Nessa análise, o sistema jurídico desempenha um papel fundamental, à medida que pode fornecer distintas instituições que conduzam à redução dos custos de agência de modo mais eficiente.

Em terceiro lugar, o enfrentamento do problema do modo pelo qual e por meio da utilização de quais pressupostos teóricos jurídicos pode-se fornecer as bases teóricas para o diálogo interdisciplinar entre o direito e a Nova Economia Institucional, autoriza a tese de que foi corroborada a sétima hipótese explicativa, testada na Seção 4.1, segundo a qual os pressupostos teóricos do Funcionalismo Jurídico podem viabilizar um verdadeiro diálogo interdisciplinar com os pressupostos da Nova Economia Institucional, de modo a operacionalizar juridicamente as funções econômicas da empresa, pois verificou-se que a Nova Economia Institucional e o Funcionalismo Jurídico:

(4.1.1) colocam em evidência as inter-relações entre estruturas jurídicas (instituições) e funções econômicas, isto é, defendem que direito e economia condicionam-se reciprocamente;

(4.1.2) reconhecem a necessidade de atuação de um *jurista-economista* na forma fraca, capaz fornecer uma análise descritiva das relações entre direito e economia, e não que pretenda aplicar normativamente o instrumental microeconômico ao direito;

(4.1.3) sustentam que sistema jurídico desempenha um papel fundamental no desenvolvimento econômico;

(4.1.4) defendem que o direito e a economia são situados no contexto histórico da cultura de um povo, não no mundo mecanicista da lógica. Nesse sentido, ambas postulam a necessidade de as pressuposições da teoria jurídica possuírem maior realismo;

(4.1.5) afirmam que o direito deve ser compreendido tal qual ele é, *law in action*, à medida que enfatizam a necessidade de se observar a real função econômica desempenhada pelas estruturas jurídicas, bem como os processos que podem ser comparativamente captados de transformação das estruturas jurídicas. Somente pela compreensão do *law in action* é que se pode verificar como diferentes estruturas desempenham diversas funções no tempo e no espaço e, em razão das novas exigências econômicas, reagem;

(4.1.6) assentam sobre uma análise institucional comparativa orientada a evidenciar a forma pela qual uma mesma estrutura jurídica é capaz de desempenhar distintas funções e, também, a forma pela qual distintas estruturas jurídicas são capazes de desempenhar uma mesma função. Portanto, a análise funcional debruça-se sobre uma relação meio-fim, vale dizer, quais os meios (*i.e.*, estruturas) possibilitam o atingimento de quais fins (*i.e.*, funções); e uma análise fim-meio, ou seja, como as funções econômicas influenciam na transformação das estruturas jurídicas;

(4.1.7) sustentam que a transformação das estruturas jurídicas é orientada por uma inércia, para assegurar heurísticamente previsibilidade e segurança;

(4.1.8) defendem que novas necessidade econômicas (e organizacionais) demandam uma necessária elasticidade das estruturas jurídicas;

(4.1.9) reconhecem a importância da manipulação da técnica contratual na tarefa de organizar a economia;

(4.1.10) propõem uma análise institucional comparativa entre institutos mais gerais e institutos mais específicos, de modo a verificar como eles podem atender a distintas necessidades econômicas.

Em quarto lugar, o enfrentamento do problema de afirmação de um possível significado jurídico da empresa, captado por um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável, a partir de um diálogo interdisciplinar entre o Funcionalismo Jurídico e a Nova Economia Institucional, que enfatize as relações entre as estruturas jurídicas e a funções econômicas dos institutos, autoriza a tese de que foi corroborada a oitava hipótese explicativa, testada na Seção 4.2, segundo a qual o conceito jurídico de empresa corresponde, em direito, a uma *fattispecie* caracterizada pela polarização de um conjunto de relações jurídicas a um sujeito e, ao mesmo tempo, a uma *regulae iuris* que sintetiza a disciplina normativa do poder de gestão sobre este conjunto de bens, de modo que a empresa consiste em uma situação jurídica complexa, pois verificou-se que:

(4.2.1) os conceitos jurídicos podem desempenhar o papel de identificação do âmbito de aplicação de uma norma (*i.e.*, uma *fattispecie*), ou para significar um resumo de uma determinada disciplina normativa (*i.e.*, uma *regulae iuris*). Na tarefa de adequar o direito a uma mutável realidade social, o intérprete realiza uma ordenação tipológica da realidade em congruência valorativa com uma disciplina normativa levando em consideração o papel desempenhado pelos conceitos;

(4.2.2) a elaboração de conceitos jurídicos pressupõe a superação das concepções formalistas do direito que conduzem ao irrealismo metodológico, marcado pelo distanciamento do direito em relação aos fatos sociais. Nesse sentido, vários fenômenos ocorridos ao longo do século XX conduziram à falência dos modelos formalistas de direito, como *big bang* legislativo, o reconhecimento de desigualdades materiais, que levaram a um novo feudalismo, o acobertamento de injustiças pelo manto da legalidade e a inexorável necessidade de interpretação de conceitos indeterminados;

(4.2.3) todos esses fenômenos conduzem à conclusão de que o direito é experiência culturalmente situada, de modo que toda interpretação é necessariamente criativa;

(4.2.4) essa nova metodologia, pautada por uma racionalidade argumentativa, já foi incorporada por diversos ramos do direito, mas ainda está por ser incorporada ao direito comercial, no que respeita à elaboração de um conceito de empresa;

(4.2.5) o direito deve se ajustar aos fatos sociais, contextualizados no mundo da cultura e da história. Nesse sentido, na elaboração de um conceito de empresa, não se deve seguir a vontade do legislador, mesmo quando este declara que observou o método da economia na positivação de conceitos jurídicos relacionados à empresa;

(4.2.6) os enunciados normativos que contêm conceitos que remetem a termos que também possam ser utilizados por outras ciências são, de regra, apropriados pelo direito, transformando-os em conceitos jurídicos. Com efeito, esta apropriação é feita mediante um diálogo interdisciplinar, conduzido a partir da ordenação tipológica da realidade descrita pelo conceito, mediante a valoração em congruência com fins normativos;

(4.2.7) a economia não possui um conceito de empresa, mas conceitos como os de custos de transação, especificidade de ativos, oportunismo, quase-renda, *hold up*, principal, agente, custos de agência, contratos e direitos de propriedade, todos relacionados a distintas formas de organização da atividade econômica;

(4.2.8) a integração dos conceitos econômicos importa que se observem as funções econômicas empresa de reduzir custos de transação e custos de agência, valoradas em congruência com uma finalidade normativa vertida em conceitos jurídicos, a um só tempo orientada pelas funções econômicas e delas orientadora, por meio de uma interpretação valorativa do fenômeno social da organização da atividade econômica. Nesse sentido, a integração interdisciplinar dos conceitos econômicos deve adequá-los a finalidades normativas, de modo a resultar em conceitos jurídicos relevantes e operacionalizáveis;

(4.2.9) a Nova Economia Institucional facilita a transposição de conceitos à medida que atribui a estruturas jurídicas, não a estruturas naturalísticas, o papel de desempenhar as funções econômicas da empresa de reduzir custos de transação e de agência;

(4.2.10) a integração interdisciplinar dos conceitos econômicos de custos de transação e de agência não necessariamente resulta em instituições jurídicas relacionadas a empresas, mas podem também aperfeiçoar instituições de mercado;

(4.2.11) a estrutura jurídica da empresa, conforme a descrição conduzida pela Nova Economia Institucional, contém uma pluralidade de elementos, como contratos, de execução continuada e de organização, e direitos de propriedade, todos sintetizados na metáfora da empresa enquanto contrato ou feixe de contratos;

(4.2.12) em direito, a metáfora contratual evidencia que a empresa é formada por diversas relações jurídicas que asseguram ao empresário o poder de gestão. Esta descrição

econômica da empresa encontra correspondente jurídico na categoria de situação jurídica complexa, que possui como objeto o conjunto de bens, e por conteúdo o poder-dever de gestão sobre este conjunto de bens.

Com efeito, o enfrentamento do segundo problema geral de pesquisa relativo à possibilidade de elaboração de um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico, autoriza a tese de que foi corroborada a hipótese explicativa, testada ao longo das Seções integrantes da Parte II deste trabalho, pois:

(II.1) o aprofundamento do diálogo interdisciplinar entre direito e economia possibilita elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável no direito comercial brasileiro contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Erneto Garzón; UUSITALO, Jyrki (Org.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17-35.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade: as empresas no direito**. Coimbra: Almedina. 1996.

ACKERMAN, Bruce A. Law, economics, and the problem of legal culture. **Duke Law Journal**, 1986, 6, p. 929-947. 1986.

ADLER, Michael; DUMAS, Bernard. The microeconomics of the firm in an open economy. **The American Economic Review**, 67, 1, p. 180-189. 1977.

AGHION, Raoul. Actes de commerce. In: AGHION, Raoul (Org.). **Petit dictionnaire de droit commercial**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1936, p. 5-6.

AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, 84, 3, p. 488-500. 1970.

ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. **The American Economic Review**, v. 62, n. 5, p. 777-795. 1972.

ALCHIAN, Armen A.; WOODWARD, Susan. Review: the firm is dead; long live the firm a review of Oliver E. Williamson's the economic institutions of capitalism. **Journal of Economic Literature**, 26, 1, p. 65-79. 1988.

ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, n. 119, p. 236-254, jul./set. 2000.

ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, 119, p. 236-254, jul./set. 2000.

ALPA, Guido. Interpretazione economica del diritto. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, 7-12, p. 205-229. 1981.

ANTUNES, José Engrácia. A transmissão da empresa e seu regime jurídico. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, n. 48, p. 39-85. 2008.

ANTUNES, José Pinto. **A produção sob o regime da empresa**. São Paulo: Saraiva. 1964.

AOKI, Masahiko. Horizontal vs. vertical information structure of the firm. **The American Economic Review**, 76, 5, p. 971-983. 1986.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina. 2008.

ARCHIBALD, George C. Theory of the firm. In: Durlauf, Steven N., Blume, Lawrence E. (Org.). **The new palgrave dictionary of economics**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008, p.

ARMOUR, J.; WHINCOP, M. J. The proprietary foundations of corporate law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 27, n. 3, p. 429-465. 2007.

ARMOUR, John; WHINCOP, Michael J. An economic analysis of shared property in partnership and close corporations law. **Journal of Corporation Law**, v. 26, p. 983-1000. 2000.

ARROW, Kenneth J. Methodological individualism and social knowledge. **The American Economic Review**, 84, 2, p. 1-9. 1994.

ARROW, Kenneth J.; DEBREU, Gerard. Existence of an equilibrium for a competitive economy. **Econometrica**, 22, 3, p. 265-290. 1954.

ASCARELLI, Tullio. Causalidade e abstração na duplicata. **Revista Forense**, 43, 108, p. 231-236, nov. 1946.

ASCARELLI, Tullio. Considerazioni in tema di società e personalità giuridica. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, 7-8, p. 246-270. 1954.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**. 3.ed. Milano: Giuffrè. 1962.

ASCARELLI, Tullio. Evolução e papel do direito comercial. In: ASCARELLI, Tullio (Org.). **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 11-52.

ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. **Revista Forense**, 149, p. 17-45. 1953.

ASCARELLI, Tullio. Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. In: ASCARELLI, Tullio (Org.). **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952, p. 55-78.

ASCARELLI, Tullio. A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação. In: Ascarelli, Tullio (Org.). **Problema das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 55-98.

ASCARELLI, Tullio. Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione. In: ASCARELLI, Tullio (Org.). **Problemi giuridici**. Milano: Giuffrè, v. II, 1959, p. 781-800.

ASCARELLI, Tullio. Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, n. 7-8, p. 301-315. 1956.

ASCARELLI, Tullio. Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, 5-6, p. 157-184. 1954.

ASCARELLI, Tullio. Norma giuridica e realtà sociale. In: (Org.). **Problemi giuridici**. Milano: Giuffrè, I, 1959, p. 69-111.

ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: Ascarelli, Tullio (Org.). **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945, p. 271-332.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil**, 114, p. 237-252, abr./jun. 1999.

ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: Ascarelli, Tullio (Org.). **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945, p. 99-175.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva. 1947.

ASCARELLI, Tullio. Prefazione agli studi di diritto comparato. In: MIGNOLI, Ariberto (Org.). **Lecture per un corso di diritto commerciale comparato**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 1-57.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva e Cia. 1945.

ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales**. Buenos Aires: EDIAR. 1947.

ASCARELLI, Tullio. **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè. 1952.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. São Paulo: Saraiva. 1943.

ASPROMOURGOS, Tony. 'Neoclassical'. In: Durlauf, Steven N., Blume, Lawrence E. (Org.). **The new palgrave dictionary of economics**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008, p.

ASQUINI, Alberto. Dal Codici di Commercio del 1865 al Libro del Lavoro del Codice Civile del 1942. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, 1-2, p. 1-8. 1967.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, 35, 104, p. 109-126. 1996.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, v. 41, n. 1, p. 1-20. 1943.

AUGIER, Mie; MARCH, James G., Orgs. **Models of a man essays in memory of Herbert A. Simon**. Cambridge: MIT Press. 2004.

AULETTA, Giuseppe G. Tullio Ascarelli. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, 5-6, p. 179-191. 1970.

BAKER, George; GIBBONS, Robert; MURPHY, Kevin J. Relational contracts and the theory of the firm. **The Quarterly Journal of Economics**, 117, 1, p. 39-84. 2002.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Max Limonad. 1969.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. A empresa e seus problemas atuais. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 311-329.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr. 2011.

BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomo. **A história do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. 2010. v. p.

BAUDRY, Bernard; CHASSAGNON, Virgile. The close relation between organization theory and Oliver Williamson's transaction cost economics: a theory of the firm perspective. **Journal of Institutional Economics**, v. 6, n. 4, p. 477-503. 2010.

BERLE, Adolf; Means, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. São Paulo: Abril Cultural. 1984.

BESLAY, M. François. **Des actes de commerce: commentaire théorique et pratique des articles 632 et 633 du Code de Commerce**. Paris: Cosse, Marchal et Cie. 1865.

BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio juridico**. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1959.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Campinas: Bookseller. 2006.

BLAUG, Mark. The classical economists and the factory acts - a re-examination. **The Quarterly Journal of Economics**, 72, 2, p. 211-226. 1958.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade - para uma teoria geral da política**. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000.

BOBBIO, Norberto. Trends in italian legal theory. **The American Journal of Comparative Law**, 8, 3, p. 329-340. 1959.

BOBBIO, Norberto. Tullio Ascarelli. In: BOBBIO, Norberto (Org.). **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007, p. 211-271.

BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**, XLI, 125, p. 48-57. 2002.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Sociedades simples e empresárias. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 26, n. 55, p. 201-220, jul./dez. 2003.

BOUDREAUX, Donald J.; HOLCOMBE, Randall G. The coasian and knightian theories of the firm. **Managerial and Decision Economics**, 10, 2, p. 147-154. 1989.

BRASIL. **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2005.

Brasil, Nippo. **Estaleiro pernambucano contrata soldados de kasseguis**: 2010. Disponível em: <<http://www.nippoBrasil.com.br/dekassegui/548.shtml>> Acesso em: 20/10/2011.

BRATTON Jr., William W. The new economic theory of the firm: critical perspectives from history. **Stanford Law Review**, 41, 6, p. 1471-1527. 1989.

BRATTON, William W. Jr. Nexus of contracts corporation: a critical appraisal. **Cornell Law Review**, 74, p. 407-465. 1989.

BULGARELLI, Waldírio. Exibição judicial de livros das sociedades comerciais. In: BULGARELLI, Waldírio (Org.). **Estudos e pareceres de direito empresarial (o direito das empresas)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 165-184.

BULGARELLI, Waldírio. Perspectivas da empresa perante o direito comercial. In: BULGARELLI, Waldírio (Org.). **Estudos e pareceres de direito empresarial (o direito das empresas)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 1-62.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 1997.

CALMON DE PASSOS, J. J. Processo e democracia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97.

CAMAROTTO, Murillo. **No nordeste, cortador de cana vira soldador**: 2010. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/809559/no-nordeste-cortador-de-cana-vira-soldador>> Acesso em: 20/10/2010.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe. 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva e Cia. 1942.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1945.

CASANOVA, Mario. **Impresa (in Generale)**. In: AZARA, Antonio, EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1957, p. 348-358.

CASANOVA, Mario. *Impresa privata ed impresa in generale*. In: (Org.). **Lo statuto dell'impresa**. Milano: Giuffrè, 1986, p. 79-97.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**. São Paulo: Saraiva. 1985.

CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a causalidade e a abstração na duplicata e a jurisprudência do STJ. **Revista Direito Empresarial**, n. 15, p. 211-232. 2011.

CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado. **Revista de Direito Privado**, v. 6, n. 22, p. 22-29. 2005.

CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Direito empresarial: direito societário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2011, p. 33-41.

CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado. **Revista de Direito Mercantil**, v. 44, p. 207-212. 2006.

CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 858, p. 30-47. 2007.

CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 35, p. 73-93. 2008.

CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Direito empresarial: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2011, p. 981-1005.

CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro. **Revista Jurídica**, v. 347, p. 45-64 2006.

CAVALLI, Cássio. **Direito comercial: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.

CAVALLI, Cássio. A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro. **Revista Jurídica**, v. 351, p. 11-20. 2007.

CAVALLI, Cássio. A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, 34, p. 31-40. 2007.

CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Direito empresarial: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2011, p. 465-513.

CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista Forense**, 386, p. 51-80, jul./ago. 2006.

CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**, 42, 131, p. 153-184, jul./set. 2003.

CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista da AJURIS**, 31, 93, p. 87-129, mar. 2004.

CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 828, p. p. 43-78. 2004.

CAVALLI, Cássio. Reflexões sobre direito e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 85-95.

CAVALLI, Cássio. Reflexões sobre empresa e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito. **Revista de Direito Mercantil**, v. 44, p. p. 250-256. 2006.

CAVALLI, Cássio. Reflexões sobre empresa e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito. **Revista Forense**, v. 379, p. p. 594-598. 2005.

CAVALLI, Cássio. **Sociedades limitadas: regime de circulação de quotas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

CAVALLI, Cássio. Transformações gerais no direito comercial - o direito da empresa no novo Código Civil. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito de empresa e contratos: estudo dos impactos do novo Código Civil**. Porto Alegre: IOB, 2004, p. 57-98.

CHANDLER JR., Alfred D. **The visible hand**. Cambridge: Belknap Press. 1977.

CHEUNG, Steven N. S. The contractual nature of the firm. **Journal of Law and Economics**, 26, 1, p. 1-21. 1983.

CHOI, Stephen J. Law, finance, and path dependence: developing strong securities markets. **Texas Law Review**, v. 80, p. 1657-1727. 2002.

CLARK, Robert Charles. The four stages of capitalism: reflections on investment management treatises. **Harvard Law Review**, v. 94, n. 3, p. 561-582. 1981.

CLARK, Robert Charles. The interdisciplinary study of legal evolution: its nature and purposes. **Yale Law Journal**, v. 90, n. 5, p. 1238-1274. 1981.

CLAVERO, Bartolomé. Historia, ciência, política del derecho. **Quaderni Fiorentini Per La Storia del Pensiero Giuridico**, 8, p. 5-58. 1979.

COASE, Ronald H. The institutional structure of production. **The American Economic Review**, 82, 4, p. 713-719. 1991.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, p. 386-405. 1937.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, 3, p. 1-44. 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

COMMONS, John R. The problem of correlating law, economics and ethics. **Wisconsin Law Review**, 8, 3-26, p. 1932.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, 732, p. 38-46, out. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: COMPARATO, Fábio Konder (Org.). **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 27-37.

COMPARATO, Fábio Konder. O direito brasileiro na visão de Tullio Ascarelli. **Revista de Direito Mercantil**, 38, p. 11-18. 1980.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: COMPARATO, Fábio Konder (Org.). **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3-26.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

CONCEIÇÃO, Octavio Augusto C. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? **Análise Econômica**, 18, 33, p. 25-45. 2000.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas S. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman. 2010.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm (Org.). **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial**. v. I. Coimbra: Almedina. 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis do. The legal order and economics. In: CURIEL, José Juis (Org.). **Filosofía del derecho y filosofía económica y política. Memoria del X Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social**. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, VII, 1982, p. 31-42.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de empresa no direito brasileiro. In: Wald, Arnaldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 89-106.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de empresa no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, 13, 37, p. 42-59, jul. 1986.

D'ALESSANDRO, Floriano. Recenti tendenze in tema di concetti giuridici. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, 1-2, p. 15-33. 1967.

DE LUCCA, Newton. Comentários aos artigos 1.º ao 6.º. In: DE LUCCA, Newton, SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 71-125.

DE LUCCA, Newton. A influência do pensamento de Tullio Ascarelli em matéria de títulos de crédito no Brasil. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, v. 9, n. 28, p. 77-83. 2005.

DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis, PROENÇA, José Marcelo Martins (Org.). **Tipos societários**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-78.

DE LUCCA, Newton, et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. 9. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

DEMSETZ, Harold. **The economics of the business firm: seven critical commentaries**. Cambridge: Cambridge University Press. 1997.

DEMSETZ, Harold. The structure of ownership and the theory of the firm. **Journal of Law and Economics**, 26, 2, p. 375-390. 1983.

DEMSETZ, Harold. The theory of the firm revisited. **Journal of Law, Economics, & Organization**, 4, 1, p. 141-161. 1988.

DÍAZ, José Ramón Cossío. **Derecho y análisis económico**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1997.

DILCHER, Gerhard. Dalla storia del diritto alla sociologia. Il confronto di Max Weber con la scuola storica del diritto **Scienza & Política. Per una storia delle dottrine**, 37, p. 95-115. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 8. São Paulo: Saraiva. 2008.

DONAHUE JR., Charles. Equity in the courts of merchants. **Legal History Review**, 72, 72, p. 1-35, mar. 2004.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**. São Paulo: Método. 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DYE, Alan. Avoiding holdup: asset specificity and technical change in the Cuban sugar industry, 1899-1929. **The Journal of Economic History**, 54, 3, p. 628-653. 1994.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. The corporate contract. **Columbia Law Review**, 89, 7, p. 1416-1448. 1989.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. **The economic structure of corporate law**. Cambridge: Harvard University Press. 1991.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited liability and the corporation. **The University of Chicago Law Review**, 52, 1, p. 89-117. 1985.

EGGERTSSON, Thráinn. **Economic behaviour and institutions**. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge. 1990.

EISENBERG, Melvin Aron. The conception that the corporation is a nexus of contracts, and the dual nature of the firm. **Journal of Corporation Law**, 24, p. 819-836. 1998-1999.

EISENBERG, Melvin Aron. The limits of cognition and the limits of contract. **Stanford Law Review**, 47, 2, p. 211-259. 1995.

EISFER, Edson. A função social da empresa e a Lei 11.101/05: capital x trabalho em crise? **Revista de Direito Empresarial**, n. 15, p. 135-152. 2011.

ENDERLE, Georges et alii. **Empresa**. In. Dicionário de ética econômica. São Leopoldo: Unisinos, 1997, p.

ESTRELLA, Hernani. A comercialização do direito civil. **Revista Forense**, 185, 675-676, p. 31-45, set./out. 1959.

FAMA, Eugene F.; JENSEN, Michael C. Agency problems and residual claims. **Journal of Law and Economics**, 26, 2, p. 327-349. 1983.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2005.

FELDER, Joseph. The profit-maximizing firm: old wine in new bottles. **The Journal of Economic Education**, 21, 2, p. 113-129. 1990.

FÉRES, Marcelo Viana. Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). **Direito de empresa no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37-69.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia. **Revista de Direito Mercantil**, 111, p. 45-51, jul./set. 1998.

FERREIRA, Waldemar Martins. Elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito comercial. **Revista Forense**, n. 158, p. 35-42, mar./abr. 1955.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. v. 1. São Paulo: Liv. Ed. Freitas Bastos. 1944.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de direito mercantil brasileiro**. v.1. 2. ed. São Paulo: Liv. Ed. Freitas Bastos. 1948.

FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**. 2. ed. 1. reimpressão Torino: UTET. 1971.

FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. **Código Civil comentado**. v. XI. São Paulo: Atlas. 2008.

FOSS, Nicolai J.; LANDO, Heinrik; THOMSEN, Steen. **The theory of the firm**. In: Bouckaert, Boudewijn, Geest, Gerrit De. Encyclopedia of law and economics: Edward Elgar, v. III, 2000, p. 631-658.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e. Parecer: sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização. **Revista de Direito Empresarial**, n. 15, p. 93-119. 2011.

FREGONI, Silvia. **Lupatech reforma diretoria-executiva**. Valor Econômico 01/09/2011. 2011. v. p.

FREITAS, Bernardo Vianna. Ensaio sobre a responsabilidade social corporativa como elemento da regra de julgamento de negócios. **Revista de Direito Empresarial**, n. 15, p. 13-38. 2011.

FRIEDMAN, Milton. The methodology of positive economics. In: MILTON, Friedman (Org.). **Essays in positive economics**. Chicago: The University of Chicago Press, 1962, p. 3-43.

GALBRAITH, John Kenneth. **A history of economics: the past as the present**. London: Pinguin Books. 1987.

GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. v. 3. 4. ed. Padova: CEDAM. 2004.

GALGANO, Francesco. Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio. **Contratto e impresa**, 17, 1, p. 189-205. 2000.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 12. ed. Padova: CEDAM. 2004.

GALGANO, Francesco. I rapporti di scambio nella società post-industriale. In: GALGANO, Francesco (Org.). **Il diritto privato futuro**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p. 61-72.

GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione**. 2.ed. Bologna: Zanichelli. 1999.

GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. 4.ed. Bologna: Il Mulino. 2001.

GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**. 2. ed. Bologna: Società Editrice il Mulino. 1980.

GALIZZI, Gustavo Oliva; CHAVES, Natália Cristina. O menor empresário. In: RODRIGUES, Frederico Viana. (coord.) (Org.). **Direito de empresa no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 71-93.

GHIDINI, Mario. **Disciplina giuridica dell'impresa**. Milano: Giuffrè. 1950.

- GIULIANI, Alessandro. **Giustizia ed ordine economico**. Milano: Giuffrè. 1997.
- GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**. Milano: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1913.
- GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: GOMES, Orlando (Org.). **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 40-50.
- GOMES, Orlando. A comercialização do direito civil. In: GOMES, Orlando, VARELA, Antunes (Org.). **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 61-70.
- GOMES, Orlando. A comercialização do direito civil. In: GOMES, Orlando (Org.). **Direito econômico e outros ensaios**. Salvador: Editora Distribuidora de Livros Salvador Ltda., 1975, p. 47-56.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996.
- GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. **Revista Forense**, 85, p., mar. 1941.
- GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 65, II, p. 423-437. 1989.
- GOMES, Orlando. O Código Civil e sua reforma. **Revista Forense**, 185, 675-676, p. 15-20, set./out. 1959.
- GOMES, Orlando. Relações entre o direito e a economia. In: GOMES, Orlando; VARELA, Antunes (Org.). **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.
- GOMES, Orlando. Sinais novos da crise do direito. In: Gomes, Orlando (Org.). **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial: apontamentos** Curitiba: Juruá. 1999.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.
- GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, n. 831, p. 147-161, jan. 2005.

GORNEAU, et al. **Projet de Code du Commerce**. Paris: L'Imprimerie de la République. 1801.

GRAF, Jorge Barrera. **Temas de derecho mercantil**. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. 1983.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros. 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 5.ed. Roma: Editori Laterza. 1999.

GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. **The Journal of Political Economy**, 94, 4, p. 691-719. 1986.

GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. Law and the rise of the firm. **Harvard Law Review**, 119, 5, p. 1333-1403. 2006.

HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**. Oxford: Oxford University Press. 1995.

HART, Oliver D. An economist's perspective on the theory of the firm. **Columbia Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1757-1774. 1989.

HART, Oliver D. Incomplete contracts and the theory of the firm. **Journal of Law, Economics & Organization**, v. 4, n. 1, p. 119-139. 1988.

HART, Oliver D.; MOORE, John. Foundations of incomplete contracts. **The Review of Economic Studies**, 66, 1, p. 115-138. 1999.

HART, Oliver D.; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. **Econometrica**, 56, 4, p. 755-785. 1988.

HART, Oliver D.; MOORE, John. Property rights and the nature of the firm. **The Journal of Political Economy**, v. 98, n. 6, p. 1119-1158. 1990.

HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system. **The Iowa Law Review**, v. 86, n. 2, p. 2001.

HOBBSAWN, Eric J. **A Era do capital, 1848-1875**. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1996.

HODGSON, Geoffrey M. The approach of institutional economics. **Journal of Economic Literature**, 36, 1, p. 166-192. 1998.

HOLDEN, Richard; MALANI, Anup. **Contracts versus assets and the boundary of the firm**. SSRN eLibrary. 2012. v. p.

HOLMES, Oliver Wendell The path of the law. **Harvard Law Review**, 110, 5, p. 991-1009. 1997.

HOLMSTROM, Bengt R.; TIROLE, Jean. The theory of the firm. In: Schmalensee, Richard, Willig, Robert (Org.). **Handbook of industrial organization**: Elsevier, 1989, p. 61-133.

HOLMSTRÖM, Bengt; ROBERTS, John. The boundaries of the firm revisited. **The Journal of Economic Perspectives**, 12, 4, p. 73-94. 1998.

HUNT, Lynn. The rhetoric of revolution in france. **History Workshop**, 15, p. 78-94. 1983.

JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa**. Milano: Giuffrè. 1985.

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale**. v. I. 4. ed. Milano: Giuffrè. 2000.

JOHNSEN, D. Bruce. The quasi-rent structure of corporate enterprise: a transaction cost theory. **Emory Law Journal**, 44, p. 1277-1356. 1995.

JOHNSTON, Jason Scott. The influence of the nature of the firm on the theory of corporate law. **Journal of Corporation Law**, v. 18, p. 213-244. 1993.

JOSKOW, Paul L. Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence. **Journal of Law, Economics, & Organization**, 4, 1, p. 95-117. 1988.

JOSKOW, Paul L. Vertical integration and long-term contracts: the case of coal-burning electric generating plants. **Journal of Law, Economics & Organization**, 1, 1, p. 33-80. 1985.

JOUSSE, Daniel; BÉCANE, V. **Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce, du mois de Mars 1673**. Poitiers: Mesdames Lorient, Éditeurs. 1828.

KAELBER, Lutz. Introduction - Max Weber's dissertation in the context of his early career and life. In: WEBER, Max (Org.). **The history of commercial partnerships in the middle ages**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003, p. 1-47.

KERR, Charles. The origin and development of the law merchant. **Virginia Law Review**, 15, 4, p. 350-367. 1929.

KESSLER, Friedrich; STERN, Richard H. Competition, contract, and vertical integration. **The Yale Law Journal**, 69, 1, p. 1-129. 1959.

KLAUSNER, Michael. Corporations, corporate law, and networks of contracts. **Virginia Law Review**, 81, 3, p. 757-852. 1995.

KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. **Journal of Law and Economics**, v. 21, 2, p. 297-326. 1978.

KLEIN, Peter G. **New institutional economics**. In: Bouckaert, Boudewijn, Geest, Gerrit De. *Encyclopedia of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, I, 2000, p. 456-489.

KOURY, Suzy Cavalcante. Empresa no novo código civil: conceituação e dicotomia entre sociedades simples e empresárias. **Revista de Direito Privado**, 22, p. 277-287, abr./jun. 2005.

LA TORRE, Massimo. **Theories of legal argumentation and concepts of law: an approximation**. San Domenico: European University Institute. 1998.

LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret. Vertical integration and firm boundaries: the evidence. **Journal of Economic Literature**, v. 45, n. 3, p. 629-685. 2007.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, 41, 128, p. 7-14, out./dez. 2002.

LEONHARD, Rudolph. Methods followed in germany by the Historical School of law. **Columbia Law Review**, 7, 8, p. 573-581. 1907.

LIBONATI, Berardino. **Diritto commerciale**. Milano: Giuffrè. 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Giudici legislatori? **Rivista di Diritto Processuale**, 34, p. 756-760. 1984.

LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. **Path dependence**. In: Bouckaert, Boudewijn, De Geest, Gerrit. Encyclopedia of law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, I, 2000, p. 981-998.

LIMPENS, Jean. L'unificazione del diritto civile e commerciale. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, n. 51, p. 417-433. 1953.

LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1993.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil**, 40, 125, p. 29-40, jan./mar. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. Situações jurídicas e relações jurídicas. In: Püschel, Flávia Portella (Org.). **Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 269-285.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. O Projeto de Código Civil e o direito comercial. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, 16, p. 136-160. 1999.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Unificação do Direito das Obrigações no Novo Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, 4, 20, p. 27-40, nov.-dez. 2002.

MACCORMICK, Neil. I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico. In: WEINBERGER, NEIL MacCORMICK e OTA (Org.). **Il diritto come istituzione**. Milano: Giuffrè, 1990, p. 257-279.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998.

MACHLUP, Fritz. Theories of the firm: marginalist, behavioral, managerial. **The American Economic Review**, 57, 1, p. 1-33. 1967.

The magician. The Economist. October 8th 2011. v. p.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

MANKIW, N. G. **Principles of microeconomics**. Thomson South-Western. 2007.

MANNE, Henry G. Our two corporation systems: law and economics. **Virginia Law Review**, 53, 2, p. 259-284. 1967.

MANTZAVINOS, C.; NORTH, Douglass C.; SHARIQ, Syed. Learning, institutions, and economic performance. **Perspectives on Politics**, 2, 1, p. 75-84, mar. 2004.

MARCONDES, Sylvio. Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil. In: MARCONDES, Sylvio (Org.). **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 1-29.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. v. V. 2 Rio de Janeiro: Forense. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2002.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991.

MARX, Karl. **El capital**. v. I. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica. 1995.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: L&PM. 2002.

MASKELL, Peter. The firm in economic geography. **Economic Geography**, 77, 4, p. 329-344. 2001.

MASTEN, Scott E. A Legal Basis for the Firm. **Journal of Law, Economics & Organization**, 4, 1, p. 181-198. 1988.

MASTEN, Scott E. The organization of production: evidence from the aerospace industry. **Journal of Law and Economics**, 27, 2, p. 403-417. 1984.

McNULTY, Paul J. Adam Smith's concept of labor. **Journal of the History of Ideas**, 34, 3, p. 345-366. 1973.

McNULTY, Paul J. On the nature and theory of economic organization: the role of the firm reconsidered. **History of political economy**, v. 16, n. 2, p. 233-253. 1984.

MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In: Jensen, Michael C. (Org.). **A theory of the firm**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 83-135.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e economia em Weber. **Revista DireitoGV**, v. 2, n. 2, p. 45-66. 2006.

MENDES, Octavio. **Direito comercial terrestre**. São Paulo: Saraiva. 1930.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**. New Jersey: Princeton University Press. 2006.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. v. 1. Buenos Aires: EJEA. 1954.

MIGNOLI, Ariberto. Contribuição de Tullio Ascarelli à doutrina das sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil**, 38, p. 37-46. 1980.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic theories of the firm: past, present, and future. **The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economique**, v. 21, n. 3, p. 444-458. 1988.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do direito comercial ao direito empresarial: formação histórica e tendências do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, 5, 17, p. 71-98, jan./mar. 2004.

MIRANDOLA, Carlos Maurício Sakata. Apontamentos para uma teoria geral da empresa: uma visão pragmática. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 94, p. 419-476. 1999.

MONTEVERDE, Kirk; TEECE, David J. Supplier switching costs and vertical integration in the automobile industry. **The Bell Journal of Economics**, 13, 1, p. 206-213. 1982.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento de empresa**. São Paulo: LTr. 1993.

MORCK, Randall; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Management ownership and market valuation: an empirical analysis. **Journal of Financial Economics**, v. 20, p. 293-315. 1988.

MOSSA, Lorenzo. **Derecho mercantil**. v. I. Buenos Aires: UTHEA. 1940.

NAGEL, Ernest. Assumptions in economic theory. **The American Economic Review**, 53, 2, p. 211-219. 1963.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. Neoclassical vs. evolutionary theories of economic growth: critique and prospectus. **The Economic Journal**, 84, 336, p. 886-905. 1974.

NICOLÒ, Rosario. Reflexões sobre o tema da empresa e sobre algumas exigências de uma moderna doutrina do direito civil. **Revista dos Tribunais**, 914, p. 159-182. 2011.

NICOLÒ, Rosario. Riflessioni sul tema dell'impresa. In: RODOTÀ, S. (Org.). **Il diritto privato nella società moderna**. Bologna: Il Mulino, 1971, p. 409-424.

NICOLÒ, Rosario. Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, v. 1, n. 5-6, p. 177-195. 1956.

Nobelprize.org. **Ronald H. Coase - autobiography**. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/coase-autobio.html> Acesso em: 6 Sep 2011.

Nobelprize.org. **Oliver E. Williamson - autobiography**. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson.html> Acesso em: 6 Sep 2011.

NORTH, Douglass C. Economic performance through time. **The American Economic Review**, 84, 3, p. 359-368. 1994.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. 23. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2006.

NYE, John. Institutions and the institutional environment. In: Brousseau, Éric, Glachant, Jean-Michel (Org.). **New institutional economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 67-80.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. Desenvolvimento da teoria da empresa - fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. **Revista de Direito Mercantil**, v. 35, n. 103, p. 33-39, jul./set. 1996.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. A empresa: uma realidade fática e jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, 36, 144, p. 111-135. 1999.

ORLANDO, Salustiano Orlando de Araujo Costa. **Código Commercial do Brazil**. 6. ed. Rio e São Paulo Laemmert & C. 1896.

ORST, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm. **Yale Law & Policy Review**, v. 16, p. 265-329. 1998.

PACHECO, José da Silva. Análise jurídica de conceitos básicos de direito empresarial. In: Wald, Arnoldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 157-172.

PAES, P. R. Tavares. **Curso de direito comercial**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

PANUCCIO, Vincenzo. **Impresa (dir. priv.)**. In: Enciclopedia del diritto: Giuffrè, XX, 1970, p. 562-627.

PASTERIS, Carlo. Diritto commerciale. In: (Org.). **Novissimo digesto italiano**. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 5, 1957, p. 813-819.

PEARSON, Heath. **Origins of law and economics: the economists' new science of law 1830-1930**. Cambridge: Cambridge University Press. 1997.

PENA, Gabriel. **Mercado naval bombando: indústria naval vive maior onda de investimentos em três décadas e precisa de 40.000 profissionais qualificados até 2013**: 2009. Disponível em: <<http://vocesa.abril.com.br/desenvolva-sua-carreira/materia/mercado-naval-bombando-497131.shtml>> Acesso em: 20/10/2010.

PENTEADO, Mauro R. Comentários ao art. 1º da Lei 11.101/05. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 87-103.

PEREIRA, Pedro Barbosa. **Curso de direito comercial**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**. 6. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane. 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 6. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2007.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. São Paulo: Prentice Hall. 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005.

PLATTEAU, Jean-Philippe. The causes of institutional inefficiency: a development perspective. In: BROUSSEAU, Éric, GLACHANT, Jean-Michel (Org.). **New institutional economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 443-462.

POMBO, Olga; LEVY, Teresa; GUIMARÃES, Henrique. **A interdisciplinaridade: reflexão e experiência**. Lisboa: Editora Texto. 1993.

PONT, Manuel Broseta. **Manual de derecho mercantil**. v. I. 11.ed. Madrid: Tecnos. 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 15. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1974.

PORTA, Rafael La, et al. Legal determinants of external finance. **The Journal of Finance**, v. 52, n. 3, p. 1131-1150. 1997.

PORTA, Rafael La, et al. Law and finance. **Journal of Political Economy**, v. 106, n. 6, p. 1113-1155. 1998.

PORTO, Antônio José Maristrello. The legal and financial system link: a case study from Brazil. **Journal of Legal Technology Risk Management**, v. 4, p. 40-55. 2009.

PORTO, Antônio José Maristrello. O direito e a economia do cadastro positivo. **Revista Direito Empresarial**, v. 14, p. 35-48. 2010.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. New York: Aspen Publishers. 2007.

POUND, Roscoe. **An introduction to the philosophy of law**. New Haven: Yale University Press. 1982.

RE 414.426, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Ellen Gracie. 1 de agosto de 2011. v. p.

RE 511.961, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Gilmar Mendes, m. v. 17 de junho de 2011. v. p.

REALE, Miguel. Considerações sobre o Anteprojeto de Código Civil. In: (Org.). s.l.: Departamento de Imprensa Nacional, 1972, p. 7-31.

REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. **Revista de Direito Mercantil**, 38, p. 75-85. 1980.

REHME, Paul. **História universal del derecho mercantil**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1941.

REICH, Charles A. The new property. **The Yale Law Journal**, 73, 5, p. 733-787. 1964.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. I. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

REQUIÃO, Rubens. Projeto de Código Civil - apreciação crítica sobre a Parte Geral e o Livro I (das obrigações). **Revista dos Tribunais**, 64, 477, p. 11-27, julho. 1975.

REQUIÃO, Rubens. Sociedades de objeto misto: civis e comerciais (critério para sua classificação). **Revista de Direito Mercantil**, 8, 1, p. 12-15, jan./mar. 1958.

RESCIGNO, Pietro. **Codice Civile**. Milano: Giuffrè. 1997.

RICARDO, David. **On the principles of political economy, and taxation**. London: John Murray. 1817.

RINDFLEISH, Aric; HEIDE, Jan B. Transaction cost analysis: past, present, and future applications. **The Journal of Marketing**, 61, 4, p. 30-54. 1997.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1947.

RIPERT, Georges. **Droit maritime**. t. 1. Paris: Librairie Arthur Rousseau Editeur. 1913.

RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**. São Paulo: Saraiva. 1937.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: Saraiva. 1931.

ROGRON, J.-A. **Code de Commerce expliqué par ses motifs et par des exemples.** Bruxelles: Chez H. Tarlier, Librairie. 1827.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina. 1988.

ROQUE, Sebastião José. **Teoria geral do direito comercial.** Rio de Janeiro: Forense. 1992.

RUBIN, Paul H. The theory of the firm and the structure of the franchise contract. **Journal of Law and Economics**, 21, 1, p. 223-233. 1978.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 2, p. 1-59. 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. **Economic Analysis of Law Review**, 2, 2, p. 404-428. 2011.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. **Revista de Direito Mercantil**, v. 39, n. 119, p. 94-108, jul./set. 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas.** 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**, 823, p. 67-86, mai. 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** São Paulo: Malheiros. 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal.** São Paulo: Malheiros. 1995.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Manual de direito comercial.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1972.

SCHMIDT, Karsten. **Derecho comercial.** Buenos Aires: Astrea. 1997.

SCHUMPETER, Joseph A. **Methodological individualism.** Bruxelles: Institutum Europaeum. 1980.

SENDIN, Paulo Melero. Art. 230, Código Comercial e a teoria jurídica da empresa mercantil (um primeiro apontamento). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. II, número especial, Estudos em homenagem ao prof. doutor Ferrer-Correia, p. 909-1064. 1989.

SERMENT, Henri. **Des actes réputés par la loi actes de commerce**. Genève: Imprimerie de P.-A. Bonnant. 1847.

SERRA, Catarina. **Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência**. Coimbra: Coimbra Editora. 1999.

SHAPIRO, Fred R. The most cited legal books published since 1978. **The Journal of Legal Studies**, v. 29, n. S1, p. 397-405. 2000.

SHAPIRO, Fred R. The most cited law review articles revisited. **Chicago-Kent Law Review**, v. 71, p. 751-779. 1996.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. A survey of corporate governance. **The Journal of Finance**, v. 52, n. 2, p. 737-783. 1997.

SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Teoria da empresa - um retorno ao critério subjectivo. In: Wald, Arnaldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 275-310.

SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Teoria da empresa - um retorno ao critério subjectivo. **Revista dos Tribunais**, v. 783, p. 16-41, jan. 2001.

SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: os centros comerciais como realidade juridicamente relevante**. Coimbra: Almedina. 1999.

SIMON, Herbert A. Bounded rationality. In: Durlauf, Steven N., Blume, Lawrence E. (Org.). **The new palgrave dictionary of economics**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008, p.

SIMON, Herbert A. Rationality in psychology and economics. **The Journal of Business**, 59, 4, p. S209-S224. 1986.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Indianapolis: LibertyClassics. 1981.

SMITS, Jan M. **Scotland as a mixed jurisdiction and the development of european private law: is there something to learn from evolutionary theory?** *Electronic Journal of Comparative Law*. 2003. v. v. 7. p.

SPERCEL, Thiago. A teoria da empresa no novo Código Civil - o fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. **Revista de Direito Mercantil**, v. 42, n. 130, p. 125-134, abr./jun. 2003.

SPINELLI, Luís Felipe. A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito. **Revista de Direito Mercantil**, v. 146, p. 165-187. 2007.

STIGLER, George J. Law or economics? **Journal of Law and Economics**, v. 35, n. 2, p. 455-468. 1992.

STIGLITZ, Joseph E. **Principles of microeconomics**. New York: W. W. Norton & Company, Inc. 1997.

SULLIVAN, Patricia. **Steve Jobs dies; Apple co-founder was 56**. *The Washington Post*. 2011. v. p.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas. 2004.

TADELIS, Steven. Complexity, flexibility, and the make-or-buy decision. **The American Economic Review**, 92, 2, p. 433-437. 2002.

TARREGA, Maria Cristina V. B. **Associações consorciais**. São Paulo: Manole. 2004.

TIMM, Luciano Benetti, Org. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlased. 2012.

TIMM, Luciano Benetti Org. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thompsoned. 2005.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Carlo Rosito da. Aspectos legais do associativismo: uma abordagem jurídica do programa redes de cooperação de empresas do governo do estado do Rio Grande do Sul. In: VERSCHOORE, Jorge Renato de Souza (Org.). **Redes de Cooperação: uma Nova Organização de Pequenas e Médias Empresas no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: FEE, 2004, p. 89-107.

TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**. São Paulo: LTr. 2007.

TOMASETTI JR., Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. **Revista de Direito Mercantil**, 126, p. 123-127, abr./jun. 2002.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, 810, p., abr. 2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003.

TRAKMAN, Leon E. **The law merchant: the evolution of commercial law**. Colorado: Fred B. Rothman & Co. 1983.

TRENTINI, Flávia. O novo conceito de empresa. **Revista dos Tribunais**, 92, 813, p. 11-25, jul. 2003.

ULEN, Thomas S. The coasean firm in law and economics. **Journal of Corporate Law**, v. 18, p. 301-331. 1993.

UOL. **Estaleiros estão à caça de mão-de-obra**: 2005. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/aprendiz/guiadeempregos/primeiro/info/artigos_080705b.htm> Acesso em: 20/10/2010.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith H. (org.) (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 730-762.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. v. I. São Paulo: Malheiros. 2004.

VERSCHORE, Jorge Renato S. **Redes de cooperação: uma nova organização de pequenas e médias empresas no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: FEEE. 2004.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. Lisboa: A.M.Teixeira. 1910.

VIVANTE, Cesare. **Tratado de derecho mercantil**. v. I. Madrid: Editorial REUS. 1932.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. v. I. 4. ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. 1911.

VRIES, Jan De. The industrial revolution and the industrious revolution. **The Journal of Economic History**, 54, 2, p. 249-270. 1994.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil (arts. 966 a 1.195)**. XIV. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

WALD, Arnaldo. Direito comercial - I. In: (Org.). **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 25, 1977, p. 442-455.

WALD, Arnaldo. Novas perspectivas da empresa - (vistas por um advogado). In: Wald, Arnaldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 39-50.

WALD, Arnaldo. O advogado e as transformações da empresa. In: Wald, Arnaldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 51-54.

WALD, Arnaldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. **Revista de Direito Mercantil**, 98, p. 51-57, abr./jun. 1995.

WALD, Arnaldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. In: Wald, Arnaldo (Org.). **Direito da empresa: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, I, 2011, p. 29-37.

WALD, Arnaldo. A teoria da moeda de Tullio Ascarelli e suas repercussões no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, 38, p. 47-59. 1980.

WALLIS, John Joseph; NORTH, Douglass C. Should transaction costs be subtracted from gross national product. **Journal of Economic History**, 48, 3, p. 651-654. 1988.

WEBER, Max. **The history of commercial partnerships in the middle ages**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2003.

WHITMAN, James. Commercial law and the american volk: a note on Llewellyn's german sources for the Uniform Commercial Code. **The Yale Law Journal**, 97, 1, p. 156-175. 1987.

WIEACKER, Franz. **Diritto privato e società industriale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2001.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbekian. 1993.

WILLIAMSON, Oliver E. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, 36, 2, p. 269-296. 1991.

WILLIAMSON, Oliver E. Corporate finance and corporate governance. **The Journal of Finance**, 43, 3, p. 567-591. 1988.

WILLIAMSON, Oliver E. Corporate governance. **The Yale Law Journal**, 93, 7, p. 1197-1230. 1984.

WILLIAMSON, Oliver E. Credible commitments: using hostages to support exchange. **The American Economic Review**, 73, 4, p. 519-540. 1983.

WILLIAMSON, Oliver E. Dominant firms and the monopoly problem: market failure considerations. **Harvard Law Review**, 85, 8, p. 1512-1531. 1972.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press. 1985.

WILLIAMSON, Oliver E. Economic institutions: spontaneous and intentional governance. **Journal of Law, Economics, & Organization**, 7, p. 159-187. 1991.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of antitrust: transaction cost considerations. **University of Pennsylvania Law Review**, 122, 6, p. 1439-1496. 1974.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach. **The American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, p. 548-577. 1981.

WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations. **The American Economic Review**, 63, 2, p. 316-325. 1973.

WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press. 1996.

WILLIAMSON, Oliver E. The modern corporation: origins, evolution, attributes. **Journal of Economic Literature**, 19, 4, p. 1537-1568. 1981.

WILLIAMSON, Oliver E. The new institutional economics: taking stock, looking ahead. **Journal of Economic Literature**, v. XXXVIII, p. 595–613, September. 2000.

WILLIAMSON, Oliver E. Por que direito, economia e organizações? In: Zylbersztajn, Decio, Sztajn, Rachel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 16-59.

WILLIAMSON, Oliver E. Pragmatic methodology: a sketch, with applications to transaction cost economics. **Journal of Economic Methodology**, 16, 2, p. 145-157. 2009.

WILLIAMSON, Oliver E. Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective. In: CARROL, Glenn R., TEECE, David J. (Org.). **Firms, markets and hierarquies: the transaction cost economics perspective**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 197-234.

WILLIAMSON, Oliver E. Revisiting legal realism: the law, economics, and organization perspective. **Industrial and Corporate Change**, 5, 2, p. 383-420. 1996.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, 22, 2, p. 233-261, oct. 1979.

WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations. **The American Economic Review**, 61, 2, p. 112-123. 1971.

WILLIAMSON, Oliver E. Visible and invisible governance. **The American Economic Review**, 84, 2, p. 323-326. 1994.

WILLIAMSON, Oliver E. Why law, economics, and organization? **Annual Review Law and Social Science**, v. 1, p. 369-396. 2005.

WINTER JR., Sidney G. Economic "natural selection" and the theory of the firm. **Yale Economic Essays**, 4, 1, p. 224-272. 1964.

WINTER, Sidney G. On Coase, competence, and the corporation. **Journal of Law, Economics, & Organization**, 4, 1, p. 163-180. 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi. 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino. 1988.

ZAHARIADIS, Nikolaos. Asset specificity and state subsidies in industrialized countries. **International Studies Quarterly**, 45, 4, p. 603-616. 2001.

ZANINI, Carlos Klein. **A dissolução judicial da sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

ZUNINO, Jorge O. **Fondo de comercio: régimen legal de su transferencia**. Buenos Aires: Astrea. 1993.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, Orgs. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elseviered. 2005.