



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Vinicius Figueiredo Chaves

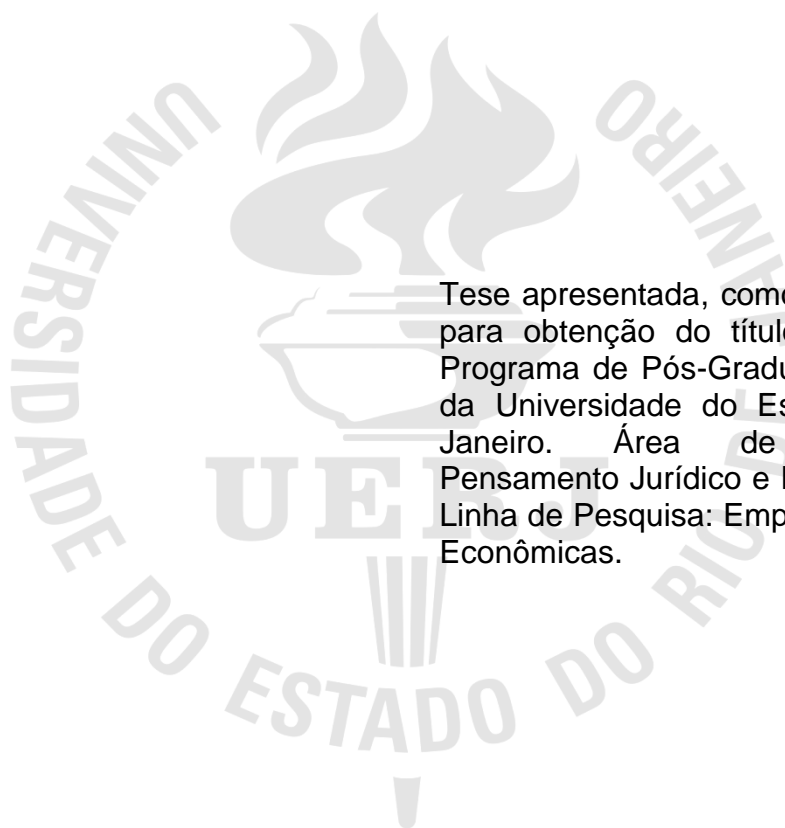
**Revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa
predominante no Direito Comercial brasileiro**

Rio de Janeiro

2017

Vinicius Figueiredo Chaves

**Revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no
Direito Comercial brasileiro**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo da Silva Sant'Anna.

Coorientador: Prof. Dr. Maurício Moreira Mendonça de Menezes.

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C512 Chaves, Vinicius Figueiredo.

Revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro / Vinicius Figueiredo Chaves. - 2017.

295 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo da Silva Sant'Anna.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito Comercial - Teses. 2. Direito empresarial – Teses. 3. Direito econômico – Teses. I. Sant'Anna, Leonardo da Silva. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Vinicius Figueiredo Chaves

**Revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no
Direito Comercial brasileiro**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Aprovada em 14 de Junho de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Leonardo da Silva Sant'Anna (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Enzo Baiocchi
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dra. Márcia Bataglin Dalcastel
Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Nílton César da Silva Flores
Universidade Estácio de Sá

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

À Roberta, ao Lucas e ao Davi.
Aos meus pais, Ruy e Sueli.

AGRADECIMENTOS

Ao término desta prazerosa e rica jornada de doutoramento em Direito (linha de pesquisa em Empresa e Atividades Econômicas), devo os mais sinceros e especiais agradecimentos a uma série de instituições e pessoas. São elas:

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Casa de dignidade e de saber. Espero respeitar suas tradições, sua história e seus valores, honrando-a como discípulo, sempre.

Capes, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (MEC/Brasil), pela bolsa de doutorado concedida ao longo do curso, ajuda financeira que contribuiu para possibilitar uma maior dedicação aos estudos e pesquisas, assim como para viabilizar a minha participação em eventos acadêmicos locais, regionais, nacionais e internacionais, todos essenciais para aprofundamento do aprendizado e para trocas de experiências com pós-graduandos e professores de diversos programas de mestrado e de doutorado.

Prof. Dr. Maurício Moreira Mendonça de Menezes, pelas sempre oportunas intervenções e críticas construtivas formuladas ao longo da construção desta tese, assim como pelo rotineiro respeito demonstrado às minhas opções de pesquisa e posições pessoais.

Prof. Dr. Leonardo da Silva Sant'Anna, por toda a amizade e incentivo ao longo do curso, pela permanente injeção de confiança e estímulo (fundamentais para as minhas aprovações nos concursos públicos para professor do magistério federal, na UFF e na UFRJ), bem como pelas parcerias acadêmicas que resultaram em diversas publicações em coautoria, que tanto me honraram.

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, por ensinar que o aprofundamento teórico e a riqueza de detalhes fazem toda a diferença e, da mesma forma, pelas parcerias acadêmicas que resultaram em publicações em coautoria, que igualmente me honraram muito.

Prof. Dr. Calixto Salomão Filho, cuja obra constitui o principal referencial teórico-metodológico desta tese. Sem me conhecer pessoalmente, sem sequer ter ouvido falar em meu nome, o professor respondeu com entusiasmo um e-mail que lhe encaminhei, tendo me convidado e me recebido gentilmente em seu escritório. Na

sequência, por inúmeras vezes, auxiliou-me com apontamentos claros e precisos no que diz respeito à compreensão do Direito como um instrumento de transformações econômicas e sociais, baseado numa teoria jurídica do conhecimento (econômico e social) em que o novo estruturalismo descortina-se como uma interessante alternativa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo (ainda hoje, tão influenciado pelos determinismos econômicos).

Prof. Dr. Nílton César da Silva Flores, meu orientador nos tempos do mestrado, desde então amigo, que tanto contribuiu (e ainda contribui) para a minha formação acadêmica desde a iniciação científica até os dias atuais.

Meus colegas, mestrandos e doutorandos da linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas, companheiros mais próximos nesta jornada repleta de trocas de experiências e aprofundamento teórico sobre este instigante, desafiador e apaixonante campo do conhecimento, o Direito Comercial.

Mestrandos e doutorandos das outras linhas de pesquisa, companheiros em disciplinas comuns às duas áreas de concentração do PPGDIR, que tanto me ajudaram a compreender a necessidade de efetivação de um diálogo mais amplo e permanente entre os ramos do Direito, assim como entre o Direito e outros campos do conhecimento.

Universidade Cândido Mendes, Fundação Getúlio Vargas e Universidade Estácio, instituições onde cursei, respectivamente, graduação, pós-graduação e mestrado. Todas estas diferentes Escolas, ao lado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, fizeram de mim o que sou hoje: professor, mas sempre aluno e aprendiz.

Sônia Leitão, exemplo de competência, dedicação e gentileza à frente da secretaria do PPGDIR da UERJ.

Marilena e Eloísa, queridas bibliotecárias da Comissão de Valores Mobiliários, iguais em competência, dedicação e gentileza, por sua imensa e valiosa atenção e ajuda por ocasião de minhas constantes visitas ao longo dos últimos anos.

Autores e autoras, clássicos e contemporâneos, nacionais e estrangeiros, que, antes de mim, escreveram sobre a empresa e/ou sobre os demais temas aprofundados ou simplesmente referenciados nesta tese.

A todas e a todos o meu agradecimento, respeito e admiração.

RESUMO

CHAVES, Vinicius Figueiredo. **Revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial Brasileiro**. 2017. 295 f. Tese (Doutorado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O objetivo geral desta tese consistiu em apresentar, a partir de uma perspectiva crítico-estruturalista, uma proposta de noção jurídica de empresa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo. A motivação central da pesquisa deu-se em torno da seguinte indagação específica: a transposição ou adaptação de lições provenientes da Economia, ou de dados de natureza econômica, isoladamente considerados, constitui uma metodologia apropriada para a captação de um conhecimento pertinente acerca da empresa, apto a subsidiar a construção de uma noção jurídica adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo? A fim de analisar esta questão, realizou-se pesquisa de cunho qualitativo, baseada nas técnicas de revisão bibliográfica e documental e no método de análise de conteúdo. Partiu-se da apresentação e do questionamento das visões jurídicas que se mostram como predominantes na realidade brasileira atual, presentes nos termos dispostos no Código Civil de 2002 (e, igualmente, nos Projetos de Novo Código Comercial em tramitação) e suas interpretações, assim como em novas perspectivas teóricas existentes na doutrina comercialista, apresentadas recentemente como alternativas à sistemática legal vigente. Defendeu-se que tais posições constituem, em sua maioria, novas tentativas de explicação econômica da empresa, como base para a construção de seu sentido jurídico. Com o avançar da investigação, compreendeu-se a necessidade de ratificação de uma ideia disseminada na doutrina de que a empresa consiste num fenômeno complexo. Contudo, entendeu-se que a sua complexidade decorre não da existência de inúmeras teorias que procuram explicá-la, mas sim, contrariamente à orientação doutrinária prevalecente, no fato de que a empresa não se encerra unicamente nos aspectos econômicos. Esta verificação conduziu às seguintes constatações: i) da simultânea importância e insuficiência dos dados e elementos de natureza econômica para o deslindar da empresarialidade (maneira como a empresa se projeta no Direito); ii) da necessidade de se repensar a noção jurídica de empresa de acordo com pressupostos distintos, contextualizada diante de uma realidade e espaço-tempo determinados (o Direito Comercial brasileiro contemporâneo) e com foco numa discussão mais ampla a respeito dos interesses que gravitam em torno da atividade econômica. Como fio condutor destas reflexões, adotou-se o referencial teórico-metodológico do estruturalismo jurídico, a partir das concepções de Emílio Suñé Llinás e Calixto Salomão Filho. Repensar a noção jurídica de empresa desde esta perspectiva implicou em não reduzir a compreensão do instituto a uma racionalidade eminentemente formal de caráter econômico, propugnando-se por bases de apreciação mais amplas. Apoiado nestes pressupostos, elaborou-se uma análise simultaneamente crítica (contrária aos determinismos econômicos e à funcionalização eminentemente econômica do Direito e da empresa) e propositiva (oferecimento das bases de uma proposta de revisão estruturalista da noção jurídica de empresa). Esta visão pautou-se na concepção de Direito como

instrumento de transformações econômicas e sociais, que projeta uma peculiar compreensão para o Direito Comercial no sentido de romper com a tradição de sua vinculação à estrita proteção dos interesses exclusivos privatistas daqueles que ostentam o domínio sobre os bens de produção.

Palavras-chave: Empresa. Teorias econômicas da empresa. Teorias jurídicas da empresa. Estruturalismo jurídico. Revisão crítico-estruturalista.

ABSTRACT

CHAVES, Vinicius Figueiredo. **Critical-structuralist review of legal notion of firm dominant in the Brazilian Commercial Law**. 2017. 295 f. Tese (Doutorado em Empresa e Atividades Econômicas) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The main propose of this thesis consists in the presentation of a legal notion of firm for the contemporary brazilian Commercial Law, from a critical-structuralist perspective. The central motivation of this research is: the transposition or adaptation of economic lessons and/or the economic based data, separately considered, constitutes an appropriate methodology for the captation of the knowledge about firms, capable to underlie the construction of an adequate legal notion of it, in a contemporary brazilian Commercial Law? In order to analyze this question, it was carried out researches of qualitative nature, based on documental and bibliographical reviews and upon the analyze of content. The research arises from the presentation and inquiry of the current and prevailing legal vision incorporated to the present brazillian reality, existing in the Brazilian Civil Code of 2002 (and based upon the New Commercial Code, in proceeding) and your interpretations, as well as the new concepts, based upon new theoretical perspectives emanating of the doctrine recently presented, as alternatives to the current legal model. It is sustained that these later positions, constitutes, in their majority, new attempts of economic explanations over the firm, working as a base for the construction of its legal meaning. Along the investigation, it was noticed the necessity of the ratification of an idea, widespread on the doctrine? the idea that the firm consists in a complex phenomenon. Althought, it was understood that this complexity does not stem of the large amount of theories that try to explain its nature, in contrast to the usually doctrinaire orientation, but due the fact that the firm does not round off itself barely on the economic aspects. This verification, leads to the following acknowledgments: I) The simultaneous importance and insufficiency of the economic data/elements to uncover the way the firms projects itself into the Law. II) the necessity of rethinking the legal notion of firm, in accord with distinct premises, contextualized with the reality and a determined in time-space (the contemporary brazillian Commercial Law), focused on a wider discussion about the interests that gravitate around the economic activity. As the common thread of these reflections, was adopted as theoretical-methodological reference for the legal structuralism, the studies of Emilio Suñe Llinás and Calixto Salomão Filho. Rethinking the legal notion of firm from this new perspective, implicates in not reducing the understanding of the institute into a purely formal, eminently economic vision, but seeking for wider analysis bases. Supported in those premises, it was made an analysis simultaneously critical (in opposition to the vision based on economic determinisms and the eminently economic function of the firm and the Law) and propositional (by offering bases of an structuralist review of the legal concept of firm). This vision is based on the conception that the Law is an instrument of economic and social change, which projects a peculiar understanding for the Commercial Law, pointing to the break with the traditional view of its strict connection with private interests, and with those who detain the means of production.

Key-words: Firm. Economic theories of the firm. Legal theories of the firm. Legal structuralism. Critical-structuralist review.

RIASSUNTO

CHAVES, Vinicius Figueiredo. **Revisione critico-strutturale della nozione giuridica di impresa prevalente nel Diritto Commerciale brasiliano**. 2017. 295 f. Tese (Doutorado em Empresa e Atividades Econômicas) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

L'obiettivo generale della tesi è quello di presentare, da una prospettiva critica-strutturalista, proposta nozione legale della impresa per il Diritto Commerciale brasiliano contemporaneo. La motivazione centrale della ricerca ha avuto luogo intorno alla seguente domanda specifica che ha cercato di rispondere con l'inchiesta: la realizzazione o l'adeguamento di lezioni di economia o di dati di natura economica, presi separatamente, è una metodologia adeguata per la cattura di un conoscenze relative alla propria impresa, in grado di sovvenzionare la costruzione di una nozione giuridica adeguata alla Diritto commerciale brasiliano contemporaneo? Per rispondere a questa domanda, abbiamo condotto una ricerca qualitativa, sulla base della letteratura esaminare le tecniche, documenti e metodo di analisi dei contenuti. Siamo partiti dalla presentazione e la questione di punti di vista legale che mostrano come prevalente la realtà attuale brasiliana, presente nei termini stabiliti dal Codice Civile del 2002 (e anche nel nuovo Codice Commerciale spot Progetti in corso) e le loro interpretazioni, come pure nuove prospettive teoriche sulla dottrina commercialista esistente, recentemente presentate come alternative alla corrente sistematica legale. Si è sostenuto che tali posizioni sono, nella maggior parte dei casi, i nuovi tentativi di spiegazione economica della impresa come base per costruire il vostro senso giuridico. Con i progressi della ricerca, ci siamo resi conto della necessità di ratifica di un'idea diffusa nella dottrina, che la impresa è un fenomeno complesso. Tuttavia, si è capito che la sua complessità non deriva dall'esistenza di numerose teorie che cercano di spiegare, ma, in contrasto con l'orientamento dottrinale prevalente, il fatto che la impresa non si esaurisce esclusivamente sugli aspetti economici. Il controllo ha portato alle seguenti conclusioni: i) l'importanza simultanea e mancanza di dati economici / a elementi della natura per svelare l'imprenditorialità (come impresa è proiettata in legge); ii) la necessità di (ri) pensano la nozione legale della impresa secondo le diverse ipotesi, contestualizzato di fronte a una realtà e certo spazio-tempo (il Diritto Commerciale brasiliano contemporaneo) e concentrandosi su una più ampia discussione degli interessi gravitano attività economica.

Come queste riflessioni filo, ha approvato il quadro teorico dello strutturalismo legale dai concetti Emílio Suñe Llinás e Calixto Salomão Filho. (Re) pensando che la nozione legale della impresa da questo punto di vista, non implicava ridurre l'interpretazione dello strumento ad una razionalità altamente formale economica, se sostenendo le basi di analisi più ampie. Supportato questi presupposti, abbiamo preparato un'analisi sia critica (in contrasto con il determinismo economico e funzionalizzazione eminentemente economica del Diritto e dell' impresa) e proattivo (che offre la base per una proposta di rivedere la nozione legale strutturalista dell' impresa). La visione è basata sul Diritto del design come strumento per la trasformazione economica e sociale che proietta una comprensione particolare per il Diritto Commerciale brasiliano, di rompere con la tradizione del suo collegamento con la rigorosa tutela degli interessi esclusivi privatista, quelli recanti il dominio sulla produzione di merci.

Parole chiave: Impresa. Teorie economiche della impresa. Teorie giuridiche della impresa. Lo strutturalismo legale. Revisione critico-strutturale

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	15
1	PREMISSAS INICIAIS	43
1.1	Que Direito? Que comunidade político-jurídica? Que sistema de produção?	43
1.2	Direito de consequências, atrelado a uma racionalidade meramente formal de caráter econômico?	57
2	A NOÇÃO JURÍDICA DE EMPRESA NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO	62
2.1	Notas sobre as distintas noções jurídicas de empresa nos diferentes ordenamentos jurídicos	62
2.2	O despertar do interesse em torno da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro (o sistema dos atos de comércio)	64
2.3	A transição entre o sistema dos atos de comércio e o sistema dos atos de empresa: a derrogação parcial do Código Comercial de 1850 e o advento do Código Civil de 2002 (da comercialidade à empresarialidade)	83
2.4	A influência do <i>Codice Civile</i> italiano de 1942 no Código Civil Brasileiro de 2002: a empresa em visão pressuposta, distinta do empresário e do estabelecimento	87
2.5	Posições doutrinárias sobre a empresa desde a perspectiva do Código Civil de 2002: contrastes teóricos e convergência em torno da análise da empresa apenas em seu sentido econômico	92
3	NOVOS ELEMENTOS TEÓRICOS E LEGISLATIVOS NO DEBATE EM TORNO DA NOÇÃO JURÍDICA DE EMPRESA NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO	98
3.1	Propostas alternativas à noção jurídica de empresa presente na sistemática do Código Civil de 2002, a partir do dado teórico econômico desde a matriz da Nova Economia Institucional	98
3.1.1	<u>A proposta de Rachel Sztajn</u>	98
3.1.2	<u>A proposta de Cássio Machado Cavalli</u>	111

3.2	A noção jurídica de empresa nos Projetos de Código Comercial.....	144
4	A IMPORTÂNCIA E INSUFICIÊNCIA DO DADO TEÓRICO ECONÔMICO PARA A ELABORAÇÃO DE UMA NOÇÃO JURÍDICA DE EMPRESA ADEQUADA AO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO .	153
4.1	A crítica aos determinismos econômicos na conformação da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro.....	153
4.2	Breve retorno à teoria da empresa na economia neoclássica: a empresa como função de produção.....	155
4.3	Teorias econômicas da empresa na Nova Economia Institucional: funções de eficiência na redução de custos de transação e de custos de agência; feixe ou nexo de contratos.....	158
4.4	A análise econômica do Direito: necessidade de imposição de limites no aproveitamento dos critérios econômicos pelo Direito Comercial brasileiro.....	165
4.5	Diferentes caminhos para o deslindar da empresarialidade: a empresa como fenômeno complexo (econômico e social).....	175
5	NECESSIDADE DE REVISÃO CRÍTICO-ESTRUTURALISTA DA NOÇÃO DE EMPRESA NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	183
5.1	Estruturalismo jurídico como alternativa para o Direito Comercial brasileiro.....	183
5.1.1	<u>O estruturalismo jurídico de Emílio Suñé Llinás</u>	184
5.1.2	<u>O (novo) estruturalismo jurídico de Calixto Salomão Filho</u>	188
5.2	Elementos de compreensão da revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.....	199
5.2.1	<u>Apontamentos iniciais</u>.....	199
5.2.2	<u>As contribuições da Nova Sociologia Econômica e da Sociologia da Empresa</u>	203
5.2.3	<u>Um melhor enquadramento da compreensão da noção de Economia</u>	210

5.2.4	<u>A compreensão das noções de ordem econômica, ordem econômica constitucional e os fundamentos da ordem econômica (constituição econômica) brasileira.....</u>	213
5.2.5	<u>A função social da empresa como princípio constitucional e a modificação das ideias sobre o papel a ser desempenhado pelas empresas na sociedade contemporânea.....</u>	219
5.3	A empresa, fenômeno econômico e social, e a conveniência de sua personificação no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.....	225
5.3.1	<u>A visão de Romano Cristiano</u>	226
5.3.2	<u>A visão de Ana Bárbara Costa Teixeira</u>	233
5.3.3	<u>A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: novo ente jurídico personificado.....</u>	247
5.4	As bases da proposta de revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.....	252
	CONCLUSÕES	264
	REFERÊNCIAS.....	275

INTRODUÇÃO

Com a tese *Revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro*¹, busca-se realizar uma abordagem teórico-crítica sobre um dos pontos mais desafiadores ao Direito Comercial².

O objetivo geral da investigação é apresentar, a partir de uma perspectiva crítico-estruturalista, as bases de uma proposta de noção³ jurídica de empresa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo. Com a finalidade de alcançá-lo, assumiram-se os seguintes objetivos específicos: i) expor as premissas iniciais que

-
- ¹ Importante, desde logo, situar o leitor a respeito do significado atribuído à expressão *predominante*. Predominante, para os fins aqui propostos, consiste na vinculação hegemônica da noção jurídica de empresa a referenciais e/ou elementos de natureza estritamente econômica. Tais referenciais e/ou elementos, espera-se demonstrar, constituem uma espécie de *pano de fundo* encontrado em diferentes visões sobre o tema, seja naquelas *prevalecentes* (no sentido de mais aceitas e utilizadas), mais consolidadas no Direito Comercial brasileiro (como as atreladas às ideias de *atividade econômica organizada* ou *organização*) e entre os comercialistas em geral ou, ainda, em novas visões manifestadas em propostas teóricas apresentadas recentemente como alternativas às demais. Em relação às últimas (formuladas por juristas como Rachel Sztajn e Cássio Machado Cavalli), a noção de empresa que se propõe é edificada com suporte em determinadas premissas teóricas, estritamente econômicas, advindas do movimento denominado *Análise Econômica do Direito* (AED), bem como de um conjunto de autores vinculados a uma escola do pensamento conhecida como *Nova Economia Institucional* (NEI). Ambas as perspectivas serão objeto de análise mais detalhada ao longo do trabalho.
- ² Desde que surgiu, no Brasil, o interesse em torno da noção jurídica de empresa não foram poucos os autores que apontaram a dificuldade em torno do enquadramento deste fenômeno no plano jurídico. Dito problema já fora identificado por Oscar Barreto Filho em 1963: “A concepção da empresa, resultante da prévia colocação de dados fornecidos pela ciência econômica, ainda não foi fixada de maneira inequívoca pelos juristas”. BARRETO FILHO, Oscar. *A Dignidade do Direito Mercantil*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 68, n. 2, 1963, p. 428. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66682/69292>>. Acesso em: 11 dez. 2016. Ainda hoje, conforme descreve Ana Lúcia Alves da Costa Arduin, o enquadramento jurídico da empresa permanece a desafiar os legisladores e a doutrina comercialista: “[...] o enquadramento jurídico da empresa consiste, até os dias atuais, numa das mais árduas e desafiantes tarefas impostas à doutrina comercialista. Desta forma, o legislador se defronta com imensos desafios”. ARDUIN, Ana Lúcia Alves da Costa. *A Teoria Jurídica da Empresa*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 86.
- ³ Optou-se pela utilização da expressão *noção* em lugar de vocábulos como *conceito* ou *definição*, por dois motivos: o primeiro, em função da abordagem crítica à vinculação hegemônica, no plano jurídico (legislativo e doutrinário) nacional, da empresa a referenciais e/ou elementos de natureza estritamente econômica; o segundo, em razão do próprio objetivo assumido na tese, isto é, apresentação de uma proposta alternativa, que não almeja o enquadramento do objeto de estudo num esquema fechado. Não se vislumbra alcançar ou defender posições tidas como definitivas e caracterizadoras de certezas ou verdades absolutas, mas tão somente contribuir para o aprofundamento do estudo do tema da empresa, especialmente em sua dimensão jurídica. Pretende-se com a pesquisa identificar possíveis bases para a revisão da noção predominante (e não para a revisão de um conceito específico e determinado), sem se almejar oferecer um conceito ou uma definição.

fundamentaram a investigação; ii) identificar a significação jurídica emprestada ao fenômeno *empresa* no contexto do Direito Comercial brasileiro, desde o despertar do interesse em torno do tema até os dias atuais, consideradas a realidade legislativa vigente, o Código Civil de 2002, assim como suas interpretações de *lege lata*; iii) apresentar e analisar novos elementos teóricos (propostas apresentadas recentemente, de *lege ferenda*, como alternativas à sistemática vigente) e legislativos (conteúdo dos Projetos de Código Comercial em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal) no debate em torno do tema; iv) defender a simultânea importância e insuficiência do dado teórico econômico para a elaboração de uma noção jurídica de empresa adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo; e, v) defender a necessidade de revisão da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro contemporâneo e oferecer à comunidade acadêmica as bases de uma proposta pessoal neste sentido, apoiada no referencial teórico-metodológico do estruturalismo jurídico.

Parte-se da apresentação e do questionamento da noção jurídica de empresa que se apresenta como predominante na realidade do Direito Comercial brasileiro⁴, decorrente dos termos dispostos no Código Civil de 2002⁵ e suas interpretações (sem olvidar da análise dos conteúdos dos Projetos de Código Comercial em tramitação),

⁴ Percebe-se que, ao longo do tempo a noção jurídica de empresa não se manifesta tão somente no Direito Comercial como também em outros ramos do Direito. E, deve-se frisar, tal como no Direito Comercial também não há uma concepção uniforme sobre a compreensão acerca do conteúdo de significação deste instituto. Nesta tese, as reflexões empreendidas se encontrarão adstritas à noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro. Deixa-se de lado a orientação de construção de uma proposta de uma noção geral a ser aplicada indistintamente, amplitude que parece inapropriada desde a perspectiva metodológica e científica. Não se buscará refletir sobre todos estes carizes emprestados ao objeto de investigação, que se expressam distintamente em função de realidades e lógicas próprias a cada um dos ramos do Direito (baseadas, por exemplo, nas suas respectivas autonomias e bases de princípios) que governam as escolhas normativas relacionadas à conformação das mais variadas concepções de empresa adotadas. Alguns exemplos de manifestações jurídicas da empresa fora do Direito Comercial podem ser apontados: i) No Código Tributário Nacional, Art. 77, Parágrafo único; Art. 133, § 3º; Art. 197, III; ii) No Código Civil de 2002, Art. 931; Art. 1.504; iii) Na Consolidação das Leis do Trabalho, Art. 2º, caput; Art. 2º, § 2º; Art. 10; iv) Na Lei 12.529/11, Art. 36, § 2º; Art. 36, § 3º, d, XVII; Art. 107; v) No Código de Processo Civil de 2015, Art. 529; Art. 529, § 1º; Art. 863; Art. 1.051; vi) No Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, Art. 22.

⁵ Tal como no *Codice Civile* italiano de 1942 - sua fonte principal de inspiração -, o Código Civil brasileiro de 2002 não apresentou uma definição direta da empresa. Não obstante, o texto legal permite inferir, mediante interpretação sistemática, a noção jurídica relacionada ao instituto. Mas o tema tem sido objeto de controvérsias que serão expostas ao longo da tese.

assim como de perspectivas teóricas doutrinárias⁶ oferecidas recentemente como alternativas à sistemática legal. Sugere-se que tais posições constituem, em sua maioria⁷, novas tentativas de explicação unicamente econômica da empresa como base para a construção de seu sentido jurídico⁸.

Acredita-se que tais entendimentos merecem revisão, na medida em que se apoiam numa espécie de *modus faciendi*⁹ equivocado e se encontram baseados em geral numa perspectiva de um funcionalismo eminentemente econômico¹⁰ e, por

⁶ Como exemplos de noções jurídicas apresentadas como alternativas à sistemática adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002 e baseadas na perspectiva da funcionalização eminentemente econômica do Direito, podem ser citadas: i) *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados*, de Rachel Sztajn (livro); e ii) *Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no Direito Comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico*, de Cassio Machado Cavalli (tese de doutorado). Os argumentos centrais utilizados em ambas as construções, por sua inegável importância e colaboração para o debate em torno da noção jurídica de empresa, serão objeto de análise aprofundada ao longo deste trabalho.

⁷ Uma exceção se encontra em dissertação de mestrado defendida na USP, intitulada *A empresa-instituição*, de Ana Bárbara Costa Teixeira. TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. São Paulo, 2010, 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo.

⁸ Como exemplo de tentativa de explicação econômica da empresa, como base para a construção de seu sentido jurídico: “O que se propõe, aqui, é abordagem multidisciplinar, em que tanto as questões levantadas, bem assim **as respostas oferecidas por economistas**, sejam associadas à mais recente doutrina jurídica no trato do fenômeno, fato ou instituto empresa” (grifamos). SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

⁹ Toma-se emprestada a expressão *modus faciendi*, utilizada por Jorge Manuel Coutinho de Abreu ao tratar das empresas no Direito. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade** (as empresas no direito). Coimbra: Almedina, 1999, p. 14-15. O termo será utilizado para indicar a existência de uma espécie de circuito de reprodução, nas mais diversas análises jurídicas, da manifestação da influência das lições da economia isoladamente consideradas.

¹⁰ Não se põe em questão a ideia geral de funcionalização dos institutos jurídicos e nem mesmo a validade da avaliação das funções econômicas dos mesmos. A crítica, portanto, direciona-se às observações de cunho estritamente econômico, entendidas como insuficientes. Em sua obra, *Fundamentos do Direito Privado*, Rafael de Freitas Valle Dresch aborda as teorias dominantes acerca do tema do funcionalismo. O autor, ao analisar a incompreensão atual relativa à diversidade desses fundamentos, aponta e avalia as diferentes teorias dominantes baseadas nas seguintes perspectivas: i) formalistas/voluntaristas; ii) funcionalistas sociais; e, iii) funcionalistas econômicas. Em relação à perspectiva funcionalista, são apontadas três vertentes contemporâneas principais: i) o funcionalismo do direito social; ii) o funcionalismo da análise econômica do Direito; e, iii) o funcionalismo da concepção liberal-igualitarista. Ainda sobre o funcionalismo, interessante destacar: “A concepção do funcionalismo do direito privado nas suas diversas vertentes (social, econômica, entre outras) entende que esse ramo do direito fornece instrumentos a serem utilizados para alcançar, principalmente, fins econômicos e sociais desejáveis numa dada realidade social. O contrato, a propriedade, **a empresa** (grifamos), a responsabilidade civil, serviriam como instrumentos para estabelecer, por exemplo, uma distribuição eficiente de custos de acidentes (análise econômica do Direito), ou para implementar a redistribuição da riqueza e a proteção dos mais frágeis (Direito Social), dependendo da corrente funcionalista que se está a analisar”. DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72. Percebe-se, assim, que o Funcionalismo Jurídico, cujas análises são centradas mais nas funções do que nas formas, possui diferentes vertentes que têm em comum o fato de apresentarem distintas perspectivas de compreensão do Direito Privado e de seus institutos, em função de

consequente, na utilização exclusiva do dado teórico econômico como referencial para a edificação das diferentes propostas de significações jurídicas¹¹.

Esta pluralidade de representações sinaliza a inexistência de um conceito unitário¹² e indica que a empresa constitui um daqueles termos caracterizados por ambiguidade ou polissemia. Enquanto signo linguístico (significante), pode-se dizer que a relação entre este vocábulo e o seu significado não se apresenta como necessária no sentido da correlação do objeto a uma formulação específica, o que acaba por implicar na atribuição dos mais diferentes significados ao termo, os quais são formados culturalmente e evoluem paralelamente com o tempo e o pensamento¹³. Deste modo, acredita-se não ser correto supor a possibilidade de construção de um

determinadas finalidades (econômicas e sociais) que são almeçadas. Acontece que, no Direito Comercial brasileiro, tem sido relativamente comum o recurso exclusivo ao foco econômico como ideia central das análises empreendidas. Em outras palavras, apresenta-se o funcionalismo como se tal movimento teórico se revestisse somente de sua vertente *econômica*, desconsiderando-se a racionalidade *social*. Esta perspectiva de funcionalismo se encontra presente, por exemplo, na tese de doutorado de Cassio Machado Cavalli que reduz o Funcionalismo Jurídico à vertente econômica. O autor aponta: “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”. De acordo com esta visão, aqui contestada, vincula-se o Direito apenas à realidade econômica. 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. Porto Alegre, 2012, p. 209. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

- ¹¹ Calixto Salomão Filho denuncia um estado de letargia do Direito contemporâneo, diante de sua intensa e rotineira submissão aos desígnios de outras ciências sociais. O autor destaca que as leis vêm sendo escritas segundo ditames vindos de outras esferas do conhecimento humano (da Economia, principalmente). SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 926, dez. 2012, p. 533-534.
- ¹² COUTO e SILVA, Clóvis do. O conceito de empresa no direito brasileiro. In: Wald, Arnaldo (org.). **Direito de Empresa**: Teoria Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, p. 90.
- ¹³ A noção de relação contingente entre signos linguísticos (significantes) e seus significados é bem desenvolvida por Enrique Cáceres Nieto. Em busca de responder *o que é o direito?*, o autor trabalha a hipótese de que se trata de um signo linguístico marcado por polissemia. Apresenta, assim, a ideia de que existem diferentes concepções de Direito, surgidas em épocas e contextos diversos. NIETO, Enrique Cáceres. **¿Qué es el derecho?** Iniciación a una concepción lingüística. Universidad Nacional Autónoma de México: Ciudad de México, 2000, 36-40. A presente tese não estará centrada em enfoques linguísticos, razão pela qual não concentrará abordagens sobre a chamada teoria do Direito enquanto linguagem. Os aportes iniciais a respeito da empresa enquanto signo linguístico são utilizados apenas com o intuito de reforçar a ideia da existência de controvérsias acerca da assimilação de seus significados, pelas ciências sociais em geral e pelo Direito Comercial em particular. Sobre a teoria do Direito enquanto linguagem, remete-se o leitor às seguintes obras: CAPELLA, Juan Ramon. **El Derecho como Lenguaje**: Un Análisis Lógico. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968. CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1973. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

sentido universalmente verdadeiro adequado e aplicável a épocas e contextos diversos¹⁴.

A avaliação preliminar do tema na realidade brasileira permite desde logo a constatação sobre a existência de polissemia relacionada ao signo linguístico empresa, em virtude das desiguais maneiras como tem sido abordada historicamente nos planos legislativo e doutrinário. Esta plasticidade conceitual acaba por constituir pano de fundo para a vinculação da expressão a diferentes noções, cada uma correspondendo a assimilações de concepções diversas surgidas em épocas e contextos igualmente distintos (são exemplos: empresa como *atividade*; empresa como *organização*; empresa como *instituição*; empresa como *nexo de contratos*; empresa como *feixe de contratos*; empresa como *mecanismo de governança*)¹⁵. Esta multiplicidade de acepções atribuídas à empresa mantém em aberto o problema em torno de sua noção jurídica¹⁶.

Apoiado na ideia de que há diferentes caminhos para o deslindar do significado da empresa (por que não dizer, significados?)¹⁷, assume-se nesta tese uma trajetória de busca de construção de uma noção jurídica contingente, que não se pretende atemporal e muito menos universal. Contingente no sentido de se encontrar voltada para um contexto específico e um espaço-tempo determinado, o Direito Comercial

¹⁴ Por esta razão, ao contrário da tendência verificada em alguns trabalhos anteriores (que buscavam a compreensão da empresa por intermédio de uma pesquisa de Direito comparado a respeito do tema, cotejando as inúmeras acepções assumidas em suas projeções nos respectivos ordenamentos jurídicos), a abordagem aqui empreendida não terá como foco a comparação deste instituto nas mais diversas realidades. Pode-se citar, como exemplo representativo da disposição mencionada acima o trabalho de Jorge Lobo. No artigo, *A Empresa: Novo Instituto Jurídico*, Lobo apresenta o conceito de empresa como objeto de uma polêmica interminável, tendo centrado a sua análise acerca do tema na perspectiva do direito comparado (no caso específico, legislação comparada). Aborda, neste sentido, as concepções de empresa presentes nos Direitos italiano, alemão, espanhol, argentino e brasileiro. LOBO, Jorge. *A Empresa: Novo Instituto Jurídico*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 795, jan. 2002, p. 88-93.

¹⁵ As diferentes noções serão estudadas mais detalhadamente em tópicos seguintes.

¹⁶ Dylson Dória, em 1988, já alertava sobre o fato de que as dificuldades em torno do problema da empresa não haviam sido superadas: “Na realidade, o problema da empresa constitui-se numa questão aberta, uma vez que as suas dificuldades ainda não se acham superadas. Trata-se, numa palavra, de tarefa sempre inacabada para a nossa ciência”. DÓRIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 45.

¹⁷ Não há porque contestar esta realidade em torno da existência de diferentes caminhos metodológicos e formas de abordagem sobre o tema da noção jurídica da empresa. Por outro lado, como se demonstrará adiante, a doutrina normalmente aponta que o enfrentamento do tema da empresa (em seu sentido jurídico) permite apenas duas alternativas metodológicas: i) partir de um dado teórico do Direito ou da Economia; ou, ii) a partir de elementos legislativos. Nesta tese, será assumida uma opção metodológica distinta das demais apontadas. Com a via eleita, mais do que a tentativa de construção de consensos, pretende-se contribuir para o aprofundamento do debate.

brasileiro contemporâneo, e baseada num conjunto de premissas e assimilações de determinadas concepções sobre o objeto de estudo em suas relações com a realidade que o circunda.

Deste modo, após o necessário percurso analítico e crítico à noção predominante, que se acredita estar baseada em determinismos econômicos¹⁸, pretende-se expor apontamentos claros, articulados, organizados e ordenados logicamente, traduzidos por um esforço argumentativo que constitua alicerce para as bases de uma proposta pessoal de revisão de cunho estruturalista e centrada em concepção não estritamente individualista do Direito Comercial e da empresa¹⁹.

¹⁸ Parte de uma das principais ideias que fundamentam esta tese, de formulação de crítica aos determinismos econômicos, é apoiada na obra de Calixto Salomão Filho. De acordo com a sua visão, as bases de organização e reconstrução de uma sociedade civil não podem estar alicerçadas unicamente em teorias econômicas, sendo possível (e necessário) a elaboração de uma teoria jurídica do conhecimento em que se traduzam e se afirmem os valores de determinada sociedade. Diferentemente das teorias econômicas do conhecimento, que apresentam generalizações de fatos observáveis nas relações sociais e econômicas, a teoria jurídica do conhecimento visa, também, a concretização de valores sociais almejados que tais fatos devem levar em consideração. Senão, vejamos: “O direito, ainda mais que outras ciências sociais, tem a capacidade de valorizar o elemento humano no conhecimento social. Não são as leis econômicas, de mercado ou deterministas, que influenciam o conhecimento social, mas sim o indivíduo, por vezes isolado, por vezes como ente coletivo e historicamente considerado”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 16-19.

¹⁹ Questiona-se a ideia, ainda enraizada no Brasil, de um Direito Comercial centrado unicamente na concepção de proteção da esfera de interesses daqueles que exercem, ostentando uma posição de domínio dos bens de produção, a atividade econômica. Acredita-se, ao contrário, na existência de uma variada gama de interesses que, simultaneamente, gravitam em torno do processo econômico e devem constituir objeto de preocupação e tutela por parte do Direito Comercial. Neste sentido, oportuno reproduzir as palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo acerca do enquadramento da empresa a estas ideias: “Somente essas breves ponderações iniciais já permitem evidenciar a conveniência em se aprofundarem os estudos acerca dos contornos atuais e do papel que a empresa pode desempenhar no sentido de promover os valores albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro [...]”. Na sequência, os autores destacam que “[...] ganha relevo a noção de função social da empresa, tendo em vista a necessária releitura dos institutos privatísticos face à Carta Constitucional e em decorrência da progressiva superação da clássica dicotomia entre os direitos público e privado”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 857, mar. 2007, p. 12-13. Ainda sobre o tema da função social da empresa, vale destacar a posição de Henrique Cavalheiro Ricci. Em texto intitulado *Função social da empresa é valor e não norma jurídica*, o autor aponta e critica a vagueza do conteúdo da expressão que resultaria numa suposta ausência de caráter normativo. Muito embora reconheça que a expressão pode ser encontrada em dispositivos legais específicos do ordenamento jurídico brasileiro, como aqueles presentes nos artigos 116, parágrafo único e 154, ambos da Lei nº 6.404/76, defende não se tratar de uma norma jurídica em sentido estrito. Assim, conforme balizado pelo título de seu artigo (de opinião) a função social da empresa constituiria um valor, não uma norma jurídica. RICCI, Henrique Cavalheiro. **Função social da empresa é valor e não norma jurídica**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-25/henrique-ricci-funcao-social-empresa-valor-nao-norma-juridica>>. Acesso em: 27 mar. 2017. Ao contrário do pensamento do autor, acredita-se, na esteira do que ensinou Judith Martins Costa, que a função social da empresa constitui (de fato) norma jurídica completa, sendo o resultado de uma técnica legislativa específica, apresentando-se como um tipo de cláusula geral (que, em função de sua *abertura*, traz vantagens e desvantagens), cuja previsão normativa possibilita a tutela de uma vasta gama de situações indicadas pela referência a um valor socialmente aceito. O valor, portanto,

Quer-se, assim, oferecer à comunidade acadêmica uma contribuição original para o aprofundamento do estudo do tema²⁰, válida para a área do conhecimento em que se encontra situado e caracterizada por uma formulação teórica edificada sobre bases distintas das demais, mediante uma diferente perspectiva de observação do fenômeno²¹.

No processo de edificação desta proposição, confere-se menor importância à maneira como este objeto de estudo, em termos teóricos e práticos, projeta-se nas realidades específicas dos demais ordenamentos jurídicos. Isto porque, acredita-se que a crença nas análises comparativas (seja pela técnica do simples confronto entre legislações, seja por intermédio de uma abordagem mais aprofundada dos fundamentos teóricos de formação dos sistemas de direitos ou famílias jurídicas), comuns em estudos sobre o tema, tenha em última instância constituído uma espécie de pano de fundo para as influências externas exercidas pelo Direito de outros países no processo de estruturação e desenvolvimento do Direito Comercial brasileiro²². Parece tempo de romper-se com a concepção ainda enraizada na realidade jurídica brasileira, no Direito em geral e particularmente no Direito Comercial, de aceitação e utilização de arquétipos estrangeiros na estruturação dos modelos nacionais, segundo o expediente de recurso à *lei da imitação*²³.

integra a normatividade. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 139, jul./set. 1998, p. 7-11. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

- ²⁰ A contribuição que se espera apresentar ao debate sobre a noção jurídica de empresa, muito embora pretenda oferecer novidade ao tema, terá como ponto de partida os passos, experiências acumuladas e progressos realizados por aqueles que anteriormente se dedicaram ao estudo do tema. Não obstante, como já dizia Fábio Corrêa Souza de Oliveira, “não é preciso descobrir ou inventar uma nova rota para Santiago para fazer o seu próprio caminho”. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7-8.
- ²¹ Na doutrina jurídica nacional a empresa é frequentemente associada à ideia de *fenômeno*. Esta visão não será rebatida na presente tese. Todavia, quer-se chamar a atenção para o fato de que, em última análise, trata-se a empresa de um construto humano, característica que não pode deixar de ser considerada quando de sua observação, descrição e explicação científicas.
- ²² Ora o direito da metrópole portuguesa, ora o direito francês (influência no Código Comercial brasileiro de 1850), ora o direito italiano (influência no Código Civil brasileiro de 2002) e, recentemente, o direito de países da tradição anglo-saxã (referencial de novas propostas teóricas encontradas na doutrina comercialista brasileira).
- ²³ Registre-se que, conforme apontou Mario Giuseppe Losano, a propagação dos modelos jurídicos segundo a *lei da imitação* já era uma preocupação manifestada por Clóvis Bevilacqua, replicando ideias de Tobias Barreto, vinculadas a uma teoria mais ampla acerca da natureza e classificação dos povos, divididos em povos criadores e povos imitadores. Nesta classificação os *povos criadores* seriam aqueles alcunhados como *solares*, representativos do lado *diurno da humanidade*; enquanto que os *povos imitadores* seriam *planetários*, desprovidos de luz própria e, portanto, representativos

Adicionalmente, pretende-se ampliar os horizontes de cogitação teórica acerca deste construto humano diante do reconhecimento da simultânea importância e insuficiência do dado teórico econômico para subsidiar a edificação da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro contemporâneo. Isto implica dizer que a tese não estará centrada unicamente na investigação da realidade econômica, baseando-se também na averiguação dos influxos de ordem sociológica da empresa²⁴.

Busca-se trabalhar com apoio numa perspectiva do conhecimento, em que o Direito Comercial ganha importância e sentido novos²⁵, caracterizando-se não como

*do aspecto noturno da humanidade; entre os povos criadores e os povos solares estariam situados os povos crepusculares, que, ou se encaminham para o lado diurno da humanidade, tornando-se solares, ou decaem para o lado noturno, mantendo-se assim como imitadores. No Direito, enquanto os povos solares inovam com respeito à própria tradição, os povos imitadores apenas assimilam as leis estrangeiras. BEVILAQUA, Clóvis apud LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos** – introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p XXXII-XXXIII.*

²⁴ A trama principal desta pesquisa é de caráter jurídico e não de ordem econômica ou sociológica. Portanto, o fato de se enfatizar a ideia da existência de influxos de ordem sociológica a respeito do tema, de cuja observação e análise não se pode prescindir, não deve ser confundido com uma eventual pretensão de realização de uma pesquisa de natureza e métodos próprios da Sociologia. Nesta tese, o enfoque sociológico que se pretende atribuir ao estudo da empresa procura simplesmente evidenciar a conveniência, para uma melhor explicação e compreensão do objeto de estudo (com vistas à sua disciplina normativa), da observação e reflexão sobre elementos outros que não aqueles estritamente econômicos, estes últimos vislumbrados como uma espécie de pano de fundo comum nas aproximações dos juristas em relação ao tema. Em outras palavras, dirigir-se um olhar também sobre os efeitos sociais da atividade privada, no sentido de se reconhecer a empresa e, igualmente, a economia e o mercado como construções sociais passíveis de apreensão por outros olhares que não o de uma racionalidade apenas formal e de caráter econômico, ver: STEINER, Philippe. **A Sociologia Econômica**. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinski. São Paulo: Atlas, 2006. KIRSCHNER, Ana Maria; MONTEIRO, Cristiano Fonseca. Da sociologia econômica à sociologia da empresa: para uma Sociologia da Empresa brasileira. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 79-103, jan./jun. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922002000100006>. Acesso em 09 abr. 2017.

²⁵ Durante muito tempo o espírito do Direito Comercial esteve voltado unicamente para o reconhecimento e proteção dos interesses dos comerciantes, sendo o objetivo econômico, o intuito de lucro, o único elemento propulsor das atividades mercantis. Em seu Tratado de Direito Comercial, de 1960, Waldemar Ferreira assim sintetizava o espírito do Direito Comercial: “Direito de classe, formado corporativamente, pelo aglutinamento dos usos e institutos originários dos negócios dos comerciantes ou do exercício de sua atividade profissional [...]”. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, v. 1 (O Estatuto Histórico e Dogmático do Direito Comercial). São Paulo: Saraiva, 1960, p. 189-458. No mesmo sentido, a doutrina de Waldirio Bulgarelli voltada para a defesa da ideia de Direito Comercial como “[...] um direito especial para os comerciantes”. BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 15. Nesta tese, parte-se de perspectivas opostas como as expostas: i) por Arnaldo Wald, de que “o subjetivismo que caracterizou, por muito tempo, o direito comercial, deixou de ter a sua razão de ser, não se admitindo mais que pudesse ser o direito especial de uma classe, com direitos e deveres distintos daqueles que são atribuídos às demais pessoas”. WALD, Arnaldo. O Empresário, a Empresa e o Código Civil. **Carta Mensal - CNC**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 585, dez. 2003, p. 16; e, ii) por Calixto Salomão Filho, de um Direito Empresarial (ou Comercial) que deixa de ser passivo observador e receptor de dados

um Direito marcado pela influência e sujeição irrestrita ao poder econômico (como forma de pressão determinante para a obtenção de privilégios a uma classe)²⁶, não como um Direito de consequências atrelado a uma racionalidade meramente formal de caráter econômico²⁷, não como um mero instrumento de defesa dos interesses daqueles que exercem, ostentando uma posição de domínio dos bens de produção, a

do cotidiano empresarial (econômico) e passa a transformar esses dados em valores, influenciando, portanto, ativamente o próprio conhecimento da vida econômica (empresarial). SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.

²⁶ Oportuno trazer à colação algumas referências históricas assinaladas por Denis Alland e Stéphane Rials, que apontam já nas origens do Direito do Comércio a utilização da influência e do poder econômico como determinantes para a obtenção, pelos comerciantes e mercadores, de uma série de privilégios: “Na Europa ocidental, durante a ‘revolução comercial’ (retorno a uma cultura de trocas comerciais), formou-se aos poucos um direito dos comerciantes; os historiadores fixam o início desse período a partir do século XII, depois da longa letargia do período franco. O essencial do comércio de longa distância era feito entre dois polos de desenvolvimento: o Norte da Itália, por um lado, e Flandres e os Países Baixos, por outro. Esse despertar do comércio ocorreu num meio jurídico pouco favorável, devido à dispersão das prerrogativas de poder público durante o feudalismo, o que frequentemente provocava insegurança e desconfiança por parte da Igreja em relação à atividade comercial; era, enfim, um direito essencialmente adaptado a um tipo de vida rural e autárquica. Os comerciantes souberam integrar-se nessa sociedade e obter uma flexibilização da posição eclesiástica; usaram, sobretudo, seu poder econômico para abrir caminhos no poder municipal e desempenhar papel determinante no movimento de emancipação das cidades em relação ao poder feudal. Foi nessas condições e utilizando eventualmente os serviços de juristas profissionais que conseguiram obter o reconhecimento de instituições privilegiadas, dotadas de jurisdição específica, criando o espaço jurídico protegido no qual se desenvolveu seu direito, o *direito consuetudinário dos comerciantes*. Essas instituições privilegiadas eram as *corporações de ofício e as feiras*. As corporações, associações de praticantes de um mesmo ofício, que era seu monopólio, eram hierarquizadas sobre a direção de alguns mestres; tinham como incumbência a disciplina e o respeito aos usos do ofício que definiam em seus estatutos. Assim, começou a ser elaborado um direito do comércio, e as repúblicas comerciantes do Norte da Itália foram suas iniciadoras. O fenômeno das feiras, reuniões de mercadores oriundos de regiões diversas, desenvolveu-se na França, em torno das feiras de Champagne, sob a proteção do conde de Champagne; duravam várias semanas, entre o tempo das trocas e o tempo dos acertos à vista ou a prazo. Recebiam privilégios exorbitantes do direito comum. Toda uma técnica de organização das feiras garantia a proteção dos mercadores e de seus bens; garantias excepcionais cercavam as obrigações contraídas na feira, e a inadimplência era tratada severamente. Daí resultava um verdadeiro *direito das feiras*. Nos dois casos (corporações e feiras), essas instituições tinham poderes de polícia e de justiça, dispunham de jurisdições encarregadas de impor a observância de seus usos. Essas jurisdições eram mantidas por comerciantes eleitos ou por juristas profissionais; observavam um procedimento que se afastava do direito comum devido a seu caráter sumário, que garantia decisões e execuções rigorosas e rápidas. Também podiam julgar por equidade, e não segundo o direito”. ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e revisão técnica de Márcia Villares de Freitas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 443-444.

²⁷ No artigo *Consequentialism in Law*, Klaus Mathis, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lucerne, Suíça, descreve e analisa criticamente o movimento de apropriação, pelo Direito, do *consequentialismo da economia*, via análise econômica do Direito. MATHIS, Klaus. *Consequentialism in Law*. In: MATHIS, Klaus (org.) **Efficiency, Sustainability and Justice to Future Generations**. Dordrecht: Springer Science+Business MediaBV, p. 3-29, 2011. Disponível em: <http://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

atividade econômica²⁸. Ao contrário, a crença é no papel e no poder transformador do Direito, como um verdadeiro mecanismo de implementação de mudanças econômicas e sociais²⁹.

Tal capacidade que se atribui ao Direito de influenciar positivamente a transformação da realidade econômica e social, impõe simultaneamente negar-lhe algumas concepções difundidas na doutrina comercialista brasileira: 1) de Direito como simples sistema de solução de controvérsias³⁰; 2) de Direito e escolhas normativas baseadas na reprodução de padrões de suposta eficiência ditados pela Economia³¹.

²⁸ Optou-se por utilizar a expressão *posição de domínio sobre os bens de produção* em detrimento de *empresários*. Isto porque, pela sistemática do Código Civil de 2002 considera-se *empresário* somente aquele que exerce a *empresa*. Deste modo, há agentes que exercem atividade econômica, titulares do domínio sobre os bens de produção, mas sem ostentar a condição de empresários (como, por exemplo, a sociedades simples) desde a perspectiva do ordenamento jurídico vigente.

²⁹ Interessante reproduzir as palavras de Fábio Corrêa Souza de Oliveira: “Há certamente mecanismos diferentes de empreender a luta pelo desenvolvimento da sociedade, opções diversas de atuar pela evolução da humanidade. Entre elas, a via aqui acolhida é a do Direito. Este é o instrumento empregado”. Tal como assinala o autor, acredita-se igualmente no Direito como via capaz de consolidar transformações da realidade econômica e social do Brasil, com vistas ao seu desenvolvimento. Nesta perspectiva, “[...] o Direito ostenta a potencialidade do inconformismo e a inclinação para o progresso. Não se contenta com a descrição do meio em que se insere, porque seria simples retrato do *status quo* e, assim, pouca ou nenhuma utilidade teria. Ao invés, possui uma dimensão prescritiva, pois determina ações, valores e fins a serem observados e alcançados, o que corresponde a sua vocação modificativa das circunstâncias. Esta é a fértil seara da aproximação entre o ser (descrição) e o dever ser (prescrição), ambos fenômenos jurídicos que se influenciam mutuamente”. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de, op. cit., p. 2-3. Em idêntico sentido, a posição de Eros Roberto Grau: “O que importa neste passo é a verificação de que o direito é, sempre, um instrumento de mudança social”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41. Da mesma forma, Lenio Luiz Streck assinala que no modelo de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito deve o mesmo ser visto como um instrumento de transformação social. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 16-17.

³⁰ Em palestra intitulada *Segurança Jurídica e Ideologia*, ministrada por ocasião da cerimônia de abertura do IV Congresso da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito/SP, Fábio Ulhoa Coelho manifestou posicionamento no sentido de considerar o Direito como mero instrumento de composição de conflitos intersubjetivos. COELHO, Fábio Ulhoa. *Segurança Jurídica e Ideologia*. In: **IV Congresso Nacional do FEPODI**, 2015, São Paulo. Esta visão, que não parece a mais adequada, é contraposta mesmo dentre os estudiosos do Direito Comercial brasileiro, como Eduardo Secchi Munhoz: “Há tempo, o Direito não é visto como mero instrumento de pacificação de conflitos e, portanto, de manutenção das estruturas sociais. Além de exercer a função de harmonização da sociedade, o Direito constitui instrumento de implementação de políticas públicas, atuando, portanto, de forma prospectiva, para a transformação da realidade, no sentido da consecução do bem comum”. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 12.

³¹ Particularmente após a difusão, no Brasil, das concepções teóricas provenientes do movimento *Análise Econômica do Direito*, passou-se a pregar a necessidade de se medir a adequação de escolhas normativas segundo critérios de eficiência e suas derivações. Como se demonstrará ao longo do trabalho, não se questiona a validade da consideração da eficiência enquanto critério de avaliação de adequação de escolhas e apontamento de caminhos alternativos. Defende-se apenas

Esta visão e reação crítica, base da presente reflexão, não aceita a submissão do Direito a determinismos econômicos. Até porque, muito embora existam opiniões no sentido de que a empresa, em seu sentido econômico, encontra-se definida³², o fato é que na própria Economia não existe um corpo teórico único e coerente sobre a empresa, sendo as teorias condicionadas por diferentes aspectos como, por exemplo, produção, transação, agência, eficiência e contratos incompletos³³. Rechaça-se, assim, o caminho da assunção pura e simples das teorias econômicas sobre a empresa como postulado único na tarefa de se lhe atribuir sentido jurídico.

Ao contrário, a aposta é em prol de uma visão mais ampla na tarefa de compreensão do objeto de estudo, acepção esta que se baseia na ideia de necessidade de diálogo e interação entre campos do conhecimento antes compreendidos como autônomos, mas sem que tal interação se empreenda e se resuma tão somente às relações entre Direito e Economia³⁴. Esta concepção se justifica “na medida em que a teoria jurídica é uma teoria social e exige, portanto, influxos, informações e comparação com outras teorias que pretendem organizar o funcionamento social”³⁵.

Adicionalmente, não obstante a visão de que o diálogo e a interação com outras ciências sociais são fundamentais ao processo de reconstrução da noção jurídica de empresa, deve-se, diante dessa comunhão e efervescência de saberes, destacar

que tais escolhas não devam se basear unicamente nesta ideia-força. Este ponto será aprofundado no decorrer da tese.

³² Esta posição se encontra presente na obra de Fran Martins: “Mas a verdade é que se a empresa, no sentido econômico, está perfeitamente definida, não se chegou ainda a um conceito jurídico da mesma”. MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, atual. por Carlos Enrique Abrão. 36. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 22. Em idêntica perspectiva a doutrina de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, para quem “a empresa tem um conceito econômico unitário, mas não um conceito jurídico unitário, tratando ora de um, ora de outro aspecto desse ‘fenômeno econômico poliédrico’”. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 112.

³³ Esta conclusão pode ser encontrada em: i) MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic Theories of the Firm: Past, Present and Future. **The Canadian Journal of Economics**, v. 21, n. 3, p. 444-458, ago. 1988. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/135430?seq=1#fdntn-page_scan_tab_contents>. Acesso em: 29 out. 2015; e, ii) TIGRE, Paulo de Barros. Inovação e teorias da firma entre três paradigmas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, n. 3, jan./jun. 1998, p. 103.

³⁴ Em sentido contrário, ver Rachel Sztajn para quem: “[...] a transposição da concepção de empresa deve partir das discussões dos economistas [...]”. SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

³⁵ Salomão Filho, op. cit., **O Novo...**, p. 541.

desde logo o não menos importante papel atribuído ao próprio Direito³⁶ nas funções de articulador e coordenador crítico e valorativo dos *inputs* e informações vindos das demais áreas do conhecimento que se dedicam ao estudo do tema.

Estas funções de articulação e de coordenação, essenciais para subsidiar escolhas normativas e processos de reconstrução da significação de institutos tradicionais do Direito, devem operar sem sujeição a determinismos de qualquer natureza sejam eles econômicos ou mesmo sociológicos.

Deste modo, a colaboração que se almeja apresentar para a questão vasta e difícil³⁷ do problema que gravita em torno da noção jurídica da empresa³⁸ é substancialmente diferente das demais, agregando novidade ao tema³⁹: i) Primeiro, porque passa pela consideração de que as ciências sociais não devem ser tratadas como compartimentos estanques e, mais, que o diálogo e a interação para a compreensão do objeto de estudo não podem se esgotar no acesso às lições da Economia; ii) Segundo, porque se encontra baseada numa matriz teórica de cunho estruturalista, que traduz uma concepção não estritamente individualista do Direito Comercial e da empresa e que se opõe ao funcionalismo jurídico eminentemente econômico, que vem se tornando *mainstream* nos estudos sobre o Direito Comercial e seus institutos⁴⁰.

³⁶ Adverte Lenio Luiz Streck que “o direito necessita de certa ‘dogmática’, um modo de compreender os institutos jurídicos, cujos elementos são construídos naquilo que podemos chamar de campo jurídico”. STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014, p. 13. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540/2945>>. Acesso em: 25 jan. 2016. O postulado em questão parece autorizar o raciocínio no sentido de se considerar que a eventual *abertura* (diálogo com outras ciências, a Economia por exemplo) do Direito a outros campos do conhecimento não pode implicar na perda de sua autonomia. Em outras palavras, muito embora os outros campos do conhecimento possam contribuir para a explicação e a compreensão de determinados fenômenos que cabem ao Direito disciplinar, é no plano jurídico que se deve operar a construção dos elementos característicos dos institutos jurídicos.

³⁷ Em 1975, Pierre Sudreau já alertava para a simultânea necessidade e dificuldade da tarefa de reforma da empresa. SUDREAU, Pierre. **La Réforme de l'Enterprise**. Paris: Documentation Française, 1975, p. 13.

³⁸ Gaetano Paciello assinala que “um dos temas mais árduos enfrentados pela doutrina comercialista em todas as épocas, foi o de conceituar a empresa”. PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 29, ano XVII, 1978, p. 39.

³⁹ ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. Tradução por Gilson Cesar Cardoso de Souza. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 2.

⁴⁰ A opção pelo estruturalismo não significa desprezo pela importância do estudo e consideração da função econômica das normas e dos institutos jurídicos. Acredita-se apenas que, a este propósito, é preciso ter em conta não somente a função econômica das normas e institutos como também os efeitos e interesses envolvidos pelos mesmos, assim como as formas concretas de sua proteção.

O núcleo central do trabalho se situa no plano do Direito Comercial, mas é também e certamente mais amplo, inserindo-se no contexto das discussões sobre o movimento de transformações do Direito Privado e de seus institutos tradicionais, à luz de um quadro referencial valorativo⁴¹. Este pano de fundo sempre constituiu um dos eixos de preocupação epistêmica no âmbito do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, tendo fundamentado, nas diferentes linhas de pesquisa a ele vinculadas, aprofundados debates sobre o fenômeno jurídico em suas variadas dimensões.

Como visto, as teorias funcionalistas sociais vêm sendo deixadas de lado por parte de alguns comercialistas brasileiros, cujo foco tem sido mantido no estudo das funções econômicas, em especial, o funcionalismo da análise econômica do Direito. Deve-se, desde já, lembrar que, em artigo publicado em 1986, *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*, Fábio Konder Comparato já destacava que a análise funcional do Direito não se encerrava nos aspectos econômicos. Assim, paralelamente ao reconhecimento da importância da adequada compreensão e disciplina da função econômica de certos institutos, o autor defendeu a necessidade de harmonização entre o interesse próprio do *dominus*, o proprietário dos bens de produção, com uma gama mais ampla de interesses. COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XXV (nova série), n. 63, 1986, p. 73. Oportuno mencionar a abordagem de Eduardo Tomasevicus Filho sobre o surgimento da ideia de função social. Segundo este autor, o termo função social teria surgido na Filosofia, tendo se espalhado pelas ciências sociais e chegado ao Direito. Tomasevicus Filho aponta o filósofo São Tomás de Aquino como o primeiro a formular um conceito de função social, ao afirmar que os bens apropriados individualmente por um homem gozavam de um destino comum, que os demais deveriam respeitar. Na sequência, assinala que o filósofo e sociólogo Augusto Comte formulou conceito que relacionava a ideia de função social como uma espécie de dever de agir. Menciona também que, no campo do Direito, o desenvolvimento do conceito de função social teria sido fruto dos estudos de dois juristas, Karl Renner (ideia de papel social, razão de ser de determinado instituto jurídico ou instituição da sociedade) e Léon Duguit (por encontrar na solidariedade a explicação de todos os fenômenos de convivência, entendia que o direito subjetivo deveria ser substituído pela noção de função social, caracterizando a propriedade não como um direito absoluto, mas sim como uma função social: o conceito de propriedade-função). TOMASEVICUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 810, abr. 2003, p. 34-36.

⁴¹ Segundo Ricardo Luis Lorenzetti, por muito tempo o Direito Privado se manteve acorrentado à defesa dos interesses meramente individuais, portanto, distanciado de uma perspectiva de ancoragem em valores e considerações relacionadas às noções de bem comum. Para o autor, tal cenário teria auxiliado na consolidação de um ambiente de proliferação de um conjunto perturbador de ações maximizadoras particulares, destituídas de valores e enraizadas em critérios de autorrealização. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Conforme adverte Konrad Hesse, naquele ambiente o Direito Privado regulava as relações entre os particulares se valendo exclusivamente do ponto de vista da liberdade individual, dinâmica que estabelecia uma espécie de primazia material do privado em relação ao público. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madri: Civitas, 2001. Esta liberdade, tal como pontua Stanley Brue, apresentava-se mais proeminente justamente no campo da economia pois se esperava que as ações individuais de agentes racionais, de busca do próprio interesse e restritas pela competitividade, ensejariam o bem social, a produção em máxima escala e o crescimento da economia. BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

Embora não se anuncie como um tema novo, o debate sobre a noção jurídica de empresa no Direito Comercial⁴² brasileiro se mantém como instigante e se reveste da maior atualidade.

A complexidade que é inerente à empresa permanece a desafiar a produção de conhecimento nos diferentes campos do pensamento contemporâneo (engloba, mas não se restringe ao campo jurídico⁴³), na tarefa de desvelar o entrelaçamento deste objeto de estudo com a realidade social que o circunda⁴⁴. Pode-se dizer, assim, que a empresa constitui, ainda, uma expressão em busca de um conceito em diferentes campos do saber. No âmbito específico do Direito Comercial, cumpre ensaiar novas respostas para velhas dúvidas relacionadas a esse tema⁴⁵ que tem

⁴² Não se entrará no interminável debate doutrinário (que se reflete até mesmo nas grades curriculares dos cursos de graduação – ex.: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, *Direito Comercial*; Universidade Federal Fluminense, *Direito Empresarial* - e nos programas de pós-graduação *stricto sensu* brasileiros – ex.: Universidade de São Paulo, linha de pesquisa em *Direito Comercial*; Unicuritiba, área de concentração em *Direito Empresarial e Cidadania*) em torno da nomenclatura (*Direito Comercial*, *Direito Empresarial* ou *Direito de Empresas*) mais apropriada ao estudo da disciplina. De todo modo, será privilegiada no decorrer do trabalho a expressão *Direito Comercial*. Acerca das teorias relativas à conceituação do Direito Comercial, remete-se o leitor à leitura da obra de Fran Martins, autor que assinala as seguintes: i) Teoria do Direito Comercial como Direito do Comerciante; ii) Teoria do Direito Comercial como Direito dos Atos de Comércio; iii) Teoria do Direito Comercial como Direito dos Comerciantes e dos Atos de Comércio; e iv) Teoria do Direito Comercial como Direito das Empresas. MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1957, p. 13-17. MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, atual. por Carlos Enrique Abrão. 36. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19-24. Estas diferentes inclinações também ficam claras numa série de conceitos de Direito Comercial (de autores como Jean Escarra, João Eunápio Borges, J.X. Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Plácido e Silva, Cesare Vivante, Alfredo Rocco, Georges Ripert e Lyon-Caen e Renault) reproduzidos por Ruy Rebello Pinho e Amauri Mascaro Nascimento, em obra de caráter introdutório ao estudo do Direito voltada à apresentação das principais instituições de Direito Público e Privado. PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Instituições de Direito Público e Privado**: introdução ao Estudo do Direito e Noções de Ética Profissional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1981, p. 268 e 269.

⁴³ Acerca da atualidade do tema valem transcrever as palavras de Ana Lúcia Alves da Costa Arduin, para quem “a empresa está a merecer toda a atenção da comunidade jurídica com o propósito de impulsionar a evolução de seu conceito jurídico, para o fim de melhor estabelecer o campo de aplicação do regime jurídico comercial”. ARDUIN, Ana Lúcia Alves da Costa. A Teoria Jurídica da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 102.

⁴⁴ A complexidade deste objeto de estudos é correntemente citada nos trabalhos sobre o tema. Cássio Cavalli, entre outros, destaca que “a complexidade da empresa é devida ao fato de que existem várias teorias que buscam explicar o fenômeno empresarial”. CAVALLI, Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 417. Tal maneira de compreensão se aproxima da ideia de que o complexo é observável sobre vários pontos de vista. Nesta tese, ao contrário, pretende-se desenvolver a noção de que a complexidade da empresa se deve ao fato de que esta abrange dimensões, elementos e/ou características de distintas ordens.

⁴⁵ Toma-se emprestada de Judith Martins-Costa a expressão “ensaiar novas respostas para velhas dúvidas”. MARTINS-COSTA. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, mai. 2005, p. 42.

aflicto a doutrina comercialista brasileira desde a sua primeira referência legislativa no Regulamento 737 de 1850, portanto, há exatos cento e sessenta e sete anos. Respostas não em busca de um conceito ou definição fechados, mas de bases de uma noção jurídica que possa orientar novas reflexões.

Trata-se de um debate marcado por inegável relevância⁴⁶ teórica e prática para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo⁴⁷, na medida em que põe em questão a própria *Teoria da Empresa*⁴⁸ consagrada no Código Civil de 2002 e, em última análise, até mesmo os modelos vigentes de formatação (distintas figuras jurídico-organizativas) com vistas ao exercício da atividade econômica⁴⁹.

A revisão da noção jurídica de empresa assumiria papel relevante na tarefa de reconstrução estrutural do próprio Direito Comercial brasileiro⁵⁰. Não há, neste sentido, uma inclinação meramente teórica, abstrata ou filosófica para o estudo, mas

⁴⁶ A relevância do debate acerca da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro é proporcional à importância, cada vez maior, da empresa para a sociedade contemporânea. Tal como se depreende do pensamento de Amador Paes de Almeida, trata-se de uma instituição de suma importância para o desenvolvimento da economia e dos países. Segundo o autor, “[...] vários interesses convergem para a empresa, ressaltando sua importância econômico-social”. ALMEIDA, Amador Paes. **Direito de empresa no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14-15. De acordo com as palavras de Fábio Konder Comparato, “se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento exemplificativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa”. COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

⁴⁷ Dylson Dória resume corretamente a importância da noção jurídica de empresa (e, conseqüentemente, do debate teórico em torno da mesma) no Direito Comercial: “A noção de empresa se traduz num dos conceitos fundamentais do Direito Comercial, gravitando em torno de si grande parte de seus institutos”. DÓRIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 44.

⁴⁸ Já há quem, como Paula A. Forgioni, defenda a necessidade de reflexão sobre uma nova fase no processo evolutivo do Direito Comercial brasileiro. Em outras palavras, a passagem da atual teoria jurídica da empresa à teoria jurídica do mercado. FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁹ A opção de referência à atividade econômica, em vez de atividade empresária ou empresarial, dá-se em função da existência, na sistemática do Código Civil de 2002, das chamadas atividades não empresárias (embora econômicas).

⁵⁰ Acredita-se que uma proposta de revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa possa oferecer subsídios para uma futura e mais complexa reformulação (e estrutural) do próprio Direito Comercial, a partir da construção de uma nova teoria jurídica que funcione como alicerce principal deste ramo do conhecimento. Por ora, esta expansão de horizontes, caracterizada pela proposta de rediscussão de toda uma *teoria*, além de comprometer a delimitação do trabalho parece momentaneamente inoportuna e, até certo ponto, pretenciosa para uma tese de doutorado. As reflexões sobre o produto final do trabalho desenvolvido, já contando com as valiosas contribuições dos membros da banca examinadora, podem conferir ao pesquisador a maturidade acadêmica necessária para o aprofundamento da compreensão sobre o tema, base para a eventual e futura edificação de uma proposta de reconstrução estrutural mais ampla.

uma orientação e justificação pragmáticas⁵¹ na medida em que se poderá contribuir para o oferecimento de respostas a uma série de inquietantes problemas que perturbam este ramo do Direito na realidade brasileira contemporânea⁵², diante de um quadro desafiador marcado por uma diversidade de interesses que, em muitos sentidos, apresentam-se como aparentemente conflitantes⁵³.

De fato, o vocábulo *empresa* constitui um termo poliédrico⁵⁴ quer de um ponto de vista econômico ou sociológico, quer de um ponto de vista jurídico. Marcada por imprecisões, esta realidade que se quer conhecer não se deixa apreender facilmente⁵⁵ e imagens de diferentes quadrantes e ângulos continuam a fornecer representações

⁵¹ Com a utilização da expressão *pragmatismo*, quer-se afirmar que há uma racionalidade prática por trás do debate sobre a noção jurídica de empresa. Não se está a propor qualquer associação com as ideias oriundas do movimento conhecido como *pragmatismo jurídico*, que se apoia, entre outras características fundamentais, na ideia de consequencialismo (aqui criticada em alguns sentidos). Em relação ao pragmatismo jurídico, remete-se o autor aos trabalhos de Thamy Pogrebinski e José Eisenberg. POGREBINSCHI, Thamy. **O que é pragmatismo jurídico?** Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016. EISENBERG, José. **Para que serve o pragmatismo jurídico?** Disponível em: <<http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/paginateoria/Para%20que%20serve%20o%20pragmatismo%20jur%20dico.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

⁵² Não se quer, com a vinculação da empresa ao Direito Comercial, insinuar que aquela preenche todo o âmbito e conteúdo de regulação deste. Embora a empresa ocupe uma parte importante da disciplina, o Direito Comercial a ela não se restringe. Há uma série de outros institutos (i.e., títulos de crédito) também regulados pelo Direito Comercial, mas não vinculados às ideias de empresa e empresarialidade. Neste sentido, ver: DÓRIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 44-45.

⁵³ Em relação a este ponto, podem ser citados os interesses daqueles que exercem domínio sobre os bens de produção (em outras palavras, os *titulares* da atividade econômica desenvolvida seja qual for a forma jurídica de que a mesma se reveste na prática), os interesses dos colaboradores, os interesses das comunidades etc. Adicionalmente, na esteira do raciocínio de Eduardo Secchi Munhoz, pode ser apontada também uma situação de crise no Direito Societário brasileiro, decorrente do “[...] desajuste entre o fenômeno social – empresa – e a forma jurídica – a sociedade”. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**: poder de controle e grupos de sociedades. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 183.

⁵⁴ Em texto publicado em 1943, Alberto Asquini, ao discorrer sobre o *Codice Civile* italiano de 1942, descreveu a empresa como “um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”. Como se verá ao longo deste trabalho, também na Economia há diferentes percepções sobre a empresa.

⁵⁵ Eduardo Goulart Pimenta assinala: “A empresa é, tanto para a Economia quanto para o Direito, um fenômeno que está longe de encontrar uma única apreensão. Ao contrário, a empresa se revela, tanto aos economistas quanto – e talvez principalmente – aos juristas, um fenômeno essencialmente poliédrico, ou seja, apto a ser observado e analisado sob diferentes pontos de vista conforme o aspecto dela ao qual se dê maior relevância sem que, entretanto, uma aproximação seja necessariamente incompatível com outras. PIMENTA, Eduardo Goulart. **Teoria de Empresa em Direito e Economia**. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB**, Lisboa, ano 1, n. 8, 2012, p. 4914-4915. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/08/2012_08_4913_4942.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

desiguais e insuficientes dessa dinâmica complexa, forjada em sua essência por interações e influxos de naturezas igualmente distintas⁵⁶.

Historicamente, não são construídos e apresentados múltiplos conceitos e noções sobre a empresa, advindos de distintos campos do conhecimento, como a economia e a sociologia. Tais definições, fruto de concepções diferentes surgidas em épocas e contextos⁵⁷ diversos, normalmente expõem alguns elementos característicos do objeto de investigação, considerado um dado ponto de vista e tendo como fundamento ou critério de validade⁵⁸ unicamente a observação de determinadas dimensões, elementos e/ou predicados próprios deste ângulo de análise específico.

A dificuldade de solucionar tal problema conceitual é compartilhada pelo Direito, onde a noção de empresa tem suscitado grande controvérsia, diante do embaraço para a captação da complexidade e da diversidade inatas a este fenômeno. No Brasil, o emprego da expressão empresa nos mais diferentes sentidos reflete essa abrangência de posições e a conseqüente imprecisão conceitual com que tem sido utilizado. E essa multiplicidade nos usos da expressão demonstra a ausência de fundamentos teóricos comuns que possam contribuir para uma maior harmonização de seu significado desde a perspectiva jurídica.

O fato é que, nas abordagens daqueles que se lançaram à procura pelo deslindar da empresarialidade (maneira como a empresa se projeta ou deve se projetar no Direito), não se tem percebido a existência de um processo dialético de observação do objeto, pautado na interação entre campos de visão distintos que procuraram analisá-lo e que possa servir de fio condutor para a construção de uma noção jurídica capaz de englobar simultaneamente elementos de ordens diversas. Ao contrário, tem-se verificado a tentativa de simplificação daquilo que é inerentemente plural e complexo⁵⁹.

⁵⁶ Muito embora prevaleça a pressuposição de que a empresa é um fenômeno eminentemente econômico, nesta tese está sendo assumida a premissa de que esta não é forjada unicamente por dimensões, elementos e/ou características de tal ordem, questão que será aprofundada adiante.

⁵⁷ Como contexto, entenda-se a ideia de caráter situado de determinadas interações que ocorrem em um dado espaço-tempo, tal como definida por Antony Giddens. GUIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 302.

⁵⁸ Da mesma forma, utiliza-se novamente a lição de Anthony Giddens para quem critérios de validade são “os critérios a que os cientistas sociais recorrem para justificar suas teorias e descobertas, e para avaliar a de outros”. GUIDDENS, *ibid*, p. 302.

⁵⁹ Como exemplo, podem ser citadas as tentativas de se tratar a empresa como instituto eminentemente econômico, ou, ainda, aquelas que buscam examiná-la como instituto exclusivamente social. Acredita-se que, para a melhor compreensão do objeto de estudos, as vias

No Brasil, a este propósito, é preciso ter em consideração o modo como a doutrina jurídica e a Lei, ao longo do tempo, reagiram ao fenômeno objeto deste estudo, assim como as alternativas conceituais propostas recentemente, edificadas já na primeira quadra deste novo século, que implicam no retorno do tema ao centro do debate no âmbito do Direito Comercial.

Na verdade, desde a sua referência expressa no art. 19, § 3º, do Regulamento 737 (Decreto 737, de 25/11/1850)⁶⁰, editado logo após a promulgação do Código Comercial (Lei nº 556, de 25/06/1850), pouca convergência existiu em relação a uma suposta harmonização da noção jurídica de empresa. Durante todo o período de vigência da parte primeira do Código Comercial – que tratava do comércio em geral e foi revogada pela Lei 10.426/02, que instituiu o então novo Código Civil brasileiro - inúmeros autores, como Bento de Faria, Alfredo Russel, Spencer Vampré, Descartes de Magalhães, Waldemar Ferreira, Ferreira de Souza, Darcy Bessone, João Eunápio Borges, J.C. Sampaio de Lacerda, Philomeno I. da Costa, Fran Martins e Walter Álvarez, passaram a sustentar, na esteira da definição de Carvalho de Mendonça, inspirada na doutrina do jurista italiano Cesare Vivante, a coincidência entre o conceito econômico e o jurídico⁶¹.

de análise em questão não podem ser isoladamente consideradas, notadamente se a tarefa é a formulação de uma noção jurídica adequada à realidade brasileira.

⁶⁰ BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

⁶¹ LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, ano 91, v. 795, jan. 2002, p. 92-93.

O *Direito de Empresa*⁶² positivado no CC/02, tal qual o *Codice Civile* italiano de 1942⁶³, não incorporou um conceito jurídico direto de empresa como o alicerce de uma teoria geral⁶⁴. Ao contrário, deu-se ênfase à figura do empresário, o sujeito (de direito) que *exerce a empresa*⁶⁵. Tem-se, neste sentido, mais uma teoria *do empresário* do que *da empresa*⁶⁶ propriamente dita⁶⁷. Além disto, utiliza-se (não

⁶² Josaphat Marinho aponta que o Anteprojeto do Código Civil de 2002 recepcionava a expressão *Atividade Negocial*, tendo sido esta alterada pela Câmara dos Deputados para *Direito de Empresa*. MARINHO, Josaphat. O Projeto de novo Código Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 146, abr./jun. 2000, p. 9. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/576/r146-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 13 fev. 2017. A expressão *Direito de Empresa* é criticada por muitos. Autores como Newton De Lucca a definem como “claramente imprópria”. A sua explicação é deveras interessante: “[...] Mas, de outro lado – e, aqui, evidencia-se a impropriedade da substituição da expressão *atividade negocial* por *atividade empresarial* -, o Código deixa claro que o notório relevo da atividade empresarial não é de molde a esgotar todo o fenômeno da atividade negocial, compreendendo este, além da organização empresarial para a produção ou circulação de bens ou de serviços, também a atividade exercida pelas figuras do pequeno empresário, dos que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, do empresário rural e, finalmente, das sociedades simples”. DE LUCCA, Newton. A função social da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 140.

⁶³ ITÁLIA. Regio Decreto-legge nº 262, 16 marzo 1942. **Codice Civile**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:codice.civile:1942-03-16;262>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

⁶⁴ Gaetano Pacciolo aponta que, na Itália, o Código Civil de 1942 teria deixado escapar uma boa oportunidade para a elaboração, de forma efetiva, de uma teoria da empresa com significado e amplitude mercedos, “com valor de categoria geral, não condicionada aos requisitos da comercialidade” [...]. Segundo o autor, o sistema em questão “coloca o empresário no centro de todo o universo comercial deixando à doutrina a tarefa de moldar a noção de empresa” [...]. PACIELLO, op. cit., p. 39. No Brasil, em sentido contrário, Arnaldo Wald sinaliza: “Assim, ao trazer expressamente a noção de empresa, e ao conceituar o empresário, o Código Civil de 2002 não pretendeu simplesmente introduzir, no sistema legal, um novo conceito jurídico tratado pela doutrina estrangeira e nacional. O objetivo de criar regras específicas para o empresário, abandonando a figura do comerciante, é colocar a empresa no centro da disciplina do Direito Comercial [...]”. WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XIV: livro II, do direito de empresa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 18-19.

⁶⁵ Esta afirmação se põe diante da redação do art. 1.142 do Código Civil, que trata do estabelecimento. O dispositivo legal aponta que se trata de “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária”. Em outras palavras, para o exercício da atividade econômica organizada (aqui, cabe lembrar a dicção do art. 966, caput, que considera empresário aquele que exerce atividade econômica organizada). Deve-se registrar que, quando do advento do CC/02 (Lei nº 10.406/02), o texto original previa que o exercício da empresa somente poderia se operar através das figuras do empresário ou da sociedade empresária. Todavia, com a incorporação, ao Código, do art. 980-A, que trata da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), ampliou-se este rol de figuras que, em tese, poderão exercer a empresa, muito embora a EIRELI não se confunda com o empresário individual e nem com a sociedade empresária.

⁶⁶ Não há, lembram Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla P. Ribeiro, uma definição direta da empresa, mas sim uma “definição indireta e subjetiva, mediante a configuração do que seja o empresário”. BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁶⁷ Esta interpretação não é uníssona. A proposição vai de encontro, por exemplo, ao que prescreve Arnaldo Wald, para quem o objetivo da criação de regras específicas para a figura do empresário

obstante o uso de uma mesma palavra) a expressão empresa em sentidos completamente diversos, tal como nos artigos 1.142 – exercício da *empresa* (noção de atividade econômica organizada) – e 980-A, que dispõe sobre a *empresa individual de responsabilidade limitada*, a qual se conferiu, inclusive, o *status* de pessoa jurídica.

Na doutrina jurídica brasileira já é possível encontrar propostas alternativas à noção consagrada no CC/02⁶⁸, tendo sido, portanto, retomado o debate em torno do tema da empresa⁶⁹. Dentre as mais destacadas, algumas se encontram fundamentadas na utilização de premissas teóricas assumidas pelo *Funcionalismo Jurídico* e pela chamada *Nova Economia Institucional - NEI*, escola de pensamento econômico que tem como eixo analítico o estudo das instituições e sua importância para o desenvolvimento econômico, assumindo como necessária a análise

teria, na verdade, a pretensão de se colocar a empresa no centro da disciplina do Direito Comercial. WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XIX: livro II, do direito de empresa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19.

⁶⁸ Entendida de maneira prevalecente como *atividade econômica organizada*. De outra forma, há também aqueles que sustentam ser a empresa uma “organização com o fim de desenvolver atividade econômica”, como o próprio Arnaldo Wald, citado na nota anterior. WALD, Arnaldo. Op. cit., p. 20. E, também, quem defende a empresa como uma *instituição-organização*, como Ana Bárbara Costa Teixeira. TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. São Paulo, 2010, 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo.

⁶⁹ Berardino Libonati, ao prefaciá-la obra *L'Impresa*, publicada em 1985, já destacava que naquele momento histórico existia na Itália um renovado interesse da doutrina pelo estudo da empresa (após os anos 50 e 60, em que o centro de atenções esteve direcionado sobretudo à figura da sociedade). LIBONATI, Berardino. Prefácio. In: LIBONATI, Berardino; FERRO-LUZZI, Paolo (Org.). **L'Impresa**. Quaderni Romani di Diritto Commerciale. Dott. A. Giuffrè: Milão, 1985, p. 3. Oportuno frisar que, no Brasil, a retomada dos debates sobre a empresa se operou após o advento do Código Civil de 2002, diploma legislativo que, inspirado no modelo italiano (Codice Civile, 1942), adotou a teoria da empresa em substituição à teoria dos atos de comércio, esta última de origem francesa e inspiradora do sistema do Código Comercial brasileiro de 1850.

interdisciplinar entre Economia e Direito⁷⁰, no seio da qual foram produzidas teorias econômicas da firma⁷¹.

Mediante análise retrospectiva, fundamentada e crítica dos tratamentos anteriores conferidos ao tema, percebe-se a necessidade de acrescentar novos contornos ao seu desenvolvimento. Isto significa que o estado atual do conhecimento jurídico neste campo está a merecer revisão, na medida em que, tanto a teoria jurídica da empresa consagrada no Código Civil de 2002 assim como novos conceitos apresentados recentemente como alternativas à sistemática legal, normalmente exprimem a crença na racionalidade absoluta da economia para a explicação da empresa e para a indicação dos elementos que a compõem⁷².

Conceitos, teorias ou noções jurídicas de empresa, assim constituídos, apresentam-se como frutos de uma determinada postura em relação ao objeto do conhecimento, marcada por e fundada em uma pretensa validade e racionalidade universais e absolutas da Economia para a explicação da realidade⁷³. O verdadeiro problema aqui em causa é o risco de se bloquear aos olhos do observador as

⁷⁰ Como exemplo, podem ser citadas: i) “Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados”, de Rachel Sztajn (livro); ii) “Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico”, de Cassio Machado Cavalli (tese de doutorado). A *NEI* possui variadas linhas, cuja percepção comum reside no fato de se enfatizar a relevância das instituições na compreensão do comportamento dos agentes econômicos, com seus impactos nos resultados econômicos. Especificamente em relação ao objeto da presente tese, destacam-se: i) o trabalho de Harold Demsetz sobre o papel dos direitos de propriedade na realização da eficiência econômica; ii) a ênfase conferida por Ronald Coase e Oliver E. Williamson sobre os custos de transação na explicação da organização e comportamento das empresas. Na *Nova Economia Institucional*, essas distintas linhas conduziram a diferentes concepções sobre a empresa, as denominadas *teorias da firma*

⁷¹ Na presente tese será evitada a utilização da expressão *firma* como sinônimo de *empresa*, na medida em que, no Direito brasileiro, *firma* constitui espécie de nome empresarial. Sobre o tema, devem-se consultar os artigos 1.155 e seguintes do Código Civil de 2002.

⁷² Em relação a esta premissa, interessante destacar as assertivas apontadas por Ana Maria Kirschner e Cristiano Fonseca Monteiro, segundo os quais “A ordem econômica e as suas instituições, aí incluídas as empresas, são construções sociais, passíveis, portanto, de serem apreendidas sob outros olhares que não o de uma racionalidade exclusivamente formal de caráter econômico”. KIRSCHNER, Ana Maria; MONTEIRO, Cristiano Fonseca. Da sociologia econômica à sociologia da empresa: para uma Sociologia da Empresa brasileira. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 17, n. 1, jan./jun. 2002, p. 79.

⁷³ Como exemplo, transcreve-se a assertiva de Eduardo Secchi Munhoz, que, na delimitação das fronteiras da empresa, propõe “que a definição da empresa seja baseada na teoria econômica, tal como desenvolvida por Coase, ou seja, como atividade exercida segundo a lógica da autoridade e da direção”. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**: poder de controle e grupos de sociedades. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 217.

interações e influxos de outras (marcadamente, a social) ordens que igualmente perpassam o objeto em suas manifestações concretas.

Esta perspectiva da empresa, que atualmente predomina no campo do Direito Comercial brasileiro, presente na sistemática do Código Civil de 2002 (e, registre-se, praticamente repetida nos Projetos de Código Comercial em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal) e também nas explicações encontradas em propostas emergentes, alternativas a esse modelo (com suas variações, mas relacionadas por um eixo comum), aparentemente, projeta o objeto como uma realidade fechada, regulada e determinada exclusivamente pelas condicionantes econômicas⁷⁴. Permanecem descuradas considerações relacionadas aos elementos, características e dimensões socialmente produzidos, fato que resulta em uma abordagem unidimensional diante dos componentes de diferentes ordens que compõem o todo.

Diante destas verificações preliminares percebidas na revisão da literatura sobre o tema, construiu-se a motivação central da pesquisa em torno da seguinte indagação específica: a transposição ou adaptação de lições provenientes da Economia, ou de dados de natureza econômica, isoladamente considerados, constitui uma metodologia apropriada para a captação de um conhecimento pertinente acerca da empresa, apto a subsidiar a construção de uma noção jurídica adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo?

Com vistas à construção de resposta à indagação formulada, alinhou-se uma hipótese na linha positivista, que se buscará demonstrar ao longo do trabalho, ou seja, de que a empresa não consiste num fenômeno eminentemente econômico, mas econômico e social. Como consequência, deduz-se provisoriamente que uma noção jurídica de empresa adequada ao direito comercial brasileiro contemporâneo não deve ser edificada mediante a mera assunção (decorrente de transposição ou adaptação) de premissas advindas dos aspectos econômicos relacionados ao objeto de estudo.

⁷⁴ Vale aqui transcrever a opinião de Eduardo Goulart Pimenta, acerca do caráter eminentemente econômico da empresa, com os consequentes reflexos desta visão na disciplina jurídica: “O Direito de Empresa é, assim, um conjunto de princípios e normas destinados à disciplina de um instituto que é, antes de mais nada, econômico: a empresa. O Direito de Empresa se mostra, então, como um campo particularmente fértil para o emprego e desenvolvimento da análise econômica do Direito”. PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria de Empresa em Direito e Economia. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB**, Lisboa, ano 1, n. 8, 2012, p. 4914. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/08/2012_08_4913_4942.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

A tese que se pretende desenvolver se alinha a um novo direcionamento teórico, ao contrário das demais. E o faz desde o seu manancial, na medida em que parte do reconhecimento sobre a necessidade de uma mudança estrutural no Direito Comercial brasileiro, tarefa que, acredita-se, tem como pressupostos a análise e a crítica da noção que predominantemente se empresta (em sentido jurídico) à principal estrutura que dá sustentação ao Capitalismo⁷⁵ brasileiro (alicerçado em algumas características que o diferenciam de outros modelos sócio-histórico-culturais de produção capitalista), isto é, a empresa. Daí, desde esta perspectiva, a preocupação com a variada gama de interesses que a circundam⁷⁶.

Como fio condutor destas reflexões, adotou-se o referencial teórico-metodológico do estruturalismo jurídico, a partir das concepções de Emílio Suñé Llinás e Calixto Salomão Filho, com a finalidade de repensar a noção jurídica de empresa sem reduzir a compreensão do instituto a uma racionalidade eminentemente formal de caráter econômico, propugnando-se por bases de apreciação mais amplas.

No presente trabalho, concebe-se a empresa não propriamente como um fenômeno baseado unicamente numa racionalidade formal de caráter econômico, mas sim na condição de um construto humano e, como tal, marcado por uma permanente interação de elementos e características, formadores de um todo integrado que representa mais do que a mera soma de suas partes.

Esta hipótese, da empresa como construto simultaneamente econômico e social⁷⁷ (base da forma como deve se projetar no Direito), é merecedora de orientar a

⁷⁵ No capítulo PREMISSAS INICIAIS, será desenvolvida uma abordagem mais específica e detalhada do Capitalismo enquanto sistema de produção. O intuito é o de realçar a existência de diferentes modelos e variações do Capitalismo, que, embora guardem uma peculiaridade comum, encontram-se baseados em compreensões múltiplas e estruturados juridicamente por desenhos institucionais diversos, cada qual correspondendo a um conjunto próprio de assimilações.

⁷⁶ A preocupação com os interesses que gravitam em torno da empresa não é nova na doutrina comercialista nacional. Ao longo deste trabalho serão revisitadas posições como as de Waldírio Bulgarelli, Romano Cristiano, Calixto Salomão Filho e Ana Bárbara Costa Teixeira, nas quais esta preocupação aparece como evidente.

⁷⁷ Na doutrina nacional, a concepção de empresa como fenômeno simultaneamente econômico e social é compartilhada por Ana Lúcia Alves da Costa Arduin. Tal como adverte a autora, “para entender a empresa é necessário, primeiro, admitir que se trata de um fenômeno socioeconômico singularmente dinâmico e complexo, passível de designar diversas realidades sob distintos prismas”. Todavia, paradoxalmente, não obstante reconhecer que se trata de fenômeno socioeconômico, defende que a formulação da sua noção jurídica “[...] assenta-se no conceito econômico de empresa”. ARDUIN, Ana Lúcia Alves da Costa. *A Teoria Jurídica da Empresa*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 76-44. Na doutrina estrangeira, a concepção de empresa como fenômeno simultaneamente econômico e social é compartilhada por Esperanza Sánchez. Todavia, a autora, ao discorrer especificamente sobre a noção jurídica de

pesquisa, na medida em que outras considerações, mais restritivas (da empresa como *fenômeno* eminentemente econômico), visualizadas em teorias concorrentes (propostas de *lege ferenda*) e também no sistema consagrado no Código Civil de 2002 (tendência seguida nos Projetos de Código Comercial em tramitação) e suas interpretações (de *lege lata*), têm conduzido a um quadro teórico e proposições fundadas em olhares unidimensionais sobre o tema.

Tais concepções parecem reflexo da crença de que, sob o ponto de vista metodológico, o enfrentamento do tema da empresa permite apenas duas alternativas, conforme classificação proposta por Vincenzo Panuccio⁷⁸ e replicada por Cássio Machado Cavalli⁷⁹: i) partir de um dado teórico da Economia ou do Direito para a construção do conceito jurídico de empresa; e, ii) partir de elementos legislativos para a edificação do conceito jurídico de empresa.

Quer-se verificar se ambas as alternativas em questão conduzem a transposições ou adaptações, pelos juristas brasileiros, dos aspectos econômicos da empresa entendidos como de maior relevância para o Direito, tais como as significações atribuídas à empresa verificadas nas leituras preliminares sobre o tema: ideias de atividade e/ou organização (tradicionalmente utilizadas), ou, ainda, noções como as de feixe de contratos e/ ou mecanismo de governança orientado à redução de custos de transação e/ou agência (recentemente utilizadas).

Baseado na hipótese anunciada acima, buscar-se-á investigar se a empresa enquanto objeto de estudo pode ser adequadamente analisada sem tomar-se em conta a interdisciplinaridade que lhe é peculiar. A este respeito, acredita-se que a interdisciplinaridade que marca a complexidade da empresa advém não da existência

empresa, (também) paradoxalmente, sustenta que esta deve se basear unicamente no conceito econômico. Destaca ainda não haver um único conceito jurídico, mas uma pluralidade de noções, desenhadas a partir dos aspectos econômicos com maior relevância para o Direito. Segundo observa, para o Direito Mercantil os aspectos mais relevantes seriam o da atividade e o da organização SÁNCHEZ, Esperanza Gallego. **Derecho Mercantil**: parte primeira. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 51-53. Em sentido contrário, a hipótese de que empresa é “fenômeno econômico que tem projeção no direito [...]”, “[...] fenômeno econômico, assim como os mercados”. SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**: Atividade Empresária e Mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3-6.

⁷⁸ PANUCCIO, Vincenzo. *Impresa* (dir. priv.). In. **Enciclopedia del diritto**: Giuffrè, XX, 1970, p. 563-564.

⁷⁹ 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. Porto Alegre, 2012, 304 f. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

de inúmeras teorias que procuram explicá-la⁸⁰, mas sim do fato de esta guardar, em seu âmago, elementos e características de distintas ordens que interagem permanentemente entre si.

Não se quer, com a presente tese, negar a influência e a importância do referencial teórico econômico na formação de uma noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro, mas demonstrar que as visões e dimensões econômicas sairiam reforçadas se lhes fossem acrescentadas outras perspectivas acerca do objeto de estudo⁸¹.

Deste modo, espera-se oferecer à comunidade acadêmica uma noção alternativa às visões jurídicas que despontam como predominantes na realidade brasileira atual, presentes nos termos dispostos no Código Civil de 2002 (e, igualmente, nos Projetos de Novo Código Comercial, em tramitação) e suas interpretações, assim como em novas perspectivas teóricas existentes na doutrina comercialista, apresentadas recentemente como alternativas à sistemática legal vigente.

Na trajetória de construção desta tese, pretende-se demonstrar “rigor, técnica, método, organização e capacidade de pesquisa intensa de trabalho”⁸².

Trata-se de uma investigação de cunho qualitativo e construída sobre uma linha de raciocínio dedutivo, que procurará alcançar uma compreensão transdisciplinar do objeto de estudo. Neste sentido, articulam-se contribuições advindas de diferentes

⁸⁰ A visão aqui defendida se contrapõe especificamente à assertiva de Cássio Machado Cavalli, para quem “a complexidade da empresa é devida ao fato de que existem várias teorias que buscam explicar o fenômeno empresarial”. CAVALLI, Cássio Machado. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 417.

⁸¹ Oscar Barreto Filho, em 1963, já alertava que não obstante a necessidade de reconhecimento do papel relevante que o fator utilitário econômico desempenha na organização da vida social, não se poderia admitir, de maneira absoluta, o condicionamento de toda a estrutura jurídica aos processos econômicos. Em sua opinião, a realização do valor do *justo* importaria na obrigação de estabelecimento de uma coordenação harmônica de outros valores, tais como a liberdade, a igualdade e, acima de tudo, a dignidade. A partir deste raciocínio, o autor enunciava uma questão básica, entendida como de ordem deontológica, que já naquele momento se colocava como uma problemática para o Direito Mercantil: conciliar as exigências da técnica econômica com os valores fundamentais do Direito. BARRETO FILHO, Oscar. A Dignidade do Direito Mercantil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 68, n. 2, 1963, p. 415-416. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66682/69292>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

⁸² MONEBHURRUM, Nitish; VARELLA, Marcelo D. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, 2013, p. 426.

áreas do conhecimento, acolhendo-se como referencial teórico-metodológico o estruturalismo jurídico, que consagra a perspectiva de diálogo entre campos do saber antes considerados estanques.

Como fontes de pesquisas são utilizados documentos em geral e legislações (já existentes e projetos de leis em tramitação) sobre o tema da empresa, além de materiais impressos e digitais, de autores nacionais e estrangeiros, presentes em livros, artigos científicos, dissertações e teses, perpassando os ramos do Direito, da Economia e da Sociologia.

No que diz respeito à estrutura, o trabalho se encontra dividido da seguinte maneira:

No primeiro capítulo, “Premissas Iniciais”, procuram-se oferecer pressupostos e esclarecimentos prévios ao exame do objeto de estudo. Defende-se a ideia de necessidade de contextualização da discussão sobre a noção jurídica de empresa diante de um espaço-tempo e uma comunidade político-jurídica em concreto. Apresentam-se apontamentos e bases de sustentação preliminares para o questionamento, quando do exame do tema específico, de uma determinada concepção de Direito que passou a ser muito comum e influente nas abordagens acerca da matéria comercial.

Na sequência, em “A Noção Jurídica de Empresa no Direito Comercial Brasileiro”, após breves notas sobre as distintas noções jurídicas de empresa nos diferentes ordenamentos jurídicos e sobre o momento do despertar do interesse em torno do tema no Direito Comercial brasileiro, apresentam-se as principais posições sobre a empresa na doutrina nacional desde as perspectivas do sistema de atos de comércio instituído pelo Código Comercial de 1850 e pelo Regulamento 737, e também do sistema de atos de empresa consagrado pelo Código Civil de 2002. Destaca-se também a influência que os modelos francês e italiano exerceram sobre o Direito Comercial brasileiro, em cada uma de suas principais fases (comercialidade e empresarialidade).

Em “Novos elementos teóricos e legislativos no debate em torno da noção jurídica de Empresa no Direito Comercial Brasileiro”, apresentam-se detalhadamente duas construções sobre o tema recentemente oferecidas ao meio acadêmico como alternativas à sistemática do Código Civil de 2002, em que seus autores sugerem a conveniência da elaboração de um conceito jurídico de empresa (*de lege ferenda*) a

partir do dado teórico econômico, mas incorporando ao debate uma série de pressuposições adotadas pela matriz teórica da Nova Economia Institucional. Adicionalmente, examinam-se os dois Projetos de Código Comercial em tramitação, respectivamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, procurando-se identificar a noção jurídica de empresa eventualmente consagrada.

No capítulo 4, “A importância e insuficiência do dado teórico econômico para a elaboração de uma noção jurídica de Empresa adequada ao Direito Comercial Brasileiro contemporâneo”, procura-se despertar a atenção para o fato de que, não obstante a sua importância instrumental, os critérios econômicos, sozinhos, não devem ser usados para a determinação das escolhas normativas no Direito Comercial brasileiro. Parte-se então de uma crítica aos determinismos econômicos na conformação da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro. Para tanto, retomam-se os fundamentos econômicos normalmente utilizados na conformação das diferentes noções jurídicas de empresa na realidade brasileira, presentes nas abordagens das escolas de pensamento conhecidas como Economia Neoclássica e Nova Economia Institucional, que atribuem à empresa um enfoque eminentemente econômico (função de produção; função de eficiência na redução dos custos de transação e na redução de custos de agência; feixe ou nexo de contratos). Na sequência, apresentam-se os principais conceitos da análise econômica do Direito e a sua crítica: necessidade de imposição de limites no aproveitamento dos critérios econômicos pelo Direito Comercial brasileiro. Em consequência, reconhecida a empresa como um fenômeno complexo (econômico e social), sugere-se a necessidade de se trilhar diferentes caminhos para o deslindar da empresarialidade.

No quinto e último capítulo, “Necessidade de revisão Crítico-Estruturalista da noção jurídica de Empresa no Direito Comercial Brasileiro Contemporâneo”, defende-se o estruturalismo jurídico como alternativa para o Direito Comercial e como referencial teórico-metodológico para a tarefa de se repensar a noção jurídica de empresa. Apresentam-se os principais argumentos das matrizes de pensamento do espanhol Emílio Suñe Llinás e do brasileiro Calixto Salomão Filho. A partir deste referencial teórico-metodológico específico, examinam-se uma série de elementos de compreensão da revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa no Direito

Comercial brasileiro, partindo-se finalmente para a apresentação de algumas bases de uma proposta pessoal, de *lege ferenda*.

1 PREMISSAS INICIAIS

1.1 Que Direito? Que comunidade político-jurídica? Que sistema de produção?

As páginas seguintes não têm como propósito abordar em profundidade a teoria ou a filosofia do Direito. Deseja-se, tão somente, oferecer: i) determinados pressupostos e esclarecimentos prévios ao exame do objeto de estudo; e ii) certos apontamentos e bases de sustentação preliminares para o questionamento, quando do exame do tema específico, de uma determinada concepção de Direito que passou a ser muito comum e influente nas abordagens acerca da matéria comercial e, especialmente, do tema da empresa⁸³.

Mais precisamente, questiona-se aqui a concepção de Direito (relacionado especialmente às dimensões de escolhas normativas e disciplina jurídica de institutos) unicamente voltado para as consequências (ou seja, uma espécie de leitura do Direito baseada em seus resultados) e atrelado a uma racionalidade meramente formal de caráter econômico⁸⁴ (que se vale exclusivamente de métricas propostas pela Economia e seu referencial teórico e empírico, fundadas em critérios de eficiência

⁸³ O economista Luiz Carlos Bresser-Pereira esclarece com exatidão os contornos da principal divisão do pensamento que atualmente gera controvérsias nas ciências sociais: “Hoje, a principal divisão ocorre entre o individualismo metodológico, que se tornou dominante na economia e avançou na ciência política, e teorias históricas ou de sistemas, ou seja, entre a doutrina segundo a qual a estrutura social e a mudança social são exclusivamente o resultado de decisões individuais, e que, portanto, os cientistas sociais produzirão o avanço do conhecimento desde que investiguem as microfundações ou bases racionais subjacentes, e a doutrina segundo a qual muitos fenômenos sociais e econômicos podem ser explicados melhor por meio de estruturas sociais e econômicas, por forças históricas macro ou holísticas, que pressupõem interesses subjacentes, mas explicam a mudança social e econômica a partir principalmente dos fatos históricos novos que modificam as relações internas e externas do sistema social sob análise”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Auto-interesse e Incompetência. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 1, 2003, p. 210. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/836>>. Acesso em: 15 jul. 2016. Transpondo o ensinamento acima para a discussão enfrentada na presente tese, supõe-se que a Análise Econômica do Direito seria um movimento de pensamento adepto da primeira orientação, isto é, de crença no individualismo metodológico, na mudança como resultado de decisões individuais e no estudo das microfundações e bases racionais subjacentes; ao passo que a Teoria do Conhecimento Econômico e Social (em que se insere a Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial, ambas proposições de Calixto Salomão Filho), referencial adotado neste estudo, seria adepta da segunda orientação, ou seja, de crença de melhor explicação dos fenômenos econômicos e sociais por meio de estruturas, por forças históricas que pressupõem interesses subjacentes, na mudança como resultado de fatos históricos novos que alteram as relações internas e externas do sistema social sob análise.

⁸⁴ A crítica a esta concepção se estenderá ao item seguinte do trabalho, onde será aprofundada.

voltados somente ao atingimento de necessidades e funções econômicas dos institutos jurídicos)⁸⁵.

Se, como se procurou demonstrar na introdução deste trabalho, a rediscussão da noção jurídica de empresa é tarefa que se impõe, o mesmo se diga em relação a uma prévia abordagem sobre as concepções do Direito e a compreensão em torno do seu papel em determinada comunidade política-jurídica (mais precisamente, no Estado Democrático de Direito brasileiro⁸⁶, como se verá), economicamente organizada por um modo ou sistema de produção que lhe é peculiar.

Mesmo em se tratando de uma tese no campo específico do Direito Comercial (e não sobre teoria ou filosofia do Direito), acredita-se que não se pode prescindir de tal contextualização, ainda que em caráter superficial⁸⁷.

Parece inadequado refletir sobre dada noção jurídica sem em que se tenha bem definida a própria concepção de Direito⁸⁸, contextualizado diante de um espaço-tempo e uma comunidade político-jurídica em concreto, à luz de determinado Texto Fundante, considerando as escolhas econômicas voltadas à organização de um

⁸⁵ Atualmente, esta tendência se manifesta principalmente na influência crescente que determinadas pressuposições teóricas, relacionadas especialmente ao movimento conhecido como Análise Econômica do Direito, passam a exercer sobre o Direito Comercial brasileiro, de maneira cada vez mais acentuada. O tema da análise econômica do Direito será retomado com maior profundidade nesta tese.

⁸⁶ Faz-se referência à posição de Karl Larenz, manifestada logo na página inicial de sua obra, para quem a ciência do Direito deve se confrontar com a solução de questões jurídicas relacionadas ao contexto de um ordenamento jurídico específico, ou seja, determinado e historicamente constituído. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 1.

⁸⁷ Na tese de doutorado A função social da empresa e suas repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de sociedades anônimas: uma análise dos artigos 116, parágrafo único, e 154 da Lei das S/A, Ana Frazão de Azevedo Lopes reflete sobre o sentido interpretativo que o princípio da função social da empresa assume no contexto da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito brasileiro contemporâneo, por ela instaurado. A autora discorre sobre a repercussão da função social da empresa nos deveres dos controladores e administradores, assim como sobre a noção de interesse social que deve orientar a gestão. Em sua pesquisa, busca compatibilizar as dimensões funcional e individual, no caso, com vistas a alcançar uma interpretação capaz de assegurar coerência e aplicabilidade aos princípios da ordem econômica constitucional, vetores de uma proposta de harmonização dos distintos interesses que se projetam sobre a empresa. LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **A função social da empresa e suas repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de sociedades anônimas**: uma análise dos artigos 116, parágrafo único, e 154 da Lei das S/A. São Paulo, 2009, 446 f. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8735>>. Acesso em: 28 out. 2016.

⁸⁸ Como descreve Maria Francisca Carneiro, “não somente o conceito de ciência como também o de direito não encontram unanimidade entre os tratadistas”. CARNEIRO, Maria Francisca. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 26, n. 7, jul. 2014, p. 10.

determinado modo ou sistema de produção⁸⁹. Afinal, sobre que terreno se irá edificar a noção jurídica de empresa, eventual raiz de (esperadas) transformações estruturais no âmbito do Direito Comercial brasileiro contemporâneo?

Em relação à primeira parte da indagação (Que Direito?), parece oportuno formular as seguintes indagações: Um Direito entendido simplesmente como um sistema de normas voltadas à regulação das relações do homem em sociedade? Um Direito compreendido apenas como um sistema de solução de controvérsias (visão aqui contraposta, da qual decorre ideia atualmente difundida entre alguns comercialistas brasileiros, no sentido de entendê-lo como um mecanismo de suposta redução de incertezas e riscos associados à ação dos agentes econômicos)?⁹⁰ Ou, ainda, um Direito que, para além de sistema de normas e de solução de controvérsias, é admitido simultaneamente como um instrumento de transformações econômicas e sociais?

As perguntas acima, tal como assinalado por Eros Roberto Grau⁹¹, estão a indicar que o Direito (enquanto objeto em nível de abstração) pode ser visto desde

⁸⁹ Neste ponto, pertinentes as lições de Fábio Corrêa Souza de Oliveira e de Vanice Regina Lírio do Valle. Para o primeiro, é tópica (e não universal) a construção de um perfil de Constituição, sendo que cada Lei Fundamental exprime determinados consensos, estabelecidos de acordo com as características sociais e históricas de dada comunidade política-jurídica. Deste modo, as análises abstratas implicam no risco de não se atentar para as especificidades e aspirações de cada comunidade, assim como do próprio sistema jurídico que a Lei Maior fundamenta. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31. Para a segunda, a subsistência de uma ordem jurídica constitucional possibilita o amadurecimento da compreensão não apenas do quadro normativo que se encontra expresso no Texto Fundante, como também de uma concepção do sistema jurídico que ele fundamenta. A autora destaca ainda que a Constituição alberga compromissos axiológicos, propósitos estes que devem se refletir no funcionamento ordinário das instituições e na responsabilidade das mesmas no que diz respeito à implementação e manutenção desta ordem jurídica. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Prefácio. In: CHAVES, Vinicius Figueiredo (org.). **Direito Público e Evolução Social**. Rio de Janeiro: ACMGuedes, 2016, p. 3.

⁹⁰ Englobando estas duas primeiras vertentes, registre-se o pensamento de Lourival Vilanova. Segundo este autor, “define-se o direito como um sistema de normas diretivas da conduta humana, cuja inobservância é sancionada e, ainda, dotadas essas normas de uma organização no emprego da coação. Mas esse é apenas um ângulo de consideração abstrata do direito”. Na sequência, Vilanova completa o raciocínio: “O outro ângulo, complementar ao primeiro, reside em considerar o direito o sistema da conduta humana que efetiva as prescrições primárias (deveres e sanções, espontaneamente cumpridos). E, mais, as secundárias, que compulsoriamente, através da prestação jurisdicional, efetivam as primárias. De onde ser procedente ver o direito, sob um lado, como sistema de normas; de outro, como sistema de conduta ou ordenamento”. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 65.

⁹¹ “Podemos descrever o direito de várias formas e desde várias perspectivas; na verdade, contudo, não descrevemos jamais a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade. É que a realidade da qual tomamos consciência (isto é: a consciência do real) existe como existe (= está intrínseca) em nosso pensamento (ainda que o nosso pensamento – a consciência – seja por ela determinada). A realidade (realidade da qual tomamos consciência) é o que aparenta ser (se apresenta = ‘presenta’) para cada consciência. Diante de um objeto qualquer, minha consciência recebe o impacto do que

várias perspectivas, as quais irão espelhar diferentes modos de apreensão da realidade (não a realidade em sua plenitude, mas uma maneira de vê-la). Neste sentido, a maneira como o Direito se projeta na consciência (intrínseca no pensamento) implicará na assunção de um determinado modo de representação⁹².

Tais indagações se justificam na medida em que refletem diferentes visões sobre o Direito, que (não é incomum) fundamentam distintas concepções acerca de seus institutos tradicionais, diante da recepção ou não de determinadas premissas decorrentes destas acepções. Pode-se, exemplificativamente: i) cogitar-se acerca da tarefa de conceituar um determinado instituto jurídico (ex.: empresa): a descrição da realidade em torno do mesmo não será senão a descrição de um determinado modo de ver a realidade, dentro de um conjunto de representações possíveis (ex.: atividade econômica organizada, organização, instituição, nexos de contratos, mecanismo de governança); ii) cogitar-se acerca do substrato (função) econômico ou mesmo social do Direito, que, particularmente, podem ser apresentados como premissas capazes de forjar distintas concepções sobre a empresa, decorrentes de sua assunção ou não. Percebe-se, em ambos os exemplos, que a concepção de Direito adotada acabará por influenciar o processo de construção de sentidos relacionados aos institutos ou fenômenos objetos de estudo.

Este debate acerca das diferentes visões sobre o Direito tem sido normalmente posto à margem pela doutrina comercialista brasileira contemporânea, concentrada ultimamente nas descrições e interpretações legais e nas análises de institutos jurídicos sem a incorporação de um quadro teórico mais aprofundado, que dê sustentação às diferentes abordagens e posicionamentos frente aos temas sob análise⁹³.

ele representa (como ele se apresenta), para mim. Posso dizer, então, que minha consciência vê os objetos exteriores como eles são, visto que eles são (para nós), nas suas manifestações (aparições), absolutamente indicativos de si mesmos. Como, porém, os objetos e a realidade existem em suas manifestações (aparições) para mim, jamais os descrevo – os objetos e a realidade; descrevo apenas o modo sob o qual eles se manifestam (=o que representam) para mim. GRAU, Eros Roberto, **O direito...**, op. cit., p. 15-16.

⁹² Este raciocínio também se encontra presente na visão do economista Paulo de Barros Tigre: “Corpos teóricos são influenciados por uma visão particular da realidade e carregam o peso de preocupações diferenciadas”. TIGRE, Paulo de Barros, op. cit., p. 105.

⁹³ Rompendo uma tradição presente na história do Direito Comercial brasileiro, verificável em trajetórias como as de pensadores como João Eunápio Borges, Fábio Konder Comparato, Arnoldo Wald, entre outros. Contemporaneamente, verifica-se que as abordagens são concentradas mais nas análises casuísticas do Direito como ele é; e menos nas cogitações acerca de como ele deve ser. Como reflexo, percebe-se nos artigos científicos e debates em congressos e encontros de

Todavia, recentemente este tema constituiu a tônica da exposição oral proferida por ocasião da cerimônia de abertura do IV Congresso da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito/SP. Em sua palestra, intitulada *Segurança Jurídica e Ideologia*, o comercialista Fábio Ulhoa Coelho discorreu especificamente sobre estas distintas concepções e a importância em se refletir sobre as mesmas em sede de Direito Comercial, tendo, inclusive, manifestado posicionamento pessoal no sentido de considerar o Direito como mero instrumento de composição de conflitos intersubjetivos⁹⁴.

Se, por um lado, a compreensão acima, embora respeitável, não parece a mais adequada - sendo contraposta mesmo dentre outros estudiosos do Direito Comercial brasileiro, como Eduardo Secchi Munhoz, que não vê o Direito como mero mecanismo de solução de conflitos e pacificação, mas atuando de forma prospectiva para a transformação da realidade⁹⁵; por outro, traduz-se como uma oportuna preocupação com a necessidade de retomada, neste ramo do Direito, das discussões mais aprofundadas sobre matrizes teóricas de pensamento passíveis de aplicação na análise dos institutos jurídicos, que possam eventualmente servir como referenciais aptos a embasar e dar sustentação a escolhas normativas e interpretações relativas à matéria comercial.

Nesta tese, adota-se a matriz epistemológica de pensamento construída (na verdade, em construção, como se verá) por Calixto Salomão Filho, baseada numa concepção em que Direito, além de norma de conduta e sistema de solução de conflitos, é simultaneamente entendido como um instrumento de transformações econômicas e sociais, impulsionado por uma *teoria jurídica do conhecimento*

destacada envergadura no cenário nacional, como aqueles organizados pelo Conpedi – Conselho Nacional da Pós-Graduação em Direito -, reiteradas análises circunscritas a dispositivos legais e apoiadas, em grande parte, em referências bibliográficas como manuais e cursos de Direito Comercial (frequentemente omissas em relação aos ensinamentos dos autores clássicos). Têm sido poucos os autores que destinam devida atenção às reflexões epistemológicas mais aprofundadas, às influências que as diferentes visões sobre o Direito exercem na conformação dos institutos jurídicos etc. Encontra-se na obra de Calixto Salomão Filho uma exceção a esta tendência. Não por outra razão, a sua *teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial* foi adotada como principal referencial teórico-metodológico desta tese.

⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Segurança Jurídica e Ideologia**. In: IV Congresso Nacional do FEPODI, 2015, São Paulo.

⁹⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**: poder de controle e grupos de sociedades. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 12.

econômico e social. De acordo com esta acepção⁹⁶, os valores da sociedade, democraticamente estabelecidos, precisam influenciar as escolhas normativas (inclusive, no que diz respeito à configuração ou reconfiguração de institutos jurídicos) e interpretações atinentes ao Direito Comercial⁹⁷.

No que toca ao segundo ponto (Que comunidade política-jurídica?), intimamente ligado ao primeiro, deve-se ao menos considerar: um Estado Liberal⁹⁸,

⁹⁶ A obra de Calixto Salomão Filho será detalhada em ponto específico deste trabalho. Por ora, sobre a *teoria jurídica do conhecimento econômico e social*, remete-se o leitor a: SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 17-19. Na classificação exposta por Norberto Bobbio, defende-se o enquadramento da *teoria jurídica do conhecimento econômico e social* como uma concepção filosófica – valorativa e deontológica -, por ser dotada de uma estrutura teleológica, que entende o Direito como um ordenamento destinado a realizar certos fins-valores (no caso, transformações econômicas e sociais). BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Compilação por Nello Morra. Tradução e notas por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 138.

⁹⁷ Portanto, defende-se aqui o instrumentalismo econômico; não o jurídico.

⁹⁸ Atribui-se o surgimento do Estado liberal a concepções de um individualismo filosófico e político do século XVIII, da Revolução Francesa e do liberalismo dos fisiocratas e de Adam Smith, em oposição ao padrão de centralização predominante desde o século XV, onde o Estado era então personificado na figura do rei. ECHTERHOFF, Gisele. A Ordem Econômica e a Constituição: o Papel dos Princípios Constitucionais. **Revista Conhecimento Interativo**. São José dos Pinhais, v. 04, n. 02, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/48/57>>. Acesso em: 12 out. 2015. Para Smith (1723-1790), os participantes da economia tendem a buscar seus interesses pessoais e uma mão invisível dirige este comportamento para um caminho onde o bem social emerge. O autor foi o fundador da escola econômica clássica e seu membro mais destacado, com contribuições relevantes para a teoria econômica. Seu principal trabalho, *The wealth of nations (A riqueza das nações, 1776)* engloba ideias sobre: i) o laissez-faire e a harmonia dos interesses; ii) a divisão do trabalho; iii) as leis econômicas de uma economia competitiva, a partir das quais prega um papel limitado (mas significativo) para o Estado na economia, no sentido de: a) proteger a sociedade ao ataque estrangeiro; b) estabelecer a administração da justiça; e c) elevar e manter os trabalhos e as instituições públicas a fim de que os empresários privados não possam tentar obter lucros excessivos. A sua teoria do desenvolvimento econômico foi assim esquematizada por Stanley L. Brue: “a divisão do trabalho estimula o acúmulo de capital e que os dois trabalham juntos para aumentar a produtividade do trabalho. O crescimento na produtividade do trabalho aumenta a produção nacional, que amplia o mercado e justifica a distância entre a divisão do trabalho e o acúmulo de capital. Como um resultado do acúmulo de capital, as reservas de salários crescem e os salários aumentam. Os salários mais altos motivam o crescimento ainda maior da produtividade. O crescimento da produção nacional aumenta o número de bens disponíveis para o consumo, o que constitui a riqueza de uma nação”. BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 63 e ss. O modelo de Estado Liberal restou caracterizado pelo respeito às liberdades e intervenção estatal mínima na economia, guiada pelos próprios ajustes dos livres mecanismos de mercado. De acordo com André Felipe Canuto Coelho, “a teoria econômica que se tornou o paradigma do Estado liberal acreditava que as leis do mercado bastariam para propiciar o pleno desenvolvimento da atividade econômica. As ações individuais levariam a um auto equilíbrio sustentável: a atuação do Estado na economia seria ou desnecessária ou indiferente”. COELHO, Felipe Canuto. O Estado liberal: entre o liberalismo econômico e a necessidade de regulação jurídica. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 08, n. 15, jan./jun. 2006. Disponível em <http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed_antiores/15/artigos/09.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015. Nesta visão, acredita-se que as ações individuais levam a um estado de auto equilíbrio, pois a busca pelo próprio interesse, restrita pela competitividade, produziria o bem social, a produção máxima e

um Estado Social⁹⁹ ou um Estado Democrático de Direito (estabelecido por um Texto Fundante e uma ordem jurídica por ele fundamentado)?

Tais questionamentos parecem especialmente importantes num momento em que são observadas e reconhecidas transformações em diversos sistemas jurídicos contemporâneos¹⁰⁰.

Referidas alterações e mudanças de fundo decorrem, em grande medida, dos movimentos de implementação do chamado Estado Democrático de Direito Constitucional contemporâneo¹⁰¹. Antônio Cavalcanti Maia aponta a principal delas

o crescimento da economia, tornando desnecessária e indesejável a intromissão do governo. BRUE, op. cit., p. 70.

⁹⁹ Na virada do século XIX para o século XX surge na Alemanha, e depois na Inglaterra, um novo tipo de intervenção pública, comprometida com a proteção da sociedade, especialmente com os trabalhadores assalariados, contra riscos então associados à economia de mercado. KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 5. Inspirava-se no modelo de *economia do bem-estar* e buscava a maximização do bem-estar social, sendo que os historiadores consideram Vilfredo Pareto (1848-1923) o seu criador, não obstante vários economistas, incluindo Marshall, terem trabalhado ideias neste sentido. Vilfredo Pareto apresentou grande contribuição para a teoria econômica, notadamente no sentido da busca de condições para a eficiência da economia, em especial o significado de bem-estar. As suas principais ideias foram difundidas em seu *Manual of political economy (Manual de política econômica, 1906)*, onde investigou as condições para a chamada “otimização”, também conhecida como bem-estar máximo, um estado que se daria a partir do momento em que eventuais mudanças já não fossem capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem que se piorasse a condição de outras. Este *estado ótimo* ocorreria quando uma dada economia alcançasse: i) uma distribuição ideal de bens entre os consumidores; ii) uma alocação técnica ideal de recursos; e iii) quantidades ideais de produção. Entre as principais críticas às ideias de Pareto, está a questão da distribuição justa de renda na sociedade, que, segundo alguns economistas, não teria sido enfrentada. BRUE, op. cit., p. 394-396. Este paradigma, conhecido como Estado social, teve como principal característica o forte intervencionismo estatal nas atividades econômicas, com o poder público assumindo alguns papéis econômicos como condutor do desenvolvimento e também na perspectiva de reduzir certas distorções do mercado, em busca de amparar aqueles que estavam à margem do progresso econômico. BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Redae – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 01, fev./mar./abr. de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/redae-1-fevereiro-2005-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁰⁰ Sobre a formação e características dos sistemas jurídicos contemporâneos, remete-se o leitor às obras dos juristas Mario Giuseppe Losano e René David: LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos** – introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰¹ O movimento de transformações no Direito Constitucional, com seus impactos na realidade brasileira, é relatado com precisão por Luís Roberto Barroso. Em seu trabalho, o autor recapitula a trajetória percorrida pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, tendo em consideração três marcos: i) marco histórico; ii) marco filosófico; e iii) marco teórico. Segundo esclarece Barroso, o marco histórico deste novo Direito Constitucional, na Europa, teria sido o constitucionalismo do pós-guerra, notadamente na Alemanha e na Itália; no Brasil, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que a mesma ajudou a concretizar. Esta aproximação entre as ideias de constitucionalismo e democracia teria resultado numa nova forma de organização política, à qual se atribuíram nomes diversos como Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito e Estado Constitucional Democrático. Como marco filosófico do novo

como sendo a atribuição de um novo papel à constituição em uma série de nações seguidoras da tradição jurídica europeia-continental, como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil. Tem-se, de acordo com esta nova orientação epistemológica presente em diferentes países, na constituição “não mais um texto que sirva como um esboço orientativo que deve ser simplesmente respeitado pelo legislador, mas sim um programa positivo de valores que deve ser atuado pelo legislador”¹⁰².

Direito Constitucional, Barroso aponta o pós-positivismo, modelo que teria superado o jusnaturalismo e o positivismo, estas últimas afirmadas como as duas grandes correntes de pensamento que, até o momento do aparecimento do pós-positivismo, ofertavam paradigmas opostos para o Direito. O alegado fracasso dos arquétipos em questão acabou por descortinar espaço para novas reflexões sobre o Direito, sua função social e interpretação. Tais reflexões se dão em torno de ideias como a retorno da ética e dos valores ao Direito, implicando numa reaproximação entre o Direito e a Filosofia. O novo paradigma pós-positivista, tido como ainda em construção, sem deixar de lado o direito posto busca ir além da legalidade estrita, posição epistêmica que impacta os processos de construção, interpretação e aplicação do Direito, doravante inspirados em teorias de justiça. O marco teórico, sinaliza Barroso, encontra-se atrelado a três grandes transformações que, em sua opinião, acabaram por subverter o conhecimento convencional relativo à aplicação do Direito Constitucional, quais sejam: i) o reconhecimento de força normativa à Constituição; ii) a expansão da jurisdição constitucional; e iii) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, n. 2, jul./dez. 2006, p. 17-21. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015. Sendo o pós-positivismo, no dizer de Barroso, uma reação às concepções do direito natural e do direito positivo (no sentido de positivismo jurídico), parece oportuno, em vez de procurar defini-las, buscar as diferenças entre ambas. Neste sentido, reproduzem-se os seis critérios de distinção propostos por Norberto Bobbio (após cotejar os ensinamentos de Aristóteles, Paulo, Grócio e Glük, retratando o pensamento clássico, o pensamento medieval e o pensamento dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII): “a) o primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. – 1. definição); b) o segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda (Inst. – 2. definição -, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo; c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. – 1. definição -, Grócio); d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glük): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação); e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vedado) (Aristóteles, Grócio); f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilação por Nello Morra. Tradução e notas por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22-23

¹⁰² MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio;

Como já descrevera Konrad Hesse, passa-se a um novo quadro de referência em que a constituição traduz a ordem jurídica fundamental de uma coletividade. Assim, determina princípios diretivos, regula procedimentos de superação de conflitos, ordena as maneiras de organização e o procedimento de formação da vontade política e da atividade estatal, e, principalmente (aspecto que guarda maior relação com esta tese), estabelece os alicerces e balizamentos fundamentais para a configuração da ordem jurídica que fundamenta¹⁰³.

Este quadro de alterações vivenciado em inúmeros países, também verificado na experiência legal brasileira, acabou por gerar a incorporação de conteúdos substantivos ao ápice dos ordenamentos jurídicos, através de processos que implicaram na rematerialização do sentido atribuído aos textos constitucionais. Como resultado, influenciaram a nova dogmática constitucional e os consequentes alicerces de edificação de um modelo ainda em construção: o pós-positivismo¹⁰⁴.

Não obstante, tal como adverte Ivo Gico Jr., este movimento de reação principalmente ao positivismo gerou também respostas diversas que não apenas o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. Passaram a emergir, em outros países, outros movimentos alternativos às tendências explicitadas acima, como o Realismo Jurídico norte americano¹⁰⁵.

Segundo Gico Jr., a perspectiva do Realismo Jurídico norte americano é fundamentada, entre outras premissas, na defesa da ideia de emprego de uma abordagem mais pragmática ao Direito, baseada na interdisciplinaridade com os conhecimentos de outros campos do saber, com a finalidade de promover um balanceamento dos interesses sociais¹⁰⁶.

Tem-se, desta maneira, uma particular compreensão para o papel do Direito, fruto de um clamor pelo diálogo deste para com as demais ciências¹⁰⁷, sob a alegação

MORAES, Alexandre de; *et al.* **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 395.

¹⁰³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 40.

¹⁰⁴ MAIA, Antônio Cavalcanti. p. 396.

¹⁰⁵ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 7.

¹⁰⁷ Notadamente com a Economia, como se verá mais detalhadamente em capítulo posterior desta tese.

da necessidade de seu afastamento do formalismo e maior aproximação da realidade. Esta concepção, que prevê uma espécie de *instrumentalismo jurídico*, resultou no aparecimento de uma série de escolas de pensamento interdisciplinares, como a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), entre outras, que propõem enxergar o mundo de maneira mais realista e pragmática¹⁰⁸.

Vê-se que, em meio a este cenário de alterações e de ressignificação dos papéis atribuídos aos textos constitucionais e ao próprio Direito não há um quadro comum teórico, mas diferentes movimentos que descrevem o Direito de várias formas e desde inúmeras perspectivas não convergentes.

Estas distintas feições emprestadas ao Direito frequentemente têm resultado em diferentes modos de se enxergar os objetos de estudo, na medida em que as percepções se encontram baseadas em certos jeitos de ver a realidade¹⁰⁹, influenciados por visões particulares da realidade e que carregam o peso de preocupações diferenciadas entre si¹¹⁰.

Se, como visto, a feição que se empresta ao Direito (que se acredita poder extrair do exame dos alicerces de uma dada comunidade política-jurídica, não obstante seja comum encontrar, dentro de uma mesma comunidade, distintas acepções) influenciará diretamente na visão que se tem sobre alguns de seus institutos tradicionais¹¹¹, as construções jurídicas não hão de ser perfeitas porque normalmente pautadas na noção que se tem do próprio Direito. Ou, pelo menos, não poderão sê-lo, se se considerar a necessidade de solucionar, em definitivo, problemas conceituais relacionados aos institutos jurídicos.

¹⁰⁸ GICO JR., Ivo, op. cit., p. 7.

¹⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15-16.

¹¹⁰ TIGRE, Paulo de Barros, op. cit., p. 105.

¹¹¹ Quanto ao tema, oportuno destacar as lições de João Batista Moreira Pinto. Ao tratar das diferentes concepções sobre o sujeito e suas inter-relações com o Direito, o autor parte de dois pressupostos: “primeiro, toda pesquisa e toda produção teórica que tome o direito como objeto de estudo, pode ser relacionada a uma determinada postura epistemológica, não somente frente ao direito, mas frente ao mundo; segundo, cada concepção teórica do direito traz, de forma subjacente, uma determinada concepção de sujeito”. PINTO, João Batista Moreira. As diferentes concepções sobre o sujeito e suas diferentes inter-relações com o direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 1., n. 2, 2004, p. 82.

Deve-se reconhecer, desde já, a aparente inadequação de formalizações jurídicas universais e atemporais¹¹², pelo fato de que o Direito construído no seio de um comunidade política-jurídica expressa uma série de valores cambiantes no tempo, configurando as relações sociais segundo o modelo pretendido por esta subestrutura em dado momento histórico¹¹³.

Assume-se, nesta tese, a posição de que o fenômeno jurídico se positiva em determinado espaço-tempo¹¹⁴, que tem na constituição o seu “plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade”¹¹⁵.

A última indagação, *Que sistema de produção?*, também parece oportuna de imposição e esclarecimento nas premissas iniciais de uma tese que tenha a empresa como seu objeto central de estudo. Explica-se.

Conforme esclarece o sociólogo Paulo César Milani Guimarães¹¹⁶, “quer na economia de mercado, quer na economia centralmente planejada, as agências fundamentais da operação econômica são as empresas”. Por outro lado, continua o autor, embora praticamente não existam em termos operacionais diferenças entre uma empresa inserida em sistema socialista e uma empresa em sistema capitalista, o mesmo não se pode dizer em relação à conformação dos desenhos institucionais estruturais de cada um dos sistemas (e, como se buscará demonstrar adiante, das diferentes configurações de capitalismo, por exemplo).

Se, como ensinou Milani, são desiguais as conformações dos desenhos institucionais que estruturam e regulam a forma como deve se operar o funcionamento

¹¹² Aqui, segue-se a perspectiva desenvolvida por Lenio Luiz Streck. Para este autor não há essências ou conceitos universais no Direito. STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Novos Estudos Jurídicos**, eletrônica, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014, p. 12. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540/2945>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

¹¹³ A ideia explicitada na segunda parte deste parágrafo, de que o Direito configura as relações sociais segundo um modelo pretendido por uma subestrutura específica, encontra-se presente na obra de Emílio Suñe Llinás (*Teoría Estructuralista del Derecho*). A questão dos valores que inspiram as normas jurídicas fica muito clara em exemplo invocado pelo autor, qual seja, o reconhecimento do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, previsto e respaldado em determinados sistemas político-jurídicos, mas não em outros. As noções de estrutura e subestrutura serão apresentadas e desenvolvidas em capítulo próprio desta tese. LLINÁS, Emílio Suñe. **Teoría Estructuralista del Derecho**. Madrid: Universidade Complutense de Madrid, 2006, p. 34.

¹¹⁴ Sobre o tema, ver: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 14-15.

¹¹⁵ HESSE, Konrad, op. cit., p. 37.

¹¹⁶ GUIMARÃES, Paulo César Milani. **Elementos de Sociologia**. 2. ed. Belém: CEJUP, 1995, 192.

da Economia e das instituições econômicas em cada um dos sistemas de produção (com seus impactos lógicos na ação dos agentes econômicos, notadamente, as empresas), acredita-se fazer sentido - antes de apontar o Capitalismo¹¹⁷ como o sistema de produção adotado na realidade econômica brasileira, e detalhar as suas características principais¹¹⁸-, por ora, ao menos identificar a coexistência do Capitalismo em geral, enquanto ideia marcada por uma peculiaridade, isto é, como conjunto de comportamentos individuais e coletivos, relacionados com os processos de produção, distribuição e consumo dos bens; simultaneamente com modelos específicos de capitalismo dotados de características próprias que os diferenciam comparativamente aos outros.

¹¹⁷ Deve-se, aqui, explorar o ensinamento de Oscar Barreto Filho no que diz respeito à incoerência em se identificar o Direito Comercial com o Capitalismo. Como bem esclarece o autor, não é o Direito Comercial um produto do Capitalismo. Supor o contrário seria aceitar a tese de que antes do aparecimento do Capitalismo não teria havido Direito Comercial. E, mais, que o Direito Comercial sucumbiria em razão do eventual desaparecimento do Capitalismo. Explica Barreto Filho que o Direito Comercial é anterior ao Capitalismo, e que sobreviverá a uma eventual derrocada do mesmo. Todavia, ao mesmo tempo em que não se deve considerar o Direito Comercial como o direito próprio do Capitalismo (tratando-se o mesmo de uma tendência dominante em determinada época), não se deve deixar de ter em mente a influência exercida pelo Capitalismo no Direito Comercial, inclusive no que diz respeito ao modelamento dos institutos de Direito Comercial. BARRETO FILHO, Oscar. A Dignidade do Direito Mercantil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 68, n. 2, 1963, p. 430-431. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66682/69292>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

¹¹⁸ Especificamente, quando da apresentação das características principais da ordem econômica constitucional brasileira, que sugerem um determinado modelo de Capitalismo com especificidades que o particularizam em relação a outras variantes deste sistema de produção, verificadas em realidades diversas.

Para maiores esclarecimentos acerca do Capitalismo¹¹⁹, trazem-se como suporte as análises de Gian Enrico Rusconi¹²⁰.

Tal como adverte o autor, o termo Capitalismo encerra uma série de problemas já em sua definição, na medida em que a ele frequentemente são atribuídas conotações e conteúdos bastante diversificados. Não obstante, as dessemelhantes definições reconduzem a duas grandes acepções: i) uma acepção restrita, que designa uma forma particular e historicamente específica de agir econômico, ou um modo de produção em sentido estrito, ou subsistema econômico. Desde esta perspectiva, tal subsistema é tido como uma parte de um (mais amplo) sistema social e político, sendo o Capitalismo apenas um elemento de uma sociedade industrial, liberal-democrática, ou de sociedade complexa, resultado de um processo histórico da industrialização e da modernização político-social; e, ii) uma concepção ampla (ou extensa), que atinge a sociedade no seu todo como formação social historicamente qualificada e o faz de uma maneira determinante, pelo seu modo de produção. De acordo com esta acepção, o Capitalismo designa uma relação social geral¹²¹.

Na sequência de seu raciocínio, Rusconi aponta que a história do conceito de Capitalismo oscila entre ambas as acepções. E que as divergências conceituais não são unicamente nominalistas, solúveis por intermédio de um acordo entre estudiosos

¹¹⁹ O maior contraponto ideológico ao Capitalismo é o Socialismo, modelo contrário à ideia de propriedade privada dos meios de produção. Cesare Pianciola menciona que o Socialismo, historicamente, tem sido conceituado como um programa político das classes trabalhadoras, um sistema cuja ideia principal reside em torno da transformação substancial do ordenamento jurídico e econômico fundado na livre iniciativa propriedade privada, em prol de uma nova organização social, fundada respectivamente: i) na forte limitação do direito de propriedade; ii) no controle dos principais recursos econômicos pela classe trabalhadora; iii) na gestão dos recursos com a finalidade de promover a igualdade social (e não apenas jurídica ou política), mediante a intervenção dos poderes públicos. Não obstante possa ser identificada esta base comum, tal qual em relação ao Capitalismo, na matriz do Socialismo também se verificam múltiplas variantes. A grande divisão de perspectivas, segundo Pianciola, deu-se entre, por um lado, a vertente reformista, que propunha a integração do movimento operário nas estruturas políticas e econômicas capitalistas, com o intuito de promover a sua gradual transformação em direção ao sentido que lhe conferia o movimento socialista, através da via democrático-parlamentar; por outro, a orientação marxista ortodoxa, baseada em fins revolucionários, que visualizava uma crise geral no sistema capitalista. PIANCIOLA, Cesare. Socialismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de Política**. Tradução de Luís Guerreiro Pinto Cacaís et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 1196-1202.

¹²⁰ RUSCONI, Gian Enrico. Capitalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de Política**. Tradução de Luís Guerreiro Pinto Cacaís et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 141-142.

¹²¹ RUSCONI, Gian Enrico. Capitalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de Política**. Tradução de Luís Guerreiro Pinto Cacaís et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 141-142.

do tema; ao contrário, trata-se de uma questão de identificação do mundo moderno e contemporâneo, que tem como uma espécie de pano de fundo questões relacionadas à identidade e à ideologia dos distintos grupos sociais. A controvérsia, portanto, não é apenas econômica (embora não se deva perder de vista a Economia), mas também sociológica e política¹²².

Para este autor é possível identificar uma peculiaridade do Capitalismo, como conjunto de comportamentos individuais e coletivos relacionados com os processos de produção, distribuição e consumo dos bens. Não obstante reconheça que a peculiaridade apontada também seja objeto de divergência histórica, cultural e sociológica, parte o articulista para a enumeração de algumas características do Capitalismo que o distinguem dos outros modos históricos de produção, tais como: i) propriedade privada dos meios de produção, para cuja ativação é necessária a presença de trabalho assalariado livre; ii) sistema de mercado baseado na iniciativa e na empresa privada, não necessariamente pessoal; iii) processos de racionalização dos meios e métodos diretos e indiretos para a valorização do capital e a exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro¹²³.

Rusconi acrescenta ainda não ser possível estabelecer, de *per se*, ordens de prioridades entre estes elementos característicos deste sistema de produção, na medida em que os mesmos, como uma espécie de constelação de fatores lógica e geneticamente relacionados entre si, podem frequentemente gerar modelos interpretativos distintos em função de uma ordem de peso e valor com que são estruturados em realidades sociais, históricas e culturais divergentes. Há, neste sentido, modelos teóricos que valorizam mais ou menos cada um dos elementos¹²⁴.

Transpondo-se todos os aportes teóricos acima para o caso específico da análise da empresa, tem-se que as inúmeras e distintas construções jurídicas sobre o tema, que se lhe atribuem diferentes significados, parecem reflexo não somente da complexidade inata a este construto humano – marcado por interações de distintas ordens -, mas também do fato destas edificações se encontrarem fundamentadas em distintas acepções do Direito, de comunidade político-jurídica e de sistema de produção.

¹²² RUSCONI, Gian Enrico, *Ibidem*, p. 141.

¹²³ RUSCONI, Gian Enrico, p. 141.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 142.

Nesta tese, as bases da noção jurídica de empresa que se pretendem apresentar se encontram associadas, dentro de um universo de representações possíveis, à consideração de um Direito entendido não apenas como sistema de solução de conflitos, não apenas como conjunto de normas, mas também como um instrumento de transformações econômicas e sociais¹²⁵.

Considera-se, igualmente, o modelo de comunidade política-jurídica brasileira, tendo em conta a realidade histórica contemporânea, em que se percebe no ordenamento jurídico¹²⁶ a existência simultânea de normas de organização, normas de comportamento e normas programáticas (fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade civil como um todo).

Sem pretensão de construir uma formulação jurídica universal ou atemporal, busca-se a apresentação de uma proposta alternativa às demais visões sobre a empresa na realidade brasileira.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que a Constituição estabelece: i) a assunção de uma determinada concepção de Direito, cuja orientação se encontra simultaneamente voltada para as ideias de identificação de normas de conduta, organização da sociedade, solução de controvérsias e, deve-se frisar, promover transformações econômicas e sociais; ii) uma forma de comunidade política-jurídica, o Estado Democrático de Direito, que se manifesta de maneira mais aproximada da ideia de um Estado Social e Constitucional de Direito, e menos da noção de um Estado Liberal de Direito; iii) um sistema de produção capitalista, com características próprias que o distinguem de outras variações do Capitalismo.

1.2 Direito de consequências, atrelado a uma racionalidade meramente formal de caráter econômico?

¹²⁵ Esta visão se contrapõe à perspectiva da professora Rachel Sztajn (doutora e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo), para quem o Direito apenas reconhece e convalida mudanças, não as produz. SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 5.

¹²⁶ Aqui entendido, na esteira do ensinamento de Paulo Dourado de Gusmão, no sentido de ordem jurídica, isto é, como o Direito positivo de uma determinada sociedade ou do Estado, seu complexo de normas jurídicas em dado momento histórico. GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à Ciência do Direito**. 6. ed., reest., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 76.

Para além da concepção de Direito, parece adequado refletir também sobre um de seus principais reflexos práticos, ou seja, a orientação a ser seguida nas escolhas normativas e na configuração ou reconfiguração de institutos jurídicos. Afinal, o apoio em diferentes premissas de orientação tem implicado frequentemente na construção de distintas noções jurídicas sobre idênticos fatos/institutos que cabem ao Direito disciplinar¹²⁷.

Desde logo, oportuno destacar a opção adotada nesta tese no sentido da consideração da necessidade de análise do Direito e eventuais escolhas normativas (não somente aquelas relacionadas ao objeto central, a empresa, como também em diversos outros campos) não somente do ponto de vista de suas consequências de caráter e racionalidade econômicas¹²⁸, mas também no que diz respeito a investigação e consideração de suas causas e efeitos sociais desejados¹²⁹. Esta formulação, apoiada principalmente na obra de Calixto Salomão Filho, constitui então uma crítica aos determinismos econômicos.

De acordo com esta visão, as bases de organização e reconstrução de uma sociedade civil não podem estar alicerçadas unicamente em teorias econômicas, sendo possível (e necessário) a elaboração de uma teoria jurídica do conhecimento (econômico e social), em que se traduzam e se afirmem os valores de determinada sociedade. Diferentemente das teorias (unicamente) econômicas do conhecimento, que apresentam generalizações de fatos observáveis nas relações sociais e econômicas, a teoria jurídica do conhecimento visa também a concretização de valores sociais almejados que tais fatos devem levar em consideração¹³⁰.

Esta *teoria jurídica do conhecimento econômico e social* pretende, com as normas (como se verá regras, princípios e dispositivos declaratórios de interesses), concretizar determinados valores sociais desejados (tendo em conta os fatos

¹²⁷ Conforme adverte Maria Francisca Carneiro, diferentes marcos teóricos da epistemologia jurídica contemporânea delineiam distintas vias, que não necessariamente se contrapõem. Por outro lado, constituem desiguais caminhos na medida em que suas visões são díspares entre si. CARNEIRO, Maria Francisca. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 26, n. 7, jul. 2014, p. 10.

¹²⁸ Esta discussão (que será retomada adiante) tem sido constante no meio acadêmico por conta do desenvolvimento, no Brasil, do movimento *Direito e Economia*, também conhecido como *Análise Econômica do Direito*, em que se prega a utilização do instrumental teórico e empírico da economia, conforme destaca Ivo Gico Jr., com a finalidade de “expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”. GICO JR., Ivo, op. cit., p. 1.

¹²⁹ VIGO, Rodolfo L. **Las causas del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, p. 50-56.

¹³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 16-19.

observados nas relações econômicas e sociais, mas não se restringindo a eles). Tais valores da sociedade, democraticamente estabelecidos, precisam ser considerados no que diz respeito a influenciar as escolhas normativas (inclusive, em relação à configuração ou reconfiguração de institutos jurídicos) em atenção a determinadas pretensões ou interesses a serem albergados pelo ordenamento jurídico¹³¹.

Busca-se, desta forma, trilhar um percurso analítico e construir proposições distintas daquelas que têm predominado nas leituras do Direito (e dos institutos que deve disciplinar) realizadas unicamente a partir de seus resultados, que normalmente se valem apenas de métricas propostas pela Economia¹³² e seu ferramental teórico e empírico, que se voltam para uma alegada funcionalização eminentemente econômica do próprio Direito e de alguns de seus institutos tradicionais.

A assunção destas premissas não implica necessariamente no questionamento da relevância da interação dialógica entre Direito e Economia, nem na indicação de uma suposta fragilidade do estudo das consequências das escolhas normativas. Nesta perspectiva, as averiguações sobre as consequências são consideradas úteis para apontar diferentes implicações do ordenamento jurídico sobre o mundo dos fatos, embora insuficientes para determinar, sozinhas, o governo das escolhas normativas.

¹³¹ *Ibidem*, p. 17-19.

¹³² Na última parte desta tese, onde são propostas as bases para a revisão crítico-estruturalista da noção jurídica da empresa predominante no Direito Comercial brasileiro contemporâneo, procura-se identificar e apontar certos cuidados e filtragens conceituais entendidos como necessários quando do tratamento e referências à expressão *Economia*. Como se procurará demonstrar, não se deve confundir *Economia* enquanto realidade sociológica e enquanto ciência social. Da mesma forma, será explorada a ideia de necessidade de ampliação destes cuidados conceituais no uso de expressões como *dado teórico econômico* e *lições dos economistas*, no sentido de que as mesmas não sejam utilizadas de maneira acrítica e irrestrita, como se pudessem indicar posicionamentos comuns e universalmente aceitos por todos os economistas em relação a um tema ou conjunto de temas. Acredita-se que, muitas vezes, por adotarem premissas diferenciadas, os economistas (e, em caráter mais geral, as diferentes escolas do pensamento nesta área) chegam a conclusões distintas quando da análise de um mesmo objeto de estudo. Procura-se, desta maneira, evitar generalizações que possam encerrar confusões conceituais e terminológicas (ex.: acreditar que as premissas e os postulados de determinada escola do pensamento econômico, como a Nova Economia Institucional, gozam de aceitação ampla perante toda a comunidade de pensadores econômicos, de modo a alça-las à categoria de suposto “dado teórico econômico” universalmente admitido).

Simplesmente, entende-se que uma apreensão mais completa da realidade por trás do objeto específico de estudo (a empresa) depende, igualmente, da observação das perspectivas de outros saberes distintos¹³³ que também o analisam¹³⁴.

Isto significa, que: i) na investigação com vistas a uma análise crítica das noções jurídicas existentes sobre a empresa, a exigência da interdisciplinaridade se dá para além da Economia; ii) não obstante a sua importância instrumental, a leitura em função das consequências típica dos métodos que se baseiam na mera análise econômica e na funcionalização, não é suficiente para a captação da realidade em torno dos fenômenos que cabem ao Direito regular, e nem mesmo se sobrepõe a outros fatores valorativos igualmente relevantes; iii) a decisão socialmente desejável no que tange a uma escolha normativa não estará sempre atrelada à lógica do custo-benefício, na medida em que muitos fatores igualmente relevantes comumente escapam a esta lógica econômica.

Como visto, a opção assumida tenciona evitar a singularização do Direito apenas em suas consequências. Trabalha-se, desta forma, com suporte na compreensão de que ao sucumbir ao economicismo o Direito se desumaniza, uma vez que passa a estar pautado exclusivamente em critérios aliados à noção de eficiência para a tomada de decisões normativas, e: i) acaba por se apoiar unicamente no pressuposto da racionalidade econômica como juízo para análise e avaliação das escolhas normativas, o que frequentemente o conduz e acorrenta a ponderações acerca de vantagens e desvantagens, custos e benefícios das alternativas; ii) perde parte de seu sentido e potencialidades na medida em que, visto exclusivamente pelos olhos da eficiência e da conveniência econômica, assume a condição de mero mecanismo de suposta redução de incertezas e riscos associados à ação dos agentes econômicos, cenário em que a preocupação com os interesses subjacentes à atividade econômica (considerando, mas não se restringindo aos interesses dos titulares dos meios de produção) permanecerá perdendo espaço.

¹³³ Aqui se está referindo, especificamente, à sociologia, ciência que passou a se ocupar da empresa como objeto específico de estudo, por intermédio da chamada *Sociologia da Empresa*. Até a quadra final do século XX, a empresa era investigada apenas tangencialmente, no contexto da *Sociologia das Organizações*. Estas questões serão aprofundadas em capítulo específico desta tese.

¹³⁴ No mesmo sentido: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Teoria Geral da Empresa. In: CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial**, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-176, 2016.

Se, por um lado, impõe-se à ordem jurídica a definição de parâmetros claros e seguros para que os agentes econômicos possam atuar, não menos importante é a necessidade de coincidência entre a eficiência econômica e os demais valores perseguidos pela sociedade como um todo¹³⁵.

Em outras palavras, ter a eficiência em conta não deve implicar em se lhe atribuir valor absoluto: o sentido das normas jurídicas não pode ser governado unicamente por este critério econômico¹³⁶.

¹³⁵ DINIZ, Gustavo Saad. **Estudos e pareceres da pessoa jurídica e da atividade empresarial**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 41.

¹³⁶ Ao tratar do tema do poder de controle nas companhias em recuperação judicial, Maurício Moreira Menezes destacou de forma precisa a necessidade de compatibilização entre o discurso teórico decorrente do quadro constitucional e a atenção às consequências econômicas das soluções jurídicas que dele decorrem: “Se por um lado é imprescindível formar o raciocínio com a antecipada valoração da norma, à luz da ética e de princípios constitucionais, por outro lado é igualmente irrenunciável zelar pela sua efetividade e compatibilidade com as circunstâncias concretas das relações patrimoniais privadas, que evidenciam conteúdo econômico”. O autor parece partilhar a mesma posição aqui perfilhada acerca da análise econômica do Direito: trata-se de um importante instrumental analítico, mas não se pode pretender elevar o substrato econômico das relações jurídicas às últimas consequências. MENEZES, Maurício Moreira. **O poder de controle nas companhias em recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 32.

2 A NOÇÃO JURÍDICA DE EMPRESA NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

2.1 Notas sobre as distintas noções jurídicas de empresa nos diferentes ordenamentos jurídicos

Antes de analisar a concepção de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro importa, ainda que em caráter meramente introdutório e ilustrativo, esclarecer que os ordenamentos jurídicos e a doutrina estrangeiros sempre se posicionaram e ainda se posicionam de maneiras bastante diferenciadas em relação ao tema, emprestando-lhe distintas significações.

Historicamente, não se verifica a existência de uma noção jurídica unívoca sobre a empresa, mas sim diferentes maneiras de abordagem que correspondem a assimilações de determinadas concepções, normalmente díspares entre si e que resultam em distintas significações, surgidas em épocas e contextos também diversos.

De uma forma geral, na análise do tema da empresa desde a perspectiva jurídica sempre existiu uma tendência de se buscar a compreensão do objeto de estudo por intermédio de uma pesquisa de legislação comparada a respeito do assunto¹³⁷, cotejando-se inúmeras acepções assumidas em suas projeções nos respectivos ordenamentos jurídicos e consequentes interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

A tendência acima resta clara nas observações de autores estrangeiros, como Alfredo Morles Hernandez¹³⁸:

El derecho francés usa los términos entreprise, fonds de commerce y achalandage. El Código de Comercio francés usa la palabra empresa cuando realiza la enumeración de los actos objetivos de comercio, al igual que los hacen otros códigos que siguieron al francés, entre ellos el venezolano [...]

¹³⁷ Do ponto de vista metodológico, procura-se aqui fazer distinção entre as técnicas de simples confrontação de legislações (legislação comparada) – que prevaleceram nas análises sobre a empresa - e de direito comparado (em que se estudam com maior profundidade as bases teóricas de formação dos sistemas ou famílias jurídicas, sua tradição e características que os aproximam ou os diferenciam uns dos outros). Sobre os métodos comparatistas e suas técnicas, remete-se o leitor novamente às obras dos juristas Mario Giuseppe Losano e René David: LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos** – introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹³⁸ HERNANDEZ, Alfredo Morles. **Curso de Derecho Mercantil**. Elementos del sistema mercantil venezolano. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1986, p. 207-209.

En el derecho alemán, el Código de Comercio usa la palabra empresa con criterio subjetivo e ignora la noción jurídica de fondo de comercio, al cual no reconoce sino un valor económico. Los alemanes usan la expresión Firma (nombre comercial), noción que sólo aparece en las empresas importantes y en las sociedades [...] En Italia, el Código Civil se refiere al empresario (imprenditore) como la persona que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con fines de producción o de cambio de bienes y servicios. El Código no define la empresa [...] En Españã, la introducción del término empresa al lenguaje jurídico es relativamente reciente y se señala a Garrigues como el autor que ha tratado de divulgar la concepción italiana sobre la institución, anotándose que el Código de Comercio ignora prácticamente el concepto de empresa. La elaboración del concepto es obra de la jurisprudencia y de la doctrina [...]

Da mesma forma, tal inclinação também se fez e continua presente dentre os autores nacionais. Como exemplo, pode-se citar o artigo *A Empresa: Novo Instituto Jurídico*, no qual Jorge Lobo apresenta o conceito de empresa como objeto de uma polêmica interminável, focando sua análise acerca do tema na perspectiva do confronto de legislações. Aborda, neste sentido, as concepções de empresa presentes nas realidades italiana, alemã, espanhola, argentina e brasileira¹³⁹.

Percebe-se que do ponto de vista dos ordenamentos jurídicos, da doutrina e da jurisprudência estrangeiros, a empresa sempre se encontrou vinculada a distintas noções como ato de comércio, sujeito, organização, atividade econômica organizada e instituição. Todavia, como se procurou esclarecer nas PREMISAS INICIAIS, a presente tese não objetiva a análise comparativa (seja pela técnica do simples confronto entre legislações, seja por intermédio de uma análise mais aprofundada das bases teóricas de formação dos sistemas ou famílias jurídicas, sua tradição e características que os aproximam ou os diferenciam uns dos outros).

Acredita-se que, tanto formal quanto materialmente a comparação é pouco representativa para o atingimento do objetivo geral formulado nesta tese, de revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro¹⁴⁰.

O caminho metodológico comparativo parece pouco adequado para o enfrentamento do problema em função da consagração, nos ordenamentos jurídicos, de diferentes concepções de Direito e distintos desenhos institucionais, assim como a

¹³⁹ LOBO, Jorge. *A Empresa: Novo Instituto Jurídico*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 795, jan. 2002, p. 88-93.

¹⁴⁰ A exceção será o exame um pouco mais detalhado da noção jurídica de empresa no contexto italiano, realizada em tópico seguinte, em função da influência do modelo na sistemática vigente na realidade brasileira.

adoção de modos de produção com conformações características próprias, que frequentemente fundamentam desiguais entendimentos acerca dos institutos jurídicos, diante da recepção ou não de determinadas premissas decorrentes destas acepções.

2.2 O despertar do interesse em torno da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro (o sistema dos atos de comércio)

No Brasil, conforme ensinam Waldírio Bulgarelli¹⁴¹, Rubens Requião¹⁴² e Jorge Lobo¹⁴³, o interesse em torno da noção jurídica de empresa surge logo após a promulgação do Código Comercial (Lei nº 556, de 25/06/1850), com a edição do chamado Regulamento 737 (Decreto 737, de 25/11/1850)¹⁴⁴. Em seu art. 19, § 3º, o diploma legislativo em questão incluiu dentre os atos de comércio (ao especificar a mercancia) “as empresas: 1) de fábricas, 2) de comissões, 3) de depósitos, 4) de expedição, 5) de consignação e transportes de mercadorias; e 6) de espetáculos públicos”¹⁴⁵.

Com o advento do Código Comercial de 1850¹⁴⁶ e, logo na sequência, das disposições previstas no Regulamento 737, passou a vigorar no Brasil o regime

¹⁴¹ “Já, no plano jurídico, como se sabe, a existência da empresa não é nova: deu-se com o regulamento 737, de 1850 [...]”. BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria Jurídica da Empresa**: Análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 215.

¹⁴² “O Regulamento nº 737, de 1850, no art. 19, ao enumerar os atos de comércio, incluiu as empresas, dando início, no campo do direito comercial pátrio, aos trabalhos de sua conceituação”. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed., atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 56.

¹⁴³ LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, ano 91, v. 795, jan. 2002, p. 92-93.

¹⁴⁴ No que diz respeito ao Direito Comercial em geral, o interesse jurídico em torno da empresa surge desde os tempos do Código Comercial francês de 1807, conforme lição de Newton De Lucca. DE LUCCA, Newton. A função social da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades p. 139.

¹⁴⁵ BRASIL. **Decreto nº 737**, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

¹⁴⁶ No período que vai do descobrimento do Brasil até a vinda de D. João VI, não se pode falar num Direito Comercial brasileiro, na medida em que se aplicavam ao Brasil (ainda colônia) as Ordenações portuguesas, notadamente as *Ordenações Filipinas* (1603), e também a chamada *Lei da Boa Razão* (1769), que mandava utilizar as leis dos povos cultos, as “nações cristãs, iluminadas e polidas”, nas hipóteses de omissões das leis portuguesas. MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, atual. por Carlos Enrique Abrão. 36. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 41-42. João Eunápio Borges anota que, em 1809, chegou-se a incumbir

jurídico dos atos de comércio¹⁴⁷. Este modelo, de Direito Comercial como disciplina dos atos de comércio¹⁴⁸, inspirou-se no paradigma então vigente na França, surgido com a edição, em 1807 (com entrada em vigor em 1808), naqueles país, do *Code de Commerce*¹⁴⁹, o primeiro Código de Comércio moderno que viria a influenciar toda a

José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, a elaborar um Código Comercial brasileiro, mas a tarefa não chegou a ser concluída em função de seu falecimento, em 1835. BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 36. Somente após a declaração da independência (1822), nomeou-se, em março de 1832, uma comissão incumbida da elaboração de um projeto de Código Comercial brasileiro. O projeto (baseado nos Códigos francês de 1808, espanhol de 1829 e português de 1833), de relatoria de José Clemente Pereira (que substituíra o presidente da comissão, Limpo de Abreu, em 1833), foi concluído em 1834 e apresentado à Câmara no mesmo ano, tendo sido discutido nesta Casa e também no Senado por um período de 16 anos, tendo sido aprovado (após inúmeras emendas) finalmente em março de 1850, sancionado pela Lei nº 556, de 25 de junho desse mesmo ano. MARTINS, Fran. MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, atual. por Carlos Enrique Abrão. 36. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 42-43.

¹⁴⁷ Esta afirmação necessita ser melhor explicada. Há autores, como Jorge Lobo, que assinalam que o Código Comercial brasileiro, afastando-se do modelo previsto no Código francês, “não enumerou os atos de comércio no propósito claro de filiar-se à corrente subjetivista do direito mercantil [...]”. No mesmo sentido, Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro destacam que o CCB, “ao contrário do que se possa imaginar, não adotou a teoria dos atos de comércio como forma de identificação de sua abrangência e aplicação”, em função da redação dada ao seu art. 4º. Este dispositivo designava que só se poderia reputar comerciante quem fosse matriculado em algum dos Tribunais do Comércio e, adicionalmente, fizesse da mercancia sua profissão habitual. Acontece que, diante da própria dificuldade de definição de mercancia, também reconhecida pelos autores em questão, foi editado logo na sequência, poucos meses após e ainda no mesmo ano, o Regulamento 737. Tal diploma legislativo, que dispunha sobre a determinação da “ordem do juízo do Processo Commercial” (sic), ao definir mercancia, em seu art. 19, considerou uma série de atos de comércio, como compra e venda ou troca, operações de câmbio, banco e corretagem, empresas de fábricas etc. Prosseguindo, o autor destaca: “Todavia, logo a seguir à promulgação do Código Comercial brasileiro, o Regulamento 737, no art. 19, apesar das acirradas controvérsias suscitadas pelos arts. 622 e 633 do Código de Comércio francês de 1807, elencou os atos de comércio, ao caracterizar a mercancia [...]”. Percebe-se com os ensinamentos do autor que o Direito Comercial brasileiro somente se alinhou à fase objetiva (do Direito Comercial em geral) a partir da edição do Regulamento 773. LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, ano 91, v. 795, jan. 2002, p. 92.

¹⁴⁸ Ver item 6, capítulo I, em: REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed., atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12

¹⁴⁹ Como se depreende dos ensinamentos de J.X. Carvalho de Mendonça, o Código Comercial francês inaugurou a fase mais proeminente da atividade legislativa no século XIX. Além disto, pela primeira vez o Direito Comercial foi consolidado num corpo codificado, no sentido mais completo da palavra. Até então, existiam simples tentativas de promover a coordenação e compilação de regras que disciplinavam as relações mercantis. O Código francês ampliou a esfera de regulamentação do Direito Comercial, ao disciplinar diversos atos da vida econômica e jurídica, tornado comerciais uma série de atos destacados do Direito Civil. Na sequência de sua publicação, o Código francês difundiu-se por grande parte da Europa, servindo de inspiração a outros ordenamentos jurídicos. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 61. Não se deve esquecer que, antes do *Code de Commerce*, já entrara em vigor na França o Código Civil de 1804. Segundo a lição de Norberto Bobbio, ambos os Códigos exerceram forte influência na legislação e no pensamento jurídico de inúmeros países europeus e não europeus, à exceção dos países anglo-saxônicos (cuja tradição não se encontra baseada na ideia de codificação do Direito). BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do**

legislação mercantil da época¹⁵⁰. Conhecido como Código Napoleônico¹⁵¹, tal diploma legal foi construído sob o influxo dos ideais revolucionários franceses, que não admitiam privilégios de classes, colocando de lado a perspectiva até então enraizada no continente europeu de que o Direito Comercial se destinava a reger as relações de uma classe de pessoas¹⁵². O sistema francês dos atos de comércio possui grande

Direito. Compilação por Nello Morra. Tradução e notas por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 63-64.

¹⁵⁰ Sobre a importância histórica do Código Comercial francês, oportunas as lições de Waldemar Ferreira: “Não foi esse apenas o primeiro Código de Comércio moderno. Surgido em momento histórico oportuno, em que o comércio, mercê das descobertas científicas e da rapidez dos meios de comunicações se havia transformado muitíssimo e alargado o volume de suas operações, constituiu o marco legislativo limdeiro da nova época do Direito Comercial. Solidificou relações jurídicas incertas. Consolidou as velhas normas do Direito Consuetudinário, consagradas pela prática. Alcançou popularidade propícia e influência decisiva em toda a legislação mercantil contemporânea. Não avançado nas idéias, nem revolucionário nas diretrizes, antes impregnado do senso de universalidade, tornou-se o Código padrão, reproduzido, imitado, ou adaptado no velho e no novo mundo”. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, v. 1 (O Estatuto Histórico e Dogmático do Direito Comercial). São Paulo: Saraiva, 1960, p. 66.

¹⁵¹ Interessantes as referências históricas assinaladas por Denis Alland e Stéphane Rials: “O Código Napoleônico fez parte da primeira grande onda de codificações que atingiu a Europa, entre o Código prussiano de 1794 (ALR) e o Código Austríaco de 1811 (ABGB)”. E prosseguem os autores: [...] “Nos três casos, o intuito era estatizar o direito privado, garantindo a primazia da fonte legislativa sobre a autoridade tradicional do direito romano e dos costumes territoriais. A intenção de racionalizar o direito, por meio da redação de um corpo de leis ordenadas, com a pretensão de atingir a todos, corresponde ao programa da escola moderna do direito natural, que difundiu por toda a Europa uma nova axiomática jurídica”. ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e revisão técnica de Márcia Villares de Freitas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 230.

¹⁵² BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

importância histórica na evolução do Direito Comercial em geral¹⁵³, na medida em que consolidou o surgimento de sua segunda fase¹⁵⁴, denominada objetiva¹⁵⁵.

Na verdade, a chamada teoria dos atos de comércio, ao considerar o ato de forma isolada, implicava num verdadeiro “instrumento de objetivação do tratamento jurídico da atividade mercantil”¹⁵⁶. A mercantilidade deixava de ser definida pela qualidade do sujeito, decorrente de sua inscrição nas Corporações de Ofício, passando a sê-lo em função dos atos definidos como *de comércio*, praticados por quem quer que seja¹⁵⁷.

¹⁵³ O *Code de Commerce* francês (1808) e a teoria dos atos de comércio influenciaram os ordenamentos jurídicos de países europeus como Portugal (Código Comercial português, de 1833) e Itália (*Codice di Commercio*, de 1882), entre outros.

¹⁵⁴ O período histórico conhecido como primeira fase do Direito Comercial, anota André Luiz Santa Cruz Ramos, “compreende os usos e costumes mercantis observados na disciplina das relações jurídico-comerciais”, cenário em que as diferentes Corporações de Ofício, compostas por profissionais de determinadas classes, “[...] criavam suas próprias regras com base nas práticas usuais do mercado e compilavam tais regras em seus estatutos, aplicando-as aos respectivos membros quando necessário”. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Estatuto dogmático do direito comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 17. Em relação a este momento histórico, Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro lecionam que o Direito Comercial surge como ramo autônomo do Direito na Idade Média, após a queda do Império Romano. Segundo os autores: “Naquela época o mundo assistia à desagregação social e política advinda da pulverização do Estado, razão pela qual os próprios comerciantes criaram suas corporações, que tinham como função ditar normas aplicáveis ao comércio e julgar os possíveis conflitos decorrentes desta aplicação, dando origem a um direito singular: o *ius mercatorum*, emanado de uma classe social, em vez de se originar do Estado. O direito comercial, em sua origem, assumiu um caráter consuetudinário (baseado nos costumes dos mercadores) e corporativo (surgido no seio das corporações de mercadores, como organizações profissionais, e aplicado por estas a seus membros)”. BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

¹⁵⁵ Conforme visto acima, o Direito Comercial brasileiro somente se alinhou à fase objetiva (do direito comercial em geral) a partir da edição do Regulamento 737, cujo art. 19 elencou os atos de comércio, ao caracterizar a mercancia.

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28.

¹⁵⁷ Francesco Galgano aponta a influência do sistema francês na chamada transição entre a primeira (Direito Comercial aplicável aos membros inscritos nas Corporações de Ofício) e a segunda (Direito Comercial aplicável aos praticantes de atos definidos como atos de comércio) fases do Direito Comercial: “Com a codificação francesa de princípios do século XIX, o direito comercial abandonava o sistema subjectivo – segundo o qual este direito se aplicava apenas a quem estivesse inscrito como comerciante no correspondente registro, adoptando o sistema objectivo: o direito comercial aplica-se a todos os actos de comércio, praticados por quem quer que seja, ainda que ocasionalmente; ao passo que a prática habitual de actos de comércio e a consequente aquisição da qualidade de comerciante seria pressuposto para a aplicação de normas específicas, como as relativas à obrigação de manter escrituração mercantil e as relativas à falência” (sic). GALGANO, Francesco. **História do Direito Comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 84-85.

Na linha do que ensinaram Yacir de Aguiar Vieira e Gustavo Vieira da Costa Cerqueira¹⁵⁸, a formação do Direito Comercial brasileiro, sistema adotado pelo Código Comercial brasileiro de 1850, complementado pelo Regulamento nº 737, foi inegavelmente influenciada pelo Código Comercial francês, a primeira codificação *stricto sensu* do Direito Comercial em geral. Dita inspiração, apontam os autores, deu-se tanto no que diz respeito à forma como também quanto ao conteúdo¹⁵⁹.

No Brasil¹⁶⁰, a referência legislativa, no art. 19, § 3º do Regulamento nº 737, à empresa dentre os atos de comércio (ao especificar a mercancia), acabou por

¹⁵⁸ VIEIRA, Yacir de Aguiar; CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. L'Influence du Code de Commerce Français au Brésil (Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code Français de 1807). **Revue Internationale de Droit Compare**, v. 59, n. 1, p. 27-77, 2007. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2007_num_59_1_19502>. Acesso em: 29 jan. 2017.

¹⁵⁹ VIEIRA, Yacir de Aguiar; CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa, p. 38-45.

¹⁶⁰ Para um breve relato da história do Direito Comercial brasileiro, nada melhor do que retomar as lições dos clássicos. Por todos, vale citar a obra de José Xavier Carvalho de Mendonça. Em seu Tratado de Direito Comercial Brasileiro, o autor resume a história do Direito Comercial brasileiro em três fases: i) A primeira fase, de 1822 até 1850, descrita como uma representação da herança colonial. A Assembleia Constituinte e Legislativa de 1823, por intermédio de Lei de 20 de outubro daquele mesmo ano, determinou a continuidade, no Império, das Leis portuguesas vigentes em 25 de abril de 1821, assim como todos aqueles diplomas legislativos promulgados daquele momento em diante por D. Pedro de Alcântara (como Regente do Brasil, enquanto Reino e, posteriormente, como Imperador Constitucional, após o surgimento do Império). Nesta fase, o Direito Comercial apresentava-se como um Direito pessoal, o Direito dos negociantes, portanto, um Direito de classe. A Lei da Boa Razão foi um dos atos legislativos mandados vigorar no Brasil após a sua independência. Tal diploma legislativo autorizava invocar-se como fundamento legal para as questões mercantis as normas “das nações cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estavam resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência”. Foram, nesta época, aplicados largamente no Brasil especialmente as regras do Código Comercial Francês (1807), e, mais tarde, dos Códigos Comerciais da Espanha (1829) e de Portugal (1833). Nesta primeira fase histórica se elaborou o Código Comercial brasileiro de 1850, sancionado pela Lei nº 556, de 25 de junho daquele ano; ii) A segunda fase, de 1850 até 1890, inicia-se com o Código Comercial brasileiro de 1850, que teve como fontes de inspiração mais próximas o Código Francês, o Código Espanhol e o Código Português (estes últimos, igualmente inspirados no Francês). O Código brasileiro manteve a orientação no que diz respeito do Direito Comercial como um Direito de classe, tendo procurado regular exclusivamente a atividade profissional dos comerciantes. Logo após a sua publicação, passou-se a cogitar a respeito da edição de regulamentos específicos, com vistas à boa execução das regras mercantis. Em 25 de novembro de 1850, foram publicados dois diplomas legislativos importantes: o Decreto nº 737, que cumulava matéria processual e também preceitos de Direito material, que complementavam o Código Comercial, buscando dar-lhe vida e realidade; e o Decreto nº 738, que regulava os Tribunais do Comércio e o processo das quebras. Em 1852, o Tribunal do Comércio declarava ser o Direito Comercial um ramo excepcional, caracterizando a insistência em ver-se no Código uma espécie de conjunto de leis reguladoras dos direitos e privilégios de uma classe. Foram, ainda, publicados leis e decretos regulando regimento de corretores, agentes de leilão e intérpretes, regulamento dos tribunais do comércio, inadmissibilidade das concordatas amigáveis, bancos de emissão, sociedades anônimas, cheques, atos sobre falência dos bancos e casas bancárias e a emissão de bilhetes e escritos ao portador, derrogação do juízo arbitral necessário, marinha mercante nacional, indústria da construção naval e comércio de cabotagem, concordata por abandono, invenções e descobertas industriais, entre outros; iii) A terceira fase, de 1890 em diante (aqui, deve-se lembrar que a publicação desta obra de Carvalho de Mendonça ocorreu em 1963). Tal fase foi iniciada com a publicação do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, voltado à reforma do regime falimentar (mas, deixando sob as disposições antigas a falência

despertar o interesse doutrinário em torno do enquadramento jurídico deste fenômeno.

Durante todo o período de vigência da parte primeira do Código Comercial, que tratava do comércio em geral, autores como Bento de Faria, Alfredo Russel, Spencer Vampré, Descartes de Magalhães, Waldemar Ferreira, Ferreira de Souza, Darcy Bessone, João Eunápio Borges, J.C. Sampaio de Lacerda, Philomeno I. da Costa, Fran Martins e Walter Álvarez, passaram a sustentar, na esteira da definição de Carvalho de Mendonça, inspirada na doutrina do jurista italiano Cesare Vivante, a coincidência entre o conceito econômico e o jurídico¹⁶¹.

Sob a égide da sistemática introduzida pelo Código Comercial de 1850 (completada pela edição, logo na sequência, do Regulamento nº 737, de 1850), merecem destaque algumas posições doutrinárias acerca do tema: primeiramente, no sentido da identificação da importância das cogitações acerca da noção jurídica de empresa; em seguida, no sentido da apresentação de algumas visões relacionadas à noção jurídica de empresa¹⁶².

das sociedades anônimas). O referido diploma legislativo, desviando-se da orientação do Código e do Regulamento nº 737, ambos de 1850, passou a confiar aos credores (únicos interessados) a influência no processo das quebras, em substituição aos juízes. Durante o período, foram publicadas leis importantes versando sobre firmas ou razões comerciais, cabotagem, títulos ao portador, corretores de fundos públicos e de mercadorias, empréstimos por obrigações ao portador, contraídos pelas sociedades anônimas, sociedades cooperativas, falência, armazéns gerais e títulos circulantes por eles emitidos, responsabilidade pelos transportes nas estradas de ferro, letras de câmbio, cheques, patentes de invenção e marcas de fábrica. A Lei nº 2.378, de 4 de janeiro de 1911, autorizou o governo a mandar organizar projeto de reforma do Código Comercial de 1850. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 70-120. Por razões óbvias, não há na obra de Carvalho de Mendonça, datada de 1963, referências à fase do Direito Comercial brasileiro que se iniciaria com o Código Civil de 2002, fruto de Projeto datado de 1975, como se verá mais detalhadamente adiante.

¹⁶¹ LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, ano 91, v. 795, jan. 2002, p. 92-93.

¹⁶² Aqui, o foco da preocupação se concentra naqueles autores que se dedicaram à análise da noção jurídica de empresa. Há também os que buscaram somente identificar novos propósitos e visão para a empresa, sem cogitações a respeito de seu enquadramento como categoria jurídica. Por todos, valem transcrever as considerações de Theophilo de Azeredo Santos sobre os dez princípios que, em sua opinião, devem inspirar a conduta empresarial e uma nova visão das empresas: “1. Aceitamos a existência e o valor transcendente de uma Ética social e empresarial, a cujos imperativos submetemos nossas motivações, interesses, atividades e a racionalidade de nossas decisões; 2. Estamos convencidos de que a empresa, além de sua função econômica de produtora de bens e serviços, tem uma função social que se realiza através da promoção dos que nela trabalham e da comunidade na qual deve integrar-se. No desempenho desta função encontramos o mais nobre estímulo à nossa autorrealização; 3. Jugamos que a empresa é um serviço à comunidade, devendo estar aberta a todos os que desejam dar as suas capacidades e às suas poupanças uma destinação social e criadora, pois consideramos obsoleta e anacrônica a concepção puramente individualista da empresa; 4. Consideramos o lucro como indicador de uma empresa técnica, econômica e financeiramente sadia e como a justa remuneração do esforço, da criatividade e dos riscos assumidos. Repudiamos, pois, a ideia do lucro como única razão da atividade

Em relação ao primeiro aspecto, vale mencionar a doutrina de J. C. Sampaio de Lacerda¹⁶³. Este autor, ao abordar o tema dos atos de comércio declarados pelo artigo 19 do Regulamento nº 737, voltados, em sua opinião, para determinar a qualidade de comerciante, sugeriu diante da referência legislativa expressa às empresas (*empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos*) a necessidade de cogitações teóricas no sentido de se saber o que é a empresa. Isto porque, de acordo com o seu raciocínio, a redação do texto estava a indicar que somente se poderiam “[...] considerar atos de comércio aquelas atividades ali mencionadas, quando organizadas sob a forma de empresas”. Em outras palavras, realizadas de maneira isolada, tais atividades não constituiriam atos de comércio.

Desde então, conforme a precisa lição de Sampaio de Lacerda, pôs-se diante da doutrina o problema em torno da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro¹⁶⁴. Afinal, como advertiu Darcy Arruda Miranda Júnior, o Regulamento nº 737, embora tenha usado o vocábulo empresa, não deu a sua conceituação¹⁶⁵.

Impõe-se, assim, a apresentação de algumas visões relacionadas à noção jurídica de empresa, dentro deste contexto espaço-tempo específico.

empresarial; 5. Compreendemos como um compromisso ético as exigências que, em nome do bem-comum, são impostas à empresa especialmente pela legislação fiscal e pelo direito social; 6. Temos a convicção de que nossa atividade empresarial deve contribuir para a crescente independência tecnológica, econômica e financeira do Brasil; 7. Consideramos nossos colaboradores todos os que conosco trabalham, em qualquer nível da estrutura empresarial. Respeitamos em todos, sem discriminação, a dignidade essencial da pessoa humana; queremos motivá-los a uma adesão responsável aos objetivos do bem comum, despertando suas potencialidades e levando-os a participar cada vez mais da vida da empresa; 8. Consideramos como importante objetivo da empresa brasileira elevar constantemente os níveis de sua produtividade, sempre acompanhada pelo crescimento paralelo da parte que, por imperativo de justiça social, cabe aos assalariados; 9. Comprometemo-nos a dar a todos os nossos colaboradores condições de trabalho, de qualificação profissional, de segurança pessoal e familiar, tais que a vida na empresa seja para todos um fator de plena realização como pessoas humanas; 10. Estamos abertos ao diálogo de todos os que comungam de nosso ideais e preocupações, no sentido de contribuir para o permanente aperfeiçoamento e atualização de nossas instituições econômicas, jurídicas e sociais, a fim de garantir ao Brasil um desenvolvimento justo, integral, harmônico e acelerado”. SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Estudos de Economia e Direito**. Rio de Janeiro: Sindicato dos Bancos do Estado da Guanabara, 1975, p. 57-58.

¹⁶³ LACERDA, J. C. Sampaio de. **Lições de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 75-76.

¹⁶⁴ Já bastante difundido na doutrina de países como a França e a Itália.

¹⁶⁵ MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed., v. 1. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 116.

Conforme destaca o jurista Waldemar Ferreira¹⁶⁶, o conceito de empresa emerge “[...] da organização dos meios naturais, do capital e do trabalho, assim para o exercício de comércio como da indústria, meios materiais reunidos em determinado local para a exploração condizente, com caráter de continuidade [...]”. Desta forma, “a empresa não é coisa, mas atividade organizadora, ou organização de atividades várias que produzem bens ou serviços”. Portanto, trata-se de uma forma de atividade, mais precisamente, o modo da organização e desenvolvimento da atividade econômica.

Segundo J. X. Carvalho de Mendonça¹⁶⁷, o conceito econômico é o mesmo jurídico, ou seja, “empresa é a 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) [...]”. Dão-se a produção e a 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”. Desde esta perspectiva, a empresa supõe “uma série de negócios do mesmo gênero de caráter mercantil, continuados e produtivos de bens ou de serviços destinados à troca [...]”. Serve, desta forma, a empresa “[...] às necessidades dos consumidores e, portanto, o exercício de uma atividade profissional desses atos, nunca um ato isolado”.

Rubens Requião¹⁶⁸, em sua análise, aponta uma noção econômica e uma noção jurídica de empresa. Destaca que, na terminologia econômica, o nome *empresa* estaria associado à ideia de um organismo econômico, concretizado a partir da organização (fundada em princípios técnicos e leis econômicas) dos fatores de produção, resultado de uma combinação de elementos pessoais e reais, tendo como propósito a satisfação de necessidades alheias e, especialmente, do mercado em

¹⁶⁶ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, v. 1 (O Estatuto Histórico e Dogmático do Direito Comercial). São Paulo: Saraiva, 1960, p. 73-74.

¹⁶⁷ Segundo o autor, o exercício destes atos continuados é indispensável para caracterizar a comercialidade da empresa, em face das disposições previstas no artigo 11 do Regulamento nº 737/1850. E o empresário, ao organizar e dirigir a empresa, como todo comerciante, realiza uma função de mediação, posicionando-se entre a produção e o consumo. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 482-483.

¹⁶⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed., atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. Deve-se esclarecer que, embora a primeira edição da obra seja datada de 1971, portanto, ainda sob a vigência do Código de 1850, a análise do autor já se encontrava sob a influência do Código Civil italiano de 1942, conforme se pode depreender até mesmo das citações a juristas italianos como Cesare Vivante, Alfredo Rocco, Alberto Asquini, Francesco Carnelutti, Francesco Messineo, Giuseppe Ferri, entre outros.

geral. Em outras palavras, um conjunto de elementos dispostos segundo um intento especulativo de uma pessoa, o *empresário*. Na sequência, posiciona-se no sentido de considerar que o conceito jurídico de empresa se assenta no conceito econômico, mas ressalta que alguns aspectos econômicos da empresa, próprios do âmbito de cogitação dos economistas, fogem ao interesse e à regulamentação jurídica pelo Direito Comercial. Defende, assim, “[...] que, no ângulo do direito comercial, empresa, na acepção jurídica, significa uma atividade exercida pelo empresário”.

Para além das posições doutrinárias apresentadas acima, duas em especial merecem ser abordadas de uma maneira mais detalhada em função do seu maior aprofundamento no que diz respeito ao tratamento do assunto objeto de estudo. Tratam-se das noções jurídicas de empresa segundo as visões de Romano Cristiano¹⁶⁹ e de Waldírio Bulgarelli¹⁷⁰.

A concepção de Romano Cristiano, muito embora tenha sido edificada no período histórico compreendido pela análise realizada neste tópico da tese (égide do sistema dos atos de comércio), será apresentada em momento posterior do trabalho, mais especificamente quando do exame das bases de revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro contemporâneo. Justamente pelo fato de se tratar de uma visão que, acredita-se, não se enquadra na noção jurídica de empresa predominante (focada no fenómeno empresa em seu sentido econômico). Segue-se, então, à abordagem da concepção de Waldírio Bulgarelli.

A elevada preocupação de Waldírio Bulgarelli com o tema da empresa se reflete na amplitude do tratamento conferido à matéria. O assunto foi por ele abordado em diferentes momentos de sua trajetória acadêmico-científica, em obras como *A Teoria Jurídica da Empresa: Análise jurídica da empresarialidade*¹⁷¹, *Tratado de Direito Empresarial*¹⁷², *O Novo Direito Empresarial*¹⁷³ e, finalmente, *Normas Jurídicas*

¹⁶⁹ CRISTIANO, Romano. **Personificação da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

¹⁷⁰ Waldírio Bulgarelli (1930-2006) foi Professor Titular do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹⁷¹ BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria Jurídica da Empresa: Análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

¹⁷² BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

¹⁷³ BULGARELLI, Waldírio. **O Novo Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

*Empresariais*¹⁷⁴, como também no artigo científico *Atualidade do Direito Empresarial*¹⁷⁵.

Bulgarelli, desde o início de suas análises, sempre fez questão de destacar o impacto da empresa no Direito, apontando-a como um “[...] tipo de instituição econômica que, gerada embrionariamente no bojo da Revolução Industrial, ampliou-se desmedidamente até dominar o panorama da economia atual”¹⁷⁶. Não aquela empresa que, conforme enfatiza, teria sido mencionada de maneira parca e hermética pelo Código Comercial francês¹⁷⁷, mas sim aquela que, por volta de 1865, já chamava a atenção do alemão Wilhelm Endemann, e, na sequência, dos italianos Cesare Vivante e Lorenzo Mossa. Este último, aliás, pretendeu tornar a empresa a base do Direito Comercial¹⁷⁸.

Desde então a empresa, “[...] tendo assumido um papel de extraordinária importância na experiência social, tornando-se o epicentro do regime de produção, distribuição e circulação de bens e serviços voltados para o mercado [...]”¹⁷⁹, foi se impondo, pouco a pouco e de uma forma constante, à consciência das pessoas em geral¹⁸⁰ e também de profissionais dos mais variados campos do saber como juristas, sociólogos, economistas, religiosos e políticos. Sobre este ponto, as palavras de Bulgarelli:

¹⁷⁴ BULGARELLI, Waldírio. **Normas Jurídicas Empresariais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

¹⁷⁵ BULGARELLI, Waldírio. *Atualidade do Direito Empresarial*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 87, p. 267-288, 1992. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67178/69788>>. Acesso em: 12 abr. 2017. Na verdade, o artigo em questão retrata o conteúdo de uma aula magna/inaugural ministrada por Bulgarelli na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, proferida em 05 de março de 1992.

¹⁷⁶ BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 2.

¹⁷⁷ Neste ponto, vale ressaltar o alerta de Waldírio Bulgarelli, no sentido da constatação da não correspondência entre o *nomen iuris*, tal como recebido inicialmente no plano jurídico (na medida em que fora inserida entre os atos de comércio relacionados nos artigos 632 e 633 do Código Comercial francês, sendo assim interpretada como um contrato de locação de serviços e também como certo caráter profissional, ou organização do capital e do trabalho), e aquele significado que a empresa havia adquirido, como organização dos fatores de produção. *Idem*, p. 10-11.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 2-3.

¹⁷⁹ BULGARELLI Waldírio, 1992, p. 274.

¹⁸⁰ Aqui, Bulgarelli traz uma importante observação, no sentido de que, em razão de sua marcante presença no mundo real, acabou a empresa por se inserir na consciência de todos, inclusive, tornando-se um termo de uso constante na linguagem do cotidiano das pessoas, principalmente como uma expressão designativa de organização produtiva. BULGARELLI, **Tratado**..., *op. cit.*, p. 17.

Na Economia, a sua existência já era assinalada pelos clássicos, desde J. B. Say, e os historiadores econômicos fazem datar o seu surgimento da Revolução Industrial, tendo dela se ocupado, durante todos esses anos, também a sociologia e refletido até nas religiões. No Direito, o consenso geral é de que ela surgiu com o Código Comercial francês de 1807, dando origem à sua consagração legal nos Códigos posteriores que dele sofreram a influência (como o nosso de 1850, através do Regulamento 737, os italianos de 1865 e 1882 e o alemão de 1861), tendo acabado por adquirir foros de cidadania no plano jurídico com sucessivas referências a ela nas leis subsequentes, nas decisões judiciais e nos trabalhos de doutrina¹⁸¹.

Passou a empresa, em razão do reconhecimento de sua existência e da sua incontestável importância, a constituir-se como uma realidade que não poderia ser ignorada pelo Direito, sobretudo pelo Direito Comercial¹⁸². E foi deste modo que, tendo surgido no Direito Comercial em meio ao regime jurídico voltado para os comerciantes (particularmente, no Código Comercial francês de 1807), deu-se na sequência a sua consagração legal em uma série de Códigos posteriores ao francês, que por ele foram influenciados (como o Código Comercial brasileiro de 1850, através do Regulamento 737, além do Código alemão e dos Códigos italianos, de 1865 e 1882)¹⁸³. Particularmente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a empresa ingressa no Direito através de duas vias bem marcantes, segundo explica Bulgarelli:

1.a da sua inserção em novas leis, como, por exemplo, na Consolidação das Leis do Trabalho, na Lei contra o Abuso do Poder Econômico, etc; 2. No campo das relações privadas, pelo alargamento do conceito de mercancia, conforme referido pelo art. 4º do Código Comercial e pelo Regulamento 737; e doutrinariamente pela influência do Código Civil italiano (com seu regime empresarial) e as leis que sucessivamente foram sendo promulgadas na maioria dos países, com referências ou mesmo destinadas especificamente às empresas. Tanto assim é que o nosso Projeto do Código Civil (nº 634-B, 1975), acabou por distinguir os chamados, por Miguel Reale, cinco protagonistas, ou seja, o proprietário, o marido, o contratante, o testador e o empresário que considera como o principal e consagrando uma disciplina completa sobre o que chamou de Direito da Empresa¹⁸⁴.

Na sequência, Bulgarelli anota que, de uma forma geral, disseminou-se entre nós o significado da empresa marcadamente como organização dos fatores de produção. Por outro lado, a palavra também veio a ser utilizada com um variado número de significações distintas entre si, ora com o sentido de estabelecimento, ora

¹⁸¹ BULGARELLI Waldírio, 1985, op. cit., p. 10.

¹⁸² BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 3-4.

¹⁸³ Ibidem, p. 10.

¹⁸⁴ BULGARELLI Waldírio, 1992, p. 273.

com o sentido de empresário, ora com o sentido de instituição. Esta variação dos significados, destaca o autor, acabou por dar margem a situações de incerteza e de insegurança¹⁸⁵, sendo necessário e até mesmo indispensável o esforço na direção da compreensão do conteúdo/significado do termo empresa¹⁸⁶.

Assim, o movimento de busca de uma noção jurídica precisa de empresa, iniciado na França e intensificado na Itália e na Alemanha, passa a repercutir também no Brasil¹⁸⁷. Mas tal processo, denuncia Bulgarelli, girava em torno da ideia de recepção ou ajustamento, no Direito, da noção econômica de empresa. E esta tarefa sempre gerou dificuldades, na medida em que, na própria Economia, as definições de empresa eram variadas e conflitantes, como “organização da atividade econômica” ou “organização dos fatores de produção”¹⁸⁸.

Como resultado, Bulgarelli indica que os juristas formularam conceitos econômicos de empresa à luz dos elementos colhidos nas mais variadas definições encontradas nos trabalhos dos economistas. E, apropriada esta metodologia, o Direito acabou por conferir ao conceito econômico um ou mais significados jurídicos. Em outras palavras, “[...] o Direito ao tocar a empresa, tornou-a jurídica e não fez seu, como se afirmou, o conceito econômico, mas valorou-o, adaptando às categorias jurídicas”¹⁸⁹.

Bulgarelli credita ao jurista italiano Alberto Asquini a elaboração mais adequada e mais aceita acerca da noção jurídica de empresa. Segundo relata, Asquini buscou identificar, na falta de uma definição legal precisa, os diferentes sentidos atribuídos à empresa pelo legislador do Código Civil italiano de 1942. A empresa foi assim entendida como um fenômeno econômico poliédrico, concebida pelo Código de forma a refletir, sob o aspecto jurídico, não um, mas quatro diferentes sentidos, a que chamou perfis: i) perfil subjetivo (a empresa como empresário); ii) perfil funcional (a empresa como atividade empresarial); iii) perfil patrimonial ou objetivo (a empresa

¹⁸⁵ BULGARELLI Waldírio, 1985, op. cit., p. 9.

¹⁸⁶ BULGARELLI Waldírio, 1992 op. cit., p. 275.

¹⁸⁷ BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 11-12.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 14-15.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 15-16.

como patrimônio especial distinto pela sua finalidade); e, iv) perfil corporativo (a empresa como instituição)¹⁹⁰.

Desde esta perspectiva, explica-se a falta de definição legislativa expressa pela assunção da premissa de que a definição jurídica de empresa pode ser distinta, segundo seja analisada de acordo com cada um dos diferentes sentidos ou perfis concebidos pelo Código italiano. De tal modo, deduz Bulgarelli sobre o raciocínio de Asquini, “uma coisa é o conceito de empresa, como fenômeno econômico; outra é a noção jurídica relativa aos diversos aspectos do fenômeno econômico”¹⁹¹.

Portanto, encontrar esta noção, ou seja, traduzir os termos econômicos em termos jurídicos, põe-se como uma tarefa atribuída ao intérprete, que deve atuar no sentido da adequação da noção jurídica aos distintos aspectos do fenômeno econômico; e não em busca de um conceito jurídico unitário¹⁹². Isto porque, conforme esclarece Bulgarelli, o raciocínio de Asquini se encontrava voltado para a premissa de que a técnica do Direito é incapaz de dominar o fenômeno econômico da empresa, no sentido de dar-lhe uma completa disciplina jurídica, sem que se leve em consideração os diversos aspectos que nela concorrem¹⁹³.

Em sua apreciação, Bulgarelli compreende a colocação de Asquini como uma contribuição que se apresentou “[...] decisiva para uma verdadeira compreensão da empresa perante o Direito, que já começava a se delinear, porém sem muita precisão ainda, o que se comprova pela orientação tomada pela doutrina, a partir daí”¹⁹⁴.

Não obstante destacar a relevância do fenômeno empresa, Bulgarelli defende que, por boa técnica, o termo deveria ficar fora do Direito, “[...] já que se trata de conceito econômico”. De acordo com o seu raciocínio, “[...] a empresa não teria lugar no Direito Comercial, pois este se basta com a trilogia ‘empresário, atividade econômica organizada e estabelecimento’ [...]”¹⁹⁵.

Por outro lado, o próprio autor reconhece que, tendo sido a empresa introduzida tanto no entendimento comum quanto no plano legislativo e, portanto, incorporada ao

¹⁹⁰ Ibidem, p. 16-17.

¹⁹¹ BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 17.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Ibidem, p. 18.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 19.

linguajar ordinário e também ao técnico, restaria praticamente impossível extirpar da legislação brasileira as referências à empresa:

Ora, se é impossível expungir-se a palavra empresa, pela sua adoção ser generalizada, tornada, portanto, insubstituível; se a existência do fenômeno sócio-econômico assim denominado converteu-se na verdadeira base da economia moderna; se repercutiu, por isso, no Direito, abalando e sacudindo as velhas estruturas e, de maneira especial, no velho Direito Mercantil; e se sua presença atua como fator emulativo de transformações das estruturas sociais, certamente que o seu estudo tornou-se obrigatório pelo jurista¹⁹⁶(sic).

Em meio a este raciocínio, o autor prossegue rumo ao exame mais detalhado do “fenômeno econômico-social da empresa”¹⁹⁷, não sem antes reconhecer as dificuldades e equívocos legais e doutrinários decorrentes da recepção da empresa pelo Direito.

Conforme Bulgarelli, um dos primeiros e grandes problemas nos quais esbarra esta recepção “[...] é o da pretendida transposição *sic et simpliciter* da noção econômica (entendida como ‘organização dos fatores de produção’), para o plano jurídico”¹⁹⁸. Apresenta-se, portanto, como um crítico da ideia de que o conceito jurídico de empresa deve simplesmente traduzir o conceito econômico.

Outro problema apontado por Bulgarelli diz respeito à linguagem, em especial devido aos vários significados que se podem atribuir à palavra empresa. Estas variações de conteúdos relacionados à expressão, refletidas no plano legislativo, teriam resultado no reconhecimento, pela doutrina, da empresa como um fenômeno poliédrico dotado de diferentes perfis, frente às dificuldades de captação dos sentidos que lhe eram dados pelo legislador¹⁹⁹. Atribui, portanto, a dificuldade doutrinária à imprecisão legislativa.

Tal como anota, em termos de linguagem a empresa concebida como atividade econômica (como no modelo adotado pelo Código Civil italiano de 1942²⁰⁰) acaba por

¹⁹⁶ BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 21.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 40.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 40.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 41.

²⁰⁰ Aqui, deve-se esclarecer que Bulgarelli escreveu (1985) ainda na vigência da parte do Código Comercial que tratava do comércio em geral. Então, tinha como referências, além do Código Comercial de 1850, o Código Civil italiano de 1942, bem como o Projeto (1975) do Código Civil de 2002, além da doutrina que, à época, já discutia a “moderna teoria da empresa” (em contraste com o sistema francês dos atos de comércio e suas interpretações).

pressupor o empresário como o sujeito que a exerce. O conceito de empresa, desta forma, extrai-se a partir do de empresário: ambos se apresentam como autônomos entre si, mas vinculados estreitamente²⁰¹.

Voltando à análise da questão da transposição da noção econômica de empresa (então tratada quase unanimemente como organização dos fatores de produção) para o plano jurídico, Bulgarelli indica que, não obstante a dificuldade de um enquadramento conceitual afinado da mesma perante as categorias jurídicas tradicionais, a captação do sentido essencial do fenômeno econômico-empresarial foi feita. Isto porque, em sua opinião, a tradução deste fenômeno complexo para o Direito não poderia ser realizada com apoio somente numa categoria, mas sim com base em três²⁰².

Deste raciocínio decorre a utilização, por Bulgarelli, do termo *empresarialidade* empregado com a finalidade de clarificar terminologicamente o fenômeno empresa, no processo de sua complexa projeção perante o Direito²⁰³. Da noção de empresarialidade, apreendem-se três questões fundamentais: i) o agente que tem a iniciativa anima a empresa e, portanto, faz jus aos resultados da atividade; e, ii) o complexo de bens reunidos e utilizados pelo empresário para o atingimento dos fins propostos; e, iii) a própria atividade econômica e organizada que é desenvolvida²⁰⁴.

No dizer de Bulgarelli, o Direito promoveu o reconhecimento de determinados elementos concretos que corporificou, trazendo-os para si, sendo os mesmos colhidos na abstração que caracteriza a noção econômica de organização. Tais elementos, adverte, foram então ajustados a algumas categorias jurídicas consideradas fundamentais, compondo uma espécie de tríade: o empresário, na condição de sujeito; o estabelecimento, como objeto; a atividade, como uma espécie de fato jurídico, ou como um comportamento qualificado juridicamente²⁰⁵.

²⁰¹ Outro conceito mencionado por Bulgarelli é o do estabelecimento. Em sua opinião, a palavra parece não participar do radical da empresa. Não obstante, o autor reconhece que o fato de não apresentar conotação empresarial direta, não faz com que o estabelecimento deixe de integrar a empresarialidade, na medida em que este se situa como um outro perfil da empresa econômica, no plano jurídico. BULGARELLI, **A Teoria...**, op. cit., p. 47.

²⁰² BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 53.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Idem, p. 53. Em *Atualidade do Direito Empresarial*, o autor se refere à *trilogia* formada pelos conceitos de empresário, estabelecimento e empresa: "A visão final, portanto, pelo ângulo da atividade, aproveitando a brecha operada pelo corte polifacético, contribuiu decisivamente para dar nova configuração ao problema, completando a trilogia que permanecia oculta sob a simples dupla

Desde esta compreensão, o conceito jurídico de empresário restou responsável por colocar em evidência os elementos próprios da empresa, enquanto atividade econômica exercida em caráter profissional, configurando-se deste modo a sua estrutura ligada à sua função, isto é, na condição de atividade produtora de bens e serviços direcionados para o mercado: valorou-se a finalidade, a função, como fator preponderante de uma gama de interesses incidentes²⁰⁶. Por outro lado, no que diz respeito à sua estrutura, abandonaram-se algumas ideias consideradas inadequadas em seu entendimento: i) transposição pura e simples da noção econômica para o plano jurídico; ii) a da visão sociológica da empresa, como instituição; iii) a da centralização exclusiva da empresa no estabelecimento, e vice-versa; iv) a da personalização da empresa e do estabelecimento²⁰⁷.

Sinaliza Bulgarelli que o abandono das ideias (confusas, de acordo com a sua concepção) enumeradas acima teria conduzido o debate sobre a empresa a uma fase mais objetiva, em que a edificação da teoria se operou não por intermédio da mera transposição do econômico para o plano jurídico, mas da identificação de significados jurídicos decorrentes da sua conformação econômica. Logrou-se obter, deste modo, a separação conceitual entre empresário, empresa e estabelecimento, cenário em que a visão institucional acabou por ser deslocada para outros campos (o da organização do trabalho no âmbito do Direito do Trabalho e o da organização no Direito Econômico)²⁰⁸.

Esta constatação levou Bulgarelli a afirmar a sua hipótese de trabalho, de que “[...] a teoria jurídica da empresa livrou-se de muitas das suas obscuridades e desvios conceituais, para se assentar em campo sólido e fértil”; e, ainda, que “a tarefa pois que incumbia ao Direito Comercial foi de certa forma levada a termo não com total perfeição, é evidente, mas ao menos com pragmatismo e lucidez”²⁰⁹.

Na sequência, o autor parte para a avaliação do estágio (naquele momento) atual da construção jurídica da empresa, considerando para tanto o então Projeto de Código Civil (PL nº 634, de 1975) já em tramitação quando da edição da obra em que

empresário-estabelecimento. O conceito jurídico baseado na atividade explica os seus correlatos, o sujeito (o empresário) e os bens (o estabelecimento)”. BULGARELLI, Atualidade..., op. cit., p. 280.

²⁰⁶ BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 54.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ Ibidem, p. 55.

mais se dedicou ao estudo do tema, *A Teoria Jurídica da Empresa: Análise jurídica da empresarialidade*, publicada em 1985.

Bulgarelli inicia a sua apreciação destacando: i) o acerto da disciplina projetada no que diz respeito à centralização do sistema não na empresa comercial, mas sim na empresa sem adjetivações, medida que configuraria uma maior amplitude para o enquadramento de diversas atividades, sem que se necessitasse cogitar acerca da comercialidade; ii) a parametrização, isto é, transubstanciação dos atos em atividade econômica, conferiu nova dimensão a até então insolúvel problemática de enquadramento comerciante e dos atos de comércio; iii) o Projeto conceituou o empresário e o estabelecimento, e através deles seria possível colher o conceito de empresa, como derivado de ambos²¹⁰.

Ao abordar de forma mais específica a teoria jurídica da empresa, Bulgarelli enfatiza novamente a dificuldade histórica na transposição para o plano jurídico do fenômeno socioeconômico empresa, que se apresentou ao longo dos tempos como um constante e verdadeiro desafio – saber o que se irá regular, e tendo em vista o porquê, decidir sobre como - àqueles que se debruçaram sobre o tema. Tais dificuldades seriam: i) ideia que se tenha desse fenômeno econômico-social (ora ele passa pela noção econômica, ora pela sociológica); ii) a importância que se dê à empresa como fenômeno a ser valorável pelo Direito, que passa: a) pela valoração dos interesses em jogo; b) pela avaliação da conveniência ou não de se mantê-la como um instituto a ser disciplinado pelo Direito Comercial (como àquela época ainda era, ou seja, segundo o regime francês – em que era tida como um contrato de empreitada e como organização da atividade industrial, em ambos os casos subordinada à noção de ato de comércio ou de atividade, com efeito de qualificação da figura do comerciante -, ou, ao contrário, conferir-lhe uma nova dimensão, central no plano jurídico, como um agente da produção de bens e serviços para o mercado); iii) a forma, ou seja, ao modo de transpor para o plano jurídico a ideia que se tenha do fenômeno econômico-social²¹¹.

Bulgarelli, assim, alinha as possíveis alternativas metodológicas para o enfrentamento do tema da empresa – que considera um fenômeno de vital importância na vida real, ponto de convergência de múltiplos interesses - no plano jurídico, diante

²¹⁰ BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 55.

²¹¹ Ibidem, p. 73-74.

da necessidade de estatuir um regime específico voltado para a fixação de direitos e deveres, regulando-a de maneira a captar a sua essencialidade: partir-se de uma noção econômica, ou sociológica, ou conjugada, com a finalidade de encontrar uma fórmula capaz de exprimir adequadamente a noção meta-jurídica. Aponta ainda que a tarefa em questão não se pode empreender sem que se leve em conta o objetivo a alcançar com o estabelecimento de um regime jurídico próprio da empresa. Em outras palavras, considerar a função da norma no processo de valoração dos interesses em jogo²¹².

Até aquele momento, Bulgarelli identificava a existência de uma dicotomia básica nas discussões em torno da recepção da empresa pelo Direito, com dois posicionamentos bastante distintos: i) uma posição assumida por aqueles que pregam a transposição pura e simples da noção econômica de empresa, identificada como a organização da atividade econômica pela figura do empresário que a anima e dirige, assumindo riscos e se apropriando de eventuais lucros; e, ii) a posição dos que simplesmente pretendem a tradução, em termos jurídicos, das características do fenômeno identificadas a partir da noção econômica²¹³.

Posiciona-se, assim, no sentido de que caberia ao jurista, diante da teoria jurídica da empresa (desde a enunciação da empresa em sede legislativa), atuar no sentido da captação da essencialidade deste importante fenômeno econômico-social, transpondo-o para o plano jurídico, com a finalidade de construir um regime jurídico específico direcionado à fixação dos seus direitos e deveres²¹⁴.

Bulgarelli procede então ao exame dos caminhos seguidos pela teoria jurídica da empresa em diferentes realidades, analisando o entendimento jurídico atribuído a este fenômeno na França, na Alemanha, na Espanha, na Argentina e na Itália (tendo dedicado a este último país atenção mais detalhada, em função das transformações decorrentes da reforma legislativa por intermédio da introdução do Código Civil italiano de 1942, que resultaram na unificação das obrigações, na adoção de um sistema que conferia preeminência ao empresário, absorvendo o conceito de comerciante). Após a averiguação da realidade dos ordenamentos jurídicos em questão, suas conclusões são que:

²¹² BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 74-75.

²¹³ Idem, p. 74-75.

²¹⁴ Ibidem, p. 75

1) em todos está em vigor um Código Comercial que regula o regime jurídico dos comerciantes e dos atos de comércio; 2) em todos se reconhece a importância da empresa na vida econômica, entendida sob este prisma, como organização dos fatores de produção; 3) em todos há referências à empresa por leis dos vários ramos do Direito, sobretudo do Direito do Trabalho, Fiscal e Econômico, além do Comercial; em todos se reconhecem os perfis do empresário e do estabelecimento; 5) a ideia da empresa como organização geral (organismo) ou de pessoas (comunidade de trabalho) tem sido reservada aos outros ramos do Direito, como o Trabalhista, Tributário, Econômico, Administrativo e mesmo Constitucional; 6) a empresa, no âmbito do Direito Comercial, está concebida – consciente ou inconscientemente – com maior ou menor relevo, como atividade econômica organizada, a qual serve de critério que vem sendo utilizado com maior intensidade, inclusive para a qualificação do comerciante²¹⁵.

Verificou Bulgarelli que, nas diferentes realidades, captou-se a função da empresa na condição de um agente da produção e circulação de bens ou serviços para o mercado, além de terem sido identificados determinados interesses que nela convergem, com a valoração daqueles entendidos como merecedores de tutela, com proeminência de uns em relação aos outros²¹⁶. E, mais, considerada a empresa do ponto de vista de uma função de produção, deu-se maior relevo à noção de empresa como atividade funcional, mas não sem ter se tentado conferir certo conteúdo genérico às formulações relacionadas à ideia de função social. Segundo Bulgarelli, levou-se em conta que “[...] a atividade desenvolvida pelo empresário tem como fim a realização de interesses que ultrapassam aqueles egoísticos do agente, e portanto gera um poder-dever do sujeito da atividade funcional”²¹⁷.

Após examinar a função da empresa, Bulgarelli volta a sua abordagem para a análise do conceito e da qualificação jurídica da empresa, da empresa como organização e seus efeitos jurídicos, assim como da empresarialidade e seus conceitos básicos.

²¹⁵ BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 103-104.

²¹⁶ Ibidem, p. 104-105.

²¹⁷ Ibidem, p. 105-109. O autor menciona também posições dos que, na Itália: i) defendem a ideia de atividade funcional, no sentido de que se encontra voltada para o interesse público; ii) defendem a ideia de instituição, dando destaque a um interesse em si da empresa em relação ao interesse egoístico do empresário; iii) defendem a ligação da ideia de função social da empresa com a sua qualificação como instituição, destacando um interesse próprio da empresa, superior e distinto dos interesses egoísticos que nela convergem; iv) defendem, na esteira do entendimento de Túlio Ascarelli, que a atividade da empresa é uma atividade organizada, mas que o fato da existência de organização do trabalho alheio não justifica as posições anteriores. Ascarelli acenava para o perigo de uma imposição legal ao empresário, no sentido de sua obrigatoriedade em observar, no exercício de sua atividade, um interesse público superior e predominante em relação ao seu.

Em relação aos dois primeiros pontos, na verdade, põe-se o autor a recapitular as teorias e posições já apresentadas, especificando suas críticas a cada uma delas, mas deixando transparecer a sua predileção pela noção de empresa como atividade²¹⁸.

Ao tratar do terceiro ponto, esta sua predileção fica mais clara, na medida em que identifica o prisma da empresa como atividade econômica organizada como aquele que revela o seu maior valor jurídico, vez que atua como critério orientador da qualificação da condição jurídica de empresário, o *agente* desta atividade por intermédio do estabelecimento²¹⁹.

Mas o próprio Bulgarelli, em momento posterior de suas pesquisas a respeito da empresa, chega a dizer que a orientação no que diz respeito ao seu conteúdo passa a necessariamente pela concentração da abordagem na atividade, que passa a ser vista por ele como um “[...] critério decorrente da organização que está implícita e subjacente na prática reiterada dos atos, tendo, portanto, como base a empresa, ou seja, a organização dos fatores de produção para um escopo lucrativo”²²⁰.

Desta maneira acaba por atribuir à empresa a noção de organização, sendo a atividade um critério dela decorrente.

Deve-se destacar que, não obstante a visão da empresa como atividade ou organização, Bulgarelli sempre manifestou sua preocupação com a ideia de uma variada gama de interesses (trabalhadores, Estado, credores, acionistas e sócios, as comunidades) que gravitam em torno deste fenômeno²²¹.

2.3 A transição entre o sistema dos atos de comércio e o sistema dos atos de empresa: a derrogação parcial do Código Comercial de 1850 e o advento do Código Civil de 2002 (da comercialidade à empresarialidade).

No Brasil, o sistema dos atos de comércio vigorou até o advento do Código Civil de 2002, quando o Direito Comercial passa a ter “uma nova abordagem, sob a

²¹⁸ Idem, p. 113-141.

²¹⁹ BULGARELLI Waldírio, 1985, p. 144.

²²⁰ Id. **Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 16.

²²¹ Id. ,1992, op. cit., p. 275.

denominação direito de empresa, dando ênfase à empresarialidade [...]”²²² em detrimento da comercialidade.

Na verdade, o Código de 2002 deu novos rumos à disciplina jurídica mercantil ao consagrar a Teoria da Empresa e derogar, de forma expressa, a Primeira Parte do Código Comercial de 1850 (arts. 1º a 456). Para tanto, buscou-se inspiração no sistema italiano de atos de empresa²²³ que consagrou um novo modelo de delimitação da incidência do regime jurídico comercial, tido como uma nova etapa evolutiva: a chamada terceira fase do Direito Comercial²²⁴.

Com as novas modificações, abandonou-se a vinculação do Direito Comercial brasileiro ao sistema de atos de comércio, de origem francesa. Até então vigente na França (desde o advento do *Code de Commerce* francês, de 1807) e também no Brasil²²⁵, a chamada teoria dos atos de comércio, ao considerar o ato de forma isolada, implicava num verdadeiro “instrumento de objetivação do tratamento jurídico da

²²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 8: direito de empresa. 2. ed., reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

²²³ Neste sentido, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes França: “Eu repito: o modelo do nosso Código é o Código Civil italiano de 1942”. FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes França. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 513. Para Arnaldo Rizzardo, “uma nova dimensão do direito passou a surgir, que se codificou na Itália desde 1942, e se incrementou no pensamento jurídico universal. O direito que trata da movimentação da economia não mais é um direito do comerciante e dos atos de comércio, mas se alastrou para limites bem mais amplos, passando a constituir um direito dos negócios, das atividades econômicas”. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11. Deve-se, em relação ao teor da transcrição acima, realizar apontamento crítico e construtivo, precisamente no que diz respeito ao uso da expressão *universal*. Como se sabe, o sistema italiano e, antes dele, o francês, realmente influenciaram o pensamento jurídico de diversas nações, tendo sido seguidos pelos ordenamentos jurídicos de países europeus e não-europeus. Por outro lado, não convém referenciar que o sistema italiano e o sistema francês tenham sido encampados universalmente pelos direitos positivos.

²²⁴ Neste sentido, André Luiz Santa Cruz Ramos assinala: “[...] percebe-se que a noção do direito comercial fundada exclusiva ou preponderantemente na figura dos atos de comércio, com o passar do tempo, mostrou-se uma noção totalmente ultrapassada, já que a efervescência do mercado, sobretudo após a Revolução Industrial, acarretou o surgimento de diversas outras atividades econômicas relevantes, e muitas delas não estavam compreendidas no conceito de ato de comércio ou de mercancia”. Foi então que, segundo este autor, “em 1942, ou seja, mais de um século após a edição da codificação napoleônica, a Itália editou um novo Código Civil, trazendo enfim um novo sistema delimitador da incidência do regime jurídico comercial: a teoria da empresa”. Com o Código Civil italiano, finaliza Santa Cruz, “o direito comercial entra, enfim, na terceira fase de sua etapa evolutiva, superando o conceito de mercantilidade e adotando, como veremos, o critério da empresarialidade como forma de delimitar o âmbito de incidência da legislação comercial”. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Estatuto dogmático do direito comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 31-32.

²²⁵ O *Code de Commerce* francês (1808) e a teoria dos atos de comércio influenciaram os ordenamentos jurídicos de países europeus como Portugal (Código Comercial português, de 1833) e Itália (*Codice di Commercio*, de 1882).

atividade mercantil”²²⁶, com a mercantilidade deixando de ser definida pela qualidade do sujeito.

Com o Código Civil de 2002, deixou-se de lado um sistema baseado num conceito – ato de comércio – “que sempre encontrou dificuldades para a delimitação teórica do seu conteúdo [...]”²²⁷, tendo implicado em imprecisões e impossibilitado a formulação de uma teoria unitária no que diz respeito à definição e classificação de tais atos²²⁸, diante das dificuldades para a distinção entre o ato comercial e o ato civil²²⁹. Pode-se, assim, dizer que a Lei nº 10.406/2002 operou uma transição no Direito Comercial brasileiro, deslocando o seu eixo da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa²³⁰.

Com a efetivação da proposta de incorporação de capítulo sobre Títulos de Crédito, no Livro I da Parte Especial, e o *nomen juris* dado ao Livro II (Do Direito de Empresa)²³¹, o Código Civil de 2002 consagrou-se como o núcleo central do Direito Privado. Tal diploma legislativo promoveu uma justaposição formal da matéria

²²⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28.

²²⁷ WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XIV: livro II, do direito de empresa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 17.

²²⁸ Apontando a imprecisão do conceito de atos de comércio como obstáculo à formulação de uma teoria unitária, Luiz Antônio Soares Hentz: “A necessidade de desenvolver uma teoria, como a teoria da empresa, deve-se à vagueza do conceito de atos de comércio, adotado pelo Código Comercial brasileiro (CCom) como elemento qualificador da atividade comercial, que, nessas restritas condições, os submete ao regime de direito comercial. É o que decorrer do artigo 4º do Ccom. Embora houvesse uma constante preocupação dos comercialistas (que durou mais de um século!), em formular uma teoria unitária para os atos de comércio, a tarefa se notabilizou como um martírio para o legislador e um enigma para a jurisprudência”. HENTZ, Luiz Antônio Soares. A Teoria da Empresa no novo Direito de Empresa. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 5, ago. 2003, p. 115.

²²⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed., atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

²³⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz., op. cit., p. 38.

²³¹ Conforme anota Rachel Sztajn, a denominação “Direito de Empresa” não constava da proposta original do jurista Sylvio Marcondes Machado, relator do livro concernente à matéria no então Projeto de Código Civil (que resultou na Lei nº 10.406, de 2002, Código Civil brasileiro), mas veio a substituir a expressão original, “Da Atividade Negocial”. SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. In: Wald, Arnaldo (org.). **Direito de Empresa: Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, p. 673-674. José Carlos Moreira Alves apresenta interessantes detalhes sobre a modificação do título constante do Projeto de Lei. Aponta que o deputado Ernani Sartório, “acolhendo sugestão verbal de Miguel Reale, propôs que o livro Da Atividade Negocial passasse a denominar-se Direito de Empresa”, sob o argumento de que a expressão empresa, no Projeto, não consistia em entidade empresarial, mas sim em atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, ano 17, n. 34, jul.-dez. 2014, p. 226.

comercial ao lado da civil²³², regulando-as simultaneamente num mesmo corpo. Operou, neste sentido, a mera unificação formal (ou meramente legislativa)²³³ das disciplinas, e em caráter apenas parcial²³⁴.

[...] a palavra empresa no Projeto não significa a entidade empresarial, mas, como resulta do Art. 1.003, é a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Desse modo, empresa corresponde, tudo somado, a atividade negocial, mas dando-se ao Livro II o título de Direito de Empresa, tem-se além de outras, a vantagem de alcançar

²³² Rubens Requião, em crítica à estrutura do Projeto que originou o Código Civil de 2002: “A unificação de que se trata, como bem esclareceu o Coordenador da Comissão Revisora, Prof. Miguel Reale, não é a do direito privado. Muita matéria privatista, com efeito, escapa de seu plano. Consiste a unificação, isto sim, na simples justaposição formal da matéria civil ao lado da matéria comercial, regulada num mesmo diploma. Constitui, repetimos, simples e inexpressiva unificação formal. Isso, na verdade, nada diz de científico e de lógico, pois, na verdade, como se disse em Exposição de Motivos preliminar, o Direito Comercial, como disciplina autônoma, não desaparecerá com a codificação, pois nela apenas se integra formalmente”. REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos do direito comercial**: estudos e pareceres, v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 207.

²³³ No mesmo sentido, Oscar Barreto Filho reconheceu no anteprojeto do Código Civil de 2002 um instrumento de unificação apenas formal dos preceitos que reguladores dos atos jurídicos concernentes ao fenômeno econômico, sem que a mesma pudesse ser considerada como um prejuízo à especialização técnica e científica do Direito Comercial. A orientação de justaposição formal assumida, apontou o autor, residia nos precedentes nacionais contidos nas obras de TEIXEIRA DE FREITAS e de INGLÊS DE SOUZA, assim como nos exemplos àquela altura provenientes das legislações suíça e italiana. BARRETO FILHO, Oscar. Comentários ao Anteprojeto de Código de Obrigações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 61, n. 2, 1965, p. 68. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66486/69096>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

²³⁴ O autor aponta dois possíveis e diferentes aspectos de uma eventual unificação do Direito Privado, ou seja, a unificação formal (ou meramente legislativa) e a unificação substancial (ou jurídica). Segundo descreve, o advento do Código Civil de 2002 teria implicado apenas na unificação formal, e em caráter apenas parcial. MOREIRA ALVES, José Carlos, op. cit., p. 214-227. No mesmo sentido, Luiz Gastão Paes de Barros Leães: “O Código acompanha, portanto, a tese da autonomia substancial do Direito Mercantil e adota o processo de unificação parcial do Direito Privado, na parte relativa ao Direito das Obrigações, deixando para leis esparsas as matérias que reclamam disciplina especial autônoma (*in primis*, falência, concorrência etc.), certo de que os institutos do chamado Direito Comercial, ainda que normatizados em um Código único, conjuntamente com os de Direito Civil, ou incorporados a legislações extravagantes, sempre serão substancialmente distintos dos de Direito Civil, posto que informados por princípios próprios”. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**, vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106. Em sentido oposto: i) Arnaldo Rizzardo, para quem, “com o Código Civil da Lei nº 10.406, de 10-01-2002, que entrou em vigor na data de 11 de janeiro de 2003, houve a unificação do ramo do direito que disciplina as atividades privadas, tanto as dirigidas para os negócios em geral como as que tratam especificamente da finalidade lucrativa. Ou seja, foi posto um fim à dicotomia histórica do direito privado, e ficou abolida a dualidade de regramento das obrigações e de diversos tipos contratuais”. RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 10; e, ii) Arnaldo Wald, destacando que “a unificação do direito privado, abrangendo obrigações e contratos de direito civil e comercial, representou importante inovação no Código Civil de 2002 [...]” WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XIV: livro II, do direito de empresa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 22.

uniformidade em relação aos demais títulos, Direito das Obrigações, Direito de Família, e outros²³⁵.

2.4 A influência do *Codice Civile* italiano de 1942 no Código Civil Brasileiro de 2002: a empresa em visão pressuposta, distinta do empresário e do estabelecimento.

No âmbito do Direito de Empresa, o legislador buscou inspiração no modelo já empreendido na Itália, a chamada *teoria da empresa*²³⁶.

Conforme assinalou Bulgarelli²³⁷, o sistema italiano “[...] motivou indagações da mais alta importância, pôs em causa novos conceitos, tipos e categorias, influiu sobre novas concepções teóricas [...]”. Desta forma, acabou por influenciar a compreensão deste fenômeno econômico-social, na medida em que deu margem ao aprofundamento das investigações sobre as experiências concretas, transformando-se em fonte de inspiração doutrinária e legislativa para outros países como o Brasil.

As discussões no contexto italiano, portanto, são importantes para os debates no âmbito nacional, em função da adoção, no Brasil, da orientação assumida pela construção legislativa originária daquele País.

No sistema adotado pelo Código Civil italiano de 1942, a noção jurídica de empresa aflora em diversos dispositivos, mas não possui um conteúdo específico e legislativamente determinado. A expressão *empresa*, recorrentemente citada ao longo do texto, nem sempre apresenta significados coincidentes, resultando, assim, numa visão apenas pressuposta²³⁸, que abarcou quatro diferentes aspectos importantes do ponto de vista jurídico: o empresário, a atividade, o estabelecimento e a organização do trabalho²³⁹.

²³⁵ Registre-se que, no trecho em destaque, o autor citado analisa os detalhes do texto do Projeto, não da redação final do Código. Portanto, as referências a números de artigos devem ser contextualizadas.

²³⁶ De acordo com o ensinamento de Arnoldo Wald, não existem dúvidas de que o *Codice Civile* (1942) e a doutrina italiana exerceram a maior influência sobre o Código Civil (2002) e a doutrina brasileira, em matéria de teoria da empresa. WALD, Arnoldo. **Comentários...**, op. cit., p. 26.

²³⁷ BULGARELLI, 1985, p. 89.

²³⁸ PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 29, ano XVII, 1978, p.45.

²³⁹ BULGARELLI, op. cit., p. 90.

Ponto comum entre os autores que se dedicaram ao estudo do assunto é a referência ao fato de que o Código italiano tem em consideração a empresa em seu sentido econômico, isto é, tal como adotado pela doutrina econômica²⁴⁰. Ainda assim, esse pano de fundo não foi suficiente para a construção de uma noção jurídica unívoca.

Alberto Asquini, em artigo publicado logo na sequência da vigência do Código, professou que a empresa consiste em fenômeno econômico e, como tal, teria sido disciplinada. Segundo o autor, pelo fato de ser poliédrico, dito fenômeno permite, sob o aspecto jurídico, análises segundo diferentes perfis em relação aos elementos que o integram. As diferentes noções jurídicas, portanto, refletiriam distintos aspectos do fenômeno econômico²⁴¹.

Também para Aldo Fiale, a empresa se apresenta como um fenômeno econômico, pré-jurídico, constituindo-se como uma organização essencialmente em leis e princípios técnico-econômicos. Daí decorre que o conceito de empresário não constitui paradigma da ciência jurídica, sendo afetado diretamente pela ciência econômica²⁴².

No mesmo sentido, Gilberto Ferri aponta que a empresa, objetivamente considerada, apresenta-se como uma combinação (melhor como uma organização) de elementos de natureza pessoal e real, que opera em função de um resultado econômico e implementada em vista de fins especulativos por uma pessoa que assume a condição de empresário²⁴³.

Segundo Aldo Fiale²⁴⁴, no Código Civil italiano a noção de empresa deriva do conceito de empresário, disposição que significou um problema para a sua determinação e ensejou intermináveis controvérsias. O autor elenca uma série de juristas filiados àquela que denomina teoria tradicional, como: i) SANTI ROMANO, que “*riscontra nell’impresa i caratteri propri della istituzione (base sociale, elemento normativo, organizzazione)*”; ii) ASQUINI, que “*identifica l’impresa con la sola*

²⁴⁰ Ibidem, p.45-46.

²⁴¹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução e notas de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, out./dez. 1996, p. 45-46. O texto original, *Profili dell’ impresa*, foi publicado em 1943 na *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 41, 1.

²⁴² FIALE, Aldo. **Diritto Commerciale**. 9. ed. Napoli: Simone Edizioni, 1994, p. 15.

²⁴³ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 5 ed. Roma: UTET, 1980, p. 36.

²⁴⁴ FIALE, Aldo, op. cit., p. 19.

organizzazione delle persone"; iii) BARBERO, que *"parla di esercizio di un'azienda da parte di un soggetto che, in tale funzione, assume la veste (o qualifica giuridica) d'imprenditore"*, iv) SANTORO PASSARELLI, que *"la definisce come la stabile azienda produttiva di grande e media dimensione"*, v) MOSSA, que *"ritiene che essa, sostanzialmente, non differisca dall'azienda"*; vi) CARNELUTTI, que *"la inquadra come un atto giuridico"*; vii) BALDASSARE, que *"sulla scia del ROMANO, la considera un'istituzione sociale, cioè un complesso di rapporti sociali in cui si esprimono primariamente le contraddizioni e i contrasti egualmente rilevabili a livello di società generale"*; viii) NICOLÒ, que *"svolgendo le considerazioni accennate al paragrafo 4, definisce l'impresa come la complessa situazione giuridica attiva che ha per oggetto l'azienda e per contenuto il diritto di gestione di essa (diritto all'impresa)"*.

O mesmo Fiale destaca a existência, na Itália, de uma tese dominante defendida por juristas como Augusto Graziani, Tullio Ascarelli e Francesco Messineo, que *"hanno rilevato che il legislatore, definendo l'imprenditore, ha voluto definire implicitamente l'impresa"*. Partindo de tal pressuposto, a empresa pode ser definida como *"l'attività economica organizzata dall'imprenditore e da lui esercitata professionalmente al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi"*²⁴⁵.

Esta percepção é igualmente aceita por Leopoldo Borjas H., para quem prevalece na doutrina italiana a ideia de que a empresa é *"essencialmente, una actividad profesional económica, organizada a los fines de la producción y del cambio de bienes y de servicios"*. Para o jurista venezuelano, na sistemática italiana, *"empresario es un sujeto; empresa es la actividad organizada y ejercida para o por ese sujeto"*²⁴⁶.

Percebe-se, assim, que a noção jurídica de empresa predominante na doutrina italiana se encontra umbilicalmente atrelada ao ponto de vista econômico, segundo o qual *"la empresa puede ser definida como la organización de las fuerzas económicas (capital, trabajo, recursos naturales) con finalidades de producción de bienes o servicios, dirigida a obtener una ganancia"*²⁴⁷.

²⁴⁵ FIALE, Aldo, p. 15.

²⁴⁶ BORJAS H., Leopoldo A. **Instituciones de Derecho Mercantil**. Caracas: Schnell, 1973, p. 194.

²⁴⁷ HERNANDEZ, Alfredo Morles. **Curso de Derecho Mercantil**. Elementos del sistema mercantil venezolano. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1986, p. 212.

Segundo Alfredo Hernandez²⁴⁸, o regime concretizado no Código Civil de 1942 procedeu à unificação formal do Direito Privado italiano, tendo deixado de lado o ato de comércio e o comerciante, até então pontos centrais do sistema mercantil, substituindo-os pelas noções de empresa e empresário. Esta configuração legislativa acarretou uma mudança de eixo e de rumo, que, por um lado, contribuiu para o aumento do interesse pelo tema da empresa e, por outro, produziu intentos de imitação do sistema (como na realidade brasileira).

O *DIREITO DE EMPRESA* positivado no CC/02, tal qual o *Codice Civile* italiano de 1942, não incorporou um conceito jurídico direto de empresa como o alicerce de uma teoria geral²⁴⁹. Operou, isto sim, a sistematização do Direito Comercial em torno da figura do empresário²⁵⁰, isto é, o sujeito (de direito) que “exerce” a empresa²⁵¹. Há quem sustente que “[...] a falta de definição legislativa deriva da diversidade das definições de empresa, segundo a multiplicidade de perfis do fenômeno econômico”²⁵².

O diploma legal, conforme lembra Marcia Mallmann Lippert, “define empresário no art. 966; sociedade empresária, no art. 982 e estabelecimento no art. 1.142, mas não define empresa”²⁵³. Se, por um lado, a empresa não foi elencada dentre os

²⁴⁸ Ibidem, p. 213-214.

²⁴⁹ Ainda assim, há autores que afirmam a existência, no Código Civil de 2002, de um sistema jurídico empresarial. Apresenta-se ilustrativamente o título (*Sistema Jurídico Empresarial*) atribuído ao Capítulo I, do livro Curso de Direito Civil, de Maria Helena Diniz. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 8: direito de empresa. 2. ed., reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-50. No mesmo sentido, Arnaldo Wald defende que, com o Código Civil, a empresa teria sido alçada a figura central do direito mercantil brasileiro. WALD, Arnaldo, **Comentários**, op. cit., 18.

²⁵⁰ Sobre este tema, recomenda-se a leitura da obra *Direito Comercial: Passado, presente e futuro*, de Cássio Machado Cavalli. Na Parte III (que trata da Teoria da Empresa como o novo fundamento da autonomia do Direito Comercial) do livro, reservou-se o item 10 (p. 137-170) integralmente para o desenvolvimento da ideia de sistematização do Direito Comercial em torno do conceito de empresário.

²⁵¹ Esta ideia não é unânime na doutrina. Rachel Sztajn, por exemplo, sustenta que “o legislador de 2002 elegeu fazer da empresa o núcleo do direito comercial, agora designado direito de empresa”. SZTAJN, Rachel. SZTAJN, Rachel. **Teoria...**, op. cit., p. 1. Da mesma forma, Arnaldo Wald destaca: “Quando o ordenamento jurídico passa a considerar a empresa como figura central do direito mercantil, o ponto de partida não é mais o ato de comércio considerado de forma isolada, senão a sequência de atos que caracteriza a atividade desempenhada pelo empresário”. WALD, Arnaldo, **Comentários...**, op. cit., p. 20.

²⁵² HENTZ, Luiz Antônio Soares. A Teoria da Empresa no novo Direito de Empresa. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 5, ago. 2003, p. 112.

²⁵³ LIPPERT, Marcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**: elemento de unificação do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121. Rubens Requião, ao analisar a empresa no Projeto do Código Civil de 2002, também se posiciona em sentido idêntico: “O Projeto, sob a influência direta do Código Civil italiano, de 1942, não define a empresa, mas apenas o empresário”.

conceitos fundamentais expressos (empresário e estabelecimento, principalmente) no Livro II (Do Direito de Empresa) do Código²⁵⁴; por outro, não há dúvidas de que com os mesmos não se confunde²⁵⁵. Neste sentido, as palavras de Gladston Mamede:

É preciso compreender a empresa como um ente autônomo, que não se confunde (1) com sua base patrimonial (aspecto estático da empresa), que é o estabelecimento (complexo organizado de bens, nos termos do art. 1.142 do Código Civil), nem se confunde (2) com o seu titular, que será o empresário ou a sociedade empresária (da mesma forma que esta não se confunde com as pessoas de seus sócios, nem de seu administrador ou administradores)²⁵⁶.

A inexistência de dúvidas acerca do fato de que a empresa se expressa, no Código Civil, como algo distinto do empresário²⁵⁷ e do estabelecimento, não é suficiente para um consenso no que diz respeito aos contornos de sua exata significação jurídica. Some-se isto ao fato de que a expressão empresa se encontra espalhada pelo Código, assumindo sentidos que podem ser considerados diversos entre si. Como exemplos, podem ser citados os artigos 1.142 – exercício da “empresa” (noção de atividade econômica organizada) – e 980-A - empresa individual de responsabilidade limitada, a qual se conferiu, inclusive, o *status* de pessoa jurídica.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos do direito comercial**: estudos e pareceres, v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 230.

²⁵⁴ Na visão de Arnaldo Wald, o Código Civil de 2002 trouxe expressamente a noção de empresa e conceituou o empresário. WALD, Arnaldo, **Comentários...**, op. cit., p. 18.

²⁵⁵ Miguel Reale, coordenador da comissão de juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto (encaminhado à Câmara dos Deputados em 1975) do Código Civil de 2002, desde então assinalava a empresa e o estabelecimento como dois institutos diversos, embora essencialmente vinculados entre si, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária (deve-se lembrar que, naquela ocasião, a EIRELI – empresa individual de responsabilidade limitada – ainda não havia sido inserida ao Código como forma jurídico-organizativa, o que veio a ocorrer somente em 2011). REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 98-99. A distinção entre sociedade e empresa é também assinalada por Arnaldo Wald: “Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que não há identidade entre sociedade e empresa”. Prosseguindo, o autor esclarece que a sociedade é uma forma jurídica, ao passo que a empresa se configura como a atividade econômica organizada. Neste sentido, “[...] pode existir empresa sem que haja uma sociedade e vice-versa”. WALD, Arnaldo, **Comentários**, op. cit., p. 29.

²⁵⁶ MAMEDE, Gladston. Conceitos Fundamentais do Direito Empresarial. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 51.

²⁵⁷ Concordamos com Rachel Sztajn quando a professora da USP aponta que, na sistemática do Código Civil de 2002, o conceito de empresa é residual, ou seja, deduz-se a partir do conceito de empresário (este expresso no caput do artigo 966). SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. In: Wald, Arnaldo (org.). **Direito de Empresa: Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, p. 692.

2.5. Posições doutrinárias sobre a empresa desde a perspectiva do Código Civil de 2002: contrastes teóricos e convergência em torno da análise da empresa apenas em seu sentido econômico

Na doutrina jurídica brasileira são emprestadas à empresa diferentes noções.

Neste tópico, serão apresentadas primordialmente algumas noções de *lege lata*, isto é, as interpretações que se voltam à captação do sentido atribuído a este fenômeno pela sistemática atual vigente na realidade brasileira; mais precisamente, aquela disciplina normativa presente nos dispositivos do Código Civil de 2002. Apenas residualmente serão expostas noções de *lege ferenda*, eventualmente sugeridas pelos autores.

Arnoldo Wald, em um primeiro momento de sua obra, expõe que a empresa consiste numa “organização com o fim de desenvolver atividade econômica”; na sequência, posiciona-se no sentido de que a empresa “[...] configura-se como a atividade econômica [...]”²⁵⁸.

Maria Helena Diniz destaca inicialmente se tratar da “atividade econômica organizada desenvolvida pelo empresário”, para, em seguida, mencionar que “é o exercício profissional da atividade econômica organizada”²⁵⁹.

Marcia Mallmann Lippert aponta que “empresa significa os fatores de produção organizados e postos em atividade pelo empresário ou pela sociedade empresária, por meio do estabelecimento”²⁶⁰.

Já Eduardo Secchi Munhoz, a princípio assinala que, na sistemática atual, a definição de empresa se dá por via indireta, a partir do conceito de empresário estabelecido no art. 966 do Código Civil brasileiro de 2002, como “atividade econômica organizada, exercida profissionalmente para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Na sequência de seu raciocínio, este autor chega a sugerir, de *lege ferenda*, “que a definição da empresa seja baseada na teoria econômica, tal como desenvolvida por Coase, ou seja, como atividade exercida segundo a lógica da

²⁵⁸ WALD, Arnoldo, **Comentários**, p. 20-29.

²⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 8: direito de empresa. 2. ed., reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

²⁶⁰ LLIPERT, Marcia Mallmann, p. 136.

autoridade e direção”, concepção esta que, segundo anota, “[...] pode ser traduzida, em termos jurídicos, por atividade orientada pelo poder empresarial em sentido amplo, abrangendo o poder de controle societário e o poder diretivo, verificado nas relações de trabalho”²⁶¹.

Segundo a opinião de Gladston Mamede, a empresa pode ser definida como uma “[...] organização de meios materiais e imateriais, incluindo pessoas e procedimentos, para a consecução de determinado objeto, com a finalidade de obter vantagens econômicas apropriáveis”. Tais vantagens econômicas, continua, restariam consubstanciadas no lucro, como uma forma de remuneração àqueles que investiram na formação do capital empresarial²⁶².

Luiz Gastão Paes de Barros Leães vê a empresa, à luz do Código Civil de 2002, como “[...] atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços exercida profissionalmente pelo empresário (perfil funcional)”²⁶³.

Segundo Marlon Tomazette, “podemos concluir que a empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços para o mercado”²⁶⁴. No mesmo sentido, posiciona-se André Luiz Santa Cruz Ramos, para quem o “[...] fenômeno econômico empresa, visto como um organismo econômico em que há articulação dos fatores de produção [...]”, acaba por ser “[...] absorvido pelo direito empresarial com sentido técnico-jurídico de atividade econômica organizada”²⁶⁵.

²⁶¹ Como o próprio autor destaca na sequência de seu raciocínio, “nessa ordem de ideias, combinando as noções econômicas e os conceitos jurídicos, pode-se afirmar que o poder de controle se transforma no elemento central da definição jurídica da empresa”. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 181-182/217-218.

²⁶² MAMEDE, Gladston, op. cit., p. 52. O mesmo autor, na sequência de seu trabalho, menciona que “a empresa é conceito jurídico que expressa a ideia de atuação econômica organizada. Dessa forma, não é a produção em si de riquezas que permite compreendê-la, embora seja um dos seus elementos componentes. Na empresa, essa produção, circulação ou prestação se conformam numa arquitetura maior, definida em termos conceituais (perspectiva estática) e práticos (perspectiva dinâmica), que é o empreendimento não eventual, desenvolvido para que sejam auferidas vantagens pecuniárias (ou traduzíveis em pecúnia), a bem de seu titular: o empresário ou a sociedade empresária”. Op. cit., p. 54.

²⁶³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 112.

²⁶⁴ TOMAZETTE, Marlon. Empresário Individual. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 171.

²⁶⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz, p. 34.

Marcelo M. Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro salientam que “cada vez mais se sedimenta o entendimento de que a empresa nada mais é senão a atividade desenvolvida pelo empresário [...]”²⁶⁶.

Para Lúaudio Camargo Fabretti, “empresa é a unidade econômica organizada que, combinando capital e trabalho, produz ou comercializa bens ou presta serviços, com a finalidade de lucro”²⁶⁷.

Segundo Celso Marcelo de Oliveira, “a empresa seria a própria atividade empresarial, ou seja, a força de movimento rotacional que implica a atividade empresarial dirigida para determinada finalidade produtiva”²⁶⁸.

Marino Pazzagliani Filho e Andrea Di Fuccio Catanese afirmam que a empresa, desde a perspectiva jurídica, não se confunde com o empresário individual e nem com a sociedade empresária, ou seja, ela “[...] nada mais é do que o suporte organizacional utilizado por ambos para o exercício da atividade empresária”, constituindo-se como a “[...] materialização administrativa, de forma organizada e profissional, da atividade empresarial”²⁶⁹.

Amador Paes de Almeida assinala que “empresa é a organização econômica destinada à produção ou circulação de bens ou serviços, conceituada juridicamente como atividade econômica organizada”²⁷⁰.

²⁶⁶ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

²⁶⁷ O autor prossegue seu raciocínio dizendo que: i) a empresa “adquire personalidade jurídica pela inscrição de seus atos constitutivos no órgão de registro próprio, adquirindo dessa forma capacidade jurídica para assumir direitos e obrigações”; ii) “o capital da empresa poderá ser integralizado em bens tangíveis [...]”; e, iii) “a empresa contrata força de trabalho, com ou sem vínculo empregatício”. FABRETTI, Lúaudio Camargo. **Direito de empresa no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.41. Neste caso, oportuno rever crítica e construtivamente este pensamento. Na ocasião, Fabretti se posicionou tendo o Código Civil de 2002 (não parece se tratar de uma proposta alternativa para a noção jurídica de empresa) como marco de referência. Neste sentido, a orientação assumida não parece adequada, já que, na sistemática do Código, naquele momento (em que permanecia em sua redação original no que diz respeito ao tema), a empresa não era tida, sob nenhum aspecto, como um sujeito de direitos. Deve-se frisar que, em 2004 (ano da publicação da obra em questão), ainda não havia sido introduzido ao Código o artigo 980-A, que criou a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, com *status* de pessoa jurídica e, portanto, sujeito de direitos e obrigações. Até então, as formas jurídico-organizativas vigentes eram somente o empresário individual e a sociedade (dentre as quais, a sociedade empresária).

²⁶⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Direito empresarial à luz do novo código civil**. Campinas: LZN, 2003, p. 16.

²⁶⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; CATANESE, Andrea Di Fuccio. **Direito de empresa no novo código civil: empresário individual e sociedades / sociedade limitada**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27.

²⁷⁰ ALMEIDA, Amador Paes. **Direito de empresa no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

Sebastião José Roque²⁷¹, ao tratar do conceito de empresa, em 1991, ainda sob a vigência da parte primeira (“do comércio em geral”) do Código Comercial de 1850, mas já atento ao sistema de atos de empresa decorrente do *Codice Civile* italiano de 1942, bem como ao Projeto de Lei nº 634/1975 (que viria posteriormente a ser transformado na Lei Ordinária nº 10.406/2002, que instituiu o Código Civil brasileiro de 2002, revogando a referida parte primeira do Código Comercial de 1850, mas mantendo em vigor a sua parte segunda, que trata do comércio marítimo), chegou a construir, de *lege ferenda*, uma proposta de conceito jurídico de empresa. Utilizou, para tanto, os dizeres do artigo 4º do Código Comercial, adequando-os à nova linguagem e atualizando-os de acordo com a “moderna teoria jurídica e econômica”:

Considera-se empresa a organização constituída de acordo com as exigências legais, devidamente registrada na Junta Comercial, a qual desenvolve atividades econômicas de natureza privada, com a produção e circulação de bens no mercado consumidor, assumindo os riscos da atividade econômica e visando à obtenção de lucro.

O mesmo Roque²⁷², na sequência, ao tratar das diferenças entre empresa e empresário, tendo como foco de análise a interpretação do conteúdo do artigo 2.082 do Código Civil italiano de 1942 e, como consequência, o artigo 966 do Código Civil brasileiro, é taxativo em dizer que a empresa é “[...] antes de tudo, uma atividade econômica organizada”. Assim, “se faltar organização, não haverá empresa, mas, do ponto de vista jurídico, não é suficiente qualquer organização, pois toda empresa tem sempre um mínimo de organização”.

Sérgio Campinho sinaliza que a empresa “manifesta-se como uma organização técnico-econômica, ordenando o emprego de capital e trabalho para a exploração,

²⁷¹ O autor sugere que as discussões para se estabelecer um conceito estável de empresa, com aceitação geral, restariam facilitadas se se observassem requisitos legalmente exigidos à época, tais como: “1 – precisa estar registrada na Junta Comercial (art. 4º do CCO); 2 – precisa desenvolver atividade econômica (mercancia), *idem*; 3 – desenvolve suas atividades econômicas de forma habitual, *idem*; 4 – é dotada de personalidade jurídica de direito privado, personalidade essa distinta da de seus sócios (Dec. 900); 5 – tem patrimônio próprio, distinto do de seus sócios (Dec. 900); 6 – tem seu capital constituído por contribuição de todos os seus sócios (art. 287); 7 – persegue lucros (art. 287 do CCO e 2º da Lei da S/A.); 8 – a atividade econômica deve ser lícita (art. 287); 9 – deve ter organização interna, com livros comerciais, registros, contabilidade, demonstrações financeiras (art. 290); 10 – deve revestir-se das formas previstas na lei e seguir as disposições do Direito Empresarial”. ROQUE, Sebastião José. **Teoria Geral do Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 26-28. Perceba-se que, os parâmetros traçados por Roque estão restritos às empresas “societárias”, não sendo mencionadas as empresas “individuais” (nesta visão, tem-se a figura do “empresário individual”, mas não a “empresa individual”).

²⁷² *Ibidem*, p. 28-30.

com fins lucrativos, de uma atividade produtiva”. Destaca, ainda, que na sistemática vigente no Direito Comercial brasileiro a empresa não é detentora de personalidade jurídica: o empresário é quem ostenta a condição de sujeito de direito, sendo a empresa mero objeto de direito²⁷³.

Outra visão interessante sobre a noção jurídica de empresa pode ser encontrada na doutrina de José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida. O autor se baseia nas ideias de utilidade e funcionalidade do conceito jurídico de empresa. Defende que, “[...] na realidade, o Direito já integra o conceito econômico de empresa”, que, segundo aponta, “[...] não se confunde com os conceitos jurídicos tradicionais”, na medida em que “[...] o conceito jurídico de empresa representa uma nova forma de o Direito apreender a realidade, em particular a realidade econômica”²⁷⁴.

Por fim, necessário também fazer referência ao trabalho de Walfrido Jorge Warde Júnior. Em análise aprofundada, o autor estuda a afirmação histórico-dogmática da empresa e do fenômeno empresarial, propondo na sequência uma metodologia para o Direito Empresarial e uma Teoria Geral da Empresa estruturada a partir de reflexões sobre o que vem a ser este ramo do Direito, assim como seu âmbito e suas funções²⁷⁵.

Embora, em suas notas iniciais, tenha o autor abordado detalhadamente temas como *o que é e para que serve a empresa, a importância da determinação do fenômeno empresarial, a metodologia do direito empresarial*, é somente no último capítulo de sua obra, *empresa em razão do sujeito e do objeto*, que se infere a tônica de sua análise a respeito deste objeto de estudo, ao considerar: i) a adoção expressa de um perfil funcional, sendo o empresário (pessoa singular ou coletiva) o protagonista

²⁷³ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 10. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 11.

²⁷⁴ ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires Assis de. A noção jurídica de empresa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 228.

²⁷⁵ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Teoria Geral da Empresa. In: CARVALHOSA, Modesto (org.). **Tratado de Direito Empresarial**, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-176, 2016. Deve-se ressaltar ao leitor que o contato com a obra do autor se deu tardiamente, já na fase final de redação desta tese, portanto, após a seleção, coleta, leituras e tratamento das principais referências bibliográficas utilizadas nesta tese. Este trabalho de coleta de material foi concentrado nos dois primeiros anos do curso de doutorado (2014 e 2015) e se estendeu basicamente até o primeiro semestre de 2016. O fato de o Tratado de Direito Empresarial (onde, em seu volume 1, insere-se a Teoria Geral da Empresa de Warde Júnior) ter sido publicado e lançado somente em setembro de 2016, reduziu as possibilidades de atenção e reflexão devidas ao seu conteúdo. Não obstante, algumas notas serão realizadas em prestígio à profundidade e a qualidade percebidas na análise empreendida por Warde Júnior, bem como em função de sua consequente contribuição para a ciência jurídica.

da empresa, quem a organiza e a exerce; ii) a empresa se caracteriza como sendo uma atividade econômica de natureza peculiar; iii) a empresa não é um sujeito de direitos e, portanto, não pode ser titular de direitos e deveres²⁷⁶.

Não obstante tenha Warde Júnior empreendido devida atenção às reflexões epistemológicas a partir de um quadro teórico mais aprofundado, às influências que as diferentes visões sobre o Direito exercem na conformação dos institutos jurídicos, e tenha, inclusive, mencionado a necessidade de o legislador estar atento às análises sobre o fenômeno empresarial ofertadas por outros campos do conhecimento (como Economia, Sociologia e Psicologia), percebe-se que, paradoxalmente, encerra a sua abordagem com um posicionamento de deferência ao *status quo*, ou seja, à sistemática do Código Civil e à matriz regulatória posta sobre a matéria. Em última análise, o sólido quadro teórico que poderia ser utilizado como alicerce de sustentação de uma noção de *lege ferenda*, acaba por traduzir a ratificação do posicionamento que considera a empresa como a expressão de uma atividade econômica.

Assim, nas visões sobre o tema expostas acima, constatam-se contrastes teóricos e posições distintas que se materializam basicamente em duas vertentes: i) *empresa como atividade*; e, ii) *empresa como organização*. Mas é possível identificar uma linha de convergência em torno da análise da empresa apenas em seu sentido econômico, isto é, uma espécie de pano comum nas abordagens sobre o assunto.

Na sequência desta tese, a apreciação passa a ser direcionada para novos elementos teóricos e legislativos no debate em torno da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro.

No que diz respeito aos primeiros serão detalhadas duas proposições doutrinárias recentes, oferecidas por seus autores de *lege ferenda* como alternativas à noção de empresa que se pode extrair do regime jurídico estatuído pelo Código Civil de 2002. Já quanto aos aspectos legislativos serão abordados dois Projetos de Lei a respeito de um novo Código Comercial, respectivamente, em tramitação simultânea na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

²⁷⁶ WARDE Júnior, Walfrido Jorge, p. 143 et. seq.

3 NOVOS ELEMENTOS TEÓRICOS E LEGISLATIVOS NO DEBATE EM TORNO DA NOÇÃO JURÍDICA DE EMPRESA NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

3.1 Propostas alternativas à noção jurídica de empresa presente na sistemática do Código Civil de 2002, a partir do dado teórico econômico desde a matriz da Nova Economia Institucional

O presente subtítulo será dedicado à abordagem de duas propostas teóricas (de lege ferenda) apresentadas por seus respectivos autores como alternativas à noção jurídica de empresa presente na sistemática do Código Civil de 2002. As posições em questão foram construídas mediante o diálogo interdisciplinar entre Direito e Economia, tendo como pano de fundo comum a preocupação com as funções econômicas da empresa e a utilização de referenciais teóricos provenientes da escola de pensamento conhecida como Nova Economia Institucional.

3.1.1 A proposta de Rachel Sztajn.

Na obra *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados* (com primeira edição publicada no ano de 2004²⁷⁷, portanto, logo em seguida à entrada em vigor do Código Civil de 2002), Rachel Sztajn²⁷⁸ realiza uma abordagem ampla através da qual procura compatibilizar as análises jurídicas e econômicas a respeito de uma série de temas, como mercados, regulação, instituições, organizações, negócios de cooperação, ato e atividade empresarial, atividade de empresa e empresa (ou firma²⁷⁹).

Muito embora a obra não tenha como objeto uma discussão específica e sistematizada sobre a noção jurídica de empresa, o trabalho demanda análise justamente por sua contribuição a este debate, mais precisamente no que diz respeito à consolidação da inserção (ao tema) de elementos teóricos provenientes das

²⁷⁷ SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

²⁷⁸ A autora é doutora e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), onde lecionou (departamento de Direito Comercial) desde 1983. Atualmente, encontra-se aposentada.

²⁷⁹ Aqui a *firma* é utilizada como expressão sinônima de *empresa*, tal como fazem os economistas.

formulações de juristas italianos, como Francesco Galgano e Vincenzo Buonocore e, mais especificamente, de economistas, como o britânico Ronald Coase e o americano Michael C. Jensen²⁸⁰.

Deste modo, talvez seja possível apontar que a principal novidade agregada pela professora Rachel Sztajn ao debate sobre a noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro tenha sido no sentido de estabelecer, dentre os juristas, a consolidação de uma via de aprofundamento no que tange a uma “[...] abordagem multidisciplinar, em que tanto as questões levantadas, bem assim as respostas oferecidas por economistas, sejam associadas à mais recente doutrina jurídica do trato do fenômeno, fato ou instituto empresa”²⁸¹.

Até então, como destacou Cassio Machado Cavalli, não obstante o recorrente reconhecimento (pelos juristas) de que a empresa como fenômeno econômico, pertencente à realidade dos fatos econômicos, como tal, deveria ser descrita por meio de um conceito econômico, reinou a falsa percepção acerca da existência de um alto grau de interdisciplinaridade na formação do conceito jurídico de empresa, na medida em que as tentativas de captação de um conceito econômico de empresa, na verdade, pautaram-se corriqueiramente num “[...] conceito de empresa que de econômico só tem o adjetivo”. Em outras palavras, os juristas sempre estiveram imbuídos a buscar conceitos “econômicos” formulados pelos próprios juristas, sem que tal metodologia se pautasse na devida interdisciplinaridade com a ciência econômica²⁸².

Para uma descrição mais precisa dos aspectos formais e materiais do trabalho (estrutura, base teórica e proposta elaborada pela autora, alternativa à sistemática do Código Civil de 2002), a presente análise será construída da seguinte maneira: i) estrutura formal da obra; ii) ideias principais alinhadas na introdução da obra; iii)

²⁸⁰ Oportuno esclarecer que, antes mesmo da abordagem interdisciplinar (entre Direito e Economia, apenas) sugerida por Rachel Sztajn, já existia dentre os comercialistas brasileiros a preocupação em estabelecer diálogos efetivos com pressuposições teóricas provenientes dos estudos dos economistas. Como exemplo pode ser citado o trabalho de Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, cuja primeira edição, de 1998, já veiculava e dialogava com doutrinas de autores como Ronald Coase, Armen Alchian e Harold Demsetz, Michael Jensen e William Meckling, Oliver Williamsom, dentre outros. SALOMÃO FILHO, Calixto, **O Novo Direito...**, op. cit, p. 31-33.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 3.

²⁸² 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. Porto Alegre, 2012, fls. 77-80. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

abordagem das partes dos capítulos específicos nos quais a autora desenvolveu considerações sobre a empresa.

A obra de Sztajn, de 181 páginas, encontra-se dividida em onze capítulos, sem divisão em partes e precedidos de introdução, mas não sucedidos de conclusão. Os capítulos são: 1) Mercados; 2) Regulação e mercado; 3) Instituições e firmas; 4) Ato, ato de comércio e atividade; 5) Opção do legislador brasileiro de 2002; Teorias da firma: a empresa; 7) Empresa plurissocietária e a incompletude contratual; 8) Questões atinentes às sociedades; 9) Comercialidade e atividade empresarial; 10) Imputação da atividade de empresa; e 11) Empresa ou firma.

Para os fins a que se propõe a presente tese, serão privilegiadas as discussões presentes naquelas partes/capítulos da obra diretamente relacionados ao tema da empresa.

Rachel Sztajn inicia o seu texto destacando o retorno ao tema da natureza da empresa pela doutrina italiana, agora em visão interdisciplinar, em função do reconhecimento da insuficiência, nos tempos atuais, da abordagem de Alberto Asquini (formulada nos anos 40) acerca dos perfis da empresa. O mesmo debate, diz a autora, estaria de volta ao Brasil, revigorado pelo advento de uma nova sistemática legislativa em torno da questão:

Também no direito brasileiro, notadamente depois da entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/2002, com a unificação do direito das obrigações, a natureza da empresa volta ao debate, notadamente porque o discurso de Asquini sobre os perfis da empresa e as projeções, no plano jurídico, desse fenômeno econômico e complexo, denominado empresa, que poderiam servir nos anos 40 do século passado, não se ajustam à visão e aos estudos dos economistas a respeito dessa instituição do capitalismo²⁸³.

As ideias reproduzidas nas linhas acima são importantes não apenas porque apontam para o retorno do tema da empresa nos contextos italiano e brasileiro, mas, principalmente, na medida em que retratam o eixo central do pensamento da autora acerca do tema. Isto porque, parte desta linha de raciocínio, a qual constitui a base para as formulações construídas ao longo do seu trabalho, em certa medida, está sendo objeto de questionamentos na presente tese, em dois sentidos: i) a noção de que a empresa consiste num fenômeno eminentemente econômico; ii) a ideia de que

²⁸³ SZTAJN, Rachel, p. 1.

a sua compreensão e regulação²⁸⁴, pelo Direito, deve se ajustar unicamente às visões e aos estudos dos economistas.

Retornando ao conteúdo da introdução do trabalho da professora da USP, percebe-se que esta aponta os estudos de Frank Knight, de 1921, para quem a empresa consistia em instrumento criado para a perseguição de resultados econômicos; de Ronald Coase que, em 1937, com o seu *The nature of the firm*, em que ofereceu explicação para que agentes econômicos constituíssem empresas, embora existissem mercados; e, ainda, de Alberto Asquini, com a sua doutrina dos perfis da empresa. E, na sequência, menciona que o simultâneo apego à tradicional doutrina de Asquini e o desconhecimento das formulações, pelos juristas, das visões e estudos econômicos acerca da natureza da empresa, especialmente aqueles oriundos do trabalho de Ronald Coase, refletem um certo anacronismo que aponta para a necessidade de reimposição do problema da investigação da natureza da empresa²⁸⁵.

Segundo a autora, a revisão do conceito de empresa já haveria sido empreendida na Itália, em que a doutrina de Asquini sobre os diferentes perfis da empresa permaneceria considerada como importante, mas agora tida como insuficiente para explicar determinadas questões, como os motivos que conduzem os agentes econômicos a criar empresas e buscar o seu crescimento. Deste modo, relata, existiria uma espécie de contraposição entre as visões de economistas e de juristas acerca da empresa²⁸⁶.

Rachel Sztajn, assim, parte para a apresentação de alguns dos objetivos da sua obra: i) enfrentar a questão da natureza jurídica da empresa; ii) explicar a disciplina do Código Civil de 2002, demonstrando que se trata de nomenclatura que substitui a de atividade mercantil ou comercial; iii) demonstrar que, não obstante a unificação das obrigações promovida pelo Código Civil Brasileiro, o Direito Comercial (contrariamente ao que afirmam alguns) mantém-se especial em relação ao Direito Civil; iv) demonstrar que o Direito Comercial tem, atualmente, na empresa o seu centro de atração; v) demonstrar que a disciplina presente no Código Civil de 2002 mantém

²⁸⁴ Aqui a palavra regulação está sendo utilizada no sentido de construção, no Direito Comercial brasileiro, de uma noção jurídica de empresa. Afastada, portanto, da ideia de regulação setorial específica (tal como aquela promovida por agências reguladoras, por exemplo).

²⁸⁵ SZTAJN, Rachel, p. 2.

²⁸⁶ Ibidem, p. 3.

o viés anterior e, ao invés de fazer da empresa categoria geral de exercício da atividade econômica, conceito geral o restringe às atividades mercantis; vi) analisar a mais recente doutrina comercialista italiana (sendo a Itália o berço da teoria da empresa), a respeito da inserção da empresa nos mercados, que torna expressiva a contribuição dos economistas que se dedicam à abordagem das instituições e organizações econômicas²⁸⁷.

A fim de fazer jus aos objetivos propostos, a autora aponta como seu alicerce central a indagação de Ronald Coase acerca da razão de criação de empresas em meio a cenários de existência de mercados ativos. Neste sentido, afirma, há uma tendência à organização, pelos agentes econômicos, das atividades visando à redução dos custos de transação (objetivo perseguido ao se criar empresas), o que põe em perspectiva de importância a reflexão sobre o pensamento econômico relacionado ao estudo das estruturas e organizações econômicas de produção, em suas relações internas e externas (que, segundo menciona, escaparia à visão do direito posto brasileiro)²⁸⁸.

Em seguida, amplia o seu foco para considerações acerca da disciplina do Direito Comercial, “[...] formado ao lado do direito comum, como um direito especial, voltado para um grupo social que exercia atividades econômicas”, cuja dinâmica “[...] diverge daquela aplicada ao direito comum na medida em que o comércio está em constante mudança, inova e requer flexibilidade de instrumentos sem o que o desenvolvimento econômico será tolhido”²⁸⁹. De acordo com esta linha de raciocínio, nega-se ao Direito qualquer inclinação para a produção de mudanças (privilegiando-se apenas as ideias de reconhecimento e convalidação das mesmas)²⁹⁰, posicionando-o como uma espécie de receptor de usos e costumes decorrentes de necessidades/utilidades dos agentes econômicos, no interesse dos quais devem ser criados os institutos/estruturas jurídicas:

Por isso que, para facilitar a circulação de bens e serviços que satisfaçam necessidades sociais, - novas demandas dos agentes econômicos,

²⁸⁷ SZTAJN, Rachel, p. 3-4.

²⁸⁸ Ibidem, p. 4.

²⁸⁹ Idem, p. 4-5.

²⁹⁰ Esta visão do Direito é diametralmente contrária àquela desenvolvida na presente tese, em que se assume e desenvolve a ideia de Direito como um instrumento de transformações econômicas e sociais.

decorrentes, ou não, de avanços tecnológicos -, são criados novos instrumentos e/ou estruturas que, incorporados aos usos e costumes, ao gerarem confiança, se consolidam e podem ser recepcionados pelo legislador que os positiva. Ora, isso evidencia que não é o Direito que produz as mudanças, mas que as reconhece e as convalida²⁹¹.

Continuando, a professora da USP aponta que o Direito Comercial consiste num Direito especial de uma determinada classe de agentes econômicos, e que se desenvolve de forma paralela ao Direito comum, aos quais são aplicáveis princípios específicos construídos para o cumprimento da função de reger atividades econômicas exercidas profissionalmente, materializando-se em normas que “[...] devem espelhar as especificidades da atividade e as necessidades do tráfego negocial de forma eficiente e não apenas eficaz, pois isso reduz os custos de transação”²⁹².

De acordo com este raciocínio, percebe-se que o “pano de fundo para explicar a existência de empresas, e buscar sua natureza jurídica, são as relações econômicas, a redução de custos de transação [...]”²⁹³. Esta visão acerca da importância dos custos de transação na conformação de empresas irá desaguar em discussões sobre pontos como: i) reconhecimento da importância da diminuição das incertezas relacionadas à imprevisibilidade dos eventos futuros e seus impactos na atividade negocial; ii) ligação entre empresas e mercados, tidos como estruturas que se interpenetram e se complementam; iii) avaliação de que empresas têm como fundamento a produção de bens e/ou serviços para mercados²⁹⁴.

Sztajn, assim, parte para a elaboração de uma proposta de conformação de uma noção jurídica de empresa que, afirma, “[...] incorpora o pensamento econômico ao jurídico diferente daquele tradicional de Asquini [...] e que, principalmente, foca “[...] a diferença entre o conceito geral de empresa, adotado em 1942 pelo legislador italiano, e aquele que se deduz das normas constantes do Livro II da Parte Especial do Código Civil Brasileiro de 2002 [...]”²⁹⁵.

²⁹¹ SZTAJN, Rachel, p. 5.

²⁹² Idem, p. 5.

²⁹³ Ibidem, p. 6.

²⁹⁴ Na verdade, a autora apresenta e desenvolve outras preocupações relacionadas à discussão sobre as empresas tais como a atribuição de propriedade, a incompletude contratual, a cooperação nas relações empresariais, os mecanismos para aglutinação e direcionamento de recursos financeiros na organização de sociedades. Idem, p. 6-9.

²⁹⁵ Idem, p. 9.

A sua proposta de modelar o conceito jurídico de empresa no Direito Comercial brasileiro (e compará-lo com o presente no Direito italiano) toma algumas questões e pressuposições como pano de fundo, dentre as quais: i) a liberdade de iniciativa tal como prevista no art. 170 da Constituição brasileira; ii) a organização da atividade econômica sob a forma empresarial; iii) a atividade empresarial tem na liberdade de iniciativa o seu pilar; iv) a livre iniciativa é balizada por valores constitucionais que garantem aos particulares liberdade de organização de suas atividades; v) a análise dos mercados deve considerar uma vertente liberal (em que livre iniciativa e livre concorrência são vistas como favorecedoras das eficiências na alocação e na produção), e uma vertente social (que impõe determinados limites à livre iniciativa, com a finalidade de privilegiar outros valores)²⁹⁶.

Na sequência, a professora Rachel Sztajn inicia um tópico de sua obra em que trata das instituições e firmas, invocando desde logo o célebre questionamento de Ronald Coase a respeito da existência das firmas ou empresas (ou seja, o porquê de as firmas existirem).

Diz que as comunidades em geral, ao longo do tempo, desenvolvem determinadas instituições sociais, com a finalidade de descomplicar operações econômicas e, assim, expandir a criação de riqueza e prosperidade (para tanto, seria necessário diminuir o risco e a incerteza). Algumas destas instituições sociais, afirma, costumam ser assemelhadas a hierarquias, vez que optam pela utilização de formas de ordenação em meio ao processo de organizar pessoas, definindo determinados grupos aos quais se atribui poder de comando.

A empresa (ou hierarquia privada) seria uma dessas instituições, cuja forma de organização se caracteriza por uma teia de múltiplas e idênticas relações de troca:

²⁹⁶ SZTAJN, Rachel, p. 10-12. Aqui, importante frisar que a autora elabora questionamentos como: i) “o que, face à livre iniciativa e ao livre mercado, leva os agentes econômicos a organizar empresas?”; ii) “Há interdependência entre empresas e mercados ou são completamente autônomos?”; iii) “Em que medida a redistribuição de direitos é propícia ao desenvolvimento de mercados ativos e eficientes”; iv) “Em que medida a sociabilidade tem poder para induzir a renegociação de operações econômicas”. Estas perguntas, aparentemente, foram dispostas como se estabelecessem uma associação de suas ideias com a vertente liberal e uma contrariedade à vertente social, como se a primeira estivesse posicionada em uma relação com a ideia de que “organizações econômicas visam, de forma eficiente, reduzir os custos de produção mediante a utilização de mecanismos que gerem o máximo de benefícios líquidos”; e, a segunda, ligada à imposição de “[...] limites à livre iniciativa para privilegiar outros valores”.

Empresas são estruturas mediante as quais são ordenados, providos ou conformados os fatores da produção de molde a facilitar a coordenação das atividades econômicas voltadas para mercados. Podem ser entendidas como instituição social que, em muitas circunstâncias, prescindiriam de normas positivadas, uma espécie de hierarquia socialmente aceita²⁹⁷.

A autora descreve que os mercados (estruturas não hierárquicas) não podem por si só oferecer soluções para os problemas de risco e incerteza da economia, do que decorrem determinados custos de transação. Por isto que os agentes econômicos, para exercer domínio sobre a informação e o conhecimento difundidos em ambientes sociais, mobilizam-se em busca destas soluções, visando superar tais dificuldades, eliminar ou reduzir custos inerentes à produção. É assim que:

[...] os agentes optam por criar uma outra estrutura, destinada a facilitar o tráfego negocial, organização esta que é a empresa, estrutura hierárquica em que se procura harmonizar esses diversos interesses, ao mesmo tempo em que se diminuem custos de transação²⁹⁸.

De acordo com o raciocínio esposado pela professora Rachel Sztajn, cabe ao empreendedor uma escolha entre realizar as suas operações em mercados ou dentro das organizações hierárquicas conhecidas como empresas. A partir dos mecanismos de coordenação inerentes às empresas, os empreendedores organizam os fatores de produção, em busca de maior estabilidade para as suas operações e com vistas à redução de custos de transação²⁹⁹.

Em meio a tal cenário, a espécie definida como *homo economicus*, um ser racional e maximizador de utilidades (para a criação de riqueza individual e bem-estar ou utilidades), vê as formas empresariais como estruturas facilitadoras das relações econômicas, alternativas aos mercados, e as empresas como instituições de produção para mercados. As empresas, assim, notadamente as privadas, seriam o resultado de decisões estratégicas dos agentes³⁰⁰, e, afirma a autora, “a motivação para agir, praticar ato ou atos, na atuação empresarial, é econômica, maximizadora e egoísta”³⁰¹.

²⁹⁷ SZTAJN, Rachel, p. 52.

²⁹⁸ Ibidem, p. 55.

²⁹⁹ Ibidem, p. 56-57.

³⁰⁰ Idem, p. 56.

³⁰¹ SZTAJN, Rachel, p. 67.

A autora reserva o último capítulo, *Empresa ou firma*, para uma abordagem mais específica (embora pouco sistematizada) sobre a empresa. E revela desde logo a tônica de seu pensamento:

Se a empresa é organismo econômico que precisa ser recebido no sistema jurídico, é importante compreender como os economistas a conceituam, compreendem e como a projetam dentro do quadro negocial. Para aqueles estudiosos, as organizações econômicas visam, de forma eficiente, reduzir custos de produção e, para isso, buscam utilizar mecanismos que produzam o máximo de benefícios líquidos³⁰².

Na sequência deste raciocínio, baseada na ideia de que a autonomia e a independência do Direito Comercial não devem alimentar um reducionismo científico em torno desta disciplina, Sztajn conclama os estudiosos deste ramo do Direito a uma aproximação com outras áreas (na verdade, outra área, a economia) do conhecimento que estudam mercados e empresas. Sugere que a compreensão das práticas negociais, neste sentido, dá-se por intermédio do prisma técnico-econômico, sendo, na sua opinião, “[...] evidente que pensar em empresa, atividade empresária, impõe compreender a visão econômica da instituição ou instituto”³⁰³.

Tendo como pano de fundo este viés de aproximação entre Direito e Economia, a autora esboça preliminarmente os contornos de uma definição de empresa, nos seguintes termos:

Empresas são instituição econômica que, visando ao desenvolvimento das atividades de produção e distribuição de bens e serviços nos mercados, criação de riquezas ou utilidades, interessam a operadores do direito e a economistas. São criação da iniciativa econômica em que meios patrimoniais se aliam a outros pessoais e, portanto, são uma *fattispecie* originária, devem ter suporte fático próprio, não derivado da noção de empresário³⁰⁴.

Percebe-se que a visão acima incorpora ao menos duas características centrais: i) empresas não se confundem com atividades; e ii) empresas devem ser entendidas como *fattispecies* originárias, não derivadas da noção de empresário. A empresa, neste sentido, traduz-se como uma organização que tem dimensão própria, não se confundindo com a atividade e nem com o empresário que a cria.

³⁰² Ibidem p. 150.

³⁰³ Idem, 150.

³⁰⁴ Idem, p. 150.

A autora prossegue dizendo que a empresa, organização econômica, foi disciplinada juridicamente antes mesmo que os economistas dela se ocupassem como objeto de estudo. Neste sentido, acrescenta que o Código de Comércio Francês (1807), em seu texto original, já incorporava referências expressas à empresa, pautadas em cargas diferentes de significação, as quais consagravam uma espécie de dupla feição (em que prevalecia a ideia de ato de comércio, privilegiando-se a intermediação sobre a produção):

(a) Restritiva, quando não inclui todas as atividades econômicas, mas tão só as inerentes a setores da indústria e de serviços, excluindo a comercial, a bancária, a securitária e a agrícola; e (b) como espécie do gênero ato de comércio, gênero compreensivo, além das atividades de empresa, a comercial, a bancária, a securitária (art. 632), exclusive a agrícola (art. 638)³⁰⁵.

A professora da USP indica também que, com o advento do Código Civil Italiano (1942), a empresa veio a ganhar maior corpo no âmbito do Direito, como uma *fattispecie* e segundo a perspectiva de um centro de imputação dotado de subjetividade e autonomia, a partir do qual é derivada a noção de empresário. Diz, assim, que a noção de empresário deriva da de empresa, ou seja, é o empresário quem exerce a empresa, dirige-a³⁰⁶.

Esta orientação adotada pelo Código italiano (empresa como atividade econômica organizada), e replicada pelo Código Civil brasileiro de 2002, recebe uma série de críticas da autora, ao argumento de que o fator “[...] organização não serve como elemento distintivo absoluto para enquadrar, ou não, uma atividade como empresária [...]”³⁰⁷. Em outras palavras, segundo Sztajn, não seria possível pensar na ideia de organização dos fatores de produção como um elemento necessário e suficiente para que uma atividade possa ser considerada empresa.

A professora da USP propõe então que o critério delimitador da noção de empresa deva ser a atividade econômica exercida em e para mercados. De acordo com este raciocínio, a empresa consiste num fato ou fenômeno, típico das chamadas economias de produção em massa, uma espécie de organização de atividades

³⁰⁵ SZTAJN, Rachel, p. 151.

³⁰⁶ Ibidem, p. 152.

³⁰⁷ Ibidem, p. 155.

econômicas, que engloba uma séria de atos ligados entre si, negociais (como os contratos de empresa) e não negociais (como atos jurídicos em sentido estrito)³⁰⁸.

Segundo Sztajn, para se avançar na compreensão deste fenômeno (empresa) é imprescindível avaliar a contribuição dos economistas, os quais já se ocuparam do estudo das várias formas de organizações predispostas para o exercício de atividades econômicas. Desde esta perspectiva, a autora acredita que “como o Direito é expressão da vida social, o fenômeno empresa deve ser estudado a partir de seu conceito econômico, tal como apareceu e evoluiu ao longo do tempo”³⁰⁹.

Aqui, Sztajn deixa transparecer uma ideia que se encontra no âmago do seu pensamento, isto é, de que a atividade econômica é movida unicamente por considerações egoísticas e materiais, sendo a busca de lucro a mola propulsora da assunção dos riscos decorrentes da organização. Caberia, então, a seguinte pergunta: Por que assumir tais riscos diante da possibilidade de se operar economicamente e com finalidade idêntica diretamente em mercados (que poderia garantir mais lucros), sem a necessidade de constituir empresas? Porque, segundo o raciocínio da professora da USP, existem ineficiências nos mecanismos de mercado, como as incertezas e os custos³¹⁰, que interferem nesta equação e conduzem à decisão de criação de empresas.

Se, conforme acredita e defende a autora, são exclusivamente as ineficiências do mercado e as razões econômicas que expliquem a organização das empresas, pavimentado está o caminho para a sua proposta de intersecção teórica com os economistas e suas teorias acerca das empresas. E Sztajn inicia esta trajetória de aproximação com o exame do artigo *The nature of the firm*, do economista britânico Ronald H. Coase, publicado em 1937³¹¹.

A preocupação central de Coase, replicada e assumida também por Rachel Sztajn, está em investigar as razões que expliquem a constituição das empresas. Tais razões, percebe-se, são entendidas como eminentemente de ordem econômica e se encontram relacionadas às ineficiências dos mecanismos de mercado. Se, conforme

³⁰⁸ SZTAJN, Rachel, p. 154-155.

³⁰⁹ Ibidem, p. 156.

³¹⁰ Ibidem, p. 155-156.

³¹¹ Antes, portanto, do advento do Código Civil italiano de 1942, fonte de inspiração do modelo adotado pelo Código Civil brasileiro de 2002.

assinalam, este conjunto de ineficiências traduz uma série de custos para se operar diretamente nos mercados, a solução está em se buscar mecanismos alternativos ao mercado, que impliquem redução dos custos de transação para os agentes econômicos.

A firma permite centralizar, organizar a produção, e com isso se reduzem os custos de ir a mercados; as firmas crescem, expandem-se, até que a economia obtida entre o custo de realizar ou organizar qualquer operação internamente seja superior ao custo de realizar a mesma operação via mercados³¹².

Segundo a concepção acima, a decisão de criar ou não criar empresas estará associada à análise sobre a possibilidade de gerarem economias, reduzindo assim os custos nos quais os agentes econômicos incorreriam na hipótese de realizar as operações diretamente nos mercados. Assim, somente se justificaria a criação de empresas diante de um cenário em que os custos de realizar as operações diretamente nos mercados fossem maiores do que os custos de organizar empresas e realizar as mesmas operações através delas. Neste sentido, a decisão do agente econômico, conforme explica Sztajn, põem-se necessariamente em direção a um dos seguintes polos: i) organizar a empresa, com sua estrutura hierárquica, que resulta em certa rigidez; ou ii) atuar diretamente nos mercados, mais flexíveis, mas marcados por ineficiências que resultam em riscos³¹³.

Para Sztajn, as empresas “são feixes de contratos mediante os quais se organizam a produção e a distribuição de bens nos mercados” e, deste modo, “[...] são necessárias para diminuir custos de contratação que recaem sobre o empreendedor por conta de imperfeições ou falhas de mercado”. Segundo afirma, “esses custos, que Coase denomina custos de transação, são fundamentais na discussão sobre as razões que levam à organização das firmas (ou seja, empresas)”³¹⁴.

³¹² SZTAJN, Rachel, p. 157.

³¹³ Ibidem, p. 158.

³¹⁴ SZTAJN, Rachel, p. 158. Na mesma passagem, a autora apresenta interessante diferenciação entre os sentidos jurídico e econômico do termo transação: “Transação e custo de transação, no jargão econômico, nada têm a ver com o negócio jurídico transação disciplinado nos arts. 840 ss do Código Civil brasileiro (na legislação anterior, arts. 1025 ss). A palavra transação é, para os economistas, qualquer operação negocial, enquanto custo de transação significa os custos de procura, barganha, garantia de adimplemento das obrigações, ou outras resultantes do agir econômico. No plano do direito, podem-se comparar custos de transação, o tal risco econômico acrescido de insegurança

As empresas, nesta visão, constituem-se como organizações econômicas criadas por motivação estritamente econômica, surgidas em decorrência da existência de falhas e externalidades nos mercados e nas economias de escala. A sua existência não seria necessária diante de mercados perfeitos, visto que não haveria motivação econômica para criá-las³¹⁵.

Desta forma, as empresas são entendidas como fenômeno eminentemente econômico, encontrando-se objetivamente direcionadas à produção de lucros, propósito para o qual a atividade deve estar orientada:

Em sentido técnico-jurídico, empresa traduz o fenômeno econômico real que interessa ao direito como movimento constante da atividade dirigida a mercados. Funcionalmente, a empresa é atividade econômica de produção para satisfazer a interesses de terceiros e produzir lucros. Por isso, os atos que compõem a atividade devem ser funcionalizados para os objetivos visados³¹⁶.

Baseada nestes critérios de economicidade, Rachel Sztajn propõe ao jurista uma maior aproximação com a teoria econômica, cujo instrumental, sugere, pode contribuir para dar novos contornos à teoria jurídica da empresa³¹⁷, especialmente no que diz respeito à visão da firma como um feixe ou um nexo de contratos que permitam a organização da atividade.

Muito embora não tenha sido pioneiro no diálogo interdisciplinar entre Direito e Economia (aplicado ao Direito Comercial), o trabalho de Rachel Sztajn pavimentou o caminho para que, na sequência, houvesse um maior aprofundamento, dentre os juristas, acerca de pressuposições teóricas de caráter econômico, mais específicas e aprofundadas sobre a empresa. Algumas destas concepções de cunho econômico, inclusive, virariam na sequência referencial de uma proposta detalhada e sistematizada de elaboração de um conceito jurídico de empresa no Direito Comercial brasileiro (a partir do dado teórico econômico), concretizada em tese de doutorado em Direito, de autoria de Cássio Machado Cavalli.

quanto ao cumprimento das obrigações a tempo e na forma pactada, à busca de garantias que gerem maior bem-estar para o credor”.

³¹⁵ Ibidem, p. 161.

³¹⁶ Ibidem, p. 172.

³¹⁷ Idem p. 172.

3.1.2 A proposta de Cássio Machado Cavalli

Na tese de doutorado intitulada *Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro a partir do dado teórico econômico*, defendida no ano de 2012, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Cássio Machado Cavalli retoma o debate sobre o conceito jurídico de empresa³¹⁸.

O trabalho de Cavalli demanda análise mais detida, especialmente, por duas razões. Primeiro porque, por se tratar de uma tese de doutorado, caracteriza-se por uma maior sistematização e aprofundamento em relação ao objeto de estudo (diferentemente das muitas análises doutrinárias edificadas no Direito Comercial brasileiro, encontradas em capítulos de livros, artigos científicos e/ou ensaios, com as limitações próprias desses tipos de abordagens, mas que, de fato, compõem o estado da arte sobre o tema da empresa). Segundo porque, em sua pesquisa, o autor agrega uma novidade ao estudo do tema do conceito jurídico de empresa no Direito Comercial brasileiro, que consiste na utilização das pressuposições teóricas de uma escola do pensamento econômico conhecida como *Nova Economia Institucional*³¹⁹. É sobre este referencial teórico, aliado às premissas metodológicas do Funcionalismo Jurídico, que Cavalli elabora a sua proposta de conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico econômico.

Para uma descrição mais precisa dos aspectos formais e materiais do trabalho (estrutura, base teórica e proposta elaborada pelo autor, alternativa à sistemática do Código Civil de 2002), a presente análise será construída da seguinte maneira: i) estrutura formal da tese; ii) ideias principais alinhadas no resumo da tese; iii) problemas de pesquisa da tese; iv) primeira parte da tese; v) segunda parte da tese.

O trabalho, de 304 páginas, encontra-se dividido em 2 partes. A primeira parte (precedida da Introdução), “*O path dependence* na elaboração do conceito de Empresa no Direito Comercial”, subdivide-se em 2 capítulos: 1) “O desenvolvimento

³¹⁸ 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. Porto Alegre, 2012, 304 f. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

³¹⁹ Oportuno ressaltar que, antes de Cavalli, alguns autores e concepções alinhados à escola do pensamento da *Nova Economia Institucional* já haviam sido utilizados por comercialistas brasileiros, em seus estudos e referências ao tema da empresa. Como exemplo, podem ser citadas as contribuições de Rachel Sztajn (abordada anteriormente), em sua *Teoria Jurídica da Empresa*, e de Calixto Salomão Filho, em *O Novo Direito Societário*.

do tema da empresa entre a finalidade normativa histórica e a descrição econômica do instituto”; e 2) “A inadequação do conceito econômico à estrutura jurídica quando orientada pela finalidade normativa histórica”. A segunda parte (seguida da “Síntese das conclusões alcançadas e das Referências Bibliográficas), elaboração de um conceito jurídico de empresa a partir da sua funcionalização às necessidades econômicas”, subdivide-se em igual número (2) de capítulos: 3) “Estruturas e funções econômicas da empresa”; e 4) “Estrutura jurídica da empresa em função das necessidades econômicas”.

No que diz respeito às ideias principais alinhada no resumo da tese, oportuno destacar de plano o objeto e o objetivo apresentados:

Esta tese tem como objeto a influência que o 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 econômico³²⁰.

O autor conduz a sua pesquisa a partir da ideia de questionamento: i) das funções normativas desempenhadas pela empresa; e ii) do conceito econômico com o qual trabalham os juristas. Busca, deste modo, analisar se há congruência entre a função normativa preponderante da empresa e o seu conceito econômico, o que faz a partir da averiguação do conceito jurídico de empresa e do conceito econômico de empresa.

A investigação prossegue com o cotejo entre concepções econômicas sobre a empresa, mais precisamente, aquelas encontradas nas escolas do pensamento econômico conhecidas como *Economia Neoclássica* e *Nova Economia Institucional*. Após, segue-se um esforço de integração entre Direito e Economia, base para apresentação de uma proposta alternativa à sistemática legal presente no Código Civil de 2002.

Tal proposta, de conceituação jurídica da empresa a partir do dado teórico econômico, foi construída segundo as premissas metodológicas do *Funcionalismo*

³²⁰ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 7.

*Jurídico*³²¹, e com apoio nas pressuposições teóricas da *Nova Economia Institucional*³²².

Pode-se perceber que a pesquisa de Cavalli foi orientada por dois problemas gerais e oito problemas específicos:

Primeiro problema geral: “Porque razão não obtive o direito comercial brasileiro contemporâneo elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável?”; a.1) 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?”; a.2) 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?”; a.3) 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.4) Quarto problema específico: “O conceito

³²¹ Como visto, o *Funcionalismo Jurídico* consiste numa opção teórico-metodológica onde as análises são centradas mais nas funções do que nas formas. Não está focada em uma única vertente, embora venha sendo comum, especialmente entre autores do Direito Comercial brasileiro, a referência ao funcionalismo como se este estivesse restrito à faceta econômica (Esta visão se encontra presente na tese aqui analisada, que aparentemente reduz o *Funcionalismo Jurídico* à vertente econômica). Ao contrário, o funcionalismo possui diferentes vertentes que têm em comum o fato de apresentarem distintas perspectivas de compreensão do Direito Privado e de seus institutos, em função de determinadas finalidades (econômicas e sociais) que são almejadas. Ver: DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72.

³²² As pressuposições teóricas do *Novo Institucionalismo* ou *Nova Economia Institucional* serão examinadas mais detalhadamente adiante. Por ora, com intuito de situar o leitor, deve-se dizer que se trata de uma corrente de pensamento que tem como eixo analítico o estudo das instituições, assumindo como necessária a análise interdisciplinar entre Economia e Direito. O movimento possui variadas linhas, cuja percepção comum reside no fato de se enfatizar a relevância das instituições na compreensão do comportamento dos agentes econômicos, com seus impactos nos resultados econômicos. Stanley L. Brue identifica pelo menos cinco linhas desse novo pensamento institucionalista: i) o trabalho de Harold Demsetz sobre o papel dos direitos de propriedade na realização da eficiência econômica; ii) a análise de Richard Posner sobre a relação entre lei e economia; iii) a ênfase conferida por Ronald Coase e Oliver E. Williamson sobre os custos de transação na explicação da organização e comportamento das empresas; iv) o trabalho de Gordon Tullock sobre a teoria da escolha pública, englobando referências a procura de renda, grupos de interesses, regras de votação e economia constitucional; e v) a análise de Douglas North que, embora critique a economia neoclássica sob a acusação de falha no que diz respeito ao reconhecimento da relevância das instituições no processo de tomada de decisão econômica, opta pela adoção do método teórico de escolha neoclássico, que aposta e foca na racionalidade no processo de tomada de decisões econômicas. BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 389.

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?³²³

Segundo problema geral: “É possível elaborar, a partir do dado teórico econômico um conceito de empresa que seja juridicamente relevante e operacionalizável, no direito comercial brasileiro contemporâneo?” b.5) Quinto problema específico: “O conceito econômico de empresa elaborado pelos juristas corresponde ao paradigma econômico?”; b.6) 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?”; b.7) 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?”; b.8) 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 as funções econômicas dos institutos?”³²⁴

Na primeira parte do trabalho, em seu capítulo 1, Cavalli trata do “*Path Dependence*”³²⁵ “Na Elaboração do Conceito de Empresa no Direito Comercial”.

Desde logo, o autor destaca que o tema da empresa “nasceu e se desenvolveu no direito comercial”³²⁶. E que, neste sentido, pertence a sua tradição, mesmo diante da coexistência, passada e presente, de outros ramos do Direito que buscam discipliná-la.

³²³ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 21-30.

³²⁴ Ibidem, p. 31-47.

³²⁵ Tal como explica Bruno Boti Bernardi, as cogitações acerca de *path dependence*, ou dependência trajetória, surgiram com os trabalhos de Brian Arthur e Paul A. David em meio a críticas a premissas de eficiência adotadas por economistas neoclássicos. Segundo o autor, trata-se de uma noção ainda em construção e que gera debates entre os economistas, sociólogos e cientistas políticos, não existindo convergência teórica no que diz respeito à ideia em torno do conceito. Da mesma maneira, também são diferentes as explicações por detrás da persistência e estabilidade de políticas e instituições. BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (*path dependence*): definições e controvérsias teóricas. **Perspectivas**, São Paulo, v. 41, jan./jun. 2012, p. 137-167. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/4978/4434>>. Acesso em: 07 maio 2017.

³²⁶ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 48.

Este raciocínio em torno da ideia de tradição em Direito Comercial é utilizado na sequência para apresentar uma perspectiva disseminada na doutrina, segundo a qual a compreensão deste ramo do Direito vincula-se a sua evolução histórica.

Tal ponto de vista, destaca Cavalli, seria fruto das concepções desenvolvidas por Levin Goldschmidt, ainda no século XIX (destaque para a obra *História Universal do Direito Comercial*), no sentido de que o Direito Comercial constitui categoria especial do Direito Privado, formada a partir de adaptações do Direito Civil, construída em razão de necessidades econômicas e cuja compreensão estaria vinculada à percepção do significado histórico de seus institutos³²⁷.

O autor aponta que Goldschmidt, discípulo da *Escola Histórica do Direito*, compartilhava a noção de que o Direito vigente (hoje) se apresentava pré-determinado, baseado num fundamento de continuidade do espírito do Direito de tempos passados (ontem). Pré-determinado por duas ideias básicas: i) unidade da cultura jurídica europeia; e ii) tradição³²⁸.

No modelo em questão, a compreensão de um instituto passa pela investigação histórica dos significados a ele atribuídos em etapas pretéritas do desenvolvimento do Direito Comercial.

Esta visão, anota Cavalli, marcaria até os dias atuais o debate em torno da empresa, em função da atribuição, a este instituto, de significados que se lhe foram emprestados no decorrer de sua evolução histórica. Mas se, por um lado, as “cargas de significação” históricas condicionam a maneira como o seu conceito é construído; por outro, surgiria um fator complicador: a dificuldade de compreensão da empresa em razão de sua breve história no Direito Comercial, onde seus contornos não restaram precisamente delineados³²⁹.

Cavalli, assim, identifica dois grandes aspectos estruturais no debate acerca da empresa: i) a importância da investigação histórica do tema; e ii) a relevância econômica da empresa. A partir daí, volta-se à análise da *finalidade normativa histórica da empresa* e da *estrutura econômica da empresa na literatura jurídico-comercial*.

³²⁷ Idem, p. 48.

³²⁸ Idem, p. 48.

³²⁹ Ibidem, p. 52.

O primeiro eixo de abordagem, *finalidade normativa histórica da empresa*, constrói-se mediante a visão acerca da existência de uma *finalidade normativa na origem da empresa*.

Cavalli então aponta que “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”. Um destes preconceitos (o principal), afirma, residiria no fato de se atribuir à empresa a “finalidade normativa de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial”³³⁰.

Segundo o autor, esta finalidade atribuída à empresa, de delimitação do âmbito de aplicação do Direito Comercial: i) verifica-se desde a primeira veiculação da expressão (*enterprise*) em âmbito legislativo, com a edição do *Code de Commerce* francês de 1807, o qual consagrou a fase objetiva do Direito Comercial; e ii) mantém-se atualmente, na chamada fase subjetiva moderna do Direito Comercial, inaugurada com o *Codice Civile* italiano de 1942. No sistema dos atos de comércio, a expressão empresa foi positivada como espécie do gênero ato de comércio, cujo efeito prático era qualificar como comerciante os que habitualmente a exerciam. Por sua vez, no modelo de atos de empresa, o vocábulo remete a aplicação das normas de Direito Comercial àqueles que ostentem a qualificação de empresário³³¹.

A empresa que, num primeiro momento, esteve atrelada à ideia de espécie de ato de comércio, passou então a ocupar maior destaque na reformulação das bases sobre as quais se edificava o Direito Comercial. Se o conceito de ato de comércio, enraizado na noção de intermediação, possuía limitado alcance, a noção de empresa, “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”. Exerceu, assim, papel de ampliação do âmbito de aplicação do Direito Comercial: 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”³³².

³³⁰ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 53.

³³¹ Ibidem, p. 53-54.

³³² CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 64.

Adicionalmente, destaca o autor, assistiu-se à transição entre a superação da noção de ato e a sua substituição pela de atividade, passando a incumbir a esta a finalidade outrora desempenhada por aquele, isto é, a qualificação da figura do comerciante para fins de aplicação das normas de Direito Comercial. Isto porque, a empresa, enquanto ato de comércio, somente se caracterizaria mediante a prática habitual de um conjunto de atos de comércio objetivos, e não de um ato isoladamente considerado³³³.

Então, diz Cavalli, a empresa, considerada pelo Direito Comercial simultaneamente como unitária e múltipla – ela própria, ato de comércio, mas que se realiza unicamente no conjunto de atos em que se desenvolve, acabou por englobar os demais atos de comércio por natureza, os quais não poderiam ser imaginados senão repetidamente, em sua organicidade funcional. Deste modo, para a qualificação do comerciante como tal, pela prática de atos por natureza, fazia-se necessário a existência de uma empresa, isto é, uma atividade que substituiria por inteiro a categoria dos atos de comércio³³⁴.

Pavimentado estava o caminho para a “[...] substituição definitiva do binômio ato de comércio – comerciante pelo binômio atividade – empresário na tarefa de delimitar-se o âmbito de atuação do direito comercial [...]”³³⁵, modificação que se operou com o advento do *Codice Civile* italiano de 1942, diploma legislativo que, a um só tempo, consagrou a teoria da empresa como desenho alternativo à teoria dos atos de comércio e, no Brasil, veio a inspirar o modelo adotado no Código Civil de 2002.

A teoria da empresa, oriunda do *Codice Civile* italiano, deu novos contornos ao Direito Empresarial, caracterizando a transição para a sua chamada fase subjetiva moderna. “O direito comercial, assim, passa a ser o direito das empresas”, pelo fato de a empresa “[...] constituir o seu âmago ou novo eixo”³³⁶.

Ao assumir a finalidade normativa outrora desempenhada pelo mercador e pelo ato de comércio, a 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”. Consequentemente, anota Cavalli, o conceito de empresário se

³³³ Ibidem, p. 65.

³³⁴ Idem, p. 65.

³³⁵ Ibidem, p. 66.

³³⁶ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 67.

estabelece como ponto de partida em matéria de investigação em Direito Comercial, passando a ocupar posição central nos ordenamentos que se inspiraram na teoria da empresa³³⁷.

Se a empresa consiste na atividade qualificadora do empresário, é do seu exercício que resulta a qualificação desse sujeito. Por conseguinte, ambas as noções – empresa e empresário - assumem proeminência no Direito Comercial, que, deste modo, regressa ao sistema subjetivo³³⁸.

Neste Direito Comercial subjetivo moderno, tido como um “estatuto profissional da classe dos empresários [...]”, “a finalidade normativa preponderante atribuída à empresa, ainda hoje, continua a ser a mesma que se atribuía à empresa quando de sua primeira elaboração jurídico-legislativa [...]”. Portanto, tal modelo vigente no Brasil atribui à empresa a função de “qualificar juridicamente um sujeito como comerciante-empresário, de modo a submetê-lo às normas encontradas no particularismo jurídico-comercial-estatuto do empresário [...]”³³⁹.

Se, diz Cavalli, cabe à empresa a função de delimitar o âmbito de atuação do Direito Comercial-Empresarial, “[...] há um *path dependence* no que respeita a finalidade normativa a orientar a elaboração do conceito de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo”³⁴⁰. A existência deste *path dependence*, defende, corroboraria duas das questões norteadoras alinhadas na introdução de seu trabalho, sendo: i) em parte, a primeira hipótese geral; e ii) integralmente, a primeira hipótese específica.

Cavalli anota em seguida que este *path dependence* é verificado, a um só tempo, em ambas as modalidades apontadas por ele em sua tese, ou seja, “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”³⁴¹.

De acordo com o raciocínio de Cavalli, esta crença no aspecto evolutivo das instituições jurídicas e no incremento de ganhos em trilhar-se o mesmo caminho

³³⁷ Idem, p. 67.

³³⁸ Ibidem, p. 68.

³³⁹ Ibidem, p. 70.

³⁴⁰ Idem, p. 70

³⁴¹ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 70.

mantiveram e reforçaram as consequentes “[...] expectativas de se elaborar um conceito de empresa a partir da finalidade normativa de delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial”³⁴².

Há, segundo antecipa, um *lock-in* em *path dependence*. Mas a comprovação deste *lock-in* dependeria da análise e verificação se o conceito de empresa contribui de forma efetiva para a qualificação do sujeito – empresário – destinatário das normas de Direito Comercial.

A questão acima, enfrentada na Seção 2 de sua tese, é precedida da tentativa de identificação de qual o conceito econômico de empresa é o elaborado pela literatura jurídica, “de modo a evidenciar-se a estrutura econômica utilizada pelos juristas com a finalidade normativa de qualificar o empresário”³⁴³.

Cavalli, na sequência, trata da estrutura da empresa na literatura jurídico comercial.

Em “o paradoxo da empresa como fenômeno econômico: da exaltação à irrelevância para o direito”, Cavalli relata ter-se atribuído à empresa, em suas distintas investigações, determinadas características que teriam conduzido a uma espécie de consenso, isto é, “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”³⁴⁴.

O autor destaca que a visão acima - de empresa como organização econômica e, portanto, fenômeno econômico, antecedente ao Direito - está presente nas duas grandes obras que sintetizam duas diferentes etapas de teorização acerca do tema da empresa, construídas pelos juristas italianos Cesare Vivante (*Trattato di diritto commerciale*) e Alberto Asquini (*Profili dell'impresa*). Aponta também que, até os dias atuais, a literatura jurídica brasileira recorre a esta tradição de pensamento para a descrição do fenômeno econômico da empresa, tomando como sinônimas as expressões fenômeno e realidade (a empresa como fenômeno e realidade econômica)³⁴⁵.

³⁴² Ibidem, p. 71.

³⁴³ Idem, p. 71.

³⁴⁴ Idem, p. 71.

³⁴⁵ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 73-74.

A noção econômica da empresa - entendida como fenômeno e realidade antecedentes à experiência jurídica - é indicada por Cavalli como ponto de partida assumido por diversos juristas brasileiros para a elaboração de um conceito jurídico, o qual, baseado no reconhecimento de uma dualidade de concepções - afirmada a dicotomia entre a esfera econômica e a jurídica -, “estabelece uma tensão entre economia e direito”, que é “marcada por uma relação de precedência de sua descrição econômica sobre a sua descrição jurídica”³⁴⁶.

Resultaria, diante da aceitação e difusão da ideia de imprescindibilidade do aspecto econômico da empresa para a elaboração de um conceito jurídico, a concepção segundo a qual caberia à economia descrever o fenômeno empresa e, ao Direito, unicamente transpor ou adaptar o fenômeno econômico e radicado na realidade econômica.

Dita concepção, de descrição, pelo jurista, de uma realidade fática com base em elementos econômicos, em que o conceito econômico estabeleceria as condições de possibilidades de edificação de um conceito jurídico de empresa, conduz, segundo Cavalli, a uma falsa percepção acerca da existência de um alto grau de interdisciplinaridade na formação do conceito jurídico de empresa³⁴⁷.

Diante da constatação de que o conceito econômico de empresa, apresentado na literatura jurídica como ponto de partida para a elaboração do conceito jurídico, “acaba por ser imediatamente criticado e desqualificado pelos mesmos autores que o utilizaram como referencial inicial de seu discurso”, está dado o passo, segundo Cavalli, para a relativização, pelos próprios juristas, da importância do conceito econômico para a elaboração de uma definição jurídica³⁴⁸.

Cavalli denuncia que as tentativas de captação (mediante adaptação ou transposição) de um conceito econômico de empresa, na verdade, pautaram-se num “[...] conceito de empresa que de econômico só tem o adjetivo”. Em outras palavras, reconhece o autor que, sob as alegações de imprecisão do conceito econômico e ductibilidade da realidade econômica, os juristas sempre estiveram imbuídos a buscar

³⁴⁶ Ibidem, p. 75.

³⁴⁷ Ibidem, p. 77.

³⁴⁸ Ibidem, p. 78.

conceitos *econômicos* formulados pelos próprios juristas, sem que tal metodologia se pautasse na devida interdisciplinaridade com a ciência econômica³⁴⁹.

Esta postura teria reforçado a posição metodológica a qual se contrapõe Cavalli, no sentido de, dadas as imprecisões e dificuldades apontadas acima, partir-se do dado teórico jurídico ou legislativo em busca do conceito jurídico de empresa (opção que acaba por impossibilitar uma adequada compreensão jurídica). O autor, por seu turno, defende a metodologia que parte do dado teórico econômico em direção à definição jurídica, voltada à adaptação do fenômeno econômico por intermédio de pressuposições da ciência econômica (e não a partir de visões *econômicas* da empresa formuladas pelos próprios juristas).

Cavalli, em seguida, trata do conceito econômico elaborado pelos juristas. Cita que o conceito econômico de empresa com o qual trabalham os juristas, na verdade, não teria sido edificado pelos economistas (como seria de se supor), mas sim pelos próprios juristas. O autor destaca que, muito embora existam, dentre os juristas, aqueles que tenham se ocupado de consultar a literatura econômica sobre a empresa³⁵⁰, não se vislumbra qualquer aprofundamento teórico acerca do significado do conceito e seus elementos, conforme empreendidos pela literatura econômica:

Como resultado, na elaboração do conceito econômico de empresa pelos juristas há uma harmoniosa visão do fenômeno na qual há dissensão: 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, o conceito econômico de empresa é formado pelos seguintes elementos: (a) organização dos fatores de produção; (b) pelo trabalho do empresário; (c) voltado 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 lucro³⁵¹.

³⁴⁹ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 80.

³⁵⁰ Dentre os juristas brasileiros, Cavalli destaca aqueles que teriam recorrido à literatura econômica na tarefa de desvendar o conceito econômico de empresa, mas que, indubitavelmente, acabaram por trabalhar com um conceito econômico substancialmente parecido com aquele desenvolvido por Cesare Vivante, como Marlon Tomazette, Ronnie Preuss Duarte, Jorge Rubem Folena de Oliveira, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Sérgio André Rocha Gomes da Silva, além dele próprio, Cavalli, em duas oportunidades. *Idem*, p. 88.

³⁵¹ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 80-81.

Cesare Vivante é apontado por Cavalli como tendo sido o primeiro jurista a elaborar um conceito econômico de empresa, ainda no século XIX, ao analisar o significado da expressão inserida ao artigo 3º do Código Comercial italiano de 1882, como espécie do gênero ato de comércio. O conceito formulado por Vivante, diz Cavalli, foi então criticado por Alfredo Rocco, para quem o conceito econômico deveria influenciar a integralidade dos atos de comércio e não apenas, como defendeu Vivante, para qualificar uma única espécie de ato de comércio. Rocco, assim, não negava o conceito de Vivante, apenas pregava a sua ampliação a todo o gênero ato de comércio³⁵².

Na sequência, Lorenzo Mossa – ainda sob a égide do Código de Comércio italiano, de 1882 - e Alberto Asquini – este já sob a vigência do Código Civil italiano, de 1942, também juristas italianos, lançaram-se igualmente à empreitada de formulação de conceitos econômicos de empresa, com formulações que não destoavam do conceito originalmente proposto por Vivante. Da mesma forma, autores como os italianos Giuseppe Ferri e Mario Casanova, e o espanhol Manuel Broseta Pont, também seguiram a linha de reprodução substancial dos elementos apontados por Vivante em seu conceito econômico de empresa³⁵³.

Passando à análise do conceito econômico de empresa normalmente empregado no Brasil, Cavalli parte da premissa de que este “[...] trilha igual caminho e perpassa gerações (que escreveram em contextos muito distintos) sem sofrer modificação alguma”³⁵⁴.

Apona que, desde José Xavier Carvalho de Mendonça, contemporâneo de Cesare Vivante (ainda sob a égide do Código Comercial brasileiro de 1850), passando por Sylvio Marcondes (embora ainda sob a vigência do Código de 1850, mas já sob a influência do Código Civil italiano de 1942), que viria a compor a Comissão Elaboradora do Código Civil brasileiro (cujo projeto remonta à década de 70), e chegando a juristas como José Pinto Antunes, Fran Martins, Rubens Requião, Waldírio Bulgarelli (que escreveram ainda sob a vigência do Código Comercial de 1850, mas já influenciados pelo Projeto de Código Civil de 1975, que se inspirou na

³⁵² Ibidem, p. 81-82.

³⁵³ Ibidem, p. 84-85.

³⁵⁴ Ibidem, p. 85.

teoria da empresa italiana), teriam conceituado a empresa de maneiras praticamente iguais.

O mesmo se diga em relação àqueles juristas brasileiros que escreveram sobre o tema da empresa na última quadra do século XX, já prestes ao advento do Código Civil de 2002, como José Edwaldo Tavares Borba, Carlos Maurício Sakata Mirandola, Betyna Ribeiro de Almeida, Jorge Lobo, Fernando Netto Boiteux, Marcelo Viana Féres, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Mauro Rodrigues Penteado, Sergio Campinho, Gladston Mamede, Maria Helena Diniz, Arnaldo Rizzardo, Mônica Gusmão, Bernanrdo Vianna Freitas, Edson Eisfer³⁵⁵.

Eis que, após a análise da evolução do tema da empresa, segundo Cavalli, “[..] pode-se afirmar que as pressuposições adotadas pela literatura jurídica para a elaboração do conceito econômico de empresa permanecem as mesmas até hoje”. Configurado, assim, que o tema da empresa não evoluiu lenta e gradativamente, na medida em que, ao contrário do que se poderia esperar, “[...] 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”³⁵⁶. Estas considerações, de acordo com Cavalli:

[...] 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 contemporânea³⁵⁷.

Ainda na primeira parte do trabalho, agora em seu capítulo 2, o autor trata da “Inadequação do Conceito Econômico à Estrutura Jurídica quando orientada pela finalidade normativa histórica”.

Cavalli inicia o segundo capítulo (da primeira parte de sua tese) abordando duas espécies de estratégias de apropriação jurídica do conceito econômico de

³⁵⁵ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 86-87.

³⁵⁶ Ibidem, p. 89.

³⁵⁷ Idem, p. 89.

empresa: i) transposição ou adaptação do conceito econômico para o Direito; e ii) o *path dependence* na teoria dos perfis da empresa.

Em relação ao primeiro ponto, enfatiza a adoção, pela doutrina, de duas estratégias de apropriação, as quais conformariam uma espécie de dicotomia: i) a transposição direta do conceito econômico para o Direito (baseada na obra de Cesare Vivante); e ii) a adaptação do conceito econômico para distintas categorias jurídicas (fundada na obra de Alberto Asquini)³⁵⁸.

O autor menciona que a primeira estratégia, formulada originalmente no trabalho de Vivante, firmou-se ainda no século XIX, naqueles países cujos ordenamentos sofreram a influência da sistemática presente no *Code de Commerce* francês de 1807. Dita formulação partia da ideia de que a empresa, espécie de ato de comércio para o qual se buscava significação jurídica, consistia num fenômeno econômico, anterior ao Direito, que deveria ser transposto para a *fattispecie* comerciante, realidade em que o Direito Comercial deveria simplesmente se apropriar do conceito econômico de empresa³⁵⁹.

Já a segunda estratégia (fundada na obra de Asquini), anota Cavalli, teria se originado a partir de meados do século seguinte, então sob a influência do sistema adotado pelo *Codice Civile* italiano de 1942, momento em que a empresa passou a designar uma série de diferentes fenômenos sociais e, nesta esteira, caracterizou-se por uma pluralidade de significados³⁶⁰.

O próprio Asquini, buscando solucionar o problema da multiplicidade de sentidos, atribuiu diferentes perfis (subjetivo, funcional, objetivo e corporativo) ao fenômeno por ele designado como econômico e poliédrico, cada qual enfatizando, não o conjunto, mas determinadas particularidades da empresa baseadas em distintos ângulos de visão. Em relação à doutrina dos perfis da empresa, aponta Cavalli³⁶¹:

Em comum, todos os perfis da empresa remetem a conceitos jurídicos que, em sua maioria, desempenham o papel de uma *fattispecie* jurídica. Por isso, a característica mais expressiva da doutrina de Asquini consiste em identificar um conceito econômico (ou seja, uma descrição dos característicos econômicos de empresa), para, assim, adaptar algumas das características encontradas no conceito econômico a diferentes *fattispecies* jurídicas. Esta

³⁵⁸ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 90.

³⁵⁹ Ibidem, p. 91.

³⁶⁰ Idem, p. 91.

³⁶¹ Ibidem, p. 93-94.

tarefa foi conduzida por meio da demonstração dos significados que a expressão empresa assume nos diversos dispositivos do Código.

As concepções desenvolvidas por Asquini, sinaliza Cavalli, teriam sido especialmente importantes para: i) a operacionalização jurídica das diferentes noções relacionadas ao fenômeno econômico empresa, com cada perfil expressando uma parcela de elementos característicos do todo (esclarecendo, deste modo, parte das controvérsias doutrinárias acerca de duas diferentes naturezas jurídicas); e ii) servir como uma espécie de base para a apropriação jurídica do conceito econômico, tendo como implícita a atribuição de distintas finalidades normativas ao fenômeno econômico empresa³⁶².

Por outro lado, diz Cavalli, esta mesma tarefa de identificação de cada um dos perfis, acaba por não ter o seu foco na perspectiva a partir da qual se observa o fenômeno econômico (mas, sim, na congruência com a finalidade normativa com a qual se almeja discipliná-lo), contribuindo assim para o *path dependence* no enfrentamento do tema da empresa³⁶³.

Para Cavalli, embora em primeira aproximação as teorias de Cesare Vivante (transposição para o Direito do conceito econômico de empresa unicamente a partir de sua finalidade histórica de delimitação do âmbito de aplicação do Direito Comercial, com objetivo de integrar a *fattispecie* comerciante) e Alberto Asquini (adaptar o conceito econômico de empresa ao Direito a partir de quatro diferentes finalidades normativas, os chamados perfis) aparentem expressivas diferenças, o fato é que ambas compartilham características teóricas comuns: i) entendem a noção de empresa como fenômeno econômico pré-jurídico; e ii) encontram-se orientadas por uma finalidade normativa histórica atribuída à empresa, no sentido de qualificar o comerciante, sujeito que se submeterá às normas jurídico-comerciais. Constitui-se, assim, uma situação de *path dependence* na conformação do conceito jurídico, diante da finalidade normativa histórica de delimitar o âmbito de aplicação do Direito Comercial pela qualificação de um sujeito como empresário³⁶⁴.

É na PARTE II de sua tese, “Elaboração de um Conceito Jurídico De Empresa a partir da sua funcionalização às Necessidades Econômicas”, que Cavalli se volta

³⁶² CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 94.

³⁶³ Ibidem, p. 95.

³⁶⁴ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 96.

efetivamente para o ponto central da pesquisa. Esta parte do trabalho se subdivide em dois (2) capítulos: 3) “Estruturas e Funções Econômicas da Empresa”; e 4) “Estrutura Jurídica da Empresa em Função das Necessidades Econômicas”.

Ao tratar das “Estruturas e funções Econômicas da Empresa”, Cavalli se propõe a “[...] compreender as funções que as distintas teorias econômicas atribuem à firma”, afinal, “[...] consoante varie a teoria econômica adotada para explicar o fenômeno da empresa, sofrerão variações as funções e os conceitos atribuídos à empresa”. Neste sentido, afirma o autor que “não há um critério apriorístico que permita eleger-se uma teoria econômica da empresa em detrimento de outras”³⁶⁵.

Diante da profusão, na literatura econômica, de inúmeras teorias da empresa, Cavalli realiza a opção metodológica de reconduzi-las e classificá-las no bojo das duas grandes escolas do pensamento econômico no século XX, a *Escola Neoclássica* e a *Nova Economia Institucional*. Sua intenção é buscar compreender as funções econômicas atribuídas à empresa³⁶⁶.

A primeira corrente do pensamento a ser analisada é a *Economia Neoclássica*, cujos pressupostos/fundamentos (apresentados adiante, chamados de *ortodoxia econômica*), no entendimento de Cavalli, apontam para a compreensão da empresa como uma ilha de poder consciente, uma função (mecanismo) de produção³⁶⁷.

Segundo o autor, esta corrente “[...] fornece a única teoria da firma nos livros textos de economia [...]”, portanto, “[...] a grande maioria dos estudos acerca da empresa inicia e termina na orientação neoclássica [...]”, escola que “[...] carrega consigo um conjunto de pressuposições que condicionam a compreensão econômica da teoria da firma”, fornecendo, assim, “[...] uma estrutura teórica da empresa que é dominante”³⁶⁸.

O conceito econômico de empresa resultante das pressuposições neoclássicas, diz Cavalli, “[...] orienta a maior parte dos economistas e dos juristas na

³⁶⁵ Ibidem, p. 140. Deve-se acrescentar que na teoria econômica são frequentes as referências à expressão *firma* como sinônima de *empresa*. Não se deve confundir o vocábulo *firma*, no sentido empregado pelas teorias econômicas, com a palavra *firma* tal qual utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, consagrada como uma das espécies de nome empresarial.

³⁶⁶ O objetivo alinhado pelo autor, de construção de um conceito jurídico de empresa a partir do dado teórico econômico, parece ser o pano de fundo da vinculação de seu estudo ao exame das funções econômicas da empresa. Idem, p. 140-141. Conforme já mencionado, está opção de Cavalli é questionada na presente tese.

³⁶⁷ Ibidem, p. 141-142.

³⁶⁸ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 142.

investigação acerca do tema da empresa [...]”, de modo que “[...] deve-se compreender os fundamentos da economia neoclássica e os seus reflexos na compreensão da função econômica da empresa”.

A economia neoclássica, adverte, tem como preocupação fundamental o estudo do mercado, descrito como um sistema descentralizado de preços e tido como “[...] um mecanismo perfeito de coordenação econômica”³⁶⁹. Este sistema, segundo Cavalli, encontra-se baseado num modelo econômico hipotético, marcado pelas características da extrema interdependência entre os indivíduos que dele participam e da extrema descentralização na formação dos preços. Em outras palavras, é o próprio sistema de mercado (e não as empresas e consumidores, individualmente) que cuida da coordenação da produção e do consumo e estabelece os preços (fixação se dá por intermédio de um equilíbrio geral, estabelecido entre oferta e demanda, através do qual são enviados determinados sinais – preços – aos indivíduos que ali transacionam), sem sofrer influência da ação individual de uma empresa ou de um consumidor³⁷⁰.

Esta compreensão (da economia neoclássica sobre o mercado enquanto sistema de formação de preços), aponta Cavalli, encontra-se fundamentada em alguns pressupostos teóricos, quais sejam: i) o individualismo metodológico (o indivíduo é a unidade básica de análise e são classificados como indivíduos os consumidores e as empresas, sendo a atividade de ambos coordenada pelo sistema de preços); ii) a hiperracionalidade (a ação dos indivíduos, orientada pelos sinais de preços emitidos pelo mercado, encontra-se baseada num nível máximo de informação no que diz respeito à equação entre a oferta e a demanda); iii) a maximização de bem-estar (as escolhas racionais dos indivíduos são orientadas à maximização, com os consumidores visando aumentar a utilidade esperada e as empresas objetivando aumentar o seu lucro)³⁷¹.

Tais pressupostos conduzem Cavalli à constatação de que a empresa constitui objeto apenas secundário de investigação no âmbito da corrente neoclássica. O foco de preocupações em torno do mercado (sistema de preços onde se inserem os

³⁶⁹ Ibidem, p. 144.

³⁷⁰ Idem, p. 144.

³⁷¹ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 146.

agentes econômicos, a saber, consumidores e empresas) teria conduzido a um descuido no que diz respeito à (falta de) investigação sobre a empresa³⁷².

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 importante participante. [...] Deste modo, a empresa é reduzida a um indivíduo que realiza escolhas racionais de produzir para os consumidores, em conformidade com as orientações obtidas pelos sinais de mercado, de modo a maximizar seu lucro³⁷³.

Desde esta perspectiva, a empresa (na concepção neoclássica) caracteriza-se como um conjunto de produção, marcado por uma função de produção, cujas escolhas, baseadas nas informações oriundas do sistema de preços, estarão voltadas à transformação de insumos em produtos, com a finalidade de, atingindo um nível ótimo de produção, maximizar o seu lucro³⁷⁴.

Para a maximização do lucro, dá-se ênfase ao processo produtivo e, conseqüentemente, à máxima utilização dos fatores de produção, cuja potencialização, por sua vez, guarda relação com características tecnológicas da empresa. Estas últimas, a seu turno, encontram-se voltadas especialmente aos possíveis ganhos decorrentes da divisão e especialização do trabalho, estando a eficiência (ganhos) do processo produtivo, portanto, interligada à ideia de existência, numa mesma empresa, de diversas etapas deste processo em relação de proximidade entre si³⁷⁵.

Assim, anota Cavalli, “[...] as indivisibilidades ou não-separabilidades tecnológicas condicionam o modelo de organização da empresa, justificando a integração vertical das etapas do processo produtivo”, fator determinante para que preponderem, no âmbito da economia neoclássica, explicações da empresa baseadas na tecnologia, o chamado determinismo tecnológico (assunção da ideia de que existe uma específica tecnologia, tida *per se* como eficiente para determinada atividade e,

³⁷² Idem, p. 146-147.

³⁷³ Idem, p. 146-147.

³⁷⁴ Ibidem, p. 148.

³⁷⁵ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 149-150.

consequentemente, conduzindo a uma determinada forma de organização desta atividade)³⁷⁶. Segundo o autor,

[...] ao conceber a empresa em termos tecnológicos, a economia neoclássica se ocupa em 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 presente³⁷⁷.

Cavalli adverte que as pressuposições teóricas acerca da compreensão neoclássica da empresa, apresentadas acima, têm orientado tanto os economistas quanto os juristas na elaboração de um conceito econômico de empresa, o qual acaba por estar relacionado com a noção de unidade econômica de produção, concepção baseada na qual a empresa vem sendo entendida como “[...] 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 [...]”³⁷⁸. Tal compreensão econômica, afirma o autor, seria aquela reiteradamente usada pelos juristas na elaboração de conceitos (jurídicos) sobre a empresa.

Na sequência de seu trabalho, Cavalli chega a apontar algumas virtudes da economia neoclássica (especialmente, relacionar o tamanho da empresa ao papel da tecnologia e dos ganhos de escala em geral) no que diz respeito ao tratamento da empresa, mas concentra-se mesmo em identificar as suas *claras e graves fragilidades*. Neste sentido, o autor chega a cogitar que a teoria neoclássica da empresa estaria equivocadamente intitulada como teoria da empresa, na medida em que, verdadeiramente, consistiria numa teoria de mercados, nos quais as empresas e os consumidores coexistiriam como importantes atores³⁷⁹.

Segundo esta percepção, a teoria neoclássica, mais do que auxiliar, teria contribuído para empobrecer e obscurecer a visão dos economistas no que tange a natureza e ao papel desempenhado pelas empresas e organizações, sendo passível de críticas como: i) dispensar tratamento simplístico ao seu objeto central de estudo (orientada à explicação do funcionamento do mercado em geral, não da empresa em

³⁷⁶ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 152.

³⁷⁷ Idem, p. 152.

³⁷⁸ Ibidem, p. 153.

³⁷⁹ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 154.

si. Desenvolveu-se uma teoria da empresa restrita a explicar a integração da mesma com o mercado, sem foco na investigação nas suas formas internas de organização); ii) partir da assunção de que as empresas simplesmente existem (estas são apontadas, ao lado dos consumidores, como mais um elemento dado. Não há preocupações relacionadas ao porquê de existirem, nem suas fronteiras em relação ao mercado ou processos de fusão); iii) considerar os mercados como mecanismos perfeitos de formação de preços (onde os agentes econômicos dispõem de hiperracionalidade, de informações completas e são capazes de celebrar contratos de execução instantânea, baseados na ideia de completude); iv) deixar pouco espaço para a compreensão da empresa pluripessoal (a concepção de individualismo metodológico acaba por não permitir o desenvolvimento de teorias relacionadas ao comportamento de grupos, organizações e instituições, falhando assim na tarefa de explicar as organizações econômicas); v) compreender a firma unicamente como um indivíduo que atua diante de sinais emitidos pelo mercado, sem se preocupar com os processos que ocorrem em seu interior; vi) utilizar de instrumental analítico inapropriado para a captação e análise dos aspectos internos da empresa (tais como os contratos que celebra e os mecanismos de incentivo para a sua atuação); vii) compreender a empresa simplesmente em termos tecnológicos, inserida num sistema perfeito de formação de preços (o que impede responder satisfatoriamente como se dão os respectivos planos de produção, especialmente por não se cogitar sobre a forma como administradores executam os planos de produção, isto é, se baseiam suas ações na maximização do seu próprio bem-estar ou no bem-estar dos proprietários da empresa)³⁸⁰.

Dentre todas as críticas aos pressupostos neoclássicos, uma em especial assume destaque: o fato da teoria neoclássica da firma supostamente não possibilitar a compreensão daquilo que se passa no interior da empresa, ou seja, o descuido em relação aos seus aspectos organizacionais e estruturais. Deste modo, é necessário, na dicção de Cavalli, abrir a caixa preta (*black box*) da empresa³⁸¹.

³⁸⁰ Ibidem, p. 154-158.

³⁸¹ A metáfora da caixa preta (associada à expressão anglo-saxã *opening the black box*), citada por Cavalli, é de utilização corriqueira dentre os economistas. O próprio autor lista, na nota de rodapé 788 de seu trabalho, diversos autores que a utilizaram, como William H. Meckling e Michael C. Jensen, Peter Maskell, Oliver D. Hart, Eric W. Orst, Bengt R. Holmstron e Jean Tirole, Harold Demsetz, entre outros.

Cavalli relaciona o surgimento da ideia de “abertura da caixa preta da empresa” ao economista britânico Ronald Coase, que, em 1937, no trabalho *The nature of the firm*, ao investigar a natureza e o porquê de as firmas existirem, acabou por assentar algumas bases teóricas para o desenvolvimento da corrente do pensamento conhecida como Nova Economia Institucional (na medida em que o raciocínio do economista partia do questionamento de fundamentos da tradição neoclássica).

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*)³⁸².

Em seu trabalho, diz Cavalli, Coase lançou-se à busca de uma explicação lógica para a existência (Por que as empresas existem?) das empresas, não obstante a existência do mercado. A indagação do economista britânico se deve à seguinte constatação: se, na lógica neoclássica, o mercado era tido como um mecanismo perfeito na formação de preços, capaz de organizar de *per si* a produção, não haveria, ao menos em tese, razão para a existência de empresas³⁸³.

O autor, assim, aponta duas questões centrais de investigação no trabalho de Coase: as preocupações com (i) a razão da existência das empresas e com (ii) a sua estrutura organizacional interna. Tais questões compartilhavam pano de fundo comum: identificar a real função econômica desempenhada pela empresa em contexto de existência de mercados³⁸⁴.

Foi então que Coase, segundo Cavalli, debruçou-se criticamente sobre os fundamentos da teoria econômica neoclássica, buscando revisitá-los a partir da utilização de diferentes pressupostos, considerados pelo britânico como mais operacionalizáveis e realísticos do que aqueles usados como base para a construção da teoria econômica neoclássica. Assim, o objetivo de Coase, descreve Cavalli, fora a identificação da real função econômica desempenhada pela firma, para a edificação de uma teoria da firma condizente com estes novos pressupostos³⁸⁵.

³⁸² Ibidem, p. 161.

³⁸³ Idem, p. 161-162.

³⁸⁴ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 163.

³⁸⁵ Idem, p. 163.

A partir da suposição de Coase, de que o mercado não se apresenta como um mecanismo perfeito de formação de preços, decorreriam (desta situação de imperfeição) determinados custos não levados em consideração pela teoria neoclássica, relacionados ao uso dos contratos de execução instantânea, ou seja, custos (que oneram as transações de mercado) de utilização do mercado nos quais incorriam os agentes econômicos. Tais custos, denominados por Coase *custos de transação (transaction costs)*, englobariam: i) custos de busca de informação; ii) custos relacionados à negociação e à celebração de um contrato; iii) custos relacionados à fiscalização do cumprimento do contrato³⁸⁶.

De acordo com esta linha de raciocínio, a empresa é entendida como um mecanismo (ou forma) de organização da atividade econômica, alternativo ao mercado e voltado a evitar/reduzir os custos de transação próprios da atuação dos agentes econômicos. Em outras palavras, “a empresa, assim, apresenta-se como um mecanismo de coordenação da atividade econômica que, por vezes, substitui o mercado” (ou seja, substituindo o mecanismo de formação de preços)³⁸⁷.

As firmas e os mercados, portanto, apresentam-se como métodos alternativos de coordenação da produção, sendo que, enquanto o mecanismo de formação de preços é conduzido pela mão invisível do mercado, a firma é conduzida por uma mão visível, do empresário, que exerce autoridade ao coordenar e dirigir a produção³⁸⁸.

Na sequência de seu trabalho, Cavalli apresenta uma das ramificações (das mais desenvolvidas) da Nova Economia Institucional, a chamada 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”. Seguindo esta linha de análise, “[...] 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”. O foco de observação, anota o autor, encontra-

³⁸⁶ Cavalli complementa o raciocínio em questão fazendo alusão à ideia de que Coase apenas teria lançado as bases da noção de custos de transação, sem um maior desenvolvimento minucioso. Após este *insight* inicial de Coase, diz Cavalli, a noção de custos de transação foi sendo desenvolvida por outros economistas da escola neoinstitucionalista: “Com efeito, atualmente, os custos de transação são 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*). Ibidem, p. 163-164.

³⁸⁷ Ibidem, p. 167.

³⁸⁸ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 167.

se nos mecanismos de governança (arranjos orientados à redução de custos), sendo a empresa um deles: “[...] da perspectiva da teoria dos custos de transação, arranjos institucionais voltados à redução dos custos de transação constituem mecanismos de governança (dos quais a empresa é uma das espécies)”³⁸⁹.

Desde esta compreensão, explica Cavalli, a organização de empresa – que consiste num meio de integração vertical – pode contribuir para evitar/reduzir os custos de transação próprios da atuação do agente econômico perante os mercados. Superando a ideia da firma como uma função de produção (orientação neoclássica), os teóricos da Economia dos Custos de Transação defendem que a empresa constitui uma estrutura de governança alternativa ao mercado, voltada a evitar/reduzir custos de transação. Certas vezes, é mais eficiente realizar a organização de uma empresa do que recorrer diretamente ao mecanismo de mercado³⁹⁰.

Diante da importância atribuída aos custos de transação e à empresa como estrutura de governança, voltada a evitá-los/reduzi-los, Cavalli passa a dirigir o seu foco de observação e análise para a teoria dos custos de transação desenvolvida pelo economista americano Oliver Eaton Williamson.

Segundo anota Cavalli, a teoria de Oliver Williamson pretende dar operacionalidade à teoria da firma de Ronald Coase. Esta visão parte de pesadas críticas à concepção neoclássica da firma (vista como um indivíduo que atua em mercados perfeitos, exercendo uma função de produção), e volta-se para a explicação da razão de as firmas existirem, assim como para a descrição de sua estrutura interna. E o faz a partir da reimposição do questionamento central apresentado por Ronald Coase: ao definir os custos de transação como *fricções* das transações em mercados, Williamson demonstra a sua preocupação com as razões que levam à integração vertical (se se considerar - ou não se cogitar -, como os neoclássicos, que os custos de realizar transações no mercado equivalem a zero; percepção criticada pelos neoinstitucionalistas, que acreditam na existência de custos de utilização do sistema

³⁸⁹ Ibidem, p. 169.

³⁹⁰ Idem, p. 169-170.

de preços)³⁹¹. Há, no entanto, uma diferença entre as percepções de Coase e de Williamson, assim definida por Cavalli³⁹²:

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 governança, quais sejam, mercados, formas híbridas e firmas. Estes diferentes mecanismos de governança denotam, em um extremo, a organização espontânea (invisível) e, noutro, a intencional (visível).

Para além da discussão acerca da questão dos possíveis (dois ou três) mecanismos de governança (cada qual com vantagens e desvantagens, pontos fortes e fragilidades) existentes, Cavalli ressalta que, desde a perspectiva da Economia dos Custos de Transação, a avaliação mais importante é voltada para a determinação da eficiência destes mecanismos, que irá depender das características do ambiente institucional (incluindo o ordenamento jurídico) em que se encontram inseridos. De acordo com este raciocínio, compreender os mecanismos de governança perpassa necessariamente o entendimento acerca do direito contratual, na medida em que as transações são realizadas por intermédio de contratos³⁹³. Há, conforme explica Cavalli, um critério para classificar os mecanismos de governança e as transações são classificadas de acordo com este critério:

Assim, há transações (a) de mercado, (b) de quase mercado e (c) de não-mercado; ou, o que é o mesmo (a) transações altamente específicas, (b) semi-específicas e (c) não-específicas, que correspondem, por sua vez, (a) a vários contratos curtos, (b) a um contrato longo ou (c) à integração vertical³⁹⁴.

Em seguida à apresentação dos critérios relacionados à classificação dos mecanismos de governança e das transações, Cavalli menciona um importante pressuposto assumido pela Economia dos Custos de Transação, isto é, a relevância no que diz respeito à definição e à proteção dos direitos de propriedade e dos contratos. Por outro lado, dada à problemática/dificuldade em sua definição e proteção, os contratos são assumidos pela Economia dos Custos de Transação como

³⁹¹ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 170.

³⁹² Idem, p. 170-171. As formas híbridas seriam, por exemplo, organizações como as franquias e as joint-ventures.

³⁹³ Ibidem, p. 171.

³⁹⁴ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 171-172.

necessariamente incompletos, ou seja, aqueles em que se faz economicamente inviável, em sua redação, a previsão *ex ante* de todas as eventuais contingências contratuais possíveis de ocorrência³⁹⁵.

É assim que, dada a problemática em torno da impossibilidade/dificuldade de reconhecimento *ex ante* da totalidade das eventuais contingências contratuais possíveis de ocorrência, diz Cavalli³⁹⁶, “[...] a Economia dos Custos de Transação é orientada a identificar os distintos mecanismos *ex post* de solução de conflitos contratuais, relacionando-os ao poder do empresário para resolver o conflito”. O empresário, então, dirige seu poder (em vez de recorrer à negociação) no sentido da resolução das disputas contratuais. Segundo esta visão, é na autoridade do empresário - em seu poder de resolução de disputas contratuais, que assenta o fundamento da empresa - esta estrutura unificada de governança, mecanismo que remove a transação do mercado e a organiza internamente, sob uma relação de autoridade (integração vertical) por parte do empresário³⁹⁷.

Em meio a este contexto, destaca Cavalli, a determinação dos incentivos para a organização das empresas (em vez da utilização do mecanismo de mercado) se apresenta como uma das principais cogitações da Economia dos Custos de Transação. Assim, “[...] busca-se identificar, explicar e mitigar os danos contratuais (*contractual hazards*), pela análise comparativa da eficiência das distintas espécies de transação, na qual a unidade básica de análise adotada são as transações [...]”³⁹⁸.

Neste cenário, os riscos contratuais (em especial, incompletude dos contratos e especificidade de ativos) decorreriam das transações, as quais são influenciadas por uma série de características como: i) racionalidade limitada que conduz à incerteza (aqui, a noção de racionalidade limitada – reconhecimento de que, embora os agentes econômicos atuem de modo intencionalmente racional, há limites na racionalidade humana no que diz respeito a questões como compreender, armazenar, processar e retransmitir informações de maneira completa - contrasta com a noção de hiperracionalidade desenvolvida pelos neoclássicos) e, em consequência, à incompletude contratual; ii) oportunismo (a busca pelo próprio interesse, voltada à

³⁹⁵ Ibidem, p. 173.

³⁹⁶ Idem, p. 173.

³⁹⁷ Idem, p. 173.

³⁹⁸ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 174-175.

obtenção de ganhos individuais, agindo de maneira astuta, mediante mau comportamento, falta de franqueza e de honestidade nas transações. Pode se dar tanto *ex ante* – no momento de negociação do contrato, em função da existência de assimetria de informações - quanto *ex post* – durante a execução ou mesmo renegociação do contrato, em que as partes incorrem em custos de monitoramento do cumprimento); iii) frequência das transações; iv) especificidade de ativos (uma espécie de equação obtida mediante o confronto entre o valor atribuído a um determinado ativos em uma transação específica, cotejado com o valor atribuído ao mesmo ativo em contexto de outras transações³⁹⁹.

Dentre estas características que influenciam as transações, Cavalli aponta a reunião de oportunismo com especificidade de ativos como algo a acarretar forte incentivo à integração vertical, situação que fundamentaria a inclinação da Economia dos Custos de Transação no sentido da preocupação em economizar custos relacionados à utilização dos contratos e a diferentes modelos de organização⁴⁰⁰.

Na sequência, Cavalli menciona que as teses de Oliver Williamson – especialmente a de que a integração vertical, situação que confere ao empresário o poder de resolver disputas, consiste em solução para a questão do risco de apropriação oportunística – foram objeto de críticas por parte do também economista americano Oliver Simon D'Arcy Hart, sob o argumento da incapacidade da integração vertical (como solução aos problemas contratuais) para a explicação da natureza dos custos de transação⁴⁰¹.

Foi então que, segundo Cavalli, na esteira da teoria desenvolvida por Williamson, Oliver Hart, associado ao americano Sanford Jay Grossman e ao britânico John Hardman More, voltaram-se para a análise do tema da empresa a partir da Abordagem dos Direitos de Propriedade (*Property Rights Approach*), com o objetivo de explicar as vantagens da integração vertical frente à solução contratual⁴⁰².

Tal como adverte Cavalli, a concepção desenvolvida pelos autores em questão tem como característica principal o fato de enfatizarem a noção de incompletude (impossibilidade de se antever todas as eventuais contingências possíveis de ocorrer

³⁹⁹ Ibidem, p. 175-179.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 179-180.

⁴⁰¹ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 183.

⁴⁰² Idem, p. 183.

ao longo da relação contratual), abrindo-se espaço para a defesa da necessidade de revisitação, revisão e renegociação do contrato após a sua celebração⁴⁰³.

Da existência destes custos contratuais, caracterizados como *ex post*, decorre a necessidade de se realizar determinados investimentos (como a aquisição de ativos específicos capazes de gerar ganhos, em função da economia de custos de transação operada durante a relação contratual) *ex ante*, no sentido de evitá-los ou mitigá-los. Neste sentido, de acordo com a abordagem dos Direitos de Propriedade, sugere-se que a possibilidade de solução de conflitos contratuais envolvendo ativos específicos (exs.: fusões e incorporações, que acabam por resultar numa só firma) deve ser operada *ex ante*; tal perspectiva, por sua vez, difere-se da abordagem conferida à firma pela Economia dos Custos de Produção, que a considera um mecanismo de solução *ex post* dos conflitos em sede contratual, por intermédio de uma série de salvaguardas que conferem autoridade ao empresário⁴⁰⁴.

Após finalizar a sua abordagem sobre concepção dos Direitos de Propriedade, Cavalli parte para o exame de outra vertente de compreensão da empresa em Economia, isto é, a ideia de firma como conexão de contratos, cuja função consiste em economizar custos de agência.

Segundo aponta, esta concepção da firma como umnexo de contratos também tem como fundamento o trabalho de Ronald Coase, tendo sido desenvolvida por intermédio da obra de autores como Armen Alchian e Harold Demsetz, William Meckling e Michael Jensen, Steven Cheung e Eugene Fama. A sua origem remontaria à publicação, em 1972, do artigo *Production, information costs, and economic organization*, pelo qual seus autores, Armen Alchian e Harold Demsetz, questionaram a ideia de firma apresentada por Ronald Coase⁴⁰⁵.

Para Cavalli, a visão dos autores acima foi construída como uma crítica à noção coaseana de empresa como hierarquia, considerada pelos mesmos uma ilusão, tendo em vista que, se a empresa nem sempre é proprietária dos ativos usados no processo de produção, não restará ao empresário o poder de resolver os conflitos contratuais com base na autoridade. Desde esta perspectiva, o foco dos autores não foi direcionado para a ideia de hierarquia, mas sim para relações econômicas de

⁴⁰³ Idem, p. 183.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 184.

⁴⁰⁵ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 186.

especialização cooperativa, as quais se operam entre os diversos agentes econômicos, tanto no campo das relações construídas em mercado quanto no das relações internas à firma⁴⁰⁶.

De acordo com este entendimento, o fundamento da existência das empresas se encontra relacionado com a cooperação nas relações econômicas, no sentido da compreensão sobre a necessidade de organização da produção em equipe (*team productive process*), através da polarização de todas as relações contratuais – em mercado ou internas – num único sujeito (*centralized contractual agent*), ou seja, a própria empresa (e não o empresário). A firma será tão mais eficiente quanto remunerar aqueles que cooperarem segundo a proporção de seus respectivos esforços: medição de produtividade (que envolve custos de medição) e remuneração proporcional ao esforço se tornam conceitos fundamentais nesta análise⁴⁰⁷. “Com efeito, Alchian e Demsetz entreveem na firma um mecanismo para viabilizar o *team production*, nos casos em que o esforço de cada indivíduo é necessário para a produção, mas não consegue se distinguir no *output* o quanto cada indivíduo colaborou⁴⁰⁸.

Uma das dificuldades apontadas por Cavalli reside na problemática em torno da mensuração da contribuição de cada indivíduo, em virtude da possível existência de determinados comportamentos inadequados, causadores de menor produtividade, tais como as esquivas (*shirking*) no cumprimento das obrigações por parte de determinados sujeitos envolvidos. A firma, neste sentido, precisa atuar como um monitor do trabalho em equipe, o que faz com a contratação de um terceiro para atuar em cumprimento a esta finalidade. A este terceiro caberá a tarefa de monitorar a atuação dos integrantes da equipe, no sentido de evitar as esquivas, aumentar a produtividade, além de recompensar os indivíduos integrantes da equipe de acordo com a sua produtividade⁴⁰⁹.

Por outro lado, lembra Cavalli, há aquelas hipóteses em que o próprio monitor (que fora contratado justamente para medir e coordenar o trabalho em equipe) pode esquivar-se ao cumprimento de seu trabalho, sendo então igualmente necessário o

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 187.

⁴⁰⁷ Idem, p. 187.

⁴⁰⁸ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 188.

⁴⁰⁹ Idem, p. 188-190.

monitoramento do monitor, mediante duas principais formas: i) a competição de mercado entre monitores; ii) remunerar o monitor com a estipulação de um valor residual da produção como um todo, após terem sido remunerados aqueles que realizaram o trabalho em equipe. Esta preocupação com a busca de eficiência na forma de monitoramento do trabalho em equipe deixa transparecer o papel de destaque da administração na produção da empresa. Em outras palavras, a teoria do trabalho em equipe, proposta por Alchian e Demsetz, diferentemente da concepção neoclássica (pouco preocupada com os aspectos internos da empresa), ocupa-se detidamente da função da qualidade da administração interna da empresa⁴¹⁰.

Ao observar a teoria do trabalho em equipe, desde a perspectiva de Alchian e Demsetz, Cavalli aponta as diferentes formas de organização da produção em equipe – isto é, diversas formas de empresas, propugnadas pelos autores, ou seja: i) as sociedades por ações (*corporations*); ii) todas as demais espécies de sociedades (*partnerships*), inclusive as sociedades de profissionais liberais (*profit-sharing firms*); iii) as associações mútuas e não lucrativas (*mutual e non-profit firms*); e, iv) as organizações sindicais (*employee unions*)⁴¹¹.

Aplicada às diversas formas de empresas, a teoria do trabalho em equipe, anota Cavalli, presta-se principalmente à descrição da organização (do trabalho em equipe pelo proprietário da firma) nas mais diversas formas de organização da produção, na medida em que envolve um extenso rol de problemas nas relações de trabalho, os chamados problemas de agência⁴¹².

Na sequência, Cavalli passa a abordar as críticas dirigidas à teoria do trabalho em equipe, especialmente aquelas formuladas por William Meckling e por Michael Jensen. Aponta que tais autores enfatizaram a natureza contratual da empresa, mas sob o argumento de que esta não se restringe unicamente às relações entre o empresário (proprietário) e os empregados (rebatendo, portanto, a visão propugnada pela teoria do trabalho em equipe), como também uma série de outras relações que envolvem fornecedores, consumidores, credores etc. Neste sentido, em sua teoria da firma como *nexus of contracts* (conexão de contratos), a ideia de firma é fundada na relevância dos contratos para as trocas econômicas voluntárias e não na autoridade

⁴¹⁰ Idem, p. 190-191.

⁴¹¹ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 191.

⁴¹² Idem, p. 191.

do empresário. Distante, portanto, da ideia defendida por Ronald Coase acerca da existência de contratos de empresa e contratos de mercado⁴¹³.

Cavalli, então, descreve a mais importante concepção da teoria dos *nexus of contracts*, isto é, a ideia de que os contratos que conformam uma imensa gama de organizações são descritos e analisados a partir da perspectiva da teoria da agência.

Segundo Cavalli,

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, por outro lado, por ser maximizador do próprio bem-estar, tende a tomar decisões orientadas a satisfazer os próprios interesses, em detrimento do interesse do principal⁴¹⁴.

Muito embora os contornos teóricos da teoria da agência permitam, conforme destacado acima, análise de uma série de formas de organizações, Meckeling e Jensen dirigiram seu foco ao exame da estrutura de propriedade das sociedades por ações, mais precisamente no que diz respeito ao estudo da relação entre acionista e administrador⁴¹⁵.

Tal como adverte Cavalli, não obstante terem como precedente o trabalho de Adolph Berle e Gardiner Means (*The modern Corporation and private property*, publicado originalmente em 1932) - focado na ideia de dissociação entre a propriedade e o controle, no qual se destaca o reconhecimento de abusos sofridos pelos acionistas por parte da atuação dos administradores, defendendo-se a imposição de deveres fiduciários aos últimos, com aplicação de punições legais em caso de não observância - Jensen e Meckeling, contrastando esta visão, defenderam a concepção de que esta linha de atuação dos administradores, descrita por Berle e Means, não era determinante para que as pessoas deixassem de adquirir ações. Em outras palavras, os problemas de agência não desestimulavam completamente o investimento⁴¹⁶.

Cavalli, então, explica que a resposta de Jensen e Meckeling a esta questão veio através do desenvolvimento de uma teoria supostamente capaz de prever e

⁴¹³ Ibidem, p. 192.

⁴¹⁴ Idem, p. 192.

⁴¹⁵ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 193.

⁴¹⁶ Idem, p. 193-194.

demonstrar as diversas hipóteses em que os eventuais ganhos obtidos com o investimento em ações poderiam restar (ou não) superados pelo problema de agência. Com este intuito, propuseram os autores uma nova teoria econômica da firma, a chamada *new economic theory of the firm*, cuja orientação principal direcionava-se a enfatizar a liberdade contratual, em lugar da ideia desenvolvida por Berle e Means (voltada à construção de um sistema de taxaço legal de deveres fiduciários)⁴¹⁷.

Conforme esclarece Cavalli, na visão de Jensen e Meckling a firma é entendida como uma conexão de contratos, compreensão que acaba por desaguar na ideia de que não existe qualquer sentido em se discutir temas como o seu objetivo (interesse social) e sua responsabilidade social. O que importa, de acordo com esta perspectiva, é a concentração na verificação de como as instituições jurídicas, notadamente aquelas marcadas por liberdade contratual, podem desempenhar uma função econômica específica, ou seja, solucionar problemas de agência⁴¹⁸. Mas, destaca Cavalli, a solução destes problemas envolve custos, os chamados custos de agência:

A solução a estes problemas envolve custos. Os custos de agência envolvem 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 principal⁴¹⁹.

Esta ideia-força dos custos de agência é utilizada por Jensen e Meckling para as análises das relações entre os acionistas e o administrador, assim como entre os acionistas e os credores, sempre voltados à identificação da estrutura ótima de propriedade da empresa (avaliação da proporção adequada entre financiamento via emissão de ações ou contratação de dívidas). Em meio a este contexto, deve ser permanentemente avaliada a adoção dos mecanismos de governança voltados a solucionar os problemas de agência, mas sem esquecer que dita adoção envolve custos. Deve-se, assim, segundo pontua Cavalli: i) verificar se as perdas que decorrem dos problemas de agência se apresentam como maiores ou menores do

⁴¹⁷ Idem, p. 194.

⁴¹⁸ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 194.

⁴¹⁹ Idem, p. 194.

que os próprios custos de agência, ou seja, os custos direcionados à solução dos problemas de agência; verificar como as instituições jurídicas, como a limitação ou ilimitação da responsabilidade dos sócios, contribuem (e em que medida) para a solução de problemas de agência a menor custo⁴²⁰.

Cavalli, assim, encerra a análise das estruturas e funções econômicas da empresa, e parte rumo ao capítulo final de sua tese, em que trata da “Estrutura Jurídica da Empresa em função das Necessidades Econômicas”.

Começa por anunciar as bases da integração interdisciplinar para a elaboração de um conceito jurídico de empresa, adotando os referenciais teóricos da Nova Economia Institucional e do Funcionalismo Jurídico.

No que diz respeito às pressuposições da Nova Economia Institucional, Cavalli destaca como importantes as análises acerca de uma série de questões, como: i) a existência de custos de transação; ii) a importância que as instituições jurídicas assumem para a análise da empresa; iii) necessária análise interdisciplinar entre Economia e Direito; iv) importância do conjunto de pressuposições da Nova Economia Institucional (maior do que eventual modificação do conceito de empresa), por sua capacidade de descrever mais adequadamente o fenômeno da empresa; v) a Economia dos Custos de Transação materializa uma relação de influência recíproca entre direito, economia e organizações; vi) superação das limitações neoclássicas para a compreensão da empresa; vii) importância de realização de análise comparativa entre instituições, que se desdobram em quatro níveis (todos exercendo influência recíproca uns aos outros): (a) instituições informais; (b) ambiente institucional formal da sociedade (estes dois primeiros níveis, constituídos por normais formais e informais, formam o ambiente ou matriz institucional de uma determinada sociedade); (c) mecanismos de governança, que consistem em um esforço para criar ordem, mitigar conflitos e possibilitar ganhos mútuos (com influência do ambiente institucional nas formas de organização e identificação das influências institucionais no desenvolvimento econômico, segundo a crença de que diferentes arranjos institucionais conduzem a diferentes performances econômicas); (d) análise econômica neoclássica de alocação e emprego⁴²¹.

⁴²⁰ Ibidem, p. 196-197.

⁴²¹ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 198-202.

No que diz respeito especificamente à teoria da firma, Cavalli foca sua análise no nível das instituições formais e no nível dos mecanismos de governança, adotando para tanto as premissas desenvolvidas pelo economista Oliver Eaton Williamson, associadas à ideias como: i) a de que as organizações influenciam as instituições e vice-versa; ii) as instituições de um povo, suas regras do jogo, fornecem e delimitam as possibilidades de organização econômica (de acordo com o raciocínio de que as instituições reduzem as incertezas); iii) a função das organizações consistem em satisfazer as necessidades presentes em contextos sociais, culturais e historicamente determinados; iv) o desenvolvimento de novas formas de organização pressiona as instituições a se adaptarem; v) quanto mais adaptáveis forem as instituições às novas formas de organização (sem perder de vista a necessidade de manutenção da previsibilidade das regras do jogo), maiores serão as possibilidades de as organizações desempenharem a função de satisfazer necessidades sociais; vi) o mercado consiste numa forma de organização espontânea, sendo a sua função orientada à satisfação das necessidades de um povo, sendo sujeito a influências culturais e condicionado pelas instituições, formais e informais, de uma dada sociedade; vii) à semelhança dos mercados, as firmas também são formas de organização, cuja função consiste igualmente em satisfazer necessidades de um povo; viii) distintas maneiras de organização das firmas são delimitadas pelo ambiente institucional, mas sobre ele também exercem influência; ix) relevância do sistema jurídico para explicar economicamente as empresas e as organizações; x) estratégia de assunção das pressuposições da Nova Economia institucional (verdadeiro diálogo interdisciplinar, de duas vias, que supera a separação entre Direito e Economia) põe por terra tanto as estratégias empregadas pela economia neoclássica como as estratégias normalmente utilizadas pelos juristas para captar o fenômeno econômico da empresa; xi) necessidade de se desenvolver um instrumental teórico que possa servir tanto ao Direito quanto à Economia, na tarefa de comum de descrever a influência exercida pelas instituições sobre as organizações; xii) elaborar um quadro teórico operacionalizável e realístico, capaz de explicar o fenômeno empresa, cujo ponto de partida deve residir na noção de custos de transação; xiii) verificar quais as estruturas jurídicas são as mais adequadas para desempenhar a função de economizar custos de transação; verificar quais os incentivos presentes em cada uma das estruturas, isto é, a análise da disciplina jurídica dos contratos, da disciplina do

direito societário e do direito de propriedade, no sentido de determinar quais os instrumentos de governança possíveis, com suas vantagens e desvantagens para a Economia dos Custos de Transação; xiv) compreender que tais tarefas demandam um jurista-economista que compreenda a relação biunívoca e interdisciplinar, entre Direito e Economia; xv) a Nova Economia Institucional, especialmente por intermédio da ramificação da Economia dos Custos de Transação, permite uma visão microanalítica da empresa, uma vez que se ocupa de estudar que elementos (jurídicos, econômicos e organizacionais) a constituem; xvi) a análise se ocupa de comparar as formas de organização e os elementos jurídicos que conformam a empresa, com a finalidade de obtenção da alternativa mais eficiente, entendida como aquela mais capaz de economizar custos de transação⁴²².

Finalmente, Cavalli defende o Funcionalismo Jurídico (de Túlio Ascarelli) como a teoria jurídica mais adequada a possibilitar o diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Nova Economia Institucional, vez que, de acordo com esta perspectiva, defende-se a interpretação dos institutos jurídicos a partir da ideia de sua instrumentalidade em relação a funções econômicas, enfatizando as relações entre Direito e Economia. Reserva-se, ao jurista, um papel claro, de comparar estruturas jurídicas com funções econômicas, de dois modos: i) realizar o contraste entre as diferentes estruturas jurídicas, com a finalidade de investigar qual delas é mais adequada ao desempenho de uma função econômica; ii) promover o contraste entre as funções típicas e as funções efetivamente desempenhadas por uma estrutura⁴²³.

O Funcionalismo Jurídico, adotado por Cavalli, vincula o Direito à realidade econômica, conferindo primazia ao exame da efetiva função econômica dos institutos⁴²⁴. A interdisciplinaridade para com a Economia, portanto, apresenta-se como uma premissa para a consecução da tarefa do jurista, no sentido da compreensão e valoração crítica do instituto jurídico, no caso, a empresa⁴²⁵.

3.2 A noção jurídica de empresa nos Projetos de Código Comercial

⁴²² CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 202-206.

⁴²³ CAVALLI, Cássio Machado, 2012, p. 209-211.

⁴²⁴ Idem, p. 211.

⁴²⁵ Ibidem, p. 202-211.

Em 14/06/2011, foi apresentado no Plenário da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1572/2011⁴²⁶, cuja finalidade é instituir um novo Código Comercial brasileiro⁴²⁷. Paralelamente ao Projeto de Lei nº 1572/2011, foi apresentado na sequência, no Plenário do Senado Federal, em 22/11/2013, o Projeto de Lei nº 487/2013⁴²⁸, cuja finalidade é reformar o Código Comercial de 1850.

A tramitação simultânea de dois diferentes Projetos nas Casas Legislativas - o primeiro, por iniciativa do deputado federal Vicente Cândido (PT/SP); o segundo, por iniciativa do senador Renan Calheiros (PMDB/AL) – é fato que, por si só, está a indicar uma tendência geral de rediscussão das normas vigentes de Direito Comercial no Brasil. O pano de fundo desta discussão, em muitos sentidos, é o velho debate acerca da autonomia do Direito Comercial⁴²⁹.

A ideia de instituição⁴³⁰ de um novo Código Comercial tem gerado acalorada controvérsia na doutrina comercialista brasileira. De um lado, há aqueles que

⁴²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.572, de 2011**. Institui o Código Comercial. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 22 mar. 2016.

⁴²⁷ Conforme lembra José Carlos Moreira Alves, o Projeto em questão, dividido em cinco livros e contando com um total de 670 artigos, foi baseado na “minuta de Código Comercial” (esta, com um total de 1076 artigos) feita por Fábio Ulhôa Coelho e inserida no livro “O Futuro do Direito Comercial”. MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, ano 17, n. 34, jul.-dez. 2014, p. 227.

⁴²⁸ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 487, de 2013**. Reforma o Código Comercial. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

⁴²⁹ O debate sobre a autonomia do Direito Comercial perpassou diversos momentos da experiência brasileira em relação à matéria. Em 1959, em seu Curso de Direito Comercial Terrestre, João Eunápio Borges já abordava o problema da autonomia do Direito Comercial no Brasil, tendo-o considerado, àquela época, um “problema secular”. O autor apontou, na ocasião, além das posições de autores (alguns partidários da autonomia, outros contrários) como o brasileiro Teixeira de Freitas, os italianos Cesare Vivante e Alfredo Rocco, o belga Jean Limpens, os franceses George Ripert e Jean Escarra, duas possíveis vertentes para a discussão, ou seja: i) a autonomia formal; ii) a autonomia substancial ou jurídica. BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 48-65. Sobre a questão da autonomia e suas razões, assim como seus vários tipos, remete-se o leitor a: BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 54-57.

⁴³⁰ Na presente tese, não se cogitará da possível discussão (e consequentes posicionamentos em relação à adequação de uma ou de outra) acerca dos propósitos declarados nos respectivos Projetos - um cujo o objetivo é “instituir” um novo Código Comercial, e outro cuja finalidade é “reformular” o Código Comercial de 1850. Quer-se, simplesmente, frisar que a simultaneidade de duas propostas permite a constatação da existência de uma inclinação para a construção de um debate, no Brasil, em torno das normas de Direito Comercial vigentes (como, de fato, vem ocorrendo na prática).

defendem a iniciativa, como Fábio Ulhôa Coelho⁴³¹, Arnaldo Wald⁴³², Armando Luiz Rovai⁴³³, Jorge Lobo⁴³⁴, Clovis Cunha da Gama Malcher Filho⁴³⁵, Ivo Waisberg⁴³⁶, Helga A. Ferraz de Alvarenga⁴³⁷, Luciano Benetti Timm⁴³⁸, Carlos Henrique Abrão⁴³⁹. Por outro lado, também não são poucos os que se posicionam contra a mesma (ou

⁴³¹ COELHO, Fábio Ulhôa. **A sociedade anônima no projeto de Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137123,21048-Codigo+Comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017; **Explicando o Projeto de Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149780,51045-Explicando+o+Projeto+de+Codigo+Comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017; **O debate democrático em torno do novo Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI147196,61044-O+debate+democratico+do+Novo+Codigo+Comercial>>. Acesso em 07 fev. 2017; **Um novo Código Comercial para o Brasil**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/880443/um-novo-codigo-comercial-para-o-brasil>>. Acesso em 07 fev. 2017.

⁴³² WALD, Arnaldo. **Um novo Código Comercial para o Brasil**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/885031/um-novo-codigo-comercial-para-o-brasil>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

⁴³³ ROVAI, Armando Luiz. **Projeto do Novo Código Comercial, projeto para o Brasil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149862,11049-Projeto+do+Novo+Codigo+Comercial++projeto+para+o+Brasil>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

⁴³⁴ LOBO, Jorge. **Novo Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132807,51045-Novo+Codigo+Comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

⁴³⁵ Interessante destacar a posição de Clovis Cunha da Gama Malcher Filho. Para o autor, a autonomia do Direito Comercial não deixou de existir em função de o legislador ter realizado a opção de trazer, no Código Civil de 2002, matérias atinentes ao Direito de Empresa e afins. Não obstante, em sua opinião, a inclusão das normas de Direito Comercial no Código Civil teriam causado confusão entre os operadores do Direito, razão pela qual defende a sistematização das normas de Direito Comercial em novo código: “Por isso, precisamos de um novo Código Comercial para manter a autonomia do direito privado fora do alcance de qualquer dúvida e o anteprojeto analisado tem uma excelente abrangência por incluir no seu texto todas as normas de direito comercial, enquanto gênero, trazendo nele reguladas todas as suas espécies até aqui conhecidas e mantendo, contudo, todas as esparsas (lei das sociedades anônimas, lei de falências e de recuperação de empresas, etc.), por coerência didática, prática e legislativa”. MALCHER FILHO, Clovis Cunha da Gama. A Autonomia do Direito Privado e a Necessidade de um Novo Código Comercial: a abrangência do anteprojeto. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes Nunes (coords.). **Novas reflexões sobre o projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84-85.

⁴³⁶ WAISBERG, Ivo. **O novo Código Comercial brasileiro**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/1027938/o-novo-codigo-comercial-brasileiro>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

⁴³⁷ ALVARENGA, Helga A. Ferraz de. **O novo Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI152941,71043-O+novo+Codigo+Comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

⁴³⁸ TIMM, Luciano Benetti. **Precisamos de um novo código comercial?** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/1141222/precisamos-de-um-novo-codigo-comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

⁴³⁹ ABRÃO, Carlos Henrique. **O novo direito empresarial**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/898679/o-novo-direito-empresarial>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

aos termos em que os textos se encontram postos), como Otávio Yasbek⁴⁴⁰, Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁴⁴¹ (coautoria), o mesmo Haroldo M. D. Verçosa (individualmente)⁴⁴², Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França⁴⁴³, Judith Martins Costa⁴⁴⁴, José Carlos Moreira Alves⁴⁴⁵, Marcelo Perlman e Michel Sancovski (coautoria)⁴⁴⁶. Há, também, aqueles que manifestam dúvida sobre a necessidade e pertinência de um novo Código Comercial, como Nelson Laks Eizirik⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ Em 07 de dezembro de 2016, matéria veiculada no Jornal Nacional, da Rede Globo de Televisão, destacou as polêmicas em torno do Projeto de novo Código Comercial. Vale reproduzir as considerações Otávio Yasbek, posicionando-se criticamente em relação à necessidade e conveniência do Projeto: “Nós precisamos é de microrreformas. Nós precisamos de reforma tributária, de reforma fiscal, previdenciária, trabalhista e nós precisamos de muitas reformas pontuais, que vão liberando o ambiente de negócios aos poucos em várias áreas”. YASBEK, Otávio. **Projeto de Código Comercial provoca polêmica na Câmara: depoimento**. Rio de Janeiro, Rede Globo de Televisão, 07 dez. 2016. Entrevista ao Jornal Nacional.

⁴⁴¹ SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **O Brasil precisa de um novo Código Comercial?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137734,61044-O+Brasil+precisa+de+um+novo+Codigo+Comercial?>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

⁴⁴² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Crítica à concepção do projeto do novo Código Comercial sobre o direito societário**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI150848,61044-Critica+a+concepcao+do+projeto+do+novo+Codigo+Comercial+sobre+o>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

⁴⁴³ FRANÇA, Erasmo Azevedo Valladão e Novaes. **O Projeto do Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI146663,61044-O+projeto+do+Codigo+Comercial>>. Acesso em: 08 fev. 2017; **O Projeto do Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI147302,101048-O+projeto+do+Codigo+Comercial>>. Acesso em: 08 fev. 2017; **Indignação**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149079,21048-Indignacao!>>. Acesso em: 08 fev. 2017; **Indignação pela reflexão**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI150034,31047-Indignacao+pela+reflexao!>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

⁴⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O Projeto de Código Comercial: desnecessário e inoportuno. **Letrado – Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 98, p. 16-17, jan./fev. 2012.

⁴⁴⁵ José Carlos Moreira Alves, posicionando-se contrariamente à iniciativa, diz estranhar que, em nome da segurança jurídica (atrelada à ideia de estabilidade das normas legais), pretenda-se modificar o sistema estabelecido no Código Civil de 2002, que, segundo leciona, teria operado a unificação apenas formal do Direito Privado (implicando, deste modo, na manutenção da autonomia do Direito Comercial). MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, ano 17, n. 34, jul.-dez. 2014, p. 228.

⁴⁴⁶ PERLMAN, Marcelo; SANCOVSKI, Michel. **Os riscos de um novo Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/896717/os-riscos-de-um-novo-codigo-comercial>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

⁴⁴⁷ EIZIRIK, Nelson Laks. **O novo Código Comercial e a Lei das S/A**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136416,11049-O+novo+Codigo+Comercial+e+a+lei+das+S+A>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

O aprofundamento nos debates acerca da unificação do Direito Privado brasileiro⁴⁴⁸ e da conveniência (ou não) da instituição de um novo Código Comercial, não obstante a relevância dos temas, foge ao recorte proposto para a presente tese⁴⁴⁹. Neste sentido, ambos os Projetos são examinados sem preocupações com aprofundamento em questões tangenciais⁴⁵⁰, com intuito de não se perder o foco de abordagem estipulado para este estudo, isto é, a empresa e a sua noção jurídica no Direito Comercial brasileiro.

Oportuno, então, investigar o eventual recurso, nos dois Projetos, à noção jurídica de empresa, assim como os seus respectivo (s) contorno (s).

No Projeto de Código Comercial em tramitação na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 1572/2011, dispõe o Art. 1º: “Este Código disciplina, no âmbito do direito privado, a organização e exploração da empresa”. Logo na sequência, o Art. 2º conceitua diretamente a empresa, nos seguintes termos: “Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”.

Por sua vez, o Projeto de Código Comercial no âmbito do Senado Federal, Projeto de Lei 487/2013, também em seu artigo inaugural, foi mais abrangente. Além de repetir a redação transcrita acima, ou seja, de que “Este Código disciplina, no

⁴⁴⁸ Em relação ao tema da unificação do Direito Privado brasileiro, recomenda-se a leitura de José Carlos Moreira Alves. No artigo “A unificação do direito privado brasileiro”, o autor discorre detalhadamente sobre as orientações adotadas no Brasil, desde a sua independência política até os dez anos de aplicação do Código Civil de 2002. MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, ano 17, n. 34, p. 213-228, jul.-dez. 2014.

⁴⁴⁹ Tem-se como oportuno, sem entrar na discussão, lembrar (sem deixar de frisar que data do ano de 1978) a lição de Fábio Konder Comparato sobre a função de um código: “Atualmente, na família dos direitos romano-germânicos, pode-se dizer que a função precípua de um código é exprimir um conjunto de regras jurídicas gerais, constituintes de um novo *jus commune*, que enforma e ilumina a interpretação desse *mare magnum* crescente da legislação extravagante. Sem descurar os valores de certeza e segurança jurídicas, o código, enquanto lei geral, deve apresentar seus comandos em forma suficientemente aberta, de modo a permitir o exercício da função criado do intérprete, face às transformações sociais inevitáveis”. COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 544-545.

⁴⁵⁰ Como exemplo, pode ser citada a questão da discussão em torno das eventuais bases e eixos principais da reforma a ser implementada ao Direito Comercial, por intermédio das modificações propostas nos Projetos. Sobre o tema, vale destacar a análise de Paulo Frank Coelho da Rocha e Andréia Cristina Bezerra Casquet, os quais apontam que as bases da pretendida reforma se encontram assentadas sob quatro principais eixos fundamentais: (i) o aumento da segurança jurídica, (ii) a melhoria do ambiente de negócios, (iii) a desburocratização do exercício da atividade econômica e (iv) a modernização de conceitos. ROCHA, Paulo Frank Coelho; CASQUET, Andréia Cristina Bezerra. O projeto do novo Código Comercial e as atuais tendências do Direito Comercial. **REDE – Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 2, n. 3, 2014, p. 60 et seq.

âmbito do direito privado, a organização e exploração da empresa [...]”, acrescentou-lhe ainda “[...] e matérias conexas, incluindo o direito societário, o direito contratual empresarial, o direito cambial, o direito do agronegócio, o direito comercial marítimo e o direito processual empresarial”. Assim, o artigo 1º, em sua redação completa, tem o seguinte teor:

Art. 1º. Este Código disciplina, no âmbito do direito privado, a organização e exploração da empresa e matérias conexas, incluindo o direito societário, o direito contratual empresarial, o direito cambial, o direito do agronegócio, o direito comercial marítimo e o direito processual empresarial.

Logo na sequência, o Art. 2º do Projeto do Senado Federal também conceitua diretamente a empresa, nos mesmos moldes do Projeto da Câmara dos Deputados, nos seguintes termos: “Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”.

Percebe-se que, ambos os Projetos, diferentemente do Código Civil de 2002, veiculam diretamente uma definição jurídica de empresa. E, mais, o conteúdo destas definições repete o teor de parte do texto do artigo 966 do Código Civil (“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”). Verifica-se, portanto, que a opção de cunho legislativo projetada se encontra orientada para a manutenção da noção jurídica de empresa como a expressão de uma atividade econômica, repetindo a conformação que já lhe dera o Código Civil de 2002.

A diferença, tal como assinalado acima, encontra-se na apresentação, nos textos dos Projetos, de um conceito jurídico expresso sobre a empresa, enquanto que, no Código Civil, era possível chegar a esta noção (atividade econômica organizada) mediante interpretação sistemática dos artigos 966, caput, e 1.142, que conceituam, respectivamente, o empresário e o estabelecimento. Consolida-se nos Projetos, agora de maneira expressa, a posição majoritária da doutrina comercialista brasileira, no sentido de considerar a empresa como uma atividade econômica organizada. Desde esta perspectiva, não obstante ambos os Projetos proponham disciplinar, no âmbito do Direito Privado, a organização e a exploração da empresa, não configuram qualquer novidade legislativa relacionada a sua significação jurídica.

Não obstante a ausência, nos dois Projetos, de novidades no que diz respeito à noção jurídica de empresa, há, em ambos, referências expressas à função social da

empresa - matéria não tratada pelo Código Civil de 2002 -, na condição de princípio orientador do Direito Comercial brasileiro. O artigo 7º do Projeto nº 1572/2011 chega, inclusive, a procurar delimitar mais precisamente alguns contornos da função social da empresa, nos seguintes termos:

Art. 7º A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza; ao distribuir lucros aos seus empregados; ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do País; ao adotar práticas empresariais sustentáveis, visando à proteção do meio ambiente; e ao respeitar os direitos dos consumidores, com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita⁴⁵¹.

Até então, diante da inexistência no Código Civil de 2002 de referências expressas⁴⁵², falava-se da função social da empresa⁴⁵³ como um princípio implícito na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002⁴⁵⁴, extraído analogicamente do

⁴⁵¹ A redação já se encontra atualizada com a proposta de emenda modificativa apresentada pelo deputado Severino Ninho, no sentido de acrescentar, ao texto original, a expressão *ao distribuir lucros aos seus empregados*. BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.572**, de 2011 (da Câmara dos Deputados). Institui o Código Comercial. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=21E1A723FEDFE49B3A2B1D32BE2CEFC0.proposicoesWebExterno2?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 22 out. 2016.

⁴⁵² Há, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivos que tratam expressamente da função social da empresa, tanto cronologicamente anteriores quanto posteriores ao Código Civil de 2002. Como exemplos, podem ser citados: i) Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, faz referência à função social da empresa, em seu artigo 154; ii) Lei nº 11.101/05, que dispõe sobre a recuperação de empresas e a falência do empresário e da sociedade empresária, em seu artigo 47.

⁴⁵³ Sobre o tema da função social da empresa, vale transcrever a lição de Judith Martins-Costa: “Conquanto expresso no Código em tema de propriedade e contrato, o princípio manifesta-se também no Direito da Empresa: conjugando os fatores da produção (trabalho, capital e recursos humanos) e os agentes do processo econômico (consumidor, trabalhador e empresário), as empresas têm, indiscutivelmente, dimensão transindividual ou comunitária. Assim, embora o silêncio do Código sobre a função social ao regular o Direito da Empresa, não há dúvida sobre a sua base constitucional e sistemática”. MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, mai. 2005, p. 41. Ainda sobre o tema da função social da empresa, indicam-se os seguintes trabalhos: i) DE LUCCA, Newton. A função social da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades. p. 136-165; ii) LEMOS JÚNIOR, Eloy. **Empresa & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2009; iii) GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 857, p. 11-28, mar. 2007.

⁴⁵⁴ Martha Assunción Rodrigues Prado e Aldimar Alves V. Silva destacam que, tanto no Código Civil de 2002 quanto na Constituição de 1988, não se encontram referências explícitas à locução função social da empresa. PRADO, Martha Assunción Rodrigues; SILVA, Aldimar Alves V. A “onda” função social da empresa e sua imbricação com o direito fundamental à segurança jurídica no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, 2006, p. 31-32. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/3937/3534>>. Acesso em: 20 fev. 2017. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, por sua vez, assinala o princípio (constitucional) da função social da empresa como um desdobramento do princípio constitucional da função social da

princípio da *função social da propriedade* (explícito na Constituição e no Código) e, eventualmente do princípio da *função social do contrato* (também expresso no Código) – este último, aplicado ao contrato de sociedade que organiza as sociedades empresárias.

Outra novidade interessante consiste na alusão explícita à ideia de função econômica da empresa, matéria igualmente inexistente no Código Civil de 2002. Até então, salvo em raras exceções doutrinárias⁴⁵⁵, não existia uma preocupação mais aprofundada no que diz respeito ao estudo detalhado da função econômica da empresa e, muito menos ainda, no que diz respeito a elencá-la como um princípio de Direito Comercial, tal como na disciplina jurídica projetada.

Outras alusões interessantes, explícitas nos Projetos (presentes, respectivamente, no art. 5º do Projeto nº 1572/2011 e no art. 6º do Projeto de Lei 487/2013) e novas em relação ao Código de 2002, constituem no reconhecimento: i) “da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos”; ii) “do lucro obtido com exploração regular e lícita de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada”; iii) “da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica liberada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores e desenvolvimento econômico do país”; iv) “da empresa como importante polo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentador de riqueza local, regional, nacional e global”.

propriedade (ínsito a ele, portanto, implícito), elevando-o ao patamar de fundamento da ordem econômica constitucional brasileira: “Destarte, atento aos novos ditames da atividade empresarial e dos fundamentos da ordem econômica constitucional, notadamente a função social da empresa (art. 170, III), o legislador [...]”. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Da funcionalidade e limitações do pedido de restituição ordinária e sua aplicabilidade aos contratos na falência: uma análise da ineficácia da cláusula resolutiva expressa. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013, p. 265. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n2_artigo1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017. Discorda-se da tese de elevação da função social da empresa (e mesmo da função social da propriedade) ao patamar de fundamento da ordem econômica constitucional, em função da referência expressa, no texto da Constituição de 1988, à valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos únicos. Tal raciocínio, no entanto, não impede o reconhecimento da função social da empresa como princípio (implícito) constitucional, nem diminui a sua importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁵⁵ Na sequência, serão estudadas duas contribuições ao debate em torno da significação jurídica da empresa, de autoria de Rachel Sztajn e Cássio Machado Cavalli, sendo que ambas partem da premissa de necessidade de uma adequada compreensão da função econômica da empresa, assim como realizam abordagens aprofundadas acerca deste tema.

Com acerto, Cassio Cavalli anota que a equação adotada pelos Projetos (empresa como atividade econômica organizada / empresário como aquele que explora profissionalmente uma empresa) reproduz orientação padrão e prevalecente na doutrina comercialista brasileira, em que a finalidade normativa da empresa é a qualificação do sujeito (empresário) que a exerce, para fins de submetê-lo às normas de Direito Comercial⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ CAVALLI, Cássio Machado. O conceito de empresa no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes Nunes (coords.). **Novas reflexões sobre o projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92.

4 A IMPORTÂNCIA E INSUFICIÊNCIA DO DADO TEÓRICO ECONÔMICO PARA A ELABORAÇÃO DE UMA NOÇÃO JURÍDICA DE EMPRESA ADEQUADA AO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

4.1 A crítica aos determinismos econômicos na conformação da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro

Portanto, melhor do que nos incluirmos na camisa-de-força de uma escola de pensamento (seja ela neoclássica, neoinstitucionalista, marxista ou keynesiana) é utilizarmos o que de bom cada teoria apresenta, na tentativa de explicarmos um fenômeno social (e os fenômenos econômicos são sociais) acontecido em um dado momento histórico. Afinal, a separação entre as ciências sociais ocorre meramente para fins didáticos: uma sociedade é um todo indivisível em termos reais. Se assim procedermos, por certo a teoria econômica ortodoxa (neoclássica e neoinstitucionalista) terá contribuições valiosas a nos dar – desde que não nos deixemos cegar pela ideologia ou qualquer ou qualquer outro tipo de fundamentalismo teórico⁴⁵⁷.

Conforme verificado nos aportes doutrinários relacionados ao tema e, também, nas disposições legislativas do Código Civil de 2002 e dos Projetos de Código Comercial em tramitação, os referenciais e/ou elementos de natureza econômica sempre predominaram nas discussões sobre a noção jurídica de empresa no contexto do Direito Comercial brasileiro⁴⁵⁸. Há, conforme reconhece Cássio Machado Cavalli⁴⁵⁹, uma espécie de padrão argumentativo hegemônico, fortemente marcado pelo substrato econômico. Neste sentido, “[...] pode-se afirmar que é o aspecto econômico da empresa que acaba por influenciar diretamente a sua conceituação jurídica”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ PEREIRA, Carlos de Brito. **Notas para uma Crítica Institucionalista da Nova Economia Institucional**. Working Paper, FEA/USP, 2001, p. 38. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/WPapers/2001/01-009.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

⁴⁵⁸ Aqui não se faz distinção se, tal como aponta Cássio Machado Cavalli, o conceito econômico de empresa com o qual trabalhavam os juristas, na verdade, não teria sido edificado pelos economistas (como seria de se supor), mas sim pelos próprios juristas; e, por outro lado, se já existem (como na própria pesquisa de Cavalli) concepções fundadas em maior aprofundamento teórico acerca do significado do conceito e seus elementos, conforme empreendidos pela literatura econômica. Quer-se destacar apenas que, nos estudos sobre a empresa empreendidos pelos juristas brasileiros, prevalece o acesso exclusivo aos elementos de ordem econômica (sejam eles elaborados pelos próprios juristas ou mesmo pelos economistas).

⁴⁵⁹ CAVALLI, Cássio Machado. A Teoria da Empresa na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coords). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 203.

⁴⁶⁰ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

Desde o surgimento do interesse em torno da noção jurídica de empresa, até os dias atuais, tais referenciais e/ou elementos constituem uma espécie de pano de fundo comum de diferentes visões jurídicas, seja naquelas prevaletentes, mais consolidadas no Direito brasileiro.

O substrato comum econômico é perceptível tanto naquelas visões atreladas às ideias de *atividade econômica organizada* ou *organização*, prevaletentes na perspectiva adotada pelos comercialistas nacionais em geral, como também em novas compreensões⁴⁶¹ manifestadas em propostas teóricas apresentadas recentemente como alternativas de *lege ferenda*, como as atreladas às ideias de *mecanismo de governança orientado à redução de custos de transação*, *mecanismo de governança orientado à redução de custos de agência*, *feixe de contratos*, *nexo de contratos*.

Pretendendo este trabalho tratar da revisão crítica e estruturalista da noção jurídica de empresa predominante (formada a partir de dados e elementos de natureza econômica, como se almejou demonstrar) no Direito Comercial brasileiro, justifica-se o estudo de algumas das teorias econômicas da empresa que fundamentam as distintas percepções jurídicas existentes, a fim de avaliar a validade e adequação destes referenciais. Possível identificar, segundo atesta Cássio Machado Cavalli⁴⁶², três destas teorias: i) *Teoria da empresa enquanto função de produção*; ii) *Teoria da empresa enquanto função de economizar custos de transação*; e, iii) *Teoria da empresa enquanto função de economizar custos de agência*⁴⁶³.

⁴⁶¹ Em relação às últimas, a noção de empresa apresentada por juristas como Rachel Sztajn e Cássio Machado Cavalli, analisadas anteriormente, ambas edificadas com suporte em determinadas premissas teóricas, estritamente econômicas, advindas de um conjunto de autores vinculados a uma escola do pensamento conhecida como *Nova Economia Institucional* (NEI).

⁴⁶² Uma teoria, segundo este autor, “[...] consiste em um conjunto de pressuposições a orientar a compreensão de determinado fenômeno”. Ao longo do artigo “A Teoria da Empresa na Recuperação Judicial”, o autor aponta as três teorias mencionadas acima, como conjuntos de pressuposições que orientam os juristas na conformação de diferentes conceitos jurídicos de empresa. CAVALLI, Cássio Machado. A Teoria da Empresa na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coords). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 202-236.

⁴⁶³ As concepções enumeradas e desenvolvidas por CAVALLI não esgotam as visões sobre o tema da empresa. Conforme relata Eduardo Secchi Munhoz, uma outra concepção, a teoria dos *connected contracts*, foi apresentada no artigo *Connected Contracts*, publicado em abril de 2000, na *University of California Law Review*. Segundo adverte Munhoz, os autores desta teoria, William Klein, Mitu Gulati e Eric Zolt, propõem um enfoque diferente de análise para explicar a organização empresarial. Baseiam-se não no modelo essencialmente hierárquico – que parte da ideia de sócios como proprietários e de administradores que têm deveres fiduciários, responsáveis pela direção das atividades de grandes estruturas empresariais -, mas sim numa abordagem própria que sugere ignorar a noção de empresa, de entidade personificada, de hierarquia, de deveres fiduciários e de propriedade. Todos estes conceitos, típicos nas abordagens de outros autores, são então substituídos pela ideia de acordos e relações interligados entre todos os participantes da atividade

Buscar-se-á contextualizar as teorias em questão com as concepções centrais das correntes do pensamento econômico que lhes fundamentam, de modo a permitir a compreensão de sua base filosófica mais geral, suporte dos argumentos mais específicos aplicados ao estudo da empresa em seu sentido econômico.

As correntes do pensamento econômico mencionadas são a *Economia Neoclássica* e a *Nova Economia Institucional*, no seio das quais surgiram determinadas teorias econômicas acerca da empresa⁴⁶⁴. Adicionalmente, serão abordadas concepções acerca do movimento conhecido como *Análise Econômica do Direito*.

4.2 Breve retorno à teoria da empresa na economia neoclássica: a empresa como função de produção

A teoria econômica neoclássica (ou, para maior precisão, as teorias neoclássicas) tradicional surge (m) na quadra final do século XIX, inicialmente com Walras, Jevons e Menger e, em seguida, com Marshall, Pareto e Fisher, dentre outros, como um contraponto teórico aos pressupostos da corrente clássica⁴⁶⁵. Trata-se,

econômica, tais como sócios, credores, administradores, trabalhadores, fornecedores e consumidores. Desde esta perspectiva, o emprego da palavra *contracts* se opera não em seu sentido técnico, mas sim com o intuito de indicar as espécies de direitos e de obrigações adquiridos pelos grupos de pessoas mencionados no curso da atividade. O modelo em questão não se confunde com o decorrente da teoria do *nexus of contracts*, na medida em que recusa a existência da empresa com fronteiras definidas (*nexus*), concentrando-se exclusivamente nos conflitos, na competição e na cooperação existentes nas relações que se estabelecem no exercício da atividade empresarial. O eixo fundamental de análise desta teoria põe-se em torno das negociações que envolvem o poder de controle – entendido como a capacidade de exercício de influência nas decisões empresariais, que se reveste de distintos graus de intensidade e se distribui entre os diversos participantes da atividade -, em função de sua relevância na análise dos problemas jurídico-societários. MUNHOZ, Eduardo Secchi, op. cit., p. 193-196.

⁴⁶⁴ Cássio Machado Cavalli, em *O Direito e a Economia da Empresa*, aponta com exatidão a existência de teorias econômicas da empresa surgidas no bojo dos estudos empreendidos por autores enquadrados como teóricos das escolas de pensamento conhecidas como Economia Neoclássica e Nova Economia Institucional. No artigo, o autor menciona a teoria econômica da empresa surgida no seio da Escola Neoclássica, assim como teorias surgidas no âmbito da Nova Economia Institucional: i) na Escola Neoclássica: a teoria econômica neoclássica da empresa; ii) Na Escola da Nova Economia Institucional: a) a teoria da empresa como mecanismo de redução de custos de transação; b) a teoria da empresa como mecanismo de redução de custos de agência; e, c) a teoria da empresa como um conjunto de contratos. CAVALLI, Machado Cássio. *O Direito e a Economia da Empresa*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 418-430.

⁴⁶⁵ A escola clássica é apontada como um modelo de pensamento econômico surgido em 1776, com a publicação da obra *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith. A doutrina referencia, também, o seu marco temporal de encerramento, que teria se operado no ano de 1871, com a publicação de uma série de trabalhos sobre os pressupostos neoclássicos. Seus principais dogmas seriam: i)

portanto, de um novo classicismo, um modelo em sentido amplo, construído por autores de diferentes países e culturas⁴⁶⁶, que enfatizava o processo de tomada de decisões e a determinação dos preços na margem. Esta seria a razão pela qual os neoclássicos foram também chamados de “marginalistas”⁴⁶⁷.

Tal qual a teoria clássica, a corrente neoclássica analisou a economia num contexto de longo prazo, especialmente através das ideias de intersecções entre ofertas e demandas na determinação de aspectos econômicos da relação entre salários, lucros e rendas e valores dos produtos marginais, sendo destacada a especial preocupação com a questão dos custos de produção, com agentes econômicos inseridos em contextos de mercados. Desse modo, os economistas neoclássicos acreditavam ser possível identificar a existência de uma verdade que surge por intermédio da própria atividade do mercado, diante da soma das escolhas racionais dos agentes econômicos, pautadas no princípio da utilidade marginal. Contextualiza-se, assim, a Justiça e o Direito a partir desse conjunto de escolhas racionais, que consistem em ações humanas direcionadas para o atingimento de determinadas finalidades⁴⁶⁸.

Importante observação acerca da marca característica da economia neoclássica é que os seus autores “[...] centraram sua análise num indivíduo genérico isento de relações sociais, que busca atender ao seu próprio interesse, e que se

Envolvimento mínimo do Governo, pois a economia era considerada auto-ajustável; ii) Comportamento econômico de auto-interesse; iii) Harmonia de interesses (acreditava-se que, com o atingimento de interesses pessoais, as pessoas atendiam também aos melhores interesses da sociedade) ; iv) Importância de todos os recursos e atividades econômicas para a riqueza de uma nação; v) Leis da economia (como lei da vantagem competitiva, teoria da renda, teoria quantitativa da moeda, leis dos mercados etc.) eram tidas como universais e imutáveis. BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 48-49. Para Eleutério Fernando da Silva Prado, “os economistas clássicos, assim como Marx, acreditavam que o sistema econômico funcionava sob uma lei de tendência à igualação das taxas de lucro nos diferentes setores e ramos da economia. Segundo eles, os capitais, principalmente na forma monetária, saíam dos ramos com taxas de lucro mais baixas, para entrar naqueles com taxas de lucro acima da média. E isto ocorria devido à ação dos empresários capitalistas que buscavam persistentemente a valorização de seus capitais no mais alto nível possível”. PRADO, Eleutério Fernando da Silva. A ortodoxia neoclássica. **Estudos Avançados**, vol. 15, n. 41, 2001, p.10. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v15n41/v15n41a03.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

⁴⁶⁶ Fala-se em diversos ramos da teoria neoclássica, compreendendo escolas francesas, inglesas e austríacas.

⁴⁶⁷ BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 273.

⁴⁶⁸ HEFFES, Omar Darío. Economía Neoclássica: Veridicción y Justicia en el Mercado. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 5, n. 2, 2013, p. 112-114.

orienta invariavelmente por suas preferências subjetivas”⁴⁶⁹. Neste sentido, os autores neoclássicos edificaram a noção de microeconomia e concentraram inicialmente seus esforços de pesquisa sobre os mercados e custos de produção, onde os agentes econômicos eram considerados individualmente e de forma independente dos demais, o chamado individualismo metodológico.

Especificamente em relação ao tema da empresa, destaca-se a teoria da firma de Alfred Marshall. Coerente com as premissas neoclássicas, em *Principles of Economics* (1890)⁴⁷⁰ o autor aborda as firmas do ponto de vista de sua inserção em contextos de mercados. Na condição de participante - ao lado dos consumidores - dos mercados, a firma é tratada a partir de uma visão exógena, em que se lhe foi atribuída uma função de produção.

Deste modo, a firma se apresentava como parte integrante do processo de determinação de preços, onde a demanda era determinada pelas curvas de utilidade dos consumidores e a oferta pelas curvas de custos das firmas⁴⁷¹. Vista como uma função de produção, a alocação de fatores como capital e trabalho deveria ocorrer de maneira eficiente.

Com base nesta linha de raciocínio, a atuação da firma foi imaginada no seio de setores com muita concorrência, sentido que lhe impunha o ajuste da produção e custos com vistas à eficiência e maximização dos lucros e da riqueza do proprietário.

Apesar de ainda existirem versões da teoria neoclássica em uso, tanto no ensino quanto na pesquisa em economia, suas concepções têm sido criticadas pelos adeptos da escola de pensamento conhecida como institucionalismo (subdividida em institucionalismo tradicional e novo institucionalismo, também conhecido como Nova Economia Institucional), cujos princípios se “originaram a partir da oposição aos fundamentos de equilíbrio, otimalidade e racionalidade substantiva” adotados pelos

⁴⁶⁹ PRADO, Eleutério Fernando da Silva. A ortodoxia neoclássica. **Estudos Avançados.**, vol. 15, n. 41, 2001, p.10. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v15n41/v15n41a03.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

⁴⁷⁰ Para a construção do presente artigo foi consultada a oitava edição da obra, publicada em 1920, em Londres, pela editora Macmillan.

⁴⁷¹ HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, Mark. **História do Pensamento Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 252.

neoclássicos⁴⁷². Embora sejam encontradas referências a outras abordagens importantes sobre o pensamento institucionalista, não qualificadas expressamente como tal, como a *Escola Francesa de Regulação* e os neoschumpeterianos⁴⁷³, o enfoque do presente trabalho recairá sobre o chamado *Novo Institucionalismo*, também conhecido como *Nova Economia Institucional*, berço de importantes contribuições sobre a teoria da empresa.

4.3 Teorias econômicas da empresa na Nova Economia Institucional: funções de eficiência na redução de custos de transação e de custos de agência; feixe ou nexos de contratos.

Definir a *Nova Economia Institucional* (NEI)⁴⁷⁴, também conhecida como *Novo Institucionalismo*, não é uma tarefa fácil⁴⁷⁵. Não obstante, em linhas gerais, pode-se dizer que se trata de uma corrente de pensamento que tem como eixo analítico o estudo das instituições e o papel que estas exercem no desenvolvimento econômico dos países⁴⁷⁶. Para tanto, os teóricos desta escola de pensamento assumem como necessária a análise interdisciplinar entre Economia e Direito.

⁴⁷² CONCEIÇÃO, Otávio Augusto C. A contribuição das abordagens institucionalistas para a constituição de uma teoria econômica das instituições. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 23, n. 1, 2002, p. 79-80.

⁴⁷³ CONCEIÇÃO, Otávio Augusto C. A contribuição das abordagens institucionalistas para a constituição de uma teoria econômica das instituições. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 23, n. 1, 2002, p. 80.

⁴⁷⁴ Segundo advertem Peter A. Hall e Rosemary C. R. Taylor, o “neo-institucionalismo não constitui uma corrente de pensamento unificada”. Ao contrário, existem métodos de análise diferentes que, embora tratem do papel desempenhado pelas instituições na determinação de resultados sociais e políticos, o fazem por ângulos distintos: o neoinstitucionalismo histórico, o neoinstitucionalismo da escolha racional e o neoinstitucionalismo sociológico. Para os autores, seria possível, ainda, identificar uma quarta versão, o chamado “neoinstitucionalismo” em economia, mas esta quarta escola se alinharia muito com a tradição da escolha racional. Embora, pela similaridade, tratem as escolas conjuntamente, destacam que o institucionalismo da escolha racional privilegia a interação estratégica, ao passo que o neoinstitucionalismo em economia enfoca os direitos de propriedade, as rendas e os mecanismos de seleção competitiva. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, n. 58, 2003, p. 193.

⁴⁷⁵ PEREIRA, Carlos de Brito. **Notas para uma Crítica Institucionalista da Nova Economia Institucional**, p. 20. Working Paper, FEA/USP, 2001. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/WPapers/2001/01-009.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

⁴⁷⁶ GOMES, Fábio Guedes. **A Nova Economia Institucional (NEI) e o (Sub) Desenvolvimento Econômico Brasileiro**: Limites e Impossibilidades de Interpretação, p. 1. Disponível em: <http://www.sep.org.br/artigos/download?id=864&title=A%20Nova%20Economia%20Institucional%20>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

O movimento possui variadas linhas, cuja percepção comum reside no fato de se enfatizar a relevância das instituições na compreensão do comportamento dos agentes econômicos, com seus impactos nos resultados econômicos. Stanley Brue identifica pelo menos cinco linhas desse novo pensamento institucionalista: i) o trabalho de Harold Demsetz sobre o papel dos direitos de propriedade na realização da eficiência econômica; ii) a análise de Richard Posner sobre a relação entre lei e economia; iii) a ênfase conferida por Ronald Coase e Oliver E. Williamson sobre os custos de transação na explicação da organização e comportamento das empresas; iv) o trabalho de Gordon Tullock sobre a teoria da escolha pública, englobando referências a procura de renda, grupos de interesses, regras de votação e economia constitucional; e v) a análise de Douglas North que, embora critique a economia neoclássica sob a acusação de falha no que diz respeito ao reconhecimento da relevância das instituições no processo de tomada de decisão econômica, opta pela adoção do método teórico de escolha neoclássico, que aposta e foca na racionalidade no processo de tomada de decisões econômicas⁴⁷⁷.

Embora, como visto acima, seja possível identificar diferentes linhas do novo pensamento institucionalista, pode-se dizer que alguns de seus principais expoentes são Ronald Coase, Oliver E. Williamson e Douglas North⁴⁷⁸. Ao lado de Richard Posner⁴⁷⁹, esses autores são reconhecidos como teóricos importantes do movimento Direito e Economia e apontados como referenciais de diversas propostas de análises econômicas do Direito, metodologia que atualmente se estendeu para quase todas as áreas do sistema legal, por exemplo, ao Direito Societário, ao Direito Administrativo, ao Direito do Trabalho e, especificamente, à propriedade, aos contratos, à responsabilidade civil, ao crime, à tributação, à defesa da concorrência, à empresa, à propriedade intelectual, à arbitragem, entre outras proposições. Portanto, dada à

⁴⁷⁷ BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 389.

⁴⁷⁸ LOPES, Herton Castiglioni. Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglas North. **Revista de Economia Política**, v. 33, n. 4 (133), out.- dez. 2013, p. 620.

⁴⁷⁹ Posner é apontado como um dos expoentes da chamada Escola de Chicago, movimento de pensamento baseado mais na utilização de preceitos microeconômicos básicos adotados pelos neoclássicos. A Escola de Chicago atua segunda a perspectiva extrema de que o papel do Direito consiste na eliminação das seguintes falhas de mercado: i) assimetria de informações; ii) concentração do poder econômico; iii) externalidades ou custos sociais não componentes do preço final; e iv) falhas de mobilidade ou planejamento para ocorrências, relacionadas a bens públicos. DINIZ, Gustavo Saad. **Estudos e pareceres da pessoa jurídica e da atividade empresarial**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 45-46.

relevância das teorias construídas por cada um dos autores em questão, destacam-se abaixo algumas de suas ideias principais.

Define-se a publicação do artigo *The nature of the firm* (1937), de Ronald Coase, como o ponto de partida das pressuposições da Nova Economia Institucional. Crítico dos argumentos teóricos da economia neoclássica, o autor sugeriu que o mercado não se apresentava como um mecanismo perfeito de formação de preços, sendo necessária a organização de empresas, as quais realizariam constantemente operações no mercado envolvendo uma série de custos⁴⁸⁰.

Coase propõe-se a responder três questionamentos principais: i) Por que as firmas existem?; iii) O que caracteriza as firmas?; e iii) O que determina a escala (tamanho) e o escopo das firmas?⁴⁸¹. Em busca de respostas a tais indagações, começou a dirigir à empresa um enfoque alternativo ao então convencional, descrevendo como objeto central de análise as transações e seus respectivos custos, e não o mercado e os custos de produção⁴⁸². Nesta perspectiva, as noções de incerteza e racionalidade limitada são consideradas elementos primordiais na avaliação dos custos de transação⁴⁸³.

Do ponto de vista do autor⁴⁸⁴, tais custos influenciam significativamente na divisão entre transações realizadas no ambiente das empresas e organizações em geral, bem como perante estas e as demais existentes no mercado. Portanto, se é mais eficiente que uma transação ocorra no âmbito de uma empresa do que em qualquer outro arranjo institucional, tal transação deve ter lugar dentro da empresa. Por outro lado, conforme bem observa Luciano Benetti Tim⁴⁸⁵, em certas situações,

⁴⁸⁰ CAVALLI, Machado Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 421.

⁴⁸¹ COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, 1937, p. 386-405.

⁴⁸² Digna de nota nesta abordagem, diz Carlos de Brito Pereira, a discussão da natureza da firma e seus limites, que ampliavam o espectro de avaliação até então reinante, que girava em torno da ideia de função de produção. PEREIRA, Carlos de Brito. **Notas para uma Crítica Institucionalista da Nova Economia Institucional**, p. 21. Working Paper, FEA/USP, 2001. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/WPapers/2001/01-009.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

⁴⁸³ CONCEIÇÃO, Otávio Augusto C. A contribuição das abordagens institucionalistas para a constituição de uma teoria econômica das instituições. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 23, n. 1, 2002, p. 88.

⁴⁸⁴ COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, 1937, p. 402-403.

⁴⁸⁵ TIMM, Luciano Benetti. A matriz da análise econômica do direito para além do “eficientismo”. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (Orgs.). **Estudos de direito empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102-103.

na busca do ponto máximo de eficiência, “é mais lucrativo que as transações sejam feitas no próprio sistema de preços do mercado do que dentro da firma”.

Sob este olhar, a empresa consiste um mecanismo de redução de custos de transação, os quais “podem ser classificados em três categoriais: (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*)”; e também como um “mecanismo de governança de relações contratuais que outorga ao empresário o poder hierárquico de resolver disputas contratuais”⁴⁸⁶.

Do ponto de vista da atividade econômica como um todo, para existir maior eficiência é preciso que os custos de transação, presentes tanto no sistema de preços de mercado quanto na estrutura das firmas, sejam na prática menores na organização destas do que seriam em idênticas transações eventualmente realizadas perante o ambiente de mercado⁴⁸⁷.

A concepção de Coase não esteve isenta de críticas. A mais comum delas, aponta Eduardo Secchi Munhoz, residiu na alegação de que os pressupostos assumidos não seriam operacionalizáveis do ponto de vista prático, uma vez que Coase “[...] não teria oferecido um conceito geral para os *transaction costs*, não tendo precisado quais são os fatores que determinam a escolha entre a organização da produção na empresa e a contratação no mercado”⁴⁸⁸.

Tese particularmente relacionada com as ideias de Coase sobre custos de transação foi desenvolvida por Oliver Eaton Williamson. A abordagem de Williamson acerca dos custos de transação é voltada para o estudo da organização econômica e tem a transação como unidade básica de análise, a partir da compreensão de que reduzir tais custos é fundamental para o estudo das organizações⁴⁸⁹.

Esta ideia deságua na hipótese de que o desenvolvimento de aspectos organizacionais de uma empresa traduz esforço com vistas à redução de custos de

⁴⁸⁶ CAVALLI, Machado Cássio. **O Direito e a Economia da Empresa**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 421.

⁴⁸⁷ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit. p. 103.

⁴⁸⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**: poder de controle e grupos de sociedades. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 187.

⁴⁸⁹ WILLIAMSON, Oliver. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **The American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, nov. 1981, p. 548-550.

transação⁴⁹⁰, dimensionados para a determinação de fronteiras (tamanhos) eficientes para a firma nos âmbitos externo e interno⁴⁹¹, ou seja, tanto diante dos mercados em geral quanto no que diz respeito às relações de trabalho. Deste modo, a busca da eficiência, anota Carlos de Brito Pereira⁴⁹², é a maior característica da concepção proposta por Williamsom.

Dentro deste contexto, apresenta-se como relevante a noção de integração vertical, em que a empresa, orientada pela mão visível do empresário – o qual detém poder hierárquico de resolver disputas contratuais - consistirá numa forma de governança alternativa em relação ao mercado, orientada para a diminuição dos custos de transação⁴⁹³.

Todas estas questões exploradas por Williamsom sugerem a necessidade de avaliações conjunturais e tomada de decisões estratégicas fundamentais à maximização da eficiência através da minimização de custos de transação, o que aponta para a consequente relevância no aprofundamento do estudo das instituições.

Algumas das concepções de Ronald Coase sobre a empresa não estiveram isentas de críticas. Numa das principais já formuladas, Armen Alchian e Harold Demsetz, “[...] recusam a concepção da empresa como organização baseada na autoridade e na direção do *entrepreneur* [...]”⁴⁹⁴.

O trabalho de Alchian e Demsetz, apontam Eduardo Secchi Munhoz⁴⁹⁵ e Cássio Machado Cavalli⁴⁹⁶, acabou por influenciar a construção da chamada *teoria da empresa como nexus of contracts*, elaborada por Michael Jensen e William Meckling.

Os contornos da teoria de Michael Jensen e William Meckling podem ser adequadamente compreendidos mediante a análise do artigo *Teoria da Firma*:

⁴⁹⁰ WILLIAMSOM, Oliver. **Markets and Hierarchies**: Analysis and Antitrust Implications. New York, Free Press, 1975, p. 20 e ss.

⁴⁹¹ WILLIAMSOM, Oliver. **The Economics Institutions of Capitalism**: Firms, Markets, relational contracting. New York: The Free Press, 1985. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1496720>. Acesso em: 05 jan. 2017.

⁴⁹² PEREIRA, Carlos de Brito. **Notas para uma Crítica Institucionalista da Nova Economia Institucional**, p. 23. Working Paper, FEA/USP, 2001. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/WPapers/2001/01-009.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

⁴⁹³ CAVALLI, Machado Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 420-424.

⁴⁹⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi, p. 189.

⁴⁹⁵ MUNHOZ, op. cit., p. 189.

⁴⁹⁶ CAVALLI, Machado Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 427.

*Comportamento dos Administradores, Custos de Agência e Estrutura de Propriedade*⁴⁹⁷, em que integram elementos da *teoria da agência*, da *teoria dos direitos de propriedade* e da *teoria das finanças* para o desenvolvimento de uma *teoria da estrutura de propriedade da firma*.

Os autores partem do questionamento dos elementos geralmente incluídos nas mais diversas abordagens (que consideram limitadas, diga-se de passagem) em ciência econômica sobre as firmas. De acordo com a sua concepção, as *teorias da firma* encontradas na literatura, em sua maioria, apresentam-se como verdadeiras *teorias dos mercados* nos quais as firmas são importantes participantes, realidade em que as mesmas são compreendidas como “[...] uma caixa preta manipulada de forma a atender às condições marginais relevantes no que diz respeito a inputs e outputs, maximizando, desta forma, lucros, ou, mais precisamente, o valor presente”⁴⁹⁸.

Baseados nestes pressupostos, os autores apresentam a sua própria definição de firma, relacionada com a ideia de um nexo de contratos, senão vejamos:

A empresa privada, ou firma, é simplesmente uma forma de ficção legal que serve como um ponto de conexão para relações contratuais e que também se caracteriza pela existência de direitos residuais divisíveis dos ativos e fluxos de caixa da organização, que em geral podem ser vendidos sem a permissão dos outros participantes do contrato. Apesar de essa definição apresentar pouco conteúdo tangível, a ênfase na natureza essencialmente contratual das firmas e de outras organizações direciona a atenção a algumas questões fundamentais – por que determinados conjuntos de relações contratuais surgem para vários tipos de organizações, quais são as consequências dessas relações contratuais e como elas são afetadas pelas mudanças externas à organização. Visto dessa forma, faz pouco ou nenhum sentido tentar distinguir o que está “dentro” da firma (ou de qualquer outra organização) do que está “fora” dela. Há, na verdade, apenas uma série de relações complexas (i.e., contratos) entre a ficção legal (a firma) e os proprietários do trabalho, dos *inputs* de material e capital e dos consumidores da produção⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Teoria da Firma: Comportamento dos Administradores, Custos de Agência e Estrutura de Propriedade. **RAE – Revista de Administração de Empresas**, v. 48, n. 2, p. 87-125, abr./jun. 2008 (RAE Clássicos). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a13.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017. Esta é uma republicação, em língua portuguesa, do artigo original em língua inglesa (1976): JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, p. 305-360, 1976. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0304405X7690026X>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

⁴⁹⁸ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H., op. cit., p. 88.

⁴⁹⁹ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H., op. cit., p. 90.

Segundo Richard Saito e Alexandre Di Miceli da Silveira⁵⁰⁰, o trabalho de Jensen e Meckling apresentou três contribuições principais. A primeira delas, a edificação de uma teoria voltada para considerações acerca da estrutura de propriedade das companhias, tendo em conta os inevitáveis conflitos de interesse individuais existentes, especialmente em suas relações internas. A segunda, a definição de um novo conceito de custos de agência, procurando identificar a sua relação com a noção de separação entre propriedade e controle. Por fim, a elaboração de uma nova definição da firma, apontando-a como uma mera ficção legal que serve como uma espécie de ponto de ligação, um *nexus* para um conjunto de relacionamentos contratuais entre os indivíduos.

No bojo destes aportes teóricos edificados por Jensen e Meckling, concede-se normalmente uma relevância à parte para a definição da empresa e suas consequentes relações com o tema da *governança*⁵⁰¹. Sobre tais pontos, os mesmos Richard Saito e Alexandre Di Miceli da Silveira destacam que⁵⁰²:

A definição da firma apresentada lança luz sobre temas-chave centrais e atuais em governança corporativa, como a definição da função-objetivo

⁵⁰⁰ SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. **RAE – Revista de Administração de Empresas**, v. 48, n. 2, abr./jun. 2008, p. 79 (RAE Clássicos). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a07.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

⁵⁰¹ As práticas de governança geram uma gama variada de opiniões de diversos grupos de partes interessadas, investidores, instituições de mercado e autoridades reguladoras e legisladores. MAHONEY, William F. **Manual do RI: Princípios e Melhores Práticas de Relações com Investidores**. Rio de Janeiro: IMF, 2007, p. 191. De uma forma geral, o tema é designado por intermédio da expressão *governança corporativa*, que consiste numa tradução literal do termo *corporate governance*. Embora seja corrente a utilização deste anglicismo, críticas doutrinárias lhe são formuladas especialmente nos países de língua portuguesa, em que normalmente se lhe objeta o uso. Como consequência, é também comum encontrar na literatura propostas de expressões alternativas ao termo, tais como as formuladas por Arnaldo Wald (*governo de empresas*), Fernando Silva (*governo societário das empresas*) e Jorge Manuel Coutinho de Abreu (*governança das sociedades comerciais*). WALD, Arnaldo. O governo das empresas. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 5, n. 15, jan./mar. 2002, p. 53. SILVA, Fernando. Códigos de Governo Societário: Does one size fit all? **Caderno do Mercado de Valores Mobiliários**, n. 33, ago. 2009, p. 40. Disponível em: <<http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/CadernosMVM33Final1.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2017. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Governança das Sociedades Comerciais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. Arnaldo Wald destaca ainda que, para além da questão da conveniência de respeito à língua portuguesa, deve também ser observado que o termo governança corporativa pode levar a uma associação equivocada de ideias. Isto porque, segundo o autor: i) as noções de empresa e de sociedade anônima não comportam as características das corporações (estas últimas, em sua opinião, ligadas a categorias profissionais); e, ii) o uso do termo corporativo (a) aproxima da noção da prevalência de interesses de um grupo ou de uma classe, o que deve ser rechaçado. WALD, op. cit., p. 54.

⁵⁰² SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da, p. 80.

corporativa e a pretensa “responsabilidade social” das empresas. De acordo com os Jensen e Meckling (1976), visualizar a firma como um nexus de contratos entre os indivíduos também deixa claro que a personalização da empresa, feita com perguntas como “qual deve ser a função-objetivo da firma?”, e “a firma deve ter uma responsabilidade social?”, é seriamente enganosa e sem sentido. Segundo os autores, a empresa não é um indivíduo, mas sim apenas uma ficção legal que serve como foco para um processo complexo no qual os objetivos conflitantes dos indivíduos são trazidos ao equilíbrio dentro de uma estrutura de relações contratuais.

Verifica-se que, nas concepções de Jensen e Meckling não há espaço para ideias como personalização da empresa, bem como para cogitações acerca de sua eventual função e responsabilidades sociais. Desde esta perspectiva, a função-objetivo da firma é eminentemente econômica.

Não por outra razão a manifestação mais expressiva deste ponto de vista sobre as empresas reside nos seus reflexos na governança, diante da constatação da existência de conflitos entre titularidade e gestão⁵⁰³. De acordo com esta concepção os autores, tendo como objeto de análise a sociedade anônima no contexto americano, caracterizado pelo fenômeno da dispersão acionária, definem a relação de agência como uma espécie de contrato em que uma ou mais pessoas, na condição de principais, designam poderes de decisão para o (s) agente (s), ou seja, uma ou mais pessoas encarregadas de executar serviços de gestão em benefício dos principais.

No bojo desta relação de agência, diante da dificuldade de alinhamento de interesses nem sempre coincidentes, surge a necessidade de monitoramento dos agentes pelos principais, gerando assim uma série de custos, os chamados custos de agência, influenciados por diversos fatores.

4.4 A análise econômica do Direito: necessidade de imposição de limites no aproveitamento dos critérios econômicos pelo Direito Comercial brasileiro

⁵⁰³ A discussão, inicialmente travada em contextos de países em que há grande dispersão acionária, alastra-se em seguida também para outras realidades (como no contexto brasileiro) onde, em sua maioria, uma pessoa ou pequenos grupos de pessoas detêm a titularidade da maior parte das ações de uma sociedade anônima, o que lhes garante a condição de acionistas majoritários, em convívio com os titulares de participações menos expressivas no capital, os chamados acionistas minoritários.

O campo de estudos que envolve a análise econômica do Direito se inicia ainda no século XVIII, com a obra do filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham⁵⁰⁴ voltada para a investigação do comportamento dos atores sociais em face de incentivos legais, com a aplicação de uma medida de bem-estar social denominada utilitarismo como instrumento de avaliação de resultados⁵⁰⁵.

Com a publicação da obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), Bentham inaugura uma corrente de pensamento ético, político e econômico. A primeira observação a fazer é que o autor propõe a aplicação do princípio da utilidade (ou da maior felicidade) como fundamento da conduta individual e social, em que os sentimentos de dor e prazer influenciam aquilo que deve ser feito e como deve ser feito, vinculando em parte a norma que distingue o que é reto do que é errado. Como se pode notar, o princípio em questão estabelece a noção de busca da maior felicidade daqueles cujos interesses se encontram em jogo – seja um indivíduo em particular ou a sociedade em geral -, sendo apontado por Bentham como a justa e adequada finalidade da ação humana. Deste modo, constitui a medida de aprovação ou desaprovação de qualquer ação, segundo a tendência que a mesma incorpora de aumentar (ação boa) ou diminuir (ação má) a felicidade da pessoa com interesse em discussão. Em outras palavras, uma ação é correta quando tem como consequência a maximização da felicidade ou do bem-estar.

Embora a teoria econômica tenha se desenvolvido sobremaneira em todo o XIX e na quadra final do século XX, os estudos no campo da análise econômica do Direito restaram pouco desenvolvidos até o século seguinte, mais precisamente até a década de 60, quando o interesse econômico na análise do Direito passa a ser estimulado por novas pressuposições teóricas. É nesse contexto que se opera o surgimento do movimento Direito e Economia, fruto de construções teóricas surgidas a partir da segunda metade do século XX⁵⁰⁶, provenientes de elaborações doutrinárias de autores como Ronald H. Coase, Guido Calabresi e Richard Posner.

⁵⁰⁴ De acordo com o ensinamento de Carlos Santiago Nino, a análise econômica do Direito (ou o *enfoque econômico do Direito*) configura uma projeção do utilitarismo no campo jurídico. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 472.

⁵⁰⁵ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. In: AUERBACH, Alan J.; FELDSTEIN, Martin. (edit.). **Handbook of Public Economics**, v. 3, Elsevier, 2002, p. 1.666.

⁵⁰⁶ No curso da história, outras abordagens teóricas também se debruçaram sobre o estudo das relações entre a Economia e o Direito. Podem ser citados, como exemplos, os pressupostos assumidos pelo Marxismo e pela Escola de Frankfurt.

Para a doutrina prevalecente, o seu marco histórico é o ano de 1960, com a publicação do artigo *The Problem of Social Cost*, de Ronald H. Coase, trabalho apontado como inaugural desta tradição de pensamento⁵⁰⁷, reconhecido por alguns como o mais importante trabalho redigido até hoje em matéria de análise econômica do Direito⁵⁰⁸.

Richard Allen Posner é um dos principais baluartes do movimento Direito e Economia. Ao lado de Ronald Coase e Guido Calabresi, desempenhou um papel importante no desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, especialmente em função do emprego do conceito de maximização da riqueza, entendido como a base para a aplicação dos principais conceitos da análise econômica, pautados no critério de busca da eficiência.

⁵⁰⁷ Alfredo Copetti Neto e José Luiz Bolzan de Moraes discordam desta assertiva. Advertem que uma primeira corrente *Law and Economics* fora desenvolvida entre o final do século XIX e o início do século XX. Sua origem estaria na German e English Historical School of Economics, no Institucionalismo e no Pragmatismo Americanos. A partir da segunda metade do século XX, teria sido desenvolvido o segundo movimento *Law And Economics*, proveniente de estudos elaborados na Universidade de Chicago, pautados na utilização da microeconomia neoclássica subjetivista no direito. Este movimento teria avocado para si um “conceito restrito de ciência, a partir do individualismo metodológico, e um conceito matematizado e purificado de economia, como ciência de meios, focada na escassez [...]” COPETTI NETO, Alfredo; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo? **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, jan.-jun. 2011, p. 54. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista5/segundoAlfredoJose.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017. No mesmo sentido, vale transcrever o ensinamento de Cristiane de Oliveira Coelho: “A história do desenvolvimento da Análise Econômica do Direito é usualmente contada sob a perspectiva de uma sensível separação entre um primeiro período de pesquisas, compreendido entre 1940 e 1950, e a fase instaurada a partir de 1960, que veio hoje a refletir o núcleo central de trabalho da Escola da Law and Economics. Ressalta-se que a ‘velha’ Escola centrava seus estudos em campos do Direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário, mas que em 1960, uma ‘nova’ Escola rompe com essa tradição, ao utilizar a análise econômica para explicar e criticar regras legais que não tão obviamente comportavam uma dimensão econômica, como, por exemplo, as regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, até mesmo, regras de Direito Penal e Processual”. COELHO, Cristiane de Oliveira. A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação do seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. In: **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (Anais)**. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), 2007, p. 4. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

⁵⁰⁸ Segundo Cristiane de Oliveira Coelho, o trabalho é “[...] reconhecido como o mais importante artigo redigido até hoje sobre o tema da Análise Econômica do Direito. Nele, Coase, que em 1964 passa a dar aulas de Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, demonstra que o problema central do mercado reside na existência de custos de transação e não na presença de externalidades, como antes defendia a Economia do Bem-Estar desenvolvida por Pigou”. COELHO, Cristiane de Oliveira. A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação do seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. In: **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (Anais)**. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), 2007, p. 6. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

Muito embora a *maximização da riqueza* seja elemento indispensável na investigação dos pressupostos teóricos do autor, deve-se destacar que tal conceito nem sempre esteve presente em suas concepções. De uma forma geral, podem-se identificar quatro fases teóricas distintas na doutrina deste representante do movimento Direito e Economia: i) Em seu primeiro livro sobre o tema, *Economic Analysis of Law* (1972), Posner dedicou pouca atenção para os fundamentos filosóficos da análise econômica do Direito, concentrando os fundamentos de sua análise no utilitarismo; ii) No artigo “*Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*”, o conceito de maximização da riqueza foi enunciado e descrito pela primeira vez, na condição de um princípio ético, buscando de certa forma dissociá-lo do utilitarismo. Aqui, o autor assume a eficiência como um princípio legal; iii) Já no início da década de 80, Posner busca reforçar sua ética de maximização de riqueza justificando-a nos termos de uma teoria do consenso. Neste sentido, invoca o conceito de compensação *ex ante*, a partir do qual constrói um consenso hipotético destinado a complementar o critério de Kaldor-Hicks; e, iv) Em meados da década de 80, ao se aproximar do pragmatismo, que passou a defender a partir dos anos 90, inicia um processo de relativização de suas posições⁵⁰⁹.

Dentre as modificações ocorridas no pensamento do autor, aquela que se opera na quarta fase é a mais importante. Isto porque, ao relativizar suas posições, Posner chega ao ponto de passar a entender a eficiência de forma bastante distinta das duas fases anteriores, em que procurou inicialmente afirmá-la e em seguida consolidá-la como único princípio ético-jurídico. Numa espécie de viragem pragmática, começa a raciocinar com vistas à transformação do sistema de maximização de riqueza de uma justificação ética para outra pragmática, cuja acepção defendida passa a ser a de enfoque na melhor decisão do ponto de vista das necessidades presentes e futuras da sociedade⁵¹⁰. Passa, assim, a assumir a eficiência como um importante princípio, mas não o único a ser considerado.

⁵⁰⁹ MATHIS, Klaus. **Efficiency Instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Lucerne: Springer, 2009, p. 144.

⁵¹⁰ COPETTI NETO, Alfredo; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo? **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, jan.-jun. 2011, p. 71.

Atualmente, *Análise Econômica do Direito* ou *Direito e Economia*⁵¹¹ vem sendo definido como “um corpo teórico fundado na aplicação da economia às normas e instituições político-jurídicas”⁵¹², uma forma de “[...] compreender o pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob o enfoque da ciência econômica”⁵¹³.

Para Carlos Santiago Nino⁵¹⁴, a ideia básica deste *enfoque econômico do Direito* “[...] é a de que as instituições e soluções de um sistema jurídico podem ser compreendidas e explicadas como tentativas para obter uma adjudicação eficiente de recursos”. O seu *leitmotiv*, aponta, residiria na busca de obtenção de eficiência por intermédio do Direito.

A disciplina⁵¹⁵ se presta a estudar as respostas a duas questões fundamentais. Uma questão definida como *positiva*, ligada ao impacto das leis e regulamentos no

⁵¹¹ Interessante a referência construída por Robert Cooter e Jody S. Kraus. Os autores utilizam o exemplo da Pirâmide de Pei, grande estrutura de vidro e metal situada no pátio do Palácio do Louvre, que serve de entrada principal do Museu do Louvre, em Paris. Segundo mencionam, alguns gostam dela, outros querem demoli-la, mas ninguém a ignora. O movimento Direito e Economia (para Cooter e Kraus, verdadeira teoria do Direito, constituindo um marco ao lado do Formalismo e do Realismo), representaria a pirâmide no pátio do palácio: alguns juristas amam, outros odeiam, mas ninguém pode ignorar. COOTER, Robert; KRAUS, Jody S. *The Measure of Law and Economics*. In: **Law and Economics Workshop**. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), 2014, p. 1. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=law_econ>. Acesso em: 06 mar. 2017.

⁵¹² SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 160, out. 2013, p. 3. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

⁵¹³ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, vol. 11, n. 1, jan.-jun./2012, p. 184. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93426128010.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017. No mesmo sentido, a doutrina de Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer: “A LaE busca a compreensão do universo jurídico partindo de pressupostos e valores metajurídicos pertencentes ao mundo do econômico, aplicáveis, tanto, quando da criação da norma jurídica como quando de sua verificabilidade, já em instância de caso concreto, nas barras dos tribunais”. GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

⁵¹⁴ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 472.

⁵¹⁵ Ronald H. Coase, em fala proferida na John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago (7-9 de abril de 1992), já sinalizava o reconhecimento da Análise Econômica do Direito como uma disciplina ou subcampo autônomo de estudos. O teor da exposição de Coase veio a ser publicado no ano seguinte, no *Journal of Law and Economics*. COASE, Ronald H. *Law and Economics at Chicago*. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 36, n. 1, abr. 1993, p. 254.

comportamento dos indivíduos no que diz respeito a suas decisões e seus consequentes reflexos para a prosperidade social; e uma questão entendida como *normativa*, esta última atrelada às relativas vantagens das normas jurídicas em termos de eficiência e ganhos de prosperidade social⁵¹⁶.

Para a apreensão dessas dimensões positiva e normativa – que implicam a avaliação dos efeitos das normas sobre o comportamento de atores relevantes e a consequente análise se tais efeitos são socialmente desejáveis⁵¹⁷- propõe-se a utilização de um instrumental teórico e empírico da Economia “para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico”⁵¹⁸ e, também, a sua própria lógica e racionalidade. Deste modo, a disciplina da análise econômica é apresentada como forma de exame e compreensão dos impactos do arcabouço legal sobre o mundo dos fatos, com implicações na atribuição de num novo significado para o sujeito jurídico ao atrelá-lo ao *homo oeconomicus*, elemento central do paradigma econômico.

A questão é bem explicitada por Robert Cooter e Thomas Ullen⁵¹⁹, mediante a utilização das variáveis *sanções* e *preços* e avaliações acerca de seus impactos nos comportamentos dos indivíduos. Conforme sua definição, a Economia provê uma teoria científica que permite prever os efeitos das sanções legais sobre os comportamentos, sendo que tais efeitos são defendidos como respostas consideradas relevantes para fazer, revisar, revogar e interpretar as leis. De acordo com este raciocínio, economistas encontram coincidências entre sanções e preços e, presumivelmente, as pessoas respondem a essas sanções legais da mesma forma como respondem aos preços. Seu exemplo: como uma resposta a preços mais elevados, as pessoas consomem menos do bem mais caro; como resposta a sanções legais severas, fazem menos da atividade sancionada.

Com base na lógica descrita acima, os adeptos da Análise Econômica do Direito defendem que a Economia tem teorias matemáticas precisas (tais como a

⁵¹⁶ GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 139-140.

⁵¹⁷ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. In: AUERBACH, Alan J.; FELDSTEIN, Martin. (edit.). **Handbook of Public Economics**, v. 3, Elsevier, 2002, p. 1.666.

⁵¹⁸ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

⁵¹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Chicago: Pearson, 2010, p. 3.

teoria dos preços e a teoria dos jogos) e alguns métodos empíricos (tais como a *estatística* e a *econometria*)⁵²⁰ para analisar os efeitos dos preços implícitos que as leis em geral atribuem ao comportamento dos indivíduos numa economia em concreto.

Dentre os principais parâmetros utilizados na metodologia da disciplina se encontram os chamados *critérios de eficiência*, tais como a *eficiência de Pareto* e o *critério de Kaldor-Hicks*⁵²¹, tidos como aptos para avaliar o atingimento dos melhores resultados com o mínimo de desperdício. Aponta Stanley L. Brue⁵²² que Pareto demonstrou as condições para a hoje conhecida *otimização de Pareto*, juízo pelo qual o bem-estar máximo “ocorre quando já não há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior”.

Por sua vez, na década de 30, Nicholas Kaldor e John R. Hicks buscaram revigorar a proposta de Pareto conferindo-lhe uma maior sofisticação de sua cientificidade e aplicabilidade, mediante a criação de um outro critério que procura equacionar as relações entre ganhos e perdas numa situação em concreto. Em suas palavras, eventuais vencedores em dado caso específico “[...] deveriam ter lucrado mais do que os perdedores teriam perdido, ao ponto de poder compensá-los pelas suas perdas e, ainda assim, permanecer em um estado melhor do que se encontravam anteriormente”⁵²³.

De acordo com as pressuposições da Análise Econômica do Direito, o emprego desse instrumental econômico, pautado em critérios de eficiência, dá-se com a finalidade de “expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o

⁵²⁰ Dentre outros, esta é a afirmação de Robert Cooter e Jody S. Kraus. COOTER, Robert; KRAUS, Jody S. **The Measure of Law and Economics**. In: Law and Economics Workshop. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), 2014, p. 5. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=law_econ>. Acesso em: 06 mar. 2017.

⁵²¹ Para a compreensão detalhada dos critérios de eficiência, recomenda-se a seguinte leitura: COLEMAN, Jules L. Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law. **Ethics**, v. 94, n. 4, p. 649-679, jul.1984. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/econ-crime-old/coleman-1994.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

⁵²² BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p 394.

⁵²³ COPETTI NETO, Alfredo; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo? **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, jan.-jun. 2011, p. 69-70. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista5/segundoAlfredoJose.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

desenvolvimento, a aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”⁵²⁴. Em termos práticos tem-se uma espécie de leitura do Direito a partir de seus resultados, que se vale de métricas propostas pela Economia e seu ferramental, teórico e empírico, tendo a eficiência como referencial.

Há quem identifique o movimento da Análise Econômica do Direito como uma forma geral de aplicação da teoria econômica na explicação do Direito⁵²⁵. Existe, por outro lado, quem chegue a apontar que se trata de uma verdadeira teoria do Direito⁵²⁶. Seja na condição de teoria econômica para explicação do Direito ou mesmo na condição de teoria do Direito, o fato é que, desde as últimas décadas do século XX, passou a análise econômica à condição de movimento teórico de abordagem do Direito de maior força na realidade norte-americana⁵²⁷, tendo se espalhado também para uma série de outros países, dentre os quais o Brasil.

A Análise Econômica do Direito não constitui um movimento homogêneo, congregando variadas linhas e tendências de pensamento. A este respeito, Alejandro

⁵²⁴ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

⁵²⁵ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006, p. 52. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

⁵²⁶ COOTER, Robert; KRAUS, Jody S. **The Measure of Law and Economics**. In: Law and Economics Workshop. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), p. 1-56, 2014. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=law_econ>. Acesso em: 06 mar. 2017.

⁵²⁷ PINTO, Paulo Mota. Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise econômica: ilustrada com a análise das medidas de indenização contratual. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coords.). **O Direito e o Futuro: o Futuro do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 169. No mesmo sentido, posiciona-se Cristiane de Oliveira Coelho: “Nas últimas décadas do século XX, o movimento conhecido como ‘Análise Econômica do Direito’, ou simplesmente como ‘Law and Economics’, deixou de ser um pequeno e alternativo programa de pesquisa nas áreas do Direito e da Economia, para estabelecer-se como uma das principais escolas jurídicas dessa época. Seu desenvolvimento e aplicação resultaram em profundas mudanças tanto no contexto disciplinar das Faculdades de Direito como na prática jurídica norte-americanas. Prova disso é que a partir de 1980, pelo menos um economista fazia parte do corpo docente das mais conceituadas escolas de Direito dos Estados Unidos, quando também passaram a ser publicadas diversas revistas especializadas no em Law and Economics”. COELHO, Cristiane de Oliveira. A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação do seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. In: **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (Anais)**. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), 2007, p. 1-2. Disponível em: <<http://scholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

Bugallo Alvarez⁵²⁸ resume três diferentes vias: i) a tendência ligada à Escola de Chicago, também conhecida como *conservadora* (normalmente identificada com a figura de Richard Posner, e composta, entre outros, por William M. Landes, Alan Schwartz, Edmund W. Kitch e Frank H. Easterbrook); ii) via *liberal-reformista*, tendo Guido Calabresi como figura marcante e integrada por autores como A. Mitchell Polinsky, Bruce Ackermann, Lewis A. Korhnhauer, Robert Cooter e Jules L. Coleman); e, iii) tendência *neoinstitucionalista* (distinta das anteriores tanto na temática como na metodologia) e composta por autores como A. Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson, entre outros.

Segundo Jairo Saddi⁵²⁹, três premissas básicas orientam o movimento: i) A primeira seria a de que “existe maximização racional das necessidades humanas”; ii) A segunda, que “os indivíduos obedecem a incentivos de preços para conseguir balizar o seu comportamento racional; iii) E, a terceira, que “regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a consequente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social”.

Nas pressuposições da análise econômica o Direito é então compreendido como um conjunto de incentivos aos agentes econômicos, que premia as condutas eficientes e penaliza as ineficientes⁵³⁰. Portanto, pode-se dizer que de uma forma geral o movimento se encontra baseado numa perspectiva funcionalista, uma espécie de *economização* do Direito.

A este respeito, oportuno resgatar o entendimento de Paulo Mota Pinto:

Assume tal análise um ponto de vista funcionalista, em que o fim social decisivo é, se não a “utilidade total”, a “maximização da riqueza” (assim, Richard Posner) ou do “bem-estar”, procedendo a uma “economização do Direito” autolimitada a esses fins (entendidos embora com amplitude, mas deixando de fora os “problemas de distribuição”). E postula, não só um individualismo (metódico e antropológico), como necessariamente uma visão do indivíduo dominado por tal racionalidade utilitária, enquanto maximizador racional dos seus fins, em que aquilo que sente que deve fazer apenas

⁵²⁸ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006, p. 53. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

⁵²⁹ SADDI, Jairo. Análise Econômica da Falência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 353.

⁵³⁰ ALVAREZ, Alejandro Bugallo, op. cit., p. 52.

poderia relevar no contexto desta maximização, e o Direito aparece como técnica, operador ou instrumento desse fim⁵³¹.

Nas palavras de Carlos Santiago Nino⁵³², este tipo de enfoque econômico atribuído ao Direito é suscetível, tal qual o utilitarismo, concepção que alberga os seus principais fundamentos filosóficos, a uma série de objeções “[...] sobretudo porque ignora os problemas da distribuição, que constituem o núcleo do conceito de justiça”.

Tais objeções podem ser sintetizadas por intermédio de uma interessante sentença formulada por João Carlos Pietropaolo⁵³³, defendendo que há uma série de limites no aproveitamento dos critérios econômicos pela ciência jurídica, tanto na criação quanto na interpretação e aplicação do Direito. Apoiado neste raciocínio, pode-se dizer que é de difícil aceitação a ideia de atribuição de apenas um objetivo (promover eficiência econômica) à norma jurídica, mesmo em matéria de Direito Comercial.

Mas à análise econômica do Direito não se devem dirigir somente objeções. Tal como anotou Ivo Waisberg⁵³⁴, se por um lado não se deve sobrepor a interpretação econômica a outros valores do Direito, por outro também não se deve fechar os olhos e desconsiderar as possibilidades das análises econômicas.

⁵³¹ PINTO, Paulo Mota. Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise econômica: ilustrada com a análise das medidas de indemnização contratual. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coords.). **O Direito e o Futuro: o Futuro do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 170.

⁵³² NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 473.

⁵³³ A expressão “Limites de critérios econômicos na aplicação do direito [...]”, constitui a primeira parte do título da tese de doutorado de João Carlos Pietropaolo, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. PIETROPAOLO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do direito**. São Paulo, 2009, 254f. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo. Como a abordagem do autor esteve vinculada ao campo da hermenêutica, isto é, de aplicação do Direito (daí a segunda parte do título, “[...] hermenêutica e análise econômica do direito”), optou-se por agregar o vocábulo *criação*, na medida em que, diferentemente do trabalho de Pietropaolo, a presente investigação tem como foco as escolhas normativas, ou seja, o campo de criação do Direito, sendo a discussão sobre *aplicação* apenas tangencial.

⁵³⁴ WAISBERG, Ivo. Direito e Economia – O efeito bumerangue do populismo jurídico. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (org.). **A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 652-653. A abordagem do autor teve como foco as decisões judiciais, que constituem (ao lado, por exemplo, das escolhas normativas e das políticas públicas) um dos possíveis campos de utilização da metodologia da análise econômica do Direito. Entende-se que nada impede a utilização dos argumentos de base mais geral nesta tese, não obstante se encontrar direcionada preponderantemente para as escolhas normativas relacionadas ao tema da empresa.

Neste sentido, defende-se nesta tese que a análise econômica do Direito deve ser entendida e tratada como um instrumento exclusivamente analítico, sem que lhe seja atribuído qualquer caráter determinista em relação à indicação direta do sentido das regras jurídicas, que imponha a aceitação automática e absoluta das premissas econômicas⁵³⁵ pelo Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Não se trata, portanto, de um caminho único para o deslindar da empresarialidade (forma como a empresa deve se projetar no Direito Comercial brasileiro).

4.5. Diferentes caminhos para o deslindar da empresarialidade: a empresa como fenômeno complexo (econômico e social)

O tema da noção jurídica de empresa tem sido geralmente tratado segundo a aceitação de concepções de que, sob o ponto de vista metodológico, o seu enfrentamento deve necessariamente girar em torno de apenas duas alternativas. Tal enumeração de opções metodológicas foi proposta por Vincenzo Panuccio⁵³⁶ e replicada por Cássio Machado Cavalli.

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 empresa⁵³⁷.

Tendo sido examinadas, ao longo desta tese, diferentes propostas de construções jurídicas baseadas na assunção das opções metodológicas apontadas acima, pôde-se perceber que tais alternativas conduzem a transposições ou adaptações, pelos juristas, dos aspectos econômicos da empresa entendidos como de maior relevância para o Direito.

⁵³⁵ Neste sentido, ver: SALOMÃO Filho, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 42.

⁵³⁶ PANUCCIO, Vincenzo. Impresa (dir. priv.). In. **Enciclopedia del diritto**: Giuffrè, XX, 1970, p. 563-564.

⁵³⁷ 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. Porto Alegre, 2012, 304 fls. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Acredita-se que a assunção desses percursos metodológicos acabou por conduzir a resultados finais que têm nos elementos de ordem econômica o seu pano de fundo, presentes nas perspectivas tradicionalmente defendidas, que identificam a empresa como *atividade e/ou organização*; ou, ainda, em perspectivas recentemente incorporadas ao debate sobre a noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro, que amoldam a empresa a noções como as *de feixe ou nexo de contratos e/ou mecanismo de governança orientado à redução de custos de transação e/ou agência*.

Conforme alerta Jorge Manuel Coutinho de Abreu, tem prevalecido uma espécie de *modus faciendi* equivocado na transposição do pré-jurídico para o fenômeno jurídico-empresarial, no sentido da utilização do *método ontológico* de definir ou de formar conceitos. Tal *modus faciendi*, revela o professor de Coimbra, consiste numa metodologia inapropriada para uma inequívoca captação do fenômeno em seu plano jurídico, afinal,

Primeiro: não está provado que a empresa apresente inequívoca identidade no mundo do ser e permita, portanto, uma inequívoca captação. Pelo contrário - investigações de diferentes quadrantes (econômicos, sociológicos, etc.) têm-nos proporcionado imagens variadas dela; e as divergências reiteram-se no próprio seio de cada ramo do saber. Segundo: mesmo que por hipótese, se alcançasse a (uma única) definição pré-jurídica de empresa – ou, noutra perspectiva (não ontológica), o signo “empresa estivesse solidamente codificado ao nível metajurídico -, era mister provar que o direito recebia cabalmente, ou (mais precisamente) tinha de receber, essa definição (ou a significação do signo codificado)⁵³⁸.

Se, na esteira do que esclareceu Coutinho de Abreu, “a empresa aparece ao direito (que dela tem de ocupar-se) como fenômeno da vida econômica e social, como produto da vida”, seria possível, pois, tomar caminhos diferentes para o deslindar da “empresarialidade”: i) uma via oferecida passa pela análise da linguagem corrente ou cotidiana, pela semântica do significante ‘empresa’ (ou outros equivalentes); ii) outra

⁵³⁸ O autor não tomou o Direito Comercial brasileiro como objetivo específico de sua análise. Ainda assim, acredita-se ser válida a sua perspectiva crítica em torno da identificação de um *modus faciendi* equivocado nos processos de captação do significado do fenômeno empresa pelos ordenamentos jurídicos e pelos juristas que se dedicaram ao estudo do tema. Percebe-se que este padrão argumentativo e metodológico também se verifica dentre os comercialistas brasileiros. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de Abreu. **Da empresarialidade** (as empresas no direito). Coimbra: Almedina, 1999, p. 14-15.

via consiste na análise econômica da empresa, isto é, no exame do fenômeno pré-jurídico da empresa por intermédio da assunção das lições da ciência econômica; iii) por fim, uma terceira possibilidade seria captar a realidade social-empresarial por intermédio da sociologia⁵³⁹.

A partir da verificação de que existem outras possibilidades de investigação das definições meta ou pré-jurídicas da empresa, sugere-se que parece inadequado, do ponto de vista metodológico, reduzir as possibilidades de investigação deste tema a apenas dois percursos.

Ora, a empresa tem sido reconhecida simultaneamente como um dos pilares da sociedade contemporânea⁵⁴⁰ e como um fenômeno econômico complexo⁵⁴¹.

Há quem afirme, inclusive, que “a complexidade da empresa é devida ao fato de que existem várias teorias que buscam explicar o fenômeno empresarial”⁵⁴². Tal maneira de compreensão se aproxima da ideia de que o complexo é, em verdade, tudo aquilo que é observável sob vários ângulos.

A presente tese adota pressupostos e pontos de vista diametralmente opostos ao acima identificado. Isto porque se acredita na concepção de que a complexidade da empresa, objeto do estudo desta tese, deve-se não ao fato da existência de inúmeras teorias que procuram explicá-la. Ao contrário, defende-se que a complexidade desse fenômeno decorre das dimensões, elementos e características de distintas ordens que o compõem.

Assumem-se, com este propósito específico de análise da ideia da complexidade em torno da empresa, as pressuposições teóricas desenvolvidas por Edgar Morin⁵⁴³ em sua *teoria da complexidade*.

⁵³⁹ Ibidem, p. 14-15.

⁵⁴⁰ KIRSCHNER, Ana Maria. A sociologia brasileira e a empresa. In: SAINSAULIEU, Renaud; _____ (orgs.). **Sociologia da empresa**: organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 52.

⁵⁴¹ A empresa tem sido majoritariamente entendida pelos comercialistas como um fenômeno eminentemente econômico e complexo. Por todos, ver: SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**: Atividade Empresária e Mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1. Conforme alinhado na introdução deste trabalho, desenvolve-se a hipótese de que se trata de um fenômeno socioeconômico.

⁵⁴² CAVALLI, Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 417

⁵⁴³ Edgar Morin (pseudônimo de Edgar Nahoum) é um antropólogo, sociólogo e filósofo francês.

A teoria da complexidade consiste numa construção que questiona o ideal do conhecimento científico predominante desde o século XX, qual seja, o de busca por revelar as leis simples que regem determinados fenômenos complexos. De uma forma geral, visa a interligação dos conhecimentos e o combate ao reducionismo identificado como normalmente presente no estudo de diversos temas.

Segundo Morin, para o estabelecimento de verdades simples, em busca de uma ordem pura para a determinação de fenômenos complexos, grande parte dos cientistas tiveram suas análises pautadas, isolada ou conjuntamente, na aplicação dos seguintes meios: i) o princípio de ordem (engloba a ideia de determinismo e contém tudo aquilo que é estável, regular, constante, não sujeito a desordens ou eventualidades); ii) o princípio de separação (diz respeito a um conhecimento de caráter objetivo, que separa as matérias umas das outras, levando à especialização).; iii) o princípio de redução (pauta-se na noção de que o conhecimento de ideias elementares permite o conhecer os conjuntos dos quais elas são os componentes); e, iv) a validade absoluta da lógica clássica dedutivo-indutivo-identitária (confere validade quase absoluta à indução, atribui valor absoluto à dedução, descarta eventuais contradições surgidas num dado raciocínio)⁵⁴⁴.

Esta opção metodológica, orientada à busca de verdades simples, é criticada por Morin, sob o argumento de que conduz frequentemente a resultados reducionistas, simplificadores de fenômenos e realidades complexas sob estudo.

Para Morin, “a complexidade é um problema, é um desafio e não uma resposta”⁵⁴⁵. E o desafio da complexidade, esclarece, decorre do fato de os princípios acima terem sido questionados durante o curso do século XX, sem que se tenha sido pensada a necessidade de uma verdadeira reforma do processo de construção do pensamento e de produção do conhecimento.

Particularmente em relação ao fenômeno empresa, o autor destaca alguns pontos importantes relacionados à ideia de complexidade: i) conhecimentos simples não ajudam a conhecer as propriedades do conjunto; ii) o todo é mais do que a soma de suas partes; iii) o todo é menor do que a soma de suas partes; iv) o todo é ao mesmo tempo maior e menor do que a soma de suas partes. Em resumo, “o

⁵⁴⁴ MORIN, Edgar. **A religião dos saberes**: o desafio do século XXI. 11. ed. Tradução e notas de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 559-560.

⁵⁴⁵ MORIN Edgar, p. 522.

conhecimento das partes constituintes não basta para o conhecimento do todo, e o conhecimento do todo, claro, não pode ser isolado do conhecimento das partes”⁵⁴⁶.

Os elementos assinalados por Morin abalam muito profundamente as teorias econômicas focadas na assunção de pressupostos simplistas sobre a empresa e, particularmente, as teorias jurídicas fundadas eminentemente em aspectos econômicos da empresa. Desta forma, aplicada como método de análise, a teoria da complexidade impõe desde logo rechaçar qualquer lógica simplista e reducionista relacionada ao objeto de estudo.

As pressuposições teóricas econômicas acerca da empresa podem ter sido certas em dadas condições espaço-temporais limitadas, e em relação a determinados elementos característicos do objeto de estudo. Não obstante, sua cientificidade pode ser questionada ante a necessidade de redimensionamento da empresa de acordo com a complexidade que lhe é inerente, o que reclama inter ou multidisciplinaridade. De uma forma geral, pode-se perceber que foi na Economia (e no dado teórico econômico) que o Direito e os juristas se apoiaram para a formulação das mais distintas noções jurídicas de empresa⁵⁴⁷.

O *modus faciendi* típico das propostas fundadas exclusivamente no dado teórico econômico e pautadas unicamente em argumentos funcionalistas e consequencialistas (relacionados a critérios de maximização de eficiência), opera a individualização exclusiva de algum ou de um pequeno conjunto dos aspectos relacionados ao objeto de estudo, no caso, a empresa.

Cada uma dessas concepções econômicas normalmente promove a decomposição da empresa em um elemento característico central, como a organização, a hierarquia, as integrações vertical e horizontal, a governança voltada para a redução de custos de transação e de agência, a existência de um feixe ou nexo de contratos etc.

A partir desta especialização, pressupõem-se noções jurídicas de empresa influenciados ou atrelados a uma destas premissas, pautados no reconhecimento de tais aspectos, identificados como sendo inerentes ao objeto de estudo. Tais conceitos (provenientes de quadrantes econômicos), deve-se reconhecer, normalmente

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 563.

⁵⁴⁷ ARDUIN, Ana Lúcia Alves da Costa. A Teoria Jurídica da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 76.

destacam um conjunto de importantes atributos da empresa, mas dificultam um conhecimento mais completo e aprofundado sobre o objeto de estudo necessário à reformulação de uma noção jurídica adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Embora seja possível reconhecer a validade deste tratamento fracionado para o aprofundamento dos estudos sobre determinados aspectos que gravitam em torno da noção de empresa, a realidade é que a sua significação parece não se acomodar a nenhuma dessas categorias isoladamente consideradas. Classificá-la de acordo com um desses elementos característicos, somente, importa num retrato parcial e incompleto da realidade que se pretende conhecer: a empresa passa a ser vista a partir de um campo limitado de observação, inadequado para o deslindar da complexidade inata ao fenômeno.

Se, por um lado, pode-se acreditar e defender, na esteira do que assinalou Jorge Manuel Coutinho de Abreu⁵⁴⁸, o reconhecimento da existência de uma relação de interdependência entre Economia e Direito (marcada por influências e condicionamentos recíprocos entre ambos), que desafia análises interdisciplinares entre tais campos do saber; por outro lado, não se deve crer na aceitação pura e simples da Economia como arcabouço teórico para análise dos institutos jurídicos, especialmente aqueles mais marcados por influxos de ordem econômica e social.

Assim, repetindo os questionamentos do economista Carlos de Britto Pereira, em sua abordagem crítica sobre a NEI: “as instituições estarão realmente integradas em uma teoria econômica capaz de explicar os fenômenos econômicos atuais? E,

⁵⁴⁸ “É reconhecida a interdependência da Economia e do Direito. As estruturas e processos económicos são enquadrados por dados jurídico-normativos. O económico, requerendo o Direito, não pode deixar de influenciar este (quer se veja aquele como basicamente determinante ou condicionante quer não, certo é ser ele um dos factores constituintes do jurídico); por outro lado, o direito não deixa também de influenciar o económico, agindo sobre ele (desde acções predominantemente sancionadores de processos e estruturas surgidos espontaneamente na vida económica, até intervenções mais promotoras, ou críticas e regulativo-conformadoras). Lógico, por isso, o reconhecimento da utilidade das análises económico-científicas para a compreensão do direito (...). Porém, é também reconhecida a autonomia relativa do direito e da economia. Um não se reduz ao outro. Aliás, a interdependência de ambos supõe correlativa autonomia. E esta manifesta-se também, em geral, ao próprio nível dos conceitos ligados a cada uma dessas realidades. Um vocábulo ou locução típicos da linguagem económica – mesmo que monossêmicos – não têm de ser acolhidos na linguagem do direito com o mesmo sentido (à homonímia não corresponderá, por norma, perfeita sinonímia). Inseridas no direito, as expressões económicas transmudam-se em expressões jurídicas, cujo sentido há de ser apreendido de acordo com o respectivo contexto sistemático e funcional”. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade** (as empresas no direito). Coimbra: Almedina, 1999, 16-20.

mais, será possível, utilizando conceitos puramente econômicos, explicar esses fenômenos?⁵⁴⁹”

Aplicado o raciocínio acima ao debate sobre a edificação de uma noção jurídica de empresa adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo, tem-se que o reconhecimento da utilidade das análises econômico-científicas para o Direito (aqui, no sentido de escolha normativa) não pode implicar na aceitação da submissão deste a determinismos econômicos. Em outras palavras, na formulação de uma noção jurídica de empresa, ao mesmo tempo em que não se deve abrir mão das análises de natureza econômica acerca da empresa, não se deve estar restrito às mesmas.

Defende-se, assim, a importância, mas a insuficiência do referencial teórico econômico para a edificação de uma noção jurídica de empresa adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

No exame das concepções de empresa como *atividade/organização*, *mecanismo de redução de custos de transação*, *mecanismo de redução de custos de agência* ou *feixe* ou *nexo de contratos*, provenientes, respectivamente, das teorias econômicas da empresa (utilizadas como referencial teórico para a formulação de noções jurídicas) conhecidas como economia neoclássica e nova economia institucional, nota-se que a busca de verdades simples parece ter sido a tônica, na medida em que cada uma delas destaca apenas um ou um pequeno conjunto de aspectos das inúmeras interações que se fazem presentes em torno do fenômeno empresa, ora em relação de complementaridade, ora em relação de antagonismo.

Percebe-se que cada uma destas matrizes teóricas, sob o pretexto da especialização, ordena, separa, reduz os elementos que compõem a empresa (muito embora sejam, todos, intrínsecos ao fenômeno). Deste modo, ao decompor os diversos elementos constituintes do todo, apresentam como resultados finais propostas que individualizam exclusivamente um ou um pequeno conjunto dos aspectos da empresa, ou seja, parte de uma realidade bastante mais complexa.

Acredita-se que esta opção metodológica, aqui questionada, dificulta o conhecer das propriedades do conjunto, o que a torna inapropriada para fundamentar

⁵⁴⁹ PEREIRA, Carlos de Brito. **Notas para uma Crítica Institucionalista da Nova Economia Institucional**. Working Paper, FEA/USP, 2001, p. 51. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/WPapers/2001/01-009.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

a edificação de uma noção jurídica de empresa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

5 NECESSIDADE DE REVISÃO CRÍTICO-ESTRUTURALISTA DA NOÇÃO DE EMPRESA NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

5.1 Estruturalismo jurídico como alternativa para o Direito Comercial brasileiro.

A confirmação da hipótese de que a empresa consiste numa realidade econômica e também social, marcada por complexidade, impõe a consideração da inadequação (para fins de construção de uma noção jurídica no Direito Comercial brasileiro contemporâneo) dos diversos métodos que, sob o pretexto da especialização, buscam revelar simplesmente determinados aspectos econômicos relacionados à empresa.

Embora reconhecida a interdependência e a influência recíproca entre a Economia e o Direito, assim como a utilidade das análises econômicas para a compreensão deste e de seus institutos, é igualmente reconhecida a autonomia relativa de ambos, que deve se manifestar no âmbito das próprias definições ligadas a cada uma dessas realidades. Neste sentido, defende-se que a construção de conceitos jurídicos baseados somente em pressuposições teóricas isoladas de escolas do pensamento econômico consiste numa metodologia inapropriada para uma inequívoca captação dos fenômenos em seu plano jurídico, uma vez que fixa como referenciais teóricos unicamente as investigações provenientes dos quadrantes econômicos.

Tratando-se, a empresa, de fenômeno econômico e também social, deve-se reconhecer a importância do dado teórico econômico para a compreensão de determinados elementos que a compõem, relevância esta que deve se refletir não somente em relação aos aspectos internos da empresa, como também, de uma forma mais ampla, no que tange ao próprio ambiente institucional. Por outro lado, necessário considerar a insuficiência das lições econômicas para subsidiar a construção de uma noção jurídica da empresa adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Faz-se necessário, assim, apoiar este estudo num referencial teórico-metodológico mais abrangente, cuja proposta seja integrar os conhecimentos das ciências e correntes do pensamento (econômicas e sociais) que se encarregam da análise do objeto de investigação, com a finalidade de melhor conhecer e desvelar as suas propriedades: o estruturalismo jurídico (como alternativa para o Direito Comercial

brasileiro), baseado especificamente nas obras dos professores Emílio Suñe Llinás e Calixto Salomão Filho⁵⁵⁰.

5.1.1 O estruturalismo jurídico de Emílio Suñe Llinás

Em sua *Teoría Estructuralista del Derecho*, o espanhol Emílio Suñe Llinás, professor doutor catedrático de Direito da Universidade Complutense de Madri, apresenta e desenvolve uma teoria acerca do referencial teórico-metodológico do estruturalismo e sua aplicação ao Direito⁵⁵¹.

O modelo proposto por Llinás não se confunde com outras abordagens homônimas presentes nas demais ciências sociais, como por exemplo o estruturalismo antropológico de Claude Lévi-Strauss⁵⁵².

Para o autor o estruturalismo consiste mais do que uma filosofia (embora existam claras implicações filosóficas), apresentando-se como um verdadeiro método, que não considera as ciências e disciplinas como compartimentos estanques. Neste sentido, busca-se integrar (sem mesclar) uma perspectiva dogmática (estritamente jurídica) do Direito com uma visão mais ampla que o vincula a outras ciências e campos do conhecimento⁵⁵³.

Este referencial teórico-metodológico, segundo Llinás, tem como uma de suas vantagens a adequação para simplificar aquilo que é originalmente complexo⁵⁵⁴, na medida em que todos os aspectos da realidade podem ser entendidos e examinados

⁵⁵⁰ O uso da expressão *especificamente* é proposital no sentido de indicar o acesso a duas propostas específicas de um estruturalismo jurídico, que aqui são entendidas como passíveis de complementação entre si. Ambas as concepções de estruturalismo que serão apresentadas a seguir, não se confundem com os demais estruturalismos (jurídicos e não jurídicos) que lhes foram precedentes, como o de Claude Lévi-Strauss.

⁵⁵¹ LLINÁS, Emílio Suñe. **Teoría Estructuralista del Derecho**. Madrid: Universidade Complutense de Madrid, 2006.

⁵⁵² Para aprofundamento no estudo do estruturalismo antropológico remete-se o leitor à obra do próprio Claude Lévi-Strauss e ao trabalho de Philippe Descola. LÉVI-STRAUSS, Claude. L'analyse structurale en linguistique et en anthropologie. **Journal of the Linguistic Circle**, Nova Iorque, v. 1., n. 2, p. 1-21, ago. 1945. DESCOLA, Philippe. Claude Lévi-Strauss, uma apresentação. **Estudos Avançados**, v. 23, n. 67, p. 147-160, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v23n67/a19v2367.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2017.

⁵⁵³ LLINÁS, Emílio Suñe, op. cit., p. 23.

⁵⁵⁴ Aqui tomamos desde logo como exemplo o objeto desta investigação, a empresa.

como estruturas, isto é, na condição de totalidades integradas entre si por elementos que se relacionam e que respeitam determinadas leis⁵⁵⁵.

De acordo com Llinás, os fenômenos complexos são marcados simultaneamente por elementos e suas relações necessárias com a totalidade que as estruturas compõem⁵⁵⁶. A compreensão deste raciocínio resta facilitada com a observância do exemplo usado por Llinás, de uma molécula de água: trata-se de uma totalidade, uma estrutura, composta concomitantemente por elementos distintos que se relacionam, ou seja, dois átomos de hidrogênio e um de oxigênio⁵⁵⁷.

O autor parte do reconhecimento de que as ciências e as disciplinas não são compartimentos estanques, sendo possível e necessária a sua integração com o devido respeito às respectivas autonomias, tratadas como relativas. Desde esta perspectiva, a adequada compreensão de uma estrutura jurídica não pode prescindir da sua análise no contexto de uma estrutura social⁵⁵⁸.

Deste modo, em meio a um mundo marcado pela interdisciplinaridade o estruturalismo consistiria um *modus faciendi* adequado para a captação de um conhecimento científico mais amplo e não fragmentado acerca dos objetos de estudo. Uma particular maneira de se refletir acerca da realidade, diz Llinás⁵⁵⁹.

A ideia fundamental do autor parte da noção de estrutura como um todo em transformação, que pode ser identificada segundo duas premissas: i) uma estrutura consiste numa totalidade composta por diferentes elementos, que se relacionam de maneira interdependente em respeito a determinadas leis; ii) uma estrutura compõe um todo que não se confunde com a mera soma dos seus elementos integrantes, individualmente considerados; iii) uma estrutura se apresenta como um sistema de transformações diacrônico, que evolui e muda no tempo; iii) uma estrutura é um sistema marcado por autorregulação que, não obstante se altere no tempo, não perde a qualidade de um todo estrutural⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ LLINÁS, Emílio Suñé, p. 25.

⁵⁵⁶ Idem.

⁵⁵⁷ Ibidem, p. 26.

⁵⁵⁸ Idem, p. 26.

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 27.

⁵⁶⁰ Ibidem, p. 27-28.

O método estruturalista de Llinás se encontra associado a uma epistemologia específica, o Relacionismo, que se contrapõe a outras posturas epistemológicas clássicas como o Dogmatismo, o Escepticismo e o Relativismo. Segundo o autor, o Relacionismo parte da historicidade das realidades sociais, entre as quais se encontra o Direito, estando pautado principalmente no reconhecimento de sua variabilidade espaço-temporal. Em outras palavras, a epistemologia relacionista apoia o exame dos fenômenos e a produção do conhecimento de maneira contextualizada⁵⁶¹.

Desde esta visão, a Economia é entendida como uma subestrutura do sistema social e, portanto, não pode ser considerada e analisada abstratamente como se ao mesmo fosse alheia. Isto porque, as relações pessoa-coisa e pessoa-pessoa em razão de uma coisa, que constituem o sistema econômico, não se dão à margem da estrutura social em geral⁵⁶².

Surge a partir daí a ideia de existência de uma subestrutura política no âmago da estrutura social, cuja finalidade principal é conferir caráter de todo estrutural à comunidade político-jurídica em particular. Caso contrário a estrutura social seria caracterizada não por uma harmonia entre seus elementos, mas sim por mera justaposição de sistemas, os quais poderiam ser governados por racionalidades desassociadas daquela conferida pelos postulados políticos⁵⁶³.

Ao Direito, por sua vez, cabe o papel de fio condutor da análise estruturalista da política, atuando na condição de uma das principais ordens da normatividade social (ao lado de outras ordens como a religiosa e a moral), regulando a convivência social de acordo com os balizamentos preconizados pela subestrutura política da sociedade⁵⁶⁴. Em outras palavras, trata-se o Direito do principal instrumento de que dispõe a comunidade política para a organização da estrutura social, sendo certo que as normas jurídicas devem expressar um conjunto de valores sociais⁵⁶⁵.

As ideias acima são entendidas como de especial importância para as reflexões mais gerais acerca do sistema econômico brasileiro e, particularmente, como suporte

⁵⁶¹ LLINÁS, Emílio Suñé, p. 28-29.

⁵⁶² Ibidem, p. 30-31.

⁵⁶³ Ibidem, p. 31-32.

⁵⁶⁴ Ibidem, p. 33-34.

⁵⁶⁵ Ibidem, p. 34-35.

teórico-metodológico para se repensar a noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Do primeiro aspecto, decorre a necessidade de que o sistema econômico e o seu desenho institucional estejam integrados aos postulados políticos básicos da comunidade político-jurídica brasileira, expressos na Constituição de 1988, seu Texto Fundante⁵⁶⁶. Afinal, como visto a Economia é entendida como uma subestrutura do sistema social que não pode ser considerada e analisada abstratamente como se ao mesmo fosse alheia.

Em relação ao segundo ponto, o Direito, como fio condutor da análise estruturalista da política, principal ordem da normatividade social a convivência social, deverá fazê-lo segundo a observância dos balizamentos preconizados, realidade em que as normas jurídicas devem expressar um conjunto de valores sociais.

Reflete-se, deste momento em diante, acerca da aplicação da perspectiva estruturalista de Llinás ao objeto de estudos da presente tese, a empresa, para um melhor conhecimento de como deverá se dar a sua projeção perante o Direito Comercial brasileiro.

Se a empresa pode ser compreendida como um aspecto da realidade (segundo nosso entendimento, econômica-social), originalmente complexo, que constitui uma totalidade integrada por elementos que se relacionam entre si, e se apresenta como um sistema de transformações, marcada por autorregulação, e que evolui no tempo sem perder a característica de todo, pode ser analisada como uma estrutura.

Desta forma, torna-se necessário o conhecer destes elementos (incluindo, mas sem se restringir, aos de ordem econômica) que formam o *todo* empresa, para sua correta apreensão enquanto realidade econômico-social.

O referencial teórico-metodológico estruturalista desde a perspectiva de Llinás, aplicado como suporte à conformação de uma noção jurídica de empresa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo, indica dois sentidos: i) que a disciplina normativa da empresa pelo Direito Comercial não se pode afastar dos balizamentos preconizados pela subestrutura política da sociedade; e, ii) que, no processo de identificação das bases para a construção de uma noção jurídica adequada, não se

⁵⁶⁶ Em interessante constatação, Llinás destaca que o mais importante antagonismo político do século XX, entre Capitalismo e Socialismo, é estabelecido a partir de uma definição econômica. Em outras palavras, uma economia será capitalista, baseada na ideia de livre mercado, ou socialista, fundada nas noções de centralização e planificação, a partir de uma decisão política. *Ibidem*, p. 32.

pode prescindir do conhecimento dos elementos característicos que compõem a estrutura empresa, formando o todo integrado.

Importante, assim, conhecer os elementos que resultam das decisões políticas que condicionam e atribuem sentido ao agir econômico na sociedade brasileira, bem como dialogar com aportes teóricos provenientes de ciências que, baseadas em suas autonomias (relativas), também procuraram buscar a verdade (o seu modo de ver a realidade) por trás deste fenômeno marcado pela interdisciplinaridade.

Finalmente, diante da premissa de que tais ciências e disciplinas não são compartimentos estanques, cabe realizar a integração de suas perspectivas sobre o objeto de estudo, reservando-se ao Direito o importante papel de atuar como uma espécie de articulador (mas crítico e valorativo) das informações provenientes dos demais campos do conhecimento que se ocupam da análise do objeto.

Acredita-se, desta forma, que a concepção estruturalista de Llinás tem muito a contribuir como suporte teórico-metodológico para a captação de um conhecimento mais amplo e menos fragmentado acerca desta estrutura em particular, inserida num contexto espaço-tempo específico.

5.1.2 O (novo) estruturalismo jurídico de Calixto Salomão Filho

Em sua *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*, Calixto Salomão Filho, professor titular de Direito Comercial da Universidade do Estado de São Paulo - USP, busca resgatar (e renovar) uma tradição de pensamento crítico no Direito Comercial. Segundo relata, esta tradição teria surgido na Faculdade de Direito da USP, nas décadas de 70 e 80, por intermédio dos trabalhos de autores como Modesto Carvalhosa e Fábio Konder Comparato, os quais, respectivamente, analisaram (criticamente) o anteprojeto e posterior lei das sociedades por ações - Lei 6.404/76, e a função social dos bens de produção.

Na teoria ventilada por Salomão Filho, a retomada e renovação (baseada em inovações e reformulações) da ideia de pensamento crítico em Direito Comercial vêm associadas ao referencial teórico-metodológico do estruturalismo jurídico, apresentado pelo autor como uma alternativa para o Direito (em especial, o Direito

Comercial)⁵⁶⁷. Direito que, nas suas palavras, encontra-se num estado de letargia que já dura mais de 300 anos, período em que se consolidou muito mais como um instrumento de manutenção das estruturas (econômicas, especialmente) existentes, do que propriamente como um Direito transformador da realidade.

Ao lançar os olhos sobre o Direito, o autor parte da constatação (crítica, repita-se) de que este talvez seja, ultimamente, o ramo do conhecimento social que “mais de perto e com mais intensidade venha sentindo e se submetendo aos desígnios de outras ciências sociais”⁵⁶⁸ (economia, principalmente). De acordo com esta visão, o Direito tem assistido, passivamente, à formação (e contribuído, portanto, para a manutenção) histórica de estruturas econômicas desestabilizadoras do sistema jurídico, “exatamente porque levam à determinação das normas de conduta por padrões de poder e não por valores”.

As suas reações a estas concepções (que aponta como dominantes no Direito em geral) são particularmente voltadas para os dois ramos do Direito que lidam mais diretamente com a organização e disciplina jurídica da atividade econômica, isto é, o Direito Econômico e o Direito Comercial. Tais disciplinas em geral (e alguns de seus institutos, em particular), marcadas pela força determinante das estruturas de poder econômico formadas ao longo da história, são então postas em perspectiva crítica, conectada por um ponto central: o reconhecimento, em ambos os casos, da necessidade de mudanças estruturais baseadas numa revisão do funcionamento do sistema econômico por intermédio do Direito⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ De acordo com o autor, a opção pela utilização da expressão *estruturalismo* diz respeito mais a uma razão de conteúdo (identificação, crítica e transformação das estruturas econômicas e jurídicas associadas a relações de poder e de dominação, que acabam por conduzir à determinação das normas jurídicas por poder e não por valores) do que uma razão histórica (ligação a uma teoria anterior igualmente denominada). O estruturalismo proposto opõe-se à teoria dos sistemas, na medida em que não vê no Direito (e na teoria do Direito) um sistema autorreferencial e programável com base unicamente em seus princípios e funcionamento interno próprios. Desde esta perspectiva, identificar, criticar e propor transformar tais estruturas, não implica construir um sistema. Conforme ressalta Salomão Filho, a teoria jurídica é uma teoria social e, desta forma, não se encerra numa discussão dogmática-legalista-sincrética-intimista, dependendo sempre de influxos, informações e comparação com outras teorias e campos do conhecimento. Assim, a teoria jurídica do conhecimento econômico e social proposta “[...] não se dissocia e não pode ser compreendida ou interpretada sem a contribuição e o diálogo com outras teorias sociais”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 259-261.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 253.

⁵⁶⁹ Veja-se que, aqui, a proposta (Direito transformador da realidade econômica e social) se apresenta como diametralmente oposta a perspectivas como a exposta por Rachel Sztajn, para quem o Direito apenas reconhece e convalida mudanças, não as produz. SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 5.

Algumas destas estruturas desestabilizadoras denunciadas por Salomão Filho, associadas ao conservadorismo que lhes permite manter as vigas de sustentação, encontram-se particularmente presentes no Direito Comercial contemporâneo – no Direito brasileiro, inclusive -, campo do conhecimento em que se tem verificado a aceitação e até mesmo a valorização do poder econômico⁵⁷⁰. Este ramo da ciência jurídica, relata o autor, tem sido marcado por um quadro sombrio que se caracteriza como uma verdadeira disfunção, na medida em que simultaneamente: i) “vem associado a manutenção das estruturas e conservadorismo, mesmo em uma época em que o sistema capitalista tão gritantemente clama por mudanças de fundo”; e ii) “vem sendo reduzido a uma mesmice pragmática em que chavões de homens de negócios são incorporados pelo meio jurídico e reproduzidos com princípios jurídicos que devem ser constantemente repetidos”⁵⁷¹.

Diante de tais constatações, Salomão Filho procura resgatar (como ele próprio assinala na introdução de sua *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*) e renovar uma perspectiva do conhecimento em que o Direito Comercial ganha importância e sentido novos, posicionando-se não como passivo observador e receptor de dados do cotidiano econômico-empresarial, mas sim como um instrumento de transformações econômicas e sociais. Passa a se preocupar, também, com a transformação de dados econômicos em valores e, assim, a influenciar o próprio conhecimento da vida econômica-empresarial⁵⁷².

As origens e fundamentos do estado de letargia do Direito - decorrente de sua submissão ao poder econômico - são explicitados pelo autor em breve percurso histórico, que remonta ao surgimento da perspectiva do racionalismo jurídico, com sua transição ao positivismo jurídico.

Salomão Filho inicia a sua análise pela denominada fase de ruptura interna da ciência jurídica, oriunda do movimento epistemológico conhecido como racionalismo jurídico. Esta ruptura, que teve em Samuel Pufendorf o seu representante mais influente, pode ser entendida como uma cisão entre moral e Direito, que se opera

⁵⁷⁰ Neste ponto, Salomão Filho destaca que, dentro do movimento da análise econômica do Direito, o poder econômico apresenta-se como algo a ser, na maioria das vezes, estimulado. Este movimento, conforme aponta, tem se apresentado como de marcada e crescente influência no direito da empresa. SALOMÃO FILHO, Calixto, **Teoria...**, op. cit., p. 30-31.

⁵⁷¹ Ibidem, p. 7.

⁵⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.

quando o fundamento deste passa a repousar na lógica, e não em algum elemento religioso ou ético. Tem-se, deste modo, um sistema racional e autointegrado de disciplina das relações sociais⁵⁷³.

O autor aponta que essas duas características, a busca da racionalidade científica e a autointegração, desde então passaram a acompanhar os ordenamentos jurídicos ocidentais (de Direito codificado) até os dias atuais. No primeiro caso, a criação e interpretação do Direito passam a objetivar fundamentalmente a demonstração lógica, em substituição ao método exegético-histórico. Por seu turno, a segunda característica contém a aposta na crença de que tal método (lógico) possibilita a solução de todas as situações da vida social⁵⁷⁴.

Este movimento de concentração do Direito em torno de esquemas lógico-formais, aliado à afirmação da autossuficiência do sistema jurídico, teria conduzido ao seu fechamento em torno de si mesmo, pavimentando o caminho para o surgimento do positivismo dogmático no século XIX, estabelecido sobretudo na Alemanha através da Pandectística. No sistema racionalista-pandectista, “a lógica substitui o conceito de justiça, determinando-o”⁵⁷⁵.

Com a promulgação do Código Civil alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, 1900), o chamado positivismo jurídico (já estabelecido em outros países, notadamente na França) se consolida e, nas palavras de Salomão Filho, passa a dominar a cena dos países de *Civil Law*. O então novo movimento reforça ainda mais as “elucubrações lógicas e racionais, cada vez mais distante de valores e seus princípios”, e pavimenta o caminho para a “submissão do Direito aos desígnios técnicos de outras ciências”⁵⁷⁶.

A partir de então, “a afirmação e prevalência do movimento positivista têm enorme efeito sobre a afirmação e prevalência da ideia do poder econômico no campo do direito”. Em meio a esta lógica de exacerbação da racionalidade, o Direito passa a ser visto como instrumento para consecução de objetivos econômicos⁵⁷⁷.

⁵⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Teoria...**, op. cit., p. 29.

⁵⁷⁴ Idem.

⁵⁷⁵ Idem.

⁵⁷⁶ Ibidem, p. 29-30.

⁵⁷⁷ Ibidem, p. 30.

De fato, os contornos da teoria desenvolvida pelo professor Calixto Salomão Filho⁵⁷⁸, por seu perfil e fundamentação crítico-estruturalista, dão suporte à elaboração de estudos e reflexões que tenham como finalidade a revisão de concepções tradicionais enraizadas no Direito Comercial brasileiro.

Em consequência, apresenta-se como base de sustentação de reflexões críticas e, o que é mais importante, de edificação de conteúdos propositivos alternativos, sempre direcionados à transformação das estruturas no bojo das quais é possível detectar traços marcantes da influência dos determinismos econômicos no Direito.

Uma das vertentes críticas apresentadas pelo autor é designada como *O Averso do Direito Empresarial*. Em outras palavras, um Direito Empresarial ao avesso, em que “[...] regras são cumpridas ou descumpridas muito mais em função dos interesses envolvidos na relação e de seu poder relativo do que da efetiva existência e do conteúdo dos princípios e regras existentes”⁵⁷⁹.

Segundo esta visão, há casos em que se verifica a coincidência de “dois ou mais direitos”, ou seja, a existência expressa e simultânea de dispositivos díspares, de sentido muitas vezes diametralmente opostos. Opera-se, assim, diante da existência de situações concretas em que se fazem presentes esses dois ou mais direitos, a contínua prevalência de um deles “consistentemente direcionada a proteger as estruturas e grupos de interesse detentores de maior poder econômico [...]”⁵⁸⁰, privilegiando assim aqueles grupos e interesses mais beneficiados pelo processo econômico.

Salomão Filho adverte que este problema se verifica em diversos institutos jurídicos, como no contrato, na patente, no monopólio e, particularmente (para fins deste trabalho) na empresa, o “organismo central de funcionamento do direito empresarial”. No que diz respeito à empresa, aponta que a questão principal se põe

⁵⁷⁸ Aqui, repete-se a expressão *teoria* inserida no título da obra. Conforme exposição do próprio autor, muito embora não se trate de uma obra que buscou a completude de temas, a inclusão deste termo no título se justifica em função da coesão metodológica em torno da crítica das estruturas que emperram ou limitam as mudanças no Direito Comercial.

⁵⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto, p. 123-124.

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 134.

na clássica indagação formulada por Walther Rathenau⁵⁸¹, isto é: a empresa deve servir aos objetivos dos seus titulares ou ao interesse público?

O autor, ao ilustrar a aceitação e valorização do poder econômico pelo Direito Comercial, trata da questão da formação da concentração do poder econômico no âmbito da empresa, que se opera tanto externa quanto internamente a ela. Dita constatação leva Salomão Filho a identificar a necessidade de reflexões críticas sobre as empresas e o seu funcionamento, para a conseqüente apresentação de propostas e análises críticas transformadoras⁵⁸².

Esta aceitação do poder como um dado da realidade (e não como algo que deva ser combatido ou eliminado), desde a perspectiva interna à empresa, acaba por implicar, em alguns sentidos, na concepção de vinculação do Direito Comercial contemporâneo aos exclusivos interesses dos *empresários* ou⁵⁸³, mais precisamente (frisamos) daqueles que exercem o domínio sobre os bens de produção (titulares da atividade econômica desenvolvida, seja qual for a forma jurídica adotada)⁵⁸⁴. Este seria um óbice ao estabelecimento de agendas progressistas e transformadoras da realidade.

Segundo Salomão Filho, a contribuição do Direito no que tange à implementação de uma agenda progressista e transformadora da realidade

⁵⁸¹ Walther Rathenau, autor alemão, em “La realtà della società per azioni. Riflessioni suggerite dall’esperienza degli affari”, tradução italiana da obra “Vom Aktienwesen-Eine geschäftliche Betrachtung, publicada originalmente em Berlin, 1917. Para maior aprofundamento sobre o autor e a sua obra, consultar: LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra: “A Teoria da Empresa em Si”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 128, ano XLI (Nova Série), p. 199-223, out./dez. 2002.

⁵⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto, p. 9-10.

⁵⁸³ Conforme visto anteriormente, o Código Civil de 2002 não conceitua diretamente a empresa. Muito embora ostente, em seu livro II, o título *Direito de Empresa*, o diploma legal preocupa-se menos com a empresa e mais com a figura do *Empresário*, ou seja, aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Não é de se estranhar que, desde esta perspectiva, a empresa tenha sido tratada como mera expressão de uma atividade, explicitando uma racionalidade unicamente formal e de caráter apenas econômico, tendo como resultado a inexistência, no Código, de dispositivos voltados ao reconhecimento e proteção de eventuais direitos e interesses de outras partes, para além daqueles que ostentam e exercem domínio sobre os bens de produção (no caso, figuras jurídico-organizativas como o empresário individual, a sociedade empresária e a empresa individual de responsabilidade limitada, esta última inserida ao Código somente em 2011, já que não constava de seu texto original).

⁵⁸⁴ Esta afirmação a respeito dos interesses merece melhor explicação. Conforme explicitado, no Código Civil atual, em que se encontra disciplinado o Direito de Empresa, não são encontradas referências no sentido do reconhecimento e proteção de interesses outros que não os daqueles que exercem o domínio sobre os bens de produção. Por outro lado, a Lei 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, faz referência a direitos e interesses de outras partes (art. 116, parágrafo único) e função social da empresa (artigo 154).

econômica e social depende da intervenção legislativa direta sobre determinadas estruturas econômicas (e nos institutos jurídicos que as protegem). Não no sentido de uma tentativa de planejamento ou definição dos resultados do processo econômico (que seria inútil), mas sim com a finalidade de proteger valores que são instrumentais à construção de um modelo mais amplo de um devido processo econômico, voltado ao desenvolvimento em seu sentido real, ou seja, econômico e social (e não somente à proteção dos interesses daqueles que exercem o domínio sobre os bens de produção)⁵⁸⁵. Para tanto, assinala o autor:

[...] é necessário que uma outra modificação de método se faça sentir. É passada a hora de complementar as tradicionais declarações de princípios por uma identificação dos interesses a serem protegidos pelos princípios e normas. Explico-me. Declarações de princípios, indefinidas, prestam-se tanto a sua aplicação quanto ao contrário dela. Imagine-se, por exemplo o princípio da função social do contrato. Já foi interpretado tanto como um desidratado dever de equilíbrio interno ao contrato como de consideração dos interesses externos ao contrato. Sem uma definição dos interesses envolvidos pelo contrato e que devem ser considerados em sua aplicação, a força desse princípio como guia valorativo para regras torna-se muito diminuta⁵⁸⁶.

Desde esta perspectiva de mudança de método, uma das propostas esboçadas por Salomão Filho reside na elaboração ou identificação de *dispositivos declaratórios de interesses*, para a adequada consideração e sopesamento dos interesses envolvidos pela aplicação do Direito Comercial.

Trata-se de uma intervenção de natureza estrutural, com a finalidade de se estabelecer determinados interesses que devem ser respeitados ou ao menos considerados⁵⁸⁷ na disciplina jurídica do Direito Comercial.

A visão crítico-estruturalista de Salomão Filho é alicerçada numa matriz epistemológica de pensamento baseada numa concepção em que o Direito é entendido como um instrumento de transformações econômicas e sociais, impulsionado por uma *teoria jurídica do conhecimento econômico e social*.

⁵⁸⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento. **Revista de Estudios Brasileños**, v. 1, n. 1, 2014, p. 47. Disponível em: <<https://reb.universia.net/article/view/3/reglamentacion-actividad-empresarial-desarrollo>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

⁵⁸⁶ Ibidem, p. 47-48.

⁵⁸⁷ Idem, p. 47.

De acordo com esta acepção⁵⁸⁸, os valores da sociedade, democraticamente estabelecidos, precisam influenciar tanto os processos de edificação de escolhas normativas (inclusive, no que diz respeito à configuração ou reconfiguração de institutos jurídicos) como também as interpretações atinentes ao Direito Comercial⁵⁸⁹.

Na *teoria jurídica do conhecimento econômico e social* os *dispositivos declaratórios* de interesses são apresentados como um terceiro tipo ou categoria de norma jurídica⁵⁹⁰, ao lado das tradicionais princípios e regras⁵⁹¹ (segundo a classificação mais comumente adotada pela doutrina).

⁵⁸⁸ Tendo em perspectiva a classificação exposta por Norberto Bobbio, apresentada nas PREMISAS INICIAIS desta tese, defende-se o enquadramento da *teoria jurídica do conhecimento econômico e social* como uma concepção filosófica – valorativa e deontológica -, por ser dotada de uma estrutura teleológica, que entende o Direito como um ordenamento destinado a realizar certos fins-valores (no caso, transformações econômicas e sociais). BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilação por Nello Morra. Tradução e notas por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 138.

⁵⁸⁹ Portanto, defende-se aqui o instrumentalismo econômico; não o jurídico.

⁵⁹⁰ O autor desenvolve os contornos das ideias acerca dos dispositivos declaratórios de interesses em dois de seus trabalhos, quais sejam: SALOMÃO FILHO, Calixto, **Teoria...**, op. cit., p. 261-266; SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulamentação...**, op. cit., p. 47-52. A base teórica deste último trabalho (artigo científico), sob o título **Regulação empresarial para o desenvolvimento**, fora veiculada antes, na obra **Regulação e desenvolvimento: novos temas**, organizada por Salomão Filho e publicada pela Malheiros Editora, em 2012.

⁵⁹¹ Tal como adverte Virgílio Afonso da Silva, “o conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infindáveis controvérsias e os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina”. O autor descreve que, embora o debate acerca da distinção entre regras e princípios não seja algo recente – já presente em trabalhos como os dos alemães Walter Wilburg (1941) e Josef Esser (1956) -, ganha força e se desenvolve de maneira mais aprofundada com os trabalhos de Ronald Dworkin (no original, *Taking Rights Seriously*, de 1977) e Robert Alexy (no original, *Theorie der Grundrechte*, de 1984). Para Virgílio Afonso, as teses de Dworkin e Alexy têm traços em comum – tese da separação qualitativa entre regras e princípios, segundo a qual a distinção entre ditas categorias de normas seria de caráter lógico. Na tese de Dworkin, segundo a leitura de Virgílio Afonso, “[...] ao lado das regras jurídicas, há também os princípios. Estes, ao contrário daquelas, que possuem apenas a dimensão da validade, possuem também uma outra dimensão: o peso. Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, e portanto, não são aplicáveis. No caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto”. Por sua vez, na tese de Alexy, também descrita por Virgílio Afonso, “[...] princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser - e frequentemente é - obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 P P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C. Visto que para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios,

Nesta nova classificação o gênero norma jurídica seria então composto por princípios e regras⁵⁹², e dispositivos declaratórios de interesses.

Os dispositivos declaratórios, nesta perspectiva, consistem em um novo instrumento normativo voltado à enumeração (reconhecimento e proteção) de interesses envolvidos por um determinado princípio ou regra. Adicionalmente, as doravante chamadas normas-dispositivos se apresentam também como determinantes para a interpretação das demais, isto é, as normas-princípios ou normas-regras de Direito Comercial a ele relacionados⁵⁹³.

Isto significa que, para além da enumeração dos interesses envolvidos, tais dispositivos declaratórios, ao lado dos princípios, devem se constituir igualmente como guias interpretativos para o restante da legislação específica sobre determinadas áreas⁵⁹⁴. De acordo com este raciocínio, ditas normas jurídicas não

fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes. Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar”. Haveria ainda, segundo Virgílio Afonso, duas outras teses sobre a matéria: i) uma que defende que a distinção entre regras e princípios é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade (sendo esta a posição mais difundida no Brasil); e, ii) uma que rejeita a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003, p. 607. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2017. Na presente tese, que trata especificamente de Direito comercial (e não de teoria do Direito ou teoria da norma), não se buscará enfrentar tais discussões, mas tão somente apontá-las no sentido da apresentação de algumas das principais bases teóricas em debate, por intermédio de um trabalho (Virgílio Afonso) considerado referência entre os seus pares e citado por nada menos do que 219 (duzentas e dezenove) vezes.

⁵⁹² Sobre a classificação das normas como gênero, do qual seriam espécies as regras e os princípios, ver: TAVARES, André Ramos. Princípios constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (coords.). **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 406. Vale, igualmente, destacar a posição de Lenio Luiz Streck, para quem as normas consistem num conceito interpretativo e a normatividade emerge, na verdade, de um quadro factual constituído por regras e princípios. De acordo com o ensinamento deste jurista, as normas são o produto de uma dimensão deontológicas própria do Direito, sendo que este se articula a partir de regras e princípios. STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo) constitucionais (Pós-fácio). In: OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 188-189.

⁵⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulamentação...**, op. cit., p. 50.

⁵⁹⁴ Salomão Filho manifesta interessante posição no que diz respeito à forma de implementação destas medidas (dispositivos declaratórios), sugerindo que as mesmas ocorram não por intermédio de um Código, mas sim mediante regulamentos ou leis específicas, contendo apenas os dispositivos e os princípios aplicáveis. Deve-se procurar entender e contextualizar esta ideia. Na verdade, a base de sustentação desta postura está em uma série de críticas (percebidas ao longo da análise de diversos de seus trabalhos) que o autor dirige a algumas consequências das experiências codificadoras do Direito Privado - iniciadas no século XIX -, tidas como intimistas e como berço de uma compreensão

devem se revestir de caráter genérico e geral - editadas para aplicação em uma generalidade de áreas (ex.: teoria geral da empresa e teoria dos títulos de crédito, simultânea e indistintamente) - sendo sua utilidade proporcional ao grau de especificidade (ex.: teoria geral da empresa, somente) possível de ser alcançado⁵⁹⁵ em seus textos e conteúdos normativos⁵⁹⁶.

Esta visão, particularmente aplicada à disciplina normativa da empresa no âmbito do Direito Comercial brasileiro, parte do pressuposto de que há interesses que precisam ser reconhecidos e protegidos sempre que se trata da atuação da empresa (que afeta todos eles) perante os mercados, sendo necessário, desta forma, a

positivista do Direito, que, por um lado, permitiram a consolidação de uma visão propugnada pelos racionalistas desde o século XVIII, e, por outro, influenciaram (negativamente) o Direito Comercial. Esta combinação entre positivismo e exacerbada racionalidade, segundo Salomão Filho, permite ver no Direito um instrumento para objetivos econômicos. Algumas das implicações concretas para o Direito empresarial teriam sido a ausência de discussão acerca de interesses (sob a alegação de que seria dogmaticamente equivocado e economicamente perigoso, em função da ideia de que implicaria em desestímulo à atividade empresarial), a aceitação da marcha do pragmatismo advindo de determinadas formulações teóricas no campo econômico e o fortalecimento do movimento da análise econômica do Direito, baseada em finalidades como a eficiência, transferindo para o jurista a tarefa de intérprete dos objetivos fixados pelos economistas. É assim que o Direito Comercial, influenciado por raciocínios econômicos, passa a incorporar determinados postulados oriundos da análise econômica (especialmente aqueles de mais fácil compreensão e mais alinhados com chavões de mercado – e mais contrários ao debate sobre interesses -, como conferir segurança e previsibilidade à atividade empresarial). Após esta explicação, convém reproduzir as palavras de Salomão Filho acerca de sua preferência pela lei específica (para a regulação dos dispositivos declaratórios) em detrimento do Código: “Essa regulamentação deve ser introduzida por via de lei. Prefere-se não utilizar aqui a palavra código por uma razão histórica e outra teórica. A palavra código está intimamente ligada às experiências codificadoras do direito privado (civil e comercial) do século XIX. O grande problema dessas legislações, que as torna ultrapassadas nos dias de hoje é exatamente o seu intimismo. Berço da compreensão positivista do direito, foram os códigos que permitiram aplicar a visão do direito propugnada pelos racionalistas do século XVIII (Pufendorf e seus discípulos) segundo a qual a ciência do direito é formada por um conjunto de princípios lógicos e racionalmente dedutíveis. Os Códigos foram além, adicionando uma pretensão de universalidade”. De acordo com o autor, “o novo Regulamento ou lei deve conter apenas esses dispositivos e princípios. Referidos dispositivos declaratórios e princípios são então guias de interpretação para o restante da legislação, que deve ser mantida em diversos microssistemas, cada um deles iluminado por seu específico dispositivo declaratório e princípio. Esses dispositivos e princípios podem sim, mas só eles e desde que nesse formato, ser agrupados em um único regulamento. Essa solução deve ser preferida a um Código genérico e abstrato, que tem a pretensão de aplicação universal e de consolidação de todas as diversas matérias envolvidas pela empresa, - que como visto convida ao intimismo e fechamento em relação à discussão de valores, erro do passado a não ser repetido no presente”. Idem, p. 45-52.

⁵⁹⁵ Ibidem, p. 48.

⁵⁹⁶ Sobre a relação (e as diferenças) entre texto e norma, remete-se o leitor a: STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 1, p. 2-20, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540/2945>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

elaboração de um conjunto de dispositivos declaratórios de interesses, assim como de princípios a eles ligados⁵⁹⁷.

O professor Salomão Filho não avançou no aprofundamento de questões específicas sobre todas as diversas subáreas do Direito Comercial. Ao contrário, já na introdução da sua obra destacou que a mesma se caracterizava por apontamentos gerais, e que ali não se esgotava. A ideia anunciada em seu título, *Revisão crítico-estruturalista...*, acaba por destinar-se mais a um projeto geral de resgate da tradição e introdução de inovação no pensamento crítico em Direito Comercial e, em paralelo, à consolidação de uma escola dotada de presente, passado e futuro.

Trata-se, portanto, de uma base teórico-metodológica para raciocínios críticos, reflexivos e propositivos, voltada para aprofundamentos dos estudos e compreensões sobre temas delimitados, cujo propósito maior reside na construção de um Direito Comercial simultaneamente organizador da sociedade e transformador de suas estruturas (criticar, revisar e transformar).

Pelas razões alinhadas acima, esta disposição para a mudança, forjada a partir de uma perspectiva crítica, constitui-se ao lado do estruturalismo de Llinás como referencial teórico-metodológico da presente tese, através da qual, particularmente, pretende-se a revisão da noção jurídica daquela que se acredita ser (mas que, na realidade brasileira, não tem sido tratada como se fosse) a principal estrutura do capitalismo, ou seja, a empresa.

A perspectiva que se pretende construir, baseada neste diferente modo de pensar, põe-nos ao lado daqueles “que não se conformam com as definições simplificadoras e os sistemas prontos, lógico-intimistas, dos manuais, tratados e obras tradicionais em direito”⁵⁹⁸.

Nesta trajetória de crítica e revisão estruturalista da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro, não se aceita a vinculação estrita à dogmática jurídica (aqui entendida como perspectiva estritamente jurídica e formalista), assim como não se acolhe a integração interdisciplinar do Direito unicamente para com a economia (que tem resultado, em muitos sentidos, na assunção pura e simples das lições econômicas e, em última análise, na determinação das normas de conduta com base em padrões ditados pelos economistas).

⁵⁹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulamentação...** p. 48.

⁵⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Teoria...** p. 7.

5.2 Elementos de compreensão da revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

O presente subtítulo será dedicado à abordagem de alguns elementos de compreensão da revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Parte-se da crítica às concepções rivais caracterizadas pela assunção de uma premissa restrita, segundo a qual a empresa é tida como um fenômeno eminentemente econômico, perspectiva que acaba por servir como uma espécie de sustentáculo de uma ideia-força principal, orientadora das distintas noções: sendo a empresa um *fenômeno econômico*, a sua compreensão e disciplina, pelo Direito, deve estar ajustada unicamente às visões e aos estudos dos economistas.

Na sequência, utiliza-se a perspectiva estruturalista, em que se consideram as observações advindas de outras ciências e correntes de pensamento sobre os objetos de estudo, como ponto de partida para a extensão do diálogo interdisciplinar também às perspectivas da *Nova Sociologia Econômica* e da *Sociologia da Empresa*. Tal enfoque sociológico atribuído ao estudo da ordem econômica, dos mercados e particularmente das empresas procura evidenciar a conveniência, para uma melhor explicação e compreensão do objeto de estudo (com vistas à sua disciplina normativa), da observação e reflexão sobre elementos outros que não aqueles estritamente econômicos.

Parte-se posteriormente para reflexões com a finalidade de promover um melhor enquadramento teórico das noções de Economia, ordem econômica, assim como da ordem econômica constitucional brasileira e seus fundamentos, seguidas de abordagem sobre o princípio da função social da empresa como vetor de necessárias modificações acerca das ideias sobre o papel a ser desempenhado pelas empresas, que não se resume a funções econômicas.

5.2.1 Apontamentos iniciais

Tendo sido possível, ao longo da investigação, detectar traços marcantes da influência dos determinismos econômicos nas proposições legislativas e doutrinárias sobre a noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro, chega-se ao momento de lançar as bases de uma proposta alternativa e de cunho propositivo.

Deve-se afirmar, desde logo, que o intuito do lançamento de tais bases não é alcançar ou defender posições tidas como universais e atemporais, definitivas e caracterizadoras de certezas ou verdades absolutas em relação ao tema. A ambiguidade, a polissemia e a plurissignificação em torno da empresa - enquanto signo linguístico e, também, como realidade econômico-social - que deram margem, até aqui, a uma pluralidade de posições distintas, não devem ser desconsideradas em qualquer nova análise sobre o assunto.

Ao contrário, espera-se somente que as proposições jurídicas adiante explanadas sejam plausíveis, encontrem-se adequadas ao contexto sócio-histórico-cultural específico em que se insere o Direito Comercial brasileiro contemporâneo e desta forma possam contribuir para o aprofundamento do estudo em torno do tema da empresa, especialmente em sua dimensão jurídica⁵⁹⁹.

No decorrer da investigação, pôde-se perceber que a noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro se desenvolveu (e permanece) predominantemente vinculada a referenciais e/ou elementos de natureza estritamente econômica. Seja naquelas visões prevalecentes (mais aceitas e utilizadas), que se encontram mais consolidadas (como as atreladas às ideias de *atividade econômica organizada* ou *organização*) entre os comercialistas em geral, seja em novas visões (como as relacionadas às ideias de *nexo* ou *feixe de contratos* e *mecanismo de governança*) manifestadas em proposições teóricas apresentadas recentemente como alternativas às demais, verifica-se que os referenciais e/ou elementos de matriz econômica (formulados por economistas ou mesmo pelos próprios juristas) constituem uma espécie de pano de fundo das discussões.

⁵⁹⁹ As considerações expostas no parágrafo são fruto do conhecimento e aceitação da ideia de limitações do conhecimento jurídico. Foram construídas após o contato com a instigante obra, *Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico*, na qual o jurista espanhol Alejandro Nieto realiza uma série de reflexões acerca das limitações de diversas naturezas as quais se encontra sujeito o conhecimento jurídico, comentadas na sequência pelo coautor do livro, o jurista argentino Agustín Gordillo. NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. **Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 50.

As teses em questão normalmente partem de uma premissa restrita, segundo a qual a empresa é tida como um fenômeno eminentemente econômico. Tal perspectiva acaba por servir como uma espécie de sustentáculo de uma ideia-força principal, orientadora das distintas noções: sendo a empresa um *fenômeno econômico*, a sua compreensão e disciplina, pelo Direito, deve estar ajustada unicamente às visões e aos estudos dos economistas (que concentram suas avaliações nas funções econômicas da empresa, i.e., *função de produção*, *função de economizar custos de transação*, *função de economizar custos de agência*).

Sendo assim, percebe-se que as teses prevalecentes (*atividade econômica organizada* ou *organização*) se apoiam na perspectiva econômica de matriz neoclássica, que atribui à empresa uma função de produção; da mesma forma, as teses alternativas (*nexo* ou *feixe de contratos* e *mecanismo de governança*), por sua vez, amparam-se em pressupostos econômicos da nova economia institucional, uma espécie de *teoria da eficiência* cuja preocupação maior reside no reconhecimento e proteção dos direitos de propriedade, na maximização da eficiência através da redução dos *custos de transação* e dos *custos de agência*, reservando ao Direito Comercial (*instituição formal*) o papel de uma espécie de garante de um ambiente institucional onde prevaleçam a segurança e a certeza para a atuação dos agentes econômicos. Ambas as posições atribuem valor praticamente absoluto aos pressupostos econômicos (seja em defesa da *função de economizar custos de produção*; seja em amparo da *função de economizar custos de transação* ou de *agência*).

Construída no decorrer do trabalho a trajetória de questionamento e crítica à noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro – porque fundada numa premissa considerada como restrita e numa ideia-força estimada como equivocada - resta cogitar sobre os delineamentos de uma revisão de cunho propositivo em consonância com o objetivo geral da presente investigação. Em outras palavras, busca-se apresentar as bases de uma perspectiva alternativa no sentido de edificar os contornos de uma proposta de noção jurídica de empresa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Na construção desta proposta, deixa-se de lado o expediente de vinculação estrita à dogmática jurídica (aqui entendida como perspectiva estritamente jurídica e

formalista), assim como não se aceita a integração interdisciplinar do Direito unicamente para com a *Economia* e para com as *lições dos economistas*⁶⁰⁰.

Acredita-se que o *modus faciendi* (o qual foi objeto de críticas ao longo do trabalho) acima tem resultado, em muitos sentidos (quando das cogitações teóricas a respeito do objeto central de estudo, com vistas à formulação de sua noção jurídica), na assunção pura e simples das lições e dados de caráter econômico sobre a empresa como sustentáculo na constituição de sua significação jurídica.

Para sair desta espécie de círculo vicioso é preciso modificar o método de abordagem normalmente assumido na elaboração das escolhas normativas relacionadas à empresa (e, por que não dizer, ao Direito Comercial em caráter mais geral?). Opta-se, neste sentido, pela inspiração no estruturalismo jurídico, uma perspectiva teórico-metodológica em que temas clássicos do Direito Comercial passam a exigir outro tipo de análise.

Desde a perspectiva estruturalista, são levadas em consideração as observações advindas de outras ciências e correntes de pensamento sobre os objetos de estudo, mas, simultaneamente, não se acolhem os determinismos de qualquer natureza, sejam eles econômicos ou sociológicos. Neste processo, atribui-se ao Direito um relevante papel como articulador crítico e valorativo dos *inputs* recebidos das demais teorias do conhecimento que também se encarregam da análise do mesmo objeto de estudo.

O conteúdo desta abordagem aponta para o lançamento das bases de uma revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro contemporâneo, alicerces que poderiam orientar, de *lege ferenda*, uma nova disciplina jurídica acerca do tema, voltada tanto para a transformação da atual compreensão a respeito da empresa (em seu sentido jurídico) assim como para a identificação e organização dos interesses que giram em torno deste fenômeno, afinal, “[...] é preciso garantir que a atividade da empresa não seja cega a esses

⁶⁰⁰ Repete-se, aqui, propositalmente as expressões utilizadas por autores como Rachel Sztajn e Cássio Machado Cavalli. Como se tentará demonstrar adiante, entende-se como equivocada esta ideia de referência pura e simples à *Economia* e as *lições dos economistas*, na medida em que este campo de análise é marcado por divergências em relação ao tema da empresa. A visão de uma escola do pensamento econômico, ou de um economista ou mesmo de um grupo, a respeito de determinado assunto não traduz a perspectiva geral da Economia enquanto ciência social, também não podendo ser identificada com a visão dos economistas como um todo.

multifacetados interesses”⁶⁰¹ que a compõem. Visão estrutural e reconhecimento de interesses, portanto, são pontos fundamentais desta perspectiva. Mas não os únicos, conforme se verá adiante.

A finalidade da apresentação das bases a seguir explicitadas não se encerra na crítica às demais percepções existentes sobre a empresa em seu sentido jurídico. Igualmente, não se trata de uma mera interpretação de *lege lata* da realidade da sistemática legal vigente no Direito Comercial brasileiro.

Abrange, simultaneamente, conteúdos construtivos e propositivos para o aprimoramento da sistemática legal, de modo que os argumentos deverão ser entendidos como uma perspectiva de *lege ferenda*, como uma proposta alternativa sugerida como uma possível contribuição no sentido de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, uma noção que possa auxiliar na edificação de um pretense novo quadro normativo sobre o tema, que deve se traduzir como uma visão posta e não meramente pressuposta⁶⁰².

5.2.2 As contribuições da Nova Sociologia Econômica e da Sociologia da Empresa

Desde a perspectiva estruturalista, são levadas em conta na conformação da disciplina normativa dos institutos jurídicos as observações e conhecimentos advindos de outras ciências e correntes de pensamento sobre os objetos de estudo, sem reduzir este diálogo às (importantes, mas insuficientes) relações entre Direito e Economia.

Neste sentido, a (necessária) aproximação entre Direito e Economia não deve implicar no distanciamento do Direito em relação a outras áreas do conhecimento que, tal como a Economia, igualmente estudam a ordem econômica, os mercados e as empresas.

Para reflexões sobre a noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro contemporâneo, com vistas à identificação de possíveis bases alternativas de crítica e revisão da visão predominante, parece oportuno conferir uma maior

⁶⁰¹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulamentação**, p. 49.

⁶⁰² De forma a não deixar margem para um sem número de possíveis interpretações acerca de seu conteúdo de significação, como acontece na sistemática vigente.

abrangência ao espectro de observação e conhecimento sobre a ordem econômica, os mercados e as empresas, concebendo-as para além do prisma técnico-econômico.

Neste intuito de busca de outros pontos de vista teóricos (não estritamente baseadas numa racionalidade formal de caráter econômico) acerca de tais objetos de estudo, chegou-se às perspectivas da *Nova Sociologia Econômica* e da *Sociologia da Empresa*.

Deve-se esclarecer desde logo que, sendo a trama principal desta tese de caráter jurídico e não de ordem sociológica (e, igualmente, também não de natureza econômica), o fato de se enfatizar a ideia da existência de influxos de ordem sociológica a respeito dos temas (que, acredita-se, devem ser observados), não pode ser confundido com uma eventual pretensão de realização de uma pesquisa de natureza e métodos próprios da Sociologia.

Desta forma, o enfoque sociológico que se pretende atribuir ao estudo da ordem econômica, dos mercados e particularmente das empresas procura simplesmente evidenciar a conveniência, para uma melhor explicação e compreensão do objeto de estudo (com vistas à sua disciplina normativa)⁶⁰³, da observação e reflexão sobre elementos outros que não aqueles estritamente econômicos, estes últimos vislumbrados como uma espécie de pano de fundo comum nas aproximações dos juristas em relação ao tema.

Nas últimas décadas, temas como a ação econômica em geral, os mercados e as empresas retornaram ao campo de análise sociológico⁶⁰⁴. Muito embora esta retomada não obedeça a referenciais homogêneos, tem-se verificado um posicionamento comum no que diz respeito ao questionamento da representação reificada da ordem econômica, ou seja, da ideia (bastante difundida nas análises de

⁶⁰³ Tal como adverte Philippe Steiner, “a clareza que a ciência social pode trazer para os fenômenos estudados constitui seu objetivo mais importante”. STEINER, Philippe. **A Sociologia Econômica**. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinski. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

⁶⁰⁴ De acordo com Mark Granovetter, “uma das questões clássicas da teoria social é como os comportamentos e as instituições são afetados pelas relações sociais. Como essas relações estão invariavelmente presentes, a situação criada por sua ausência poderia ser imaginada somente por meios de esquemas mentais, como o ‘estado da natureza’ de Thomas Hobbes ou a ‘posição original’ de John Rawls. Grande parte da tradição utilitarista, inclusive a economia clássica e a neoclássica, pressupõe um comportamento racional e de interesse pessoal minimamente afetado pelas relações sociais, invocando, assim, um estado idealizado não muito distante desses esquemas mentais”. GRANOVETTER, Mark. Ação Econômica e Estrutura Social: o Problema da Imersão. **RAE-eletrônica**, v. 6., n.1, jan./jun. 2007, p. 3. Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S1676-56482007000100010.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

cunho eminentemente econômico) de que esta “[...] seria um campo à parte da sociedade, orientado por uma lógica específica e diferente de outros campos da vida social”⁶⁰⁵.

Desenvolvem-se assim, na Sociologia, dois espectros de estudos baseados neste pano de fundo comum: i) um mais geral, a *Nova Sociologia Econômica*, campo do conhecimento ocupado da investigação mais ampla dos fenômenos socioeconômicos em geral; e, ii) um mais específico, a *Sociologia da Empresa*, campo do conhecimento tomado da abordagem mais restrita sobre as empresas.

Embora tomem como objeto os mesmos fenômenos analisados por algumas escolas do pensamento econômico⁶⁰⁶, os estudos efetivados nos âmbitos da *Nova Sociologia Econômica* e da *Sociologia da Empresa* se distinguem sensivelmente dos demais, essencialmente nas formas de abordagem dos temas e nas perspectivas metodológicas⁶⁰⁷.

Segundo Edmilson Lopes Júnior⁶⁰⁸, a Nova Sociologia Econômica surge como uma releitura de clássicos das ciências sociais como Max Weber e Simmel, bem como de *A grande transformação*, a principal obra de Karl Polanyi⁶⁰⁹. Há também quem

⁶⁰⁵ KIRSCHNER, Ana Maria; MONTEIRO, Cristiano Fonseca. Da sociologia econômica à sociologia da empresa: para uma Sociologia da Empresa brasileira. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 17, n. 1, jan./jun. 2002, p. 79-80. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922002000100006>. Acesso em 09 abr. 2017.

⁶⁰⁶ Ana Maria Kirschner destaca que a retomada das abordagens sobre fenômenos que ocorrem no mundo econômico (trazendo para a análise sociológica objetos de investigação como a ordem econômica, os mercados e as empresas), que já haviam pertencido à área de interesses da sociologia clássica e de sociólogos como Marx, Durkheim, Simmel, Weber e Schumpeter, constitui um importante passo para o rompimento da separação radical entre a Sociologia e a Economia. KIRSCHNER, Ana Maria. A sociologia brasileira e a empresa. In: SAINSAULIEU, Renaud; _____ (orgs.). **Sociologia da empresa: organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 55.

⁶⁰⁷ Chamaram a atenção sobre este ponto Ana Cristina Baga Marques, Maria Rita Loureiro Durand e Ricardo Abramovay, na apresentação à edição brasileira da obra de Philippe Steiner. Enquanto no campo econômico prevalecem as análises abstratas, formais e dedutivas, na arena sociológica predominam as apreciações históricas, empíricas e indutivas.

⁶⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Edmilson. As potencialidades analíticas da Nova Sociologia Econômica. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 17, n. 1, jan./jun. 2002, p. 40. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922002000100004>. Acesso em: 09 abr. 2017.

⁶⁰⁹ Em edição brasileira: POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 2.ed. Tradução de Fanny Wrabel. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

identifique que o seu aparecimento se encontra associado aos trabalhos publicados por Mark Granovetter, desde os fins dos anos 70⁶¹⁰.

Nas abordagens da Nova Sociologia Econômica, questionam-se as orientações normalmente empregadas nas análises do *mainstream* econômico, estas voltadas à identificação de dados abstratamente assumidos como uma suposta realidade universal, como *confiança*, *informação* e *escolha*. Ao contrário da perspectiva dominante em Economia, tal campo do pensamento enfatiza os processos específicos de institucionalização (da ação econômica mais geral e dos mercados), segundo a análise de contornos próprios assumidos em realidades concretas⁶¹¹.

Todavia, esta perspectiva do conhecimento não tem como finalidade recusar todos os postulados da teoria econômica, mas sim construir uma trajetória de união entre “[...] análises sociológicas e econômicas de maneira a obter uma explicação melhor para os fatos socioeconômicos [...]”⁶¹². Em outras palavras, o que se rejeita é a ideia de que os princípios explicativos apresentados pelo *mainstream* econômico sejam capazes de elucidar sozinhos a apreensão dos fenômenos socioeconômicos⁶¹³.

Pode-se dizer que a Nova Sociologia Econômica se caracteriza notadamente por ser uma abordagem apoiada em duas proposições fundamentais: i) a ação é sempre socialmente localizada e não pode ser explicada com referência apenas aos motivos individuais, que possam tê-la ensejado; e, ii) as instituições socioeconômicas não brotam automaticamente, tomando uma forma incontornável; ao contrário, elas são construções sociais⁶¹⁴.

⁶¹⁰ STEINER, Philippe, p. 27.

⁶¹¹ LOPES JÚNIOR, Edmílson, p. 40.

⁶¹² STEINER, Philippe, op. cit., p. 28.

⁶¹³ Vale transcrever trecho de artigo de opinião de Ana Frazão de Azevedo Lopes: “Uma preocupação comum a diversas das discussões atuais sobre o tema é a de salientar a necessidade de se superar a compreensão da economia a partir de teorias econômicas excessivamente cientificistas e deterministas, que se baseiam na premissa de que mercados, longe de serem construções sociais e políticas, têm uma lógica natural e própria, diante da qual todas as outras instituições humanas precisam se curvar”. LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Democracia e mercados**: a crescente tensão entre os imperativos econômicos e o Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<https://jota.info/columas/constituicao-empresa-e-mercado/democracia-e-mercados-17052017>>. Acesso em: 18 maio 2017. Esta preocupação mencionada pela jurista Ana Frazão se encontra na gênese das ideias da Nova Sociologia Econômica.

⁶¹⁴ STEINER, Philippe, op. cit., p. 27-28.

Tal perspectiva teórica, conforme destacou Valéria da Vinha⁶¹⁵, contribui para uma melhor leitura contemporânea a respeito das formas de articulações de interesses num ambiente caracterizado pela influência de ideias como o desenvolvimento sustentável e a responsabilidade social empresarial, cenário em que uma das mais relevantes premissas assumidas, o pressuposto da ação econômica socialmente enraizada (*embedded*), permite um melhor entendimento “[...] entre os arranjos institucionais que sustentam o relacionamento entre as organizações empresariais e seus *stakeholders*”⁶¹⁶, e de como este relacionamento evolui para a reconfiguração das instituições.

Em meio a esta nova formatação, percebem-se questionamentos de ideias como a concentração do agir econômico apenas na maximização de lucro para *shareholders*⁶¹⁷, em prol de uma visão de criação de valor compartilhado⁶¹⁸ para um

⁶¹⁵ VINHA, Valéria da. Polanyi e a Nova Sociologia Econômica: uma aplicação contemporânea do conceito de enraizamento social. **Econômica**, v. 3, n. 2, dez. 2001, p. 207. Disponível em: <http://www.proppi.uff.br/revistaeconomica/sites/default/files/V.3_N.2_Valeria_da_Vinha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁶¹⁶ Menciona-se que o conceito de *stakeholders* foi abordado inicialmente no *artigo Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance*, publicado em 1983 pela *California Management Review*. Todavia, segundo os próprios autores, o próprio R. Edward Freeman em coautoria com David L. Reed, o termo fora veiculado antes, em 1963, em memorando interno da *Stanford Research Institute*, como referência a “aqueles grupos sem cujo apoio a organização não existiria”. FREEMAN, Edward R.; REED, David L. *Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance*. **California Management Review**, vol. 25, n. 03, 1983, p. 90-93. Conforme anota Freeman, contesta-se a premissa de que a maximização de lucros para sócios e acionistas seria a sua única finalidade, passando-se à noção de que as empresas devem criar o maior valor possível para todo esse conjunto mais ampliado de interesses. FREEMAN, Edward R. **Strategic Management: A Stakeholder Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 24-26.

⁶¹⁷ Aparentemente, a expressão intelectual mais profunda desta ideia de perseguição unicamente de resultados econômicos (para os titulares do domínio sobre os bens de produção) se encontra presente na obra de Milton Friedman, para quem a única responsabilidade social nos negócios consiste no engajamento da governança para o incremento das receitas auferidas, respeitadas as regras do jogo. Conforme destaca Karl Martin Ekornes Mertens, Friedman enfatiza uma concepção de defesa ética da teoria dos *stockholders* ou *shareholders*, a qual se encontra baseada em argumentos consequencialistas que se voltam para o atingimento de interesses particulares. MERTENS, Karl Martin Ekornes. **Milton Friedman and Social Responsibility An Ethical Defense of the Stockholder Theory**. Oslo, 2013, 105f. Tese (Doutorado em Filosofia). Pós-graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia da Universidade de Oslo. Disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/38408/Mertens_Filsosofi_Master.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁶¹⁸ Michael Porter e Mark Kramer desenvolvem a noção de criação de valor compartilhado, alinhada com a premissa de que a ação das empresas não pode ser voltada somente para o desempenho econômico-financeiro, especialmente o de curto prazo. Defendem que a governança não se resume a questões como a redução de custos de transação ou de agência, devendo contemplar também os interesses de outras partes, o que implica numa necessidade de redefinição das finalidades da empresa. PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. The big idea: Creating Shared Value – how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth. **Harvard Business Review**, v.1, jan./fev. 2011, p. 48-58. Disponível em:

conjunto mais amplo de partes interessadas⁶¹⁹. Tem-se, como pano de fundo deste debate, discussões acerca da própria reconfiguração dos sentidos atribuídos ao Capitalismo⁶²⁰.

Da mesma forma, nas premissas de autores alinhados à Sociologia da Empresa esta é entendida não como mera expressão de uma atividade econômica, mas sim como um sistema social, uma construção passível de ser apreendida sob outros olhares que não o de uma racionalidade exclusivamente formal de caráter econômico⁶²¹. Esta visão constitui fator importante para a identificação de outros elementos característicos do fenômeno socioeconômico empresa, não identificados ou mesmo negligenciados pelas teorias econômicas ortodoxas, baseado na ideia de que a ordem econômica não é um campo apartado em relação ao meio social, orientado por uma espécie de lógica específica diferente, motivado tão somente por um interesse egoístico meramente privatista⁶²².

<<https://businessethics.qwriting.qc.cuny.edu/files/2012/01/PorterKramer.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2017.

⁶¹⁹ A ampliação e desenvolvimento dos estudos sobre a teoria dos *stakeholders* acarretou no incremento das contestações teóricas acerca das doutrinas que defendem a criação de valor somente para os *shareholders* ou *stockholders* (sócios/acionistas), que veem a empresa como um instrumento cujo único propósito é a perseguir resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais que maximizam utilidades. Pode-se apontar, nesta linha, toda a discussão e argumentos explicitados por Linn Stout na direção de considerar como um mito a ideia de valor somente para o titular do domínio sobre os bens de produção. STOUT, Linn. **The Shareholder Value Myth**. San Francisco: Berrett-Koehler, 2012.

⁶²⁰ Uma delas presente na obra de Jonh Mackey e Raj Sisodia, ao defenderem que esse mito de que a maximização dos lucros consiste na única finalidade da empresa manchou a reputação do capitalismo e colocou em questão também a própria empresa. Para estes autores, “o capitalismo de livre iniciativa tem de estar enraizado em um sistema ético baseado na criação de valor para todos os *stakeholders*”, o que indica a necessidade de uma reflexão “mais profunda sobre a razão da existência das empresas e sobre como elas podem criar mais valor”. Os autores defendem a filosofia do capitalismo consciente, fundada em princípios como o *propósito maior* e a *integração de stakeholders*. O primeiro propõe a existência de um impacto positivo mais elevado quando as empresas se encontram baseadas em um propósito maior, concepção em que o propósito, razão de existência da empresa, traduz-se em algo mais do que gerar lucro e criar valor somente para o eventual titular do exercício da atividade. Por seu turno, a integração diz respeito à necessidade de reconhecimento da importância e interesses de outras partes afetadas por tais atividades e a empresa deve otimizar a criação de valor para essa rede abrangente, harmonizando esses interesses. MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo Consciente**. São Paulo: HSM, 2013, p. 22-37.

⁶²¹ Conforme anota Ana Maria Kirschner, “[...] a empresa é um sistema social com dimensões que ultrapassam os objetivos econômicos [...]”, constituindo um espaço simultaneamente socializador e socializado, em contínua interação com a sociedade. KIRSCHNER, Ana Maria. A sociologia brasileira e a empresa. In: SAINSAULIEU, Renaud; _____ (orgs.). **Sociologia da empresa: organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 53.

⁶²² KIRSCHNER, Ana Maria; MONTEIRO, Cristiano Fonseca. Da sociologia econômica à sociologia da empresa: para uma Sociologia da Empresa brasileira. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 17, n. 1, jan./jun. 2002, p. 79.

Considera-se, desta maneira, a existência e importância de elementos como as pessoas, a identidade formada a partir do construto social e os amplos interesses (econômicos e sociais) que gravitam em torno este fenômeno e devem ser harmonizados.

Fala-se, assim, na necessidade de redefinição do papel e da missão das empresas na sociedade, afinal, dotadas de grande força de mudança social, sua razão de ser, sua missão, deve aliar projeto econômico e projeto societal⁶²³. A empresa, desse modo, não se resume a uma entidade de cunho simplesmente econômico, sendo tratada como uma instituição de peso a nível social⁶²⁴.

Dentro desse cenário, oportuno ressaltar as ideias defendidas por David Schwerin⁶²⁵, para quem a empresa passa a ser reconhecida como uma organização viva, cujas obrigações se tornam multidimensionais no sentido de harmonizar a busca de seus interesses particulares também com compromissos éticos e sociais, em busca de um crescimento equilibrado e sustentável em longo prazo.

Tais concepções fazem com que alguns, como Nelson Nones⁶²⁶, sentenciem que “[...] a atual realidade econômica e social e as ações sociais das empresas parecem sinalizar que o conceito de empresa é mais do que uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”.

Por fim, deve-se ratificar a crença na relevância do quadro teórico e empírico desenhado pela Nova Sociologia Econômica e pela Sociologia da Empresa para fins de observação deste fenômeno socioeconômico em realidades concretas. Tomando-se emprestada a expressão de Osty Florence e Mark Uhalde⁶²⁷, *os mundos sociais da empresa* representam importante ferramenta que não deve deixar de ser considerada por legisladores ou pesquisadores, como marcos no processo de

⁶²³ LAVILLE, Élisabeth. p. 156-158.

⁶²⁴ ANDRÉS, Elena Esteva de; PIMENTEL, Duarte. Empresa e reproducción social ampliada: los contributos del análisis societal. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n. 47, 2005, p. 37.

⁶²⁵ SCHWERIN, David A. **Capitalismo Consciente**: como criar o sucesso do futuro inspirando-se na sabedoria do passado. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

⁶²⁶ NONES, Nelson. A função social da empresa: sentido e alcance. **Novos Estudos Jurídicos**, ano VII, n. 14, abr. 2002, p. 129.

⁶²⁷ FLORENCE, Osty; UHALDE, Mark. Os mundos sociais da empresa. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 16, n. 31, nov. 2008, p. 22-23. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S01044782008000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 24 maio 2017.

conformação de uma noção jurídica de empresa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

5.2.3 Um melhor enquadramento da compreensão da noção de Economia

Como visto ao longo da presente tese, em algumas noções jurídicas da empresa formuladas por juristas brasileiros, apresentadas recentemente como alternativas à noção pressuposta (empresa = atividade econômica organizada, segundo orientação prevalente na doutrina) decorrente da interpretação da sistemática introduzida pelo Código Civil brasileiro de 2002, alude-se constantemente à importância do estudo da Economia e da assunção das *lições dos economistas e do dado teórico econômico*⁶²⁸.

Face à constatação acima, que encerra confusões conceituais, parece oportuno realizar uma análise mais ampla da própria ideia de Economia⁶²⁹. Ampla não no sentido de aprofundamento teórico próprio de uma tese neste campo específico do conhecimento, mas sim no intuito de trazer alguns dados que contribuam para evitar o conflito entre as noções de Economia enquanto realidade sociológica e enquanto ciência social.

Max Weber ensinou que a Economia, como realidade sociológica, não se confunde com a Economia enquanto ciência social. Como realidade sociológica ela representa, de um lado, uma necessidade ou um complexo de necessidades cotidianas materiais e, por outro, uma reserva de meios e ações possíveis para satisfazê-las, onde a escassez orienta as ações a comportamentos específicos por parte dos agentes⁶³⁰. Em termos econômicos, a ideia de escassez se contra relaciona ao pressuposto de que as necessidades humanas são infinitas,

⁶²⁸ Aqui, faz-se referência particularmente às noções jurídicas de empresa apresentadas por Rachel Sztajn e Cássio Machado Cavalli, ambas objeto de descrição detalhada em tópicos anteriores desta tese.

⁶²⁹ Marco Antônio Sandoval de Vasconcelos e Manuel E. Garcia lecionam que a palavra *economia* deita suas raízes etimológicas na expressão grega *oikonomia*, sendo que suas primeiras referências surgem ainda na Grécia Antiga, na doutrina de Aristóteles. VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

⁶³⁰ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 230.

contrariamente aos bens ou meios para a satisfação destas necessidades, que são finitos⁶³¹.

Tal como esclarece Stanley Brue, foi somente a partir do século XVIII que as abordagens teóricas sobre a Economia passam a permitir os seus respectivos enquadramentos na condição de escolas ou grupos de pensamento, que tratam de determinados aspectos comuns, adotando para tanto a assunção de algumas premissas (similares ou, muitas vezes, idênticas), as quais se apresentam tanto de forma receptiva quanto contrária em relação aos predecessores ou contemporâneos⁶³². Surge, neste contexto, a ideia de Economia enquanto ciência social.

Enquanto ciência social, a Economia se encarrega do estudo da forma como o “indivíduo e a sociedade decidem empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas”⁶³³.

Com efeito, o que torna desafiador o estudo da Economia é o fato de que, frequentemente, tais recursos acabam não sendo por si mesmos suficientes para a satisfação das necessidades humanas e, em consequência, a ideia de escassez passa a orientar a ação dos indivíduos, levando à necessidade de formulação de determinadas escolhas diante das opções disponíveis. Tal realidade, como descrevem E. K Hunt e Mark Lautzenheiser, faz com que, para fundamentar as análises sobre os objetos de estudo no campo econômico, os estudiosos proponham as mais diversas teorias que se embasam em diferentes premissas, apoiadas implícita ou explicitamente sobre concepções psicológicas e éticas⁶³⁴.

⁶³¹ SANDRONI, Paulo. **Novo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1994, p. 120.

⁶³² O autor enumera uma série de exemplos de escolas e grupos de pensamento no campo econômico, como *Mercantilismo*, *Fisiocracia*, *Classicismo*, *Socialismo Utópico*, *Marxismo e Socialismo*, *Historicismo Alemão*, *Marginalismo*, *Neoclassicismo* e *Nova Economia Institucional*, entre outros. BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 8-9.

⁶³³ VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel E, op. cit., p. 15.

⁶³⁴ HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, MARK. **História do Pensamento Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 467. Neste sentido, quer-se esclarecer que não há na Economia um *acervo pacífico e consolidado de saber*, que contenha uma única visão relacionada a cada aspecto da realidade. A expressão *acervo pacífico e consolidado de saber* foi tomada de empréstimo junto a Luciano Oliveira, que a utilizou para construir raciocínio aplicado à Sociologia, campo do conhecimento igualmente marcado por embates teóricos, ideológicos e metodológicos. OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurabi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito,

O fato é que, com o passar do tempo, algumas das perspectivas adotadas por determinadas escolas ou grupos de pensamento econômico (no campo da ciência social, portanto) se afastaram da preocupação com as necessidades humanas em prol da assunção de determinados valores particulares às premissas assumidas, que aceitam ou pregam a concepção de comportamentos conexos à noção de maximização, associando o bem-estar não à visão de desenvolvimento das pessoas como serem humanos, mas sim à ideia estreita de satisfação de desejos⁶³⁵.

De maneira reflexiva, Amartya Sen descreve que, de uma forma geral, operou-se uma mudança do centro da atenção de muitas das escolas do pensamento econômico, que tenderam a se afastar do enfoque em questões como a liberdade e a necessidade em favor de objetivos mais estreitos, como as utilidades, rendas e riquezas. Em complementação ao seu raciocínio o autor cita como exemplo, de maneira crítica, a chamada abordagem utilitarista, cuja ideia de estrutura agregativa deixa de lado a efetiva distribuição das utilidades⁶³⁶.

Como conclusão lógica deste tópico decorre a orientação no sentido da necessidade de observância, na análise do tema da noção jurídica de empresa (ou de qualquer outro assunto para cuja análise se recorra ao diálogo entre campos do conhecimento distintos), de certos cuidados e filtragens conceituais relacionados à significação de vocábulos e expressões como *Economia* (realidade sociológica X ciência social), *dado teórico econômico* (este não é uniforme e unívoco) e *lições dos*

p. 13. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 03 maio 2017.

⁶³⁵ Como exemplo, E. K. HUNT e MARK Lautzenheiser descrevem a psicologia e a ética utilitaristas, que influenciaram uma série de escolas do pensamento econômico. Para os autores, a “psicologia e a ética utilitaristas são especialmente bem adaptadas à tarefa de fornecer uma ideologia conservadora para o capitalismo”. Segundo os autores, “o utilitarismo oferece uma defesa intelectual ideal para esse sistema social por duas razões. Primeiro, no utilitarismo, os sentimentos, emoções, ideias, padrões de comportamento e desejos são tidos como metafisicamente dados. Os padrões de socialização, bem como os limites sociais impostos ao crescimento e desenvolvimento das pessoas como seres humanos são excluídos do domínio da investigação; e uma crítica normativa do capitalismo embasada em preocupações humanistas perde o sentido – porque está fora dos limites de qualquer ciência social alicerçada na psicologia e na ética utilitaristas. Segundo, o utilitarismo não apenas considera os desejos humanos como sendo independentes das interações sociais como identifica o bem-estar humano como a satisfação desses desejos e identifica essa satisfação como o consumo de mercadorias. Não surpreende, pois, que o capitalismo – que, como um todo, teve imenso sucesso na expansão contínua da produção de mercadorias – pareça ser um sistema econômico mais propício à promoção do bem-estar humano, na medida em que o bem-estar humano é concebido de forma tão estreita pela teoria econômica utilitarista”. HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, MARK, op. cit., p. 467-468.

⁶³⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 45-81.

economistas (muitas vezes, por adotarem premissas diferenciadas, chegam a conclusões distintas sobre um mesmo objeto de estudo)⁶³⁷, com a finalidade de evitar generalizações que possam encerrar confusões conceituais e terminológicas (ex.: acreditar que as premissas e os postulados da Nova Economia Institucional gozam de aceitação ampla perante todos os economistas, de modo a alçá-las à categoria de *dado teórico econômico* universalmente admitido).

5.2.4 A compreensão das noções de ordem econômica, ordem econômica constitucional e os fundamentos da ordem econômica (constituição econômica) brasileira

Ao longo do tempo, as ações e relações sociais têm sido orientadas para a existência de ordens capazes de transformar em realidade determinados conjuntos de aspirações, compartilhadas pelos agrupamentos sociais⁶³⁸. Tais ordens, conforme já destacava Max Weber, podem ser criadas pelos próprios membros do corpo social em virtude de tradições, crenças afetivas e racionais, ou então ser estabelecidas por intermédio da relação imposição/submissão: são denominadas simples convenções quando a sua vigência resta garantida por costumes consagrados no seio de determinado círculo de pessoas ou sociedade; são Direito quando a observação da ordem não é voluntária e a sua violação pode implicar coação⁶³⁹.

Dentre as diversas ordens possíveis de serem estatuídas no seio de determinada comunidade político-jurídica, encontra-se a ordem⁶⁴⁰ econômica. Ela pode ser observada no plano sociológico, enquanto costume ou convenção, e também jurídico, em seu sentido normativo, isto é, como Direito.

⁶³⁷ Tem-se, como exemplo, que as posições dos teóricos da Nova Economia Institucional não constituem a *visão da Economia e dos economistas* sobre a empresa, mas sim uma das muitas perspectivas relacionadas ao tema.

⁶³⁸ PAUPÉRIO, Arthur Machado. **A legalidade, a realidade social e a justiça**: a ordem política, social e econômica e os valores humanos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 29.

⁶³⁹ WEBER, Max, p. 19-21.

⁶⁴⁰ Tal como destaca João Bosco Leopoldino da Fonseca, “o conceito de ordem traz-nos à mente ideias de organização, e, por isso, mesmo de uma seleção direcionada dos elementos que integram um conjunto”. Prossequindo, o autor adverte que “essa seleção se faz, é óbvio, com um objetivo, com uma finalidade”, e conclui que “toda organização tem um direcionamento para uma meta, um encaminhamento de elementos para um futuro”. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 83.

As primeiras constituições escritas não se preocupavam em disciplinar a atividade econômica, visto que as contingências políticas e ideológicas da época se encontravam voltadas para questões como organização do Estado, separação de poderes e direitos e garantias individuais fundamentais⁶⁴¹. A ordem econômica adquiriu uma dimensão jurídica somente a partir do momento em que os textos constitucionais passaram a discipliná-la de forma sistemática⁶⁴² - o que, como visto, não significa a inexistência de ordens econômicas sob o ponto de vista sociológico.

A regulação (aqui entendida em sentido amplo) da atividade econômica em sede constitucional traduz um acontecimento histórico relativamente recente, associado à passagem do Estado liberal ao Estado social⁶⁴³. Segundo Nelson Nazar⁶⁴⁴, “a expressão ‘ordem econômica’ surgiu na primeira metade do século XX, com a Constituição de Weimar, de 1919”⁶⁴⁵. Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁴⁶ destaca que determinados autores⁶⁴⁷ contestam essa primazia e apontam a anterioridade da Constituição mexicana de 1917.

Não obstante as eventuais controvérsias acerca da origem histórica da sistematização constitucional do econômico, o fato é que *ordem econômica* consiste numa expressão polissêmica, que revela diferentes sentidos. Destacando as

⁶⁴¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 45.

⁶⁴² SILVA, A.L.M. **A Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 6.

⁶⁴³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1405.

⁶⁴⁴ NAZAR, Nelson. **Direito econômico**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bauru: EDIPRO, 2009, p. 48.

⁶⁴⁵ Conforme ensinam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, a Constituição de Weimar foi uma das mais influentes da história, dispondo sobre a organização da Economia (art. 151) e outras matérias estranhas ao constitucionalismo do Estado liberal. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Rio de Janeiro: Fórum, 2012, p. 186.

⁶⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

⁶⁴⁷ Para Leonardo Vizeu Figueiredo, “a primeira Carta Constitucional a tratar da ordem econômica e social foi a Constituição do México de 05 de fevereiro de 1917, que dispôs sobre propriedade privada, tratando de formas originárias e derivadas de aquisição da propriedade, abolindo, ainda, o caráter absoluto da propriedade privada, submetendo seu uso, incondicionalmente, ao interesse público (função social da propriedade), fato que serviu de sustentáculo jurídico para a transformação sociopolítica oriunda da reforma agrária ocorrida naquele país e a primeira a se realizar no continente latino-americano.” FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, op. cit., p. 45. Segundo Américo Luís Martins da Silva, a disciplina sistemática da ordem econômica teve início com a Constituição mexicana de 1917. SILVA, A.L.M., op. cit., p. 6.

diferenças entre os pontos de vista jurídico e sociológico apontados por Max Weber⁶⁴⁸, Vital Moreira⁶⁴⁹ identifica três possíveis sentidos para a ordem econômica: i) modo de ser empírico de uma economia em concreto, que traduz um conceito de fato e não um conceito normativo ou de valor (mundo do ser, portanto), que engloba relações concretas entre fenômenos econômicos e materiais, exprimindo uma articulação da economia como fato; ii) conjunto de todas as normas ou regras de condutas, não somente jurídicas (jurídicas, religiosas, morais etc), que digam respeito à regulação dos comportamentos dos sujeitos econômicos, caracterizando-se como um sistema normativo em sentido sociológico; e, iii) como ordem jurídica da economia, em sentido estritamente jurídico-normativo (princípios e regras).

Ao analisar as constatações de Vital Moreira, Eros Roberto Grau distingue a ordem econômica enquanto mundo do *ser* e do *dever ser*, qualificando aquela como fato econômico - que engloba as ações efetivas de dada economia -, e esta como parcela da ordem jurídica de uma determinada sociedade, portanto, dotada de sentido e força normativa -, apresentando-se, em sua dicção, como um “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”⁶⁵⁰, com seus fundamentos, princípios e características específicos.

A lição acima permite duas conclusões interessantes em relação à expressão *ordem econômica*: i) a possibilidade de formulação e adoção de diferentes conceitos, levando-se em consideração cada um dos sentidos em que pode ser empregada; ii) a observação de que a *ordem econômica*, enquanto ordem jurídica da economia, é mais ampla e se difere da chamada *Constituição econômica*; esta última, por sua vez, agrupa apenas aquelas normas de caráter fundamental definidas pelo constituinte, voltadas à disciplina do cenário econômico de determinada comunidade político-jurídica em geral, assim como dos próprios agentes econômicos, guardando relevante função transformadora⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ WEBER, Max, p. 209.

⁶⁴⁹ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973, p. 67-71.

⁶⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 68-70.

⁶⁵¹ A função transformadora das constituições econômicas modernas é destacada por João Bosco Leopoldino da Fonseca. FONSECA, João Bosco Leopoldo da, op. cit., p. 51.

Em outras palavras, a Constituição econômica é a Constituição juridicamente definida da Economia,⁶⁵² isto é, consiste num conjunto de preceitos que operam a institucionalização de determinada ordem econômica (mundo do ser) e estabelece princípios e regras fundamentais ordenadores da Economia, consagradores de um determinado sistema econômico, que devem conformar escolhas normativas relacionadas aos modos de atuação dos agentes econômicos⁶⁵³.

Tal distinção é também enfatizada por André Tavares Ramos⁶⁵⁴, para quem não deve se confundir a Constituição econômica com a ordem econômica ou com a ordem jurídica da economia. Em sua visão, a Constituição econômica compreende apenas aqueles princípios e regras fundamentais da ordem econômica, fruto de decisões políticas, ao passo que a ordem econômica, mais extensa do que a Constituição econômica, traduz-se como todo um aparato de normas ou instituições jurídicas que têm as ações econômicas por objeto.

Identificados o surgimento, os possíveis sentidos e o conceito para a expressão *ordem econômica*, assim como as diferenças entre esta e a *Constituição econômica*, impõe-se a análise da ordem econômica (e financeira) estabelecida na Constituição de 1988. Contudo, antes de discorrer sobre a ordem econômica vigente, importante uma breve análise histórica⁶⁵⁵ dos modelos adotados pelas constituições brasileiras anteriores.

A Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar de 1919, teria sido a primeira na história constitucional brasileira a comportar considerações sobre a ordem econômica⁶⁵⁶, sob um título autônomo “Da Ordem Econômica e Social” que

⁶⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, p. 380.

⁶⁵³ GRAU, Eros Roberto, **A Ordem...**, op. cit., p. 79. No mesmo sentido, Ivan Vitale Jr. assinala que “[...] ordem econômica são regras prescritas na Constituição Federal, com a finalidade de estabelecer parâmetros jurídicos com o objetivo de balizar toda a organização e funcionamento de nossa economia”. VITALE JR., Ivan. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 214.

⁶⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. O Estado na Ordem Econômica. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social**. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 345-346.

⁶⁵⁵ Conforme destaca Américo Luís Martins da Silva, não obstante o constitucionalismo econômico ter sido implantado a partir da Carta de 1934, as Constituições brasileiras de 1824 e 1891 também tratavam de alguns aspectos econômicos ou de formas de intervenção do Estado nesta seara. SILVA, A.L.M. op. cit., p. 6.

⁶⁵⁶ GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 114-115.

veiculava um discurso então inovador, com a introdução de princípios relacionados à justiça social⁶⁵⁷, tendo, assim, inspirado as constituições seguintes⁶⁵⁸.

A avaliação das constituições brasileiras pretéritas indica que determinados valores ora assumiram a natureza de fundamentos da ordem econômica, ora se revelaram como princípios. A ideia de fundamento estaria relacionada com aspectos causais da ordem econômica, ligados aos objetivos por ela pretendidos, ao passo que princípios seriam elementos de sua efetivação⁶⁵⁹.

Passa-se, assim, ao estudo da ordem econômica (e financeira) estruturada na Carta constitucional vigente. Abrindo o primeiro capítulo do título que trata da ordem econômica, encontram-se enunciados os chamados fundamentos e princípios gerais da atividade econômica. A compreensão acerca da importância de tais elementos norteadores pode ser entendida já a partir da leitura de seu artigo inaugural, indicando que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa⁶⁶⁰, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Isto significa que a existência digna e a justiça social compreendem

⁶⁵⁷ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. G, op. cit., p. 1406.

⁶⁵⁸ Para um breve relato histórico das constituições brasileira, vale mencionar a doutrina de Manoel Messias Peixinho e Suzani Andrade Ferraro: “a) 1934. Visava, prioritariamente, à promoção da indústria e à proteção dos trabalhadores urbanos através da intervenção estatal; b) 1937. O modelo de Estado não exercia intervenção direta, mas de mera coordenação dos agentes econômicos, ou seja, a intervenção limitava-se à defesa de interesses nacionais; c) 1946. Reconhecia a livre iniciativa e livre concorrência. Era sensível aos ideais de realização da justiça social e conciliava aqueles princípios com a valorização do trabalho humano. Ampliou as possibilidades de intervenção e institucionalizou o planejamento; d) 1967. Marcou o retorno da organização e exploração das atividades econômicas para a iniciativa privada do Estado menos intervencionista. Buscava atingir o desenvolvimento social e econômico através do fortalecimento da empresa privada, estabilidade de preços, aumento da oferta de emprego e fortalecimento do mercado; e) EC nº 1 de 1969. Diminuiu as possibilidades de intervenção estatal. Preocupou-se com o desenvolvimento nacional, justiça social e valorização do trabalho humano, adotado o planejamento como instrumento de desenvolvimento econômico”. PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao Desenvolvimento como Direito Fundamental**. In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Manaus, 2006, *Anais...* 6964-6965. [on line]. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁶⁵⁹ PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 166.

⁶⁶⁰ Ivan Vitale Jr. anota que a ordem econômica constitucional brasileira é fundada em dois princípios básicos, *a propriedade privada e a livre iniciativa*. VITALE JR., Ivan, op. cit., p. 214. Esta assertiva parece incompleta, na medida em que deixa de considerar *a valorização do trabalho humano* como fundamento da ordem econômica. Aliás, deve-se acrescentar que a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano são também enunciados como princípios fundamentais e fundamentos da República Federativa do Brasil. BRASIL. CRFB/1988. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

as finalidades maiores da ordem econômica, como expressão de um regime que não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria⁶⁶¹.

Nota-se, na Constituição brasileira, a opção por um determinado modelo econômico (capitalista), além da descrição das formas como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico, a partir das quais fica clara a adoção de um sistema híbrido, que simultaneamente congrega aspectos liberais e sociais⁶⁶². Em outras palavras, em que pese ter na livre iniciativa um de seus fundamentos – com liberdade de exercício de quaisquer atividades econômicas, sinalizando, assim, um regime de mercado, de cunho capitalista - há também “normas voltadas para a construção de um modelo de Estado Social, com valorização do trabalho e justiça social”⁶⁶³, onde restam evidentes as preocupações com aspectos relacionados à redução de desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

De acordo com a exegese de tais pressupostos, a ordem econômica, mundo do ser – relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) - deve ser entendida como um dos principais instrumentos para a realização da dignidade humana, princípio fundamental da República⁶⁶⁴, e estruturada e dinamizada de forma a maximizar o seu potencial de contribuição no sentido do atingimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, em especial, a promoção da existência digna de que todos os brasileiros devem gozar⁶⁶⁵.

Todas estas questões permitem concluir que a Carta Política encarregou diferentes atores, Estado, mercado (especialmente empresas) e terceiro setor⁶⁶⁶,

⁶⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 710.

⁶⁶² Segundo Simone Lahorgue Nunes, ao examinar-se o art. 170 da CRFB/88, “encontramos no dispositivo constitucional citado princípios liberais – da propriedade privada e da livre concorrência – bem como princípios intervencionistas – da soberania nacional, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, princípios estes que deverão ser harmonizados entre si”. NUNES, Simone Lahorgue. **Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41.

⁶⁶³ PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani, op. cit., p. 6967.

⁶⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

⁶⁶⁵ GRAU, Eros Roberto, 2000, p. 222.

⁶⁶⁶ O terceiro setor é composto por entidades de caráter privado, não governamental, que realizam atividades em favor da sociedade, sem objetivo de lucro.

pelas transformações da sociedade na direção estabelecida pelo texto constitucional, relacionadas às finalidades maiores por ele pretendidas. De acordo com este regime, o desenvolvimento nacional e a justiça social constituem-se nos objetivos da ordem econômica e social, que é embasada por fundamentos e princípios que representam pautas conformadoras incontestáveis impostas a todos; vale dizer: ao Estado, ao mercado (especialmente empresas), ao terceiro setor e até mesmo aos cidadãos⁶⁶⁷. Consubstancia um meio para a construção de um Estado Democrático de Direito efetivo⁶⁶⁸.

5.2.5 A função social da empresa como princípio constitucional e a modificação das ideias sobre o papel a ser desempenhado pelas empresas na sociedade contemporânea

É claro que prestigiar a função social das empresas implica, necessariamente, aumentar os custos da produção dos empresários. A questão que se põe, então, é a seguinte: a erradicação da pobreza, a eliminação das desigualdades regionais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária exige que as empresas contribuam minimamente para isso, ou elas continuarão a proporcionar grandes lucros aos seus sócios (como acontece, exemplificativamente, com os banqueiros...) e vamos continuar a fingir que acreditamos nos princípios constitucionais, encantados com a figura de Rebecca – a mulher inesquecível -, isto é, a tal sociedade livre, justa e solidária?...⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Estado e a Ordem Econômica. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.) **Direito Constitucional**: constituição financeira, econômica e social. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 282.

⁶⁶⁸ GRAU, Eros Roberto, **A Ordem...**, op. cit. (2012), p. 305.

⁶⁶⁹ DE LUCCA, Newton. A função social da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). Tratado de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2015, Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 164. Parece oportuno realizar alguns comentários sobre o trecho destacado. Compartilha-se a ideia geral de que o reconhecimento da função social da empresa (como dever jurídico, que não se confunde com a noção de responsabilidade social), em última análise, implica no aumento de custos (que podem ser *de produção*, conforme destacou Newton de Lucca, mas também *de transação*) aos agentes econômicos (optou-se por substituir a expressão *empresários* por *agentes econômicos*, conforme explicação adiante). Da mesma forma, acredita-se também que é acertada esta opção político-jurídica pelo reconhecimento de uma função social para além da função econômica das empresas, contextualizando-as como o principal agente da ordem econômica constitucional brasileira, do que decorre a necessidade de harmonização da livre-iniciativa com os demais princípios e valores albergados pela Constituição de 1988. Por outro lado, sugerem-se três retificações às palavras do autor: i) considerar a inadequação da expressão *empresários* (no Direito Comercial brasileiro, um agente que exerça atividades econômicas em caráter individual, pode utilizar a forma jurídico-organizativa *empresário individual* ou constituir uma *empresa individual de responsabilidade limitada*; ao passo que dois ou mais agentes, em regra, podem usar a forma jurídico-organizativa *sociedade*); ii) considerar que *grandes lucros* não devem ser criticados aprioristicamente, pois podem resultar da eficiência no exercício da atividade econômica (não se devem questionar os possíveis resultados positivos se alinhados com a ideia de função social); iii)

A Constituição tem sido entendida como uma norma fundamental que confere unidade e coerência a um determinado sistema jurídico⁶⁷⁰, que expressa uma ordem de valores que se irradia para todas as áreas do Direito. Tais valores acabam por servir como uma espécie de pano de fundo para a conformação dos distintos ramos do Direito, conferindo determinadas diretivas de sentido que servem de impulso para a construção do arcabouço legislativo, para a sua interpretação e, também, para a edificação da jurisprudência⁶⁷¹.

Eduardo Enterría⁶⁷² destaca a noção de supremacia da Constituição sobre as demais normas de um certo ordenamento jurídico, do que decorre o papel central da Norma Fundamental na construção e validade do próprio ordenamento. Esta visão ratifica a percepção em torno da necessidade de que a disciplina e a interpretação dos institutos jurídicos que compõem um ramo do Direito ocorram segundo as diretrizes de sentido que resultam das regras e princípios constitucionais gerais e específicos.

No caso brasileiro, a Carta de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana simultaneamente como princípio e como direito fundamental, o primeiro deles, diga-se de passagem. Sua posição topográfica no texto constitucional revela não apenas um *status* superior, enquanto alicerce dos objetivos fundamentais do Estado, assim

considerar que não se deve, sob o pretexto de harmonização da livre-iniciativa com os demais princípios e valores consagrados na Constituição, criar um ambiente institucional que seja hostil ao empreendedorismo.

⁶⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed., Brasília: UnB, 1999, p. 58-59.

⁶⁷¹ ERICHSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã no Direito Privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al (Orgs.). **Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

⁶⁷² Tal como esclarece o autor, “*la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar este en cualquier momento de su aplicación*”. Assim, a disciplina jurídica e a interpretação dos institutos jurídicos devem se operar “*en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate*”. ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1994, p. 95.

como uma função de servir como uma espécie de vetor axiológico⁶⁷³ no intuito de privilegiar as situações jurídicas existenciais frente às patrimoniais⁶⁷⁴.

Muito embora, conforme assinalam Martha Assunción Rodrigues Prado e Aldimar Alves V. Silva, na Constituição de 1988 não se encontrem referências explícitas à locução *função social da empresa*⁶⁷⁵, fala-se comumente na existência de um *princípio constitucional da função social da empresa*⁶⁷⁶, como um desdobramento do *princípio constitucional da função social da propriedade* (insito a ele, portanto, implícito), elevando-o ao patamar de fundamento da ordem econômica constitucional brasileira⁶⁷⁷.

⁶⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: _____ (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

⁶⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____ (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

⁶⁷⁵ PRADO, Martha Assunción Rodrigues; SILVA, Aldimar Alves V. A “onda” função social da empresa e sua imbricação com o direito fundamental à segurança jurídica no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, 2006, p. 31-32. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/3937/3534>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁶⁷⁶ Mariana Ribeiro Santiago e Livia Gaigher Bósio Campello anotam que a limitação da iniciativa privada e da propriedade materializada pela Constituição de 1998 se refletiram também no Código Civil de 2002, com referências expressas à *função social dos contratos e da propriedade*. Para as autoras, a *função social da empresa*, embora não tenha recebido menção explícita no Código, seria correlata aos dois outros referidos princípios. Na sequência de seu raciocínio, defendem uma conexão entre os três princípios em questão, sendo o *princípio da socialidade* o seu elo de ligação. SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função Social e Solidária da Empresa na Dinâmica da Sociedade de Consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, abr. 2016, p- 120-121. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/19877>>. Acesso em: 18 maio 2017. Defende-se que a expressão *limitação* dê lugar ao vocábulo *harmonização*.

⁶⁷⁷ Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, além de destacar o a função social da empresa como um princípio constitucional, chega a elevá-lo ao patamar de fundamento da ordem econômica constitucional: “Destarte, atento aos novos ditames da atividade empresarial e dos fundamentos da ordem econômica constitucional, notadamente a função social da empresa (art. 170, III), o legislador [...]”. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Da funcionalidade e limitações do pedido de restituição ordinária e sua aplicabilidade aos contratos na falência: uma análise da ineficácia da cláusula resolutiva expressa. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013, p. 265. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n2_artigo1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017. Não obstante a concordância no que tange ao reconhecimento da função social da empresa como princípio constitucional, discorda-se da tese da elevação da função social da empresa (e mesmo da função social da propriedade) ao patamar de fundamento da ordem econômica. Isto porque, há referência expressa na Constituição de 1988 à valorização do trabalho humano e à livre iniciativa como fundamentos únicos da ordem econômica. Recusar a tese da elevação da função social da empresa ao *status* de fundamento da ordem econômica, não diminui a importância deste princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda sobre o tema da função social da empresa, indicam-se os seguintes trabalhos: i) DE LUCCA, Newton. **A função social da empresa**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). Tratado de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 136-165.; ii) LEMOS JÚNIOR, Eloy. **Empresa & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2009; iii) GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 857, p. 11-28, mar. 2007.

De acordo com esta perspectiva, a empresa e a sua função social passam a ser vistas como relevantes instrumentos para a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, concepção que acaba por transformar os particulares, iniciativa privada econômica, em atores do processo de desenvolvimento brasileiro com relevantes papéis⁶⁷⁸ que ultrapassam a mera busca de interesses econômicos próprios.

Isto significa que a livre iniciativa⁶⁷⁹, não obstante as posições de princípio fundamental da República e de fundamento da ordem econômica constitucional, deve ser conciliada com a valorização do trabalho humano, que ostenta *status* hierárquico similar, e com os demais princípios e objetivos fundamentais da República, assim como com os demais princípios norteadores da ordem econômica e com os demais valores consagrados na Constituição⁶⁸⁰. Tal necessidade de harmonização é pautada, especialmente, no reconhecimento da ideia-força da dignidade como elemento central de um sistema integrado por feixes de interesses e direitos que dele decorrem, onde “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”⁶⁸¹.

Este processo de reconhecimento do aumento da importância da atividade econômica exercida pelo particular, mesmo nos chamados regimes capitalistas de produção baseados na perspectiva de economias de mercado, fundadas na concepção de livre iniciativa, tem trazido a reboque toda uma discussão acerca de

⁶⁷⁸ Em âmbito internacional, a ONU reconhece participação central da iniciativa privada e das empresas no desenvolvimento sustentável, que “*solo se puede lograr forjando una alianza amplia entre las personas, los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado (grifamos), trabajando juntos a fin de lograr el futuro que queremos para las generaciones presentes y futuras*”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável. Parágrafo 13. Disponível em: <<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/13/PDF/N1147613.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

⁶⁷⁹ Mariana Ribeiro Santiago e Livia Gaigher Bósio Campello defendem que a Constituição de 1988 materializa a noção de limitação da iniciativa privada e da propriedade, que também teriam sido incorporadas pelo Código Civil de 2002, quando do tratamento expresso da função social da propriedade e dos contratos. SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio, op. cit., p- 120. Defende-se que a expressão *limitação* dê lugar ao vocábulo *harmonização*. Na verdade, necessidade de conciliação entre a livre-iniciativa e a valorização do trabalho humano e os demais princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

⁶⁸⁰ AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008, p. 115.

⁶⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156.

uma viragem nos papéis a serem desempenhados pelas empresas na sociedade contemporânea.

Conforme advertem Amartya Sen e Bernardo Kliksberg⁶⁸², modificam-se aceleradamente nos últimos anos as ideias acerca destes papéis, de uma visão que defendia a geração de lucro para seus proprietários como a sua única responsabilidade a uma perspectiva que vai muito além, promovendo uma espécie de ruptura paradigmática em relação às concepções anteriores. Traduz-se em características como: i) políticas de pessoal que respeitem os direitos dos que fazem parte da empresa e favoreçam o seu desenvolvimento, vale dizer, promover condições dignas de trabalho aos seus colaboradores, remuneração justa, possibilidades de progresso na carreira e programas de capacitação; ii) transparência e boa governança corporativa, isto é, prestar informações públicas e de forma contínua, garantindo aos titulares de participação no capital, especialmente os minoritários, possibilidade de participação ativa, com instâncias diretivas idôneas, que lutem para abolir ou mitigar os conflitos de interesses societários; iii) jogo limpo com o consumidor, ou seja, oferta de produtos de boa qualidade, saudáveis e com preços razoáveis; iv) políticas de proteção ao meio ambiente, tornando-se as empresas limpas do ponto de vista ambiental, além de contribuírem com a agenda que o mundo tem diante de si neste campo, seja a nível local, regional, nacional ou mesmo internacional; v) integração aos temas que produzem o bem-estar comum, no sentido da colaboração ativa com as políticas públicas, em aliança com os Poderes Públicos e a sociedade civil, voltada ao enfrentamento conjunto de questões essenciais para o interesse coletivo; vi) não praticar um código de ética duplo, isto é, atuar na prática de forma coerente com o discurso.

Na atualidade, a empresa não pode mais ser entendida somente como uma mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado, ou como um simples mecanismo de redução de custos de transação ou de agência, voltada unicamente ao atingimento da eficiência econômica e à maximização da riqueza do titular do domínio sobre os bens de produção⁶⁸³. Ao contrário, deve-se reconhecer que a mesma se apresenta como uma força socioeconômica dotada de destacado

⁶⁸² SEN, Amartya; KLIKBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 362-364.

⁶⁸³ Deve-se frisar novamente que este argumento não nega a importância das funções econômicas da empresa e nem mesmo dos critérios de eficiência.

potencial transformador, capaz de influenciar de forma decisiva na vida das pessoas e também no local em que se encontra estabelecida. Parece, portanto, tempo de redefinir seu papel e sua missão na sociedade⁶⁸⁴.

Como exemplos práticos de algumas posturas associadas ao deslocamento de eixo nos papéis a serem desempenhados pelas empresas, podem ser destacadas iniciativas como as Bolsas de Valores Sociais e Socioambientais. A primeira delas foi criada no Brasil, em 2003, a Bolsa de Valores Socioambientais (BVSA)⁶⁸⁵, tendo sido reconhecida pela ONU como modelo de caso a ser seguido por outras bolsas no mundo. A BVSA foi uma criação da BM&FBOVESPA (hoje B3), companhia aberta com valores mobiliários negociados no mercado de capitais, e suas corretoras, para que as pessoas ou empresas, chamados investidores socioambientais, pudessem contribuir com recursos para a realização de projetos sociais e ambientais. A BVSA tem apoio oficial da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Alguns exemplos de projetos e ações: i) Escolas em ação: (realização de curso de instrumentalização em educação ambiental, para que profissionais da educação de Paranaguá possam atuar como mobilizadores de ações em prol do meio ambiente); ii) OCA – Escola Cultural: (o projeto pretende subsidiar atividades da Escola Cultural da OCA, que oferece educação complementar focada na formação da identidade cultural de crianças e jovens de Carapicuíba); iii) Condomínio da Biodiversidade – Programa de Apoio à Conservação (o projeto

⁶⁸⁴ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 39 (nova série), jan./mar. 2000, p. 159.

⁶⁸⁵ A BVSA influenciou outras bolsas no mundo, como a Bolsa de Valores Sociais de Portugal, que “replica o ambiente de uma Bolsa de Valores e o seu papel é facilitar o encontro entre Organizações da Sociedade Civil, criteriosamente selecionadas, com trabalhos relevantes e resultados comprovados na área da educação e do empreendedorismo, e investidores sociais (doadores) dispostos a apoiar essas organizações através da compra de suas ações sociais. Seguindo o exemplo do que ocorre no mercado de capitais, a Bolsa de Valores Sociais é o espaço que promove esse ponto de encontro e que zela pela transparência da relação entre a Organização e o investidor social. Ao fazê-lo, garante que o investimento social seja o mais eficaz possível, com resultados que podem ser acompanhados a qualquer momento pelos investidores sociais. Ao promover os conceitos de investimento social e investidor social, a Bolsa de Valores Sociais propõe que o apoio às Organizações da Sociedade Civil seja visto não sob a ótica da filantropia e da caridade, mas sim do investimento que deve gerar um novo tipo de lucro: o lucro social”. Disponível em: <<http://www.org.pt/view/viewQuemSomos.php>>. Acesso em: 05 abr. 2017. Outro exemplo é a South African Social Investment Exchange – SASIX, a Bolsa de Investimentos Sociais da África do Sul, que conta com apoio institucional da Bolsa de Valores de Johannesburgo. Disponível em: <<http://www.sasix.co.za>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

pretende desenvolver ações de apoio e orientação a proprietários de áreas com vegetação nativa relevantes para a conservação da biodiversidade urbana em Curitiba); iv) Tô Ligado (contribui para o desenvolvimento integral e a superação das dificuldades escolares e para preparar crianças e jovens do bairro de Santa Teresa, no Rio de Janeiro, para o trabalho). v) Projeto Caatinga Verde (o projeto irá complementar ações do poder público junto ao Quilombo do Mocambo para o desenvolvimento da ovinocultura local de forma associada à preservação da Caatinga); vi) *Oasis Training* (o projeto pretende capacitar jovens da Baixada Santista no Estado de São Paulo, na Filosofia Elos e Jogo Oásis, metodologias bem-sucedidas de mobilização comunitária).

As funções das empresas que transcendem aspectos meramente econômicos têm sido constantemente incentivadas em nível internacional, inclusive, com a criação de determinados padrões de certificação. Entre algumas das certificações existentes, podem ser citadas: i) Selo empresa amiga da criança (selo criado pela Fundação Abrinq para empresas que não utilizem mão de obra infantil e contribuam para a melhoria das condições de vida de crianças e adolescentes); ii) ISO 14000. O ISO 14000 é apenas mais uma das certificações criadas pela *International Organization for Standardization*, que dá destaque às ações ambientais da empresa merecedora da certificação; iii) AA1000. (o AA1000 foi criado em 1996 pelo *Institute of Social and Ethical Accountability*. Esta certificação de cunho social enfoca principalmente a relação da empresa com seus diversos parceiros ou *stakeholders*. Uma das suas principais características é o caráter evolutivo, já que é uma avaliação anual); iv) SA8000. (a “*Social Accountability 8000*” é uma das normas internacionais mais conhecidas. Criada em 1997 pelo *Council on Economic Priorities Accreditation Agency*, o SA8000 enfoca, primordialmente, relações trabalhistas e visa assegurar que não existam ações antissociais ao longo da cadeia produtiva, como trabalho infantil, trabalho escravo ou discriminação)⁶⁸⁶.

5.3 A empresa, fenômeno econômico e social, e a conveniência de sua personificação no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

⁶⁸⁶ Disponível em: <http://www.responsabilidadesocial.com/institucional/institucional/_view.php?id=3>. Acesso em: 10 abr. 2017.

O presente subtítulo aborda a ideia-força da empresa como um fenômeno econômico e social, sustentáculo da compreensão da conveniência de sua personificação no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Na sequência, apresentam-se duas concepções teóricas anteriores, de Romano Cristiano e Ana Bárbara Costa Teixeira, igualmente pautadas na defesa da personificação da empresa, mas baseadas em referenciais teórico-metodológicos distintos dos assumidos na presente tese. Por fim, procede-se à análise da forma jurídico-organizativa conhecida como empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI, entendida como a incorporação, ao Direito Comercial brasileiro, de um novo ente jurídico personificado.

5.3.1 A visão de Romano Cristiano

Na obra *Personificação da Empresa*, publicada em 1982⁶⁸⁷, Romano Cristiano realiza uma abordagem ampla cuja proposta principal consiste na defesa da necessidade de personificação da empresa⁶⁸⁸. Sua análise engloba as sociedades unipessoais, questões de ordem filosófica, prenúncios de personificação da empresa no Direito americano, no Direito soviético e no Direito brasileiro, e, finalmente, a tese de que a atual realidade socioeconômica exige a personificação da empresa, seguida de cogitações sobre como deveria ser a empresa personificada.

O trabalho de Romano Cristiano demanda atenção por sua contribuição ao debate sobre a noção jurídica de empresa. Especialmente em razão de sua acepção, no sentido da personificação, constituir-se como orientação diametralmente oposta à visão predominante – caracterizada pelo recurso comum aos aspectos econômicos – e à orientação prevalecente – empresa como atividade econômica organizada -, presentes no Direito Comercial brasileiro.

⁶⁸⁷ CRISTIANO, Romano. **Personificação da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. Para uma adequada contextualização histórica do autor em seu espaço-tempo, deve-se apontar que este, ao escrever, tinha como referências tanto a sistemática do Código Comercial de 1850 e do Regulamento nº 737, como também o texto do Projeto de Código Civil (Projeto de Lei nº 634, de 1975), na época já em tramitação (citado, inclusive, pelo autor).

⁶⁸⁸ Antes disto, em 1977, no livro *A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica*, este autor já tratara do tema da personificação, mas de maneira mais restrita. ROMANO, Cristiano. **A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

A análise empreendida por Cristiano tem como ponto de partida o que convencionou chamar *tendências comerciais modernas*. A primeira delas seria o anonimato, isto é, a simultânea diminuição da importância atribuída às pessoas (àquela altura, o comerciante e o sócio) e a progressiva relevância conferida às atividades econômicas. A segunda, intimamente ligada à primeira, o aprofundamento da técnica da limitação da responsabilidade. Tais tendências teriam resultado no surgimento das discussões sobre a empresa individual de responsabilidade limitada e a sociedade unipessoal; esta, fruto da relutância para a aceitação daquela⁶⁸⁹.

O autor apresenta dados de pesquisa em direito comparado a respeito das sociedades originalmente unipessoais e das sociedades reduzidas a um sócio. Apresenta as posições predominantes na França, nos Estados Unidos, na Suíça e na Alemanha, seguidas de conclusões acerca da classificação das sociedades unipessoais em três espécies: i) as originalmente unipessoais; ii) as reduzidas a um sócio; e iii) as preordenadas para um sócio. Em relação ao Direito brasileiro, acaba por classificar as sociedades unipessoais em: i) unipessoais de direito; ii) unipessoais de fato⁶⁹⁰.

Após tecer algumas considerações de ordem filosófica⁶⁹¹, Cristiano parte para a investigação de prenúncios de personificação da empresa⁶⁹², tendo apresentado casos específicos das realidades americana, soviética e brasileira. No que diz respeito ao Direito brasileiro⁶⁹³, aponta os exemplos: i) da fundação; ii) da empresa pública; iii) da filial brasileira de sociedade estrangeira; e iv) da subsidiária integral.

Na quarta parte de seu livro o autor se põe a explicar as razões socioeconômicas que justificariam, a seu ver, a personificação da empresa.

Ao tratar de quando e como surgem a empresa e seus elementos, Cristiano manifesta posição no sentido da não superação do ato de comércio, defendendo inclusive a coincidência entre as figuras do comerciante e do empresário (chega a reproduzir o artigo 1.003 do Projeto de Lei nº 634, de 1975, equivalente ao atual 966

⁶⁸⁹ CRISTIANO, Romano, 1982, p. 3-8.

⁶⁹⁰ Ibidem, p. 9-28.

⁶⁹¹ Ibidem, p. 31-42.

⁶⁹² Ibidem, p. 45-56.

⁶⁹³ Ibidem, p. 58-66.

do Código Civil de 2002, que conceitua o empresário)⁶⁹⁴. Em sua opinião, esta manutenção da importância do ato de comércio passou a concorrer paralelamente com o fenômeno da comercialização das atividades econômicas⁶⁹⁵.

Já neste momento da obra o autor enfatiza a sua visão em relação à empresa apresentada como uma acepção fundamentalmente corporativa, que condiciona a existência da empresa, em sentido jurídico, à caracterização da presença relevante de empregados⁶⁹⁶. Em suas palavras:

Aliás, é justamente a presença relevante de empregados que, a nosso ver, faz surgir a empresa, no sentido atual da palavra. Não temos, por certo, a empresa no caso de um comerciante individual ou de uma sociedade comercial limitada, sem empregados, mas com um estabelecimento montado e organizado. Chegamos a afirmar que não há empresa mesmo no caso de a organização dos bens do comerciante (singular ou coletivo) ser grande e complexa. A moderna empresa surge, a nosso ver, tão logo verificada a presença, ao lado dos bens, de uma organização de empregados. A existência desta confere uma especial complexidade à atividade econômica, a qual se torna, assim, não mais enquadrável nos esquemas clássicos do direito comercial⁶⁹⁷.

De acordo com o raciocínio de Cristiano seriam elementos da empresa o empresário, o estabelecimento, os serviços e a organização dinâmica⁶⁹⁸. O empresário, não obstante a sua importância no plano econômico, é tido como mero elemento constitutivo da empresa, muito embora o autor reconheça que, no plano jurídico, este seja comumente confundido com a própria empresa (noção que acaba absorvida pela de empresário, segundo o autor em função da ausência de

⁶⁹⁴ “Ora, o chamado ‘empresário, no caso, nada mais é que o atual comerciante. O dispositivo do projeto limita-se a modificar a terminologia, a estabelecer novo rótulo; e rótulo nunca foi suficiente para alterar a natureza das coisas”. Idem, p. 71.

⁶⁹⁵ O autor procura caracterizar a atividade comercial como sendo aquela em que o capital investido é preponderante no seu exercício. De acordo com esta visão, a atividade será comercial se o capital investido na contratação e conservação de empregados for preponderante no exercício da atividade. Idem, p. 72.

⁶⁹⁶ Nesta particularidade a posição de Cristiano se assemelha à noção desenvolvida pelo italiano Gaetano Paciello. Para este autor, em sentido econômico, pode existir empresa mesmo quando se organiza unicamente o trabalho próprio (por exemplo, no caso do empresário individual que não atua com o concurso de colaboradores). Já em sentido jurídico, somente se poderia falar em empresa mediante a existência de organização do trabalho alheio. PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 29, ano XVII, 1978, p. 43.

⁶⁹⁷ CRISTIANO, Romano, 1982, p. 72-73.

⁶⁹⁸ Ibidem, p. 74-76.

personificação da empresa)⁶⁹⁹. O estabelecimento é entendido como o complexo de bens organizados pelo empresário (singular ou coletivo) para o exercício da atividade empresarial. Os serviços seriam prestados por colaboradores do empresário no exercício da atividade empresarial, os trabalhadores subordinados ou não⁷⁰⁰. A organização dinâmica, atividade organizadora e coordenadora do empresário, também é vista como fundamental ao aparecimento da empresa, na medida em que esta é compreendida como entidade essencialmente dinâmica⁷⁰¹.

No dizer de Cristiano deve ser abandonada a concepção outrora proeminente no Direito Comercial, que apontava para a figura do comerciante como monopolizadora dos interesses ligados à atividade comercial⁷⁰². Em substituição, propõe uma aceção voltada à assunção das tendências à institucionalização e à socialização da empresa⁷⁰³, decorrentes da aceitação da ideia de surgimento de múltiplos interesses, dos quais a empresa constituiria o centro⁷⁰⁴.

Após discorrer sobre cada um destes interesses que, em sua perspectiva, giram em torno da organização empresarial de modo autônomo (mas harmônico)⁷⁰⁵, Cristiano passa a tratar de como deveria ser a empresa personificada. Portanto, trata-se de uma proposta de *lege ferenda*.

A sua análise parte da crítica ao fato de o Direito reconhecer a figura do empresário e não a da empresa⁷⁰⁶. Propõe, neste sentido, a absorção do empresário

⁶⁹⁹ “Como elemento constitutivo da empresa, o empresário (singular ou coletivo) é aquele que conjuga os fatores de produção, organiza e coordena as atividades, assume os resultados e os riscos, dentro dos limites fixados pelo legislador. Pode ser considerado sob dois aspectos: como titular da organização e como agente organizador. Sob o primeiro aspecto, ele simplesmente concebe a atividade, fixa seus rumos e assume resultados e riscos; sob o segundo, com base nos rumos já traçados, ele conjuga os fatores de produção, organiza e coordena as atividades, exercendo assim funções técnicas que, via de regra, são delegáveis”. Idem, p. 74-75.

⁷⁰⁰ CRISTIANO, Romano, 1982, p. 75-76.

⁷⁰¹ “[...] Se tivéssemos apenas o empresário, o estabelecimento e os trabalhadores, não teríamos a empresa, e estaríamos diante de três elementos estáticos, incapazes, por si sós, de criarem qualquer utilidade”. Idem, p. 76.

⁷⁰² Ibidem, p. 77-78.

⁷⁰³ Ibidem, p. 78-81.

⁷⁰⁴ Ibidem, p. 81-82.

⁷⁰⁵ Seriam eles: i) sócios prestadores de capital (sócios controladores, sócios investidores e sócios institucionais); ii) administradores (diretor controlador, diretor acionista, diretor contratado, diretor empregado, interventores); iii) empregados; iv) estabelecimento; v) credores; vi) poderes públicos; vii) comunidade. Idem, p. 83-150.

⁷⁰⁶ Idem, p. 81-82.

pela empresa, cenário em que aquele passa a ser compreendido como um elemento desta⁷⁰⁷.

Defende, assim, que “é preciso criar, o quanto antes, um instituto jurídico que permita, da melhor forma possível, o atendimento harmônico e equilibrado de todos os interesses [...]” referenciados, ou seja, dos sócios prestadores de capital (sócios controladores, sócios investidores e sócios institucionais), dos administradores (diretor controlador, diretor acionista, diretor contratado, diretor empregado, interventores), dos empregados, do estabelecimento, dos credores, dos poderes públicos e da comunidade. Caberia, portanto, ao Direito o reconhecimento formal da empresa como “[...] única agente no âmbito das atividades comerciais, em substituição às já velhas figuras de comerciantes individuais e sociedades comerciais”⁷⁰⁸.

Segundo Cristiano, o problema que gira em torno da reestruturação da empresa e de seu reconhecimento pelo Direito, como organismo simultaneamente complexo e unitário, não é passível de solução através de pequenas, secundárias e não substanciais mudanças na legislação⁷⁰⁹. Ao contrário, sugere como solução ideal a personificação da empresa – pela complexidade de sua organização e pela multiplicidade e diversidade de interesses dos interesses que polariza - como resultado do simples reconhecimento de sua estrutura econômica, assim como da absorção de tendências vislumbradas no campo das atividades comerciais⁷¹⁰.

De acordo com a sua visão a personificação da empresa, tal como proposta, acarretará inicialmente “[...] um resultado muito importante no plano psicológico, pois habituará as pessoas a uma outra ordem de idéias, mais racional, mais real” (sic),

⁷⁰⁷ CRISTIANO, Romano, 1982, p. 154.

⁷⁰⁸ CRISTIANO, Romano, p. 155. Duas questões merecem destaque: i) Cristiano menciona não estar sozinho na defesa intelectual desta tese, apontando Queirós Filho, Orlando Gomes, Georges Ville e Martin Brugarola como partidários da ideia (curiosamente, tais nomes e respectivas obras não são citados na bibliografia de Cristiano); ii) oportuno contextualizar historicamente a fala do autor. A menção aos comerciantes individuais e às sociedades comerciais é técnica do ponto de vista de sua adequação à sistemática legal vigente à época. Transpondo-se tais expressões para o modelo atual, devem as mesmas ser compreendidas como as figuras do empresário individual e da sociedade empresária.

⁷⁰⁹ Neste ponto, refere-se de maneira crítica às tentativas de definição jurídica da empresa com base no seu conceito econômico, tendência seguida por grande parte da doutrina comercialista, mediante a assunção dos postulados de Alberto Asquini acerca dos diferentes perfis da empresa perante o Direito.

⁷¹⁰ CRISTIANO, Romano, Op. cit, p. 157.

realidade a partir da qual “o aperfeiçoamento estrutural da empresa será mera consequência, e surgirá naturalmente, aos poucos”⁷¹¹.

Na sequência, Cristiano reflete sobre os princípios básicos incidentes na disciplina jurídica da empresa personificada e defende: i) reponsabilidade (que a responsabilidade do titular ou dos sócios se opere nos mesmos moldes àquela já disciplinada para a sociedade anônima, ou seja, limitada em grau máximo e sem qualquer solidariedade; ii) administradores (a possibilidade de a administração ser atribuída a qualquer pessoa física, maior, capaz, desimpedida, residente no País, que tenha ligação com a empresa – como titular do todo ou de parte do capital; ou, ainda, como empregada ou de qualquer outro modo -, com requisitos, impedimentos, poderes, prerrogativas, vantagens, deveres, responsabilidade etc. regulados por lei, de forma ampla e minuciosa, deixando-se pouca margem para a regulação por intermédio do estatuto; iii) capital empresarial (capital sempre dividido em ações, em parcelas de igual valor representadas por títulos negociáveis, nominativos, endossáveis ou ao portador, cuja emissão deve ser regulada também ampla e minuciosamente por lei, com pouca margem de liberdade para a regulamentação estatutária); iv) deliberações (encontrar uma forma deliberativa única, baseada na compreensão de que deliberar consiste em tomar decisões, por intermédio de manifestação livre e completa do órgão de deliberação – que poderá ser simples, se o órgão for unipessoal; ou mais ou menos complexa, sendo o órgão pluripessoal. Em ambos os casos, as decisões - a cargo dos detentores do capital - tomadas devem ser reduzidas a termo – possivelmente num livro específico para as deliberações -, sendo este assinado pelos componentes do órgão. Da mesma forma, a regulação do funcionamento do órgão deve se efetivar de maneira ampla e minuciosa, por lei, garantindo-se proteção às eventuais minorias acionárias, no sentido de que tenham voz e participação ativa, sempre); v) empresa pequena (que a lei opere distinção entre as pequenas e as médias e grandes empresas, com a finalidade de se outorgar, às pequenas, determinadas facilidade e isenções)⁷¹².

No que tange ao funcionamento da empresa personificada, Cristiano sugere elementos relacionados à constituição, à modificação da estrutura e à extinção da empresa. Quanto à constituição, i) a criação mediante declaração de vontade

⁷¹¹ CRISTIANO, Romano, 1982, p. 158.

⁷¹² CRISTIANO, Romano, p. 159-167.

expressa do subscritor ou subscritores do capital, por instrumento público ou particular; ii) estruturação por intermédio de um estatuto, com observância de elementos básicos como nome da empresa, localização, duração, objeto, capital, deliberações, administração, fiscalização, exercício, destinação dos lucros, dissolução e liquidação; iii) subscrição pública ou particular do capital, por pessoa ou pessoas físicas ou jurídicas, mediante dinheiro ou quaisquer espécies de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro; iv) nomeação dos administradores e fiscais, pelo órgão deliberante, de acordo com as normas fixadas no estatuto; v) arquivamento, por um dos diretores da empresa em constituição, do ato constitutivo no registro de empresas - a ser criado em substituição ao Registro do Comércio. Em relação à modificação, defende a possibilidade de: i) alterações periódicas dos nomes dos ocupantes de cargos administrativos e fiscais; ii) mudanças estatutárias como aquelas ligadas a aspectos como o capital, ao nome, localização e duração, entre outras; iii) fusão com ou incorporação de outras empresas, além de sua cisão com ou sem extinção, com ou sem incorporação, mas sem possibilidade de efetivação de transformações no âmbito das atividades econômicas organizadas (possível, no entanto, a transformação de empresas em entidades sem fins lucrativos, como fundações e associações). Por último, em relação à extinção, somente cabível se amplamente justificada com base em motivos sociais relevantes, pode o órgão deliberante decidir acerca da dissolução da empresa, passando pela fase de liquidação até se chegar à extinção, sendo todos os atos arquivados no Registro de Empresas⁷¹³.

Finalmente, no último capítulo de sua obra, Cristiano discorre sobre as vantagens da empresa personificada, apontando: i) a atribuição de responsabilidade limitada também àquela única pessoa física, titular do capital social (como vantagem em relação a situação de responsabilidade ilimitada do comerciante individual); ii) a transferência de quotas sociais e de empresas individuais; iii) a resolução do problemas da transformação de empresas individuais e de sociedades comerciais; iv) a resolução do problema da participação de incapazes em geral, inclusive menores – dada a característica da responsabilidade sempre como a mais limitada possível -, desde que integralizado o capital; v) a resolução do problema em torno das chamadas sociedades de um sócio; vi) a resolução do problema da empresa pública, instituto até

⁷¹³ CRISTIANO, Romano, 1982, p. 168-172.

então não enquadrável nos esquemas existentes no Direito privado; vii) a resolução do problema das atividades lucrativas subsidiárias de entidades em fins lucrativos⁷¹⁴.

5.3.2 A visão de Ana Bárbara Costa Teixeira

Na dissertação de mestrado⁷¹⁵ intitulada *A Empresa-instituição*, defendida no ano de 2010, na Universidade de São Paulo, Ana Bárbara Costa Teixeira propõe analisar a *instituição-organização Empresa*⁷¹⁶ como um sujeito per si de direito, bem como conceituá-la juridicamente, mediante o entendimento de se tratar de uma realidade complexa, que deve ser compreendida de forma sistêmica e integrada. Ou seja, a ideia de que a empresa representa um fenômeno multifacetado uno, resultado da integração de seus diversos perfis⁷¹⁷. Segundo a autora,

Tal conceituação vem no intuito de responder a diversas questões, tais como: quem é esse agente, titular de uma personalidade jurídica “ficta”, que atua intensamente na realidade social, assumindo obrigações e encampando direitos, de tal sorte que na Sociedade moderna praticamente inexistem campos nos quais ela não impacte? Tal ente se resume à figura do “empresário” ou se confunde com o sócio-investidor que lhe prove o capital para a realização de seu objeto social? Quais interesses que movem a Empresa? Lucro imediato ou continuidade de sua atuação no Mercado? Quais valores e princípios que regem sua atuação? Como aplicar o “direito ideal” a um sujeito que, para muitos, não existe, trata-se de mero nomen iuris, mero objeto de direito? Como exigir determinadas condutas no intuito do desenvolvimento social, se a própria moral positivada (o Direito) diretamente não se lhe aplica (as regras jurídicas regulam o comportamento de sujeitos de direito, não de objetos)?⁷¹⁸

⁷¹⁴ CRISTIANO, Romano, 1982, p. 173-181.

⁷¹⁵ A abordagem sobre a dissertação de Ana Bárbara Costa Teixeira segue a orientação já assumida quando da exposição dos trabalhos de Rachel Sztajn e Cássio Machado Cavalli, ou seja, de elaboração de uma descrição mais precisa das propostas mais recentes (todas construídos sob a égide da sistemática introduzida pelo Código Civil de 2002) sobre a noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro. Foram considerados aqueles trabalhos que não se resumiram a interpretar a realidade decorrente do regime legal. Ao contrário, destacaram-se por sua originalidade, qualidade e contribuição para o debate sobre o tema. Deve-se esclarecer que, nesta tese, não se faz distinção entre as posições dos autores no meio acadêmico, apostando-se mais na autoridade do argumento do que no argumento da autoridade.

⁷¹⁶ A autora opta por grafar a palavra *Empresa* com a inicial em letra maiúscula. Esta referência será mantida.

⁷¹⁷ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. São Paulo, 2010, 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo.

⁷¹⁸ Ibidem, p. 14.

As respostas a estas questões orientadoras, sugere a autora, necessitam ser construídas a partir da compreensão do que é esse fenômeno Empresa na realidade socioeconômica atual.

No que diz respeito à estrutura formal da dissertação, pode-se verificar que o trabalho, de 272 páginas, encontra-se dividido em 4 partes. A primeira parte (precedida da Apresentação), “Introdução e Plano Metodológico”, subdivide-se em 2 Capítulos: 1) “Introdução: Objetivos do presente estudo”; e 2) “Plano da Obra: Aspectos Metodológicos”. A segunda parte “Realidade Econômica, o direito e as Instituições: o papel da Empresa na sociedade de hoje”, subdivide-se em 5 capítulos: 1) “O Fenômeno Empresa e a atual realidade econômica: Os desafios do operador do Direito”; 2) “As influências recíprocas da realidade econômica e do Direito”; 3) “A história da Organização Econômica, as fases do Direito Comercial e a Consolidação do Fenômeno Empresa”; 4) “A Sociedade e as Instituições”; e 5) “próximos passos”. A terceira parte, “A Empresa no Direito: Tratamentos Jurídicos e Pessoa Jurídica”, subdivide-se em 4 capítulos: 1) Introdução; 2) Teorias Jurídicas da Empresa; 3) Das Pessoas Jurídicas; e 4) Conclusão: A Empresa Personificada. A quarta e última parte (seguida das Referências Bibliográficas), “A Empresa-Instituição Na Realidade Social”, é subdividida, também, em 4 capítulos: 1) “A questão de início: O Risco, a Internalização do Risco e a viabilização dos Contratos Empresariais”; 2) “A redefinição dos papéis dos agentes sociais no século XX: O Paradigma da Sustentabilidade”; 3) “A Empresa Personificada como Instituição Social e sua utilidade”; e 4) “A realidade social e suas instituições conduzindo ao conceito de Empresa do Código Civil e à própria sistemática do Direito de Empresa”.

As ideias principais alinhadas no resumo da tese podem ser sistematizadas da seguinte maneira: i) parte a autora da premissa de que a ausência de reconhecimento jurídico integral da Empresa-Instituição como sujeito de direito é o que ocasiona uma das principais causas do “[...] divórcio entre a lei posta e a realidade pré-jurídica que ensejou a modificação da Codificação Civil brasileira levada a cabo em 2002”⁷¹⁹. Competiria, portanto, à jurisprudência e à doutrina sistematizar esta compreensão dos dispositivos advindos com a reforma do Título do livro II, da parte especial do atual Código Civil Brasileiro, *Do Direito de Empresa*, com o intuito de oferecer maior segurança jurídica a Empresa e à Sociedade, função social máxima do próprio

⁷¹⁹ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 18.

Ordenamento Jurídico; ii) pretendeu-se afastar a metodologia cartesiana, de se entender o fenômeno Empresa de maneira segregada, desconectado dos seus diversos *perfis*⁷²⁰. Ao seu ver, a assunção de tal método de análise se configura como uma falha, pois não há um posicionamento das conclusões de maneira integrada e sistêmica, dentro da própria dinâmica social da Empresa, como instituição-organização, personificada e multifacetada; iii) busca-se desenvolver uma metodologia de análise diferente, mediante o recurso ao *pensamento sistêmico*, que implica no tratamento do tema da empresa como um fenômeno integrado e dinâmico, “[...] focado não apenas nos citados elementos constitutivos já identificados pelo Direito, mas na inter-relação desses com a manifestação socioeconômica do fenômeno, e em especial em seus desdobramentos”⁷²¹; iv) reconhecimento da Empresa como sujeito de direito, que intenciona permitir a definição dos seus direitos de maneira clara, bem como de suas obrigações e responsabilidades, assim como de responsabilidades de seus agentes, que interferem em sua atuação, sejam eles sócios, trabalhadores, concorrentes, agentes públicos e afins para, no fim, conferir-lhe mais legitimidade, buscando contribuir para uma organização mais coerente, integrada e coesa dos diversos ramos *empresariais* do Direito;

Teixeira, então, parte para a análise do fenômeno empresa como um todo integrado e dinâmico, por meio da metodologia do *Pensamento Sistêmico*, em contraposição ao *Pensamento Mecanicista*.

O método do Pensamento Mecanicista, segundo adverte, mostrou-se ineficaz para solucionar os problemas apresentados na sociedade, porque os mesmos eram sempre resolvidos individualmente, sem a consideração apropriada dos reflexos de tal solução em outros aspectos da vida social. Neste ponto, oportuno reproduzir suas críticas acerca da insuficiência da abordagem mecanicista:

Constatado que por meio da prosperidade econômica pode-se obter bem-estar social, adotando o reducionismo do pensamento mecanicista, conclui-se que para obter tal finalidade é necessário o intenso crescimento da atividade econômica. Nesse raciocínio, para obter tal crescimento, adota-se a postura pela retirada de todos os óbices à atividade empresarial (o sistema “laissez-faire”, por exemplo [...]), sem a preocupação com as consequências (ou externalidades) que tais práticas venham a causar no sistema (ou na Sociedade como um todo). Como resultado, em um segundo momento, as

⁷²⁰ Tais como: o empresário - perfil subjetivo; o estabelecimento - perfil objetivo, a atividade - perfil funcional, a instituição - perfil corporativo.

⁷²¹ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 21.

externalidades agravam-se e se tornam o problema (por exemplo, com o excesso de poluição gerando a degradação da qualidade de vida nas cidades ou com o colapso das relações de trabalho por conta de excesso de carga horária e baixos vencimentos, sempre na busca pela mais valia), resultando em tensões sociais que inviabilizam a continuidade da produção, em uma análise mais detida, minada em sua própria segurança jurídica. Como resposta igualmente reducionista a tal situação [...] ataca-se o “cerne” do problema, ou a forma de atuação do agente social [...] o que também gera externalidades negativas, como o desestímulo e o comprometimento da atividade produtiva empresarial, principal meio de se obter a prosperidade econômica (que, inegavelmente, ainda é a melhor forma pela qual a Sociedade conseguiu desenvolver para propiciar bem-estar aos seus membros).⁷²²

Feitas as críticas à abordagem mecanicista, Teixeira expõe que o método (sistêmico) de pensamento adotado em seu trabalho tem como principal característica a conversão da visão das partes do fenômeno para o todo, “[...] de forma que o estudo dos elementos e seu consequente detalhamento encontram razão e utilidade apenas quando considerado à luz do sistema do qual faz parte”⁷²³. Em termos práticos, isto consiste em analisar conjuntamente os impactos das partes do fenômeno, dos elementos que o compõem, com a finalidade de implementar medidas equilibradas que sustentem o sistema também como um todo.

De acordo com esta forma de raciocínio, tal linha metodológica ganha importância no estudo do fenômeno empresa, visto que a sua atuação impacta diretamente a vida social em seus aspectos mais amplos.

Na segunda parte da tese, em seu Capítulo 1, Teixeira analisa o operador de Direito Empresarial, entendendo que o mesmo deve analisar o mercado sem desconsiderar a prática social econômica, uma vez que é a partir dela que surge a compreensão do papel da Empresa-instituição⁷²⁴. Desde esta perspectiva, a necessidade de se estudar o mercado com base na própria prática social vigente se faz importante, porque a Economia Descentralizada (atualmente vivida por nós) ainda não foi estudada de forma a explicar uma tendência verificada no agir das Empresas modernas, no sentido de pautarem suas próprias condutas em valores⁷²⁵.

⁷²² TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 26.

⁷²³ Ibidem, p. 24.

⁷²⁴ Ibidem, p. 30.

⁷²⁵ Para ilustrar esta assertiva, Teixeira cita em seu trabalho trechos de uma pesquisa feita pelo sociólogo Ricardo Abramovay (Nem Marx nem Hayek imaginaram esse mercado. Valor Econômico, São Paulo, 17 set. 2009. p. D-10), que registra a revolução vivenciada atualmente nas relações econômicas protagonizadas pelas empresas contemporâneas. Abramovay sugere que a economia descentralizada atual sempre foi explicada, erroneamente, de forma bastante bipolar: como uma

Tal tendência de ampliação do papel da empresa é entendida como uma resposta sociocultural às novas demandas sociais, que abarcam relações cada vez mais complexas entre seus diversos agentes⁷²⁶. Portanto, entende a autora que é em decorrência de uma novel dinâmica social que se criam (e, considerado o papel do Direito, se exigem) determinados conjuntos de comportamentos compreendidos como mais apropriados de serem realizados pelas empresas contemporâneas⁷²⁷.

Para a autora, a assunção de compromissos sociais, que perpassam ao jurídico e economicamente convencionados por estas instituições, representam aquilo que a mesma chama de *práticas isomórficas*⁷²⁸, como exigências internas e externas desenvolvidas pela própria instituição, com o objetivo de se manter em um ambiente de mercado cada vez mais exigente e competitivo.

A discussão sobre esta nova realidade perpassa o debate sobre o papel estatal e do próprio Direito, cuja diminuição é refutada pela autora. Em suas palavras,

[...] a definição dessas estratégias e práticas passa necessária e compulsoriamente pela análise do marco legal da atividade (o “isomorfismo coercitivo”) e, com base nesses valores positivados pelo Estado, no Direito, dá-se a construção das estratégias autônomas desses agentes (seus códigos de conduta e valores organizacionais, que conduzem ao isomorfismo tanto “mimético”, quanto “normativo”, quando tais comportamentos passam a fazer parte dos próprios “usos e costumes” de determinado ambiente social, de determinado Mercado)⁷²⁹.

No capítulo 2, a autora trabalha em cima da relação entre Economia e Direito, utilizando-se dos ensinamentos dos professores ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA, que refutam a explicação simplista de que Direito é mero subproduto da

realidade criticada pela doutrina marxista e exaltada pela doutrina liberal; e que, em ambos estes entendimentos, o mercado “funciona sem objetivos ou valores”, visto que a atuação de seus agentes “não vai, não pode ir além, do estritamente necessário para levar adiante as tarefas específicas e circunscritas que cada agente individual se propõe”. Abramovay, assim, entende que ambas estas compreensões (polarizadas por Karl Marx e Friedrich August Von Hayek) parecem ser incapazes, em um primeiro momento, de explicar a forte tendência de diversas empresas modernas de pautar sua conduta simultaneamente em objetivos de curto e longo prazo, como responsabilidade ambiental e social, decorrente da própria organização espontânea do mercado e não de um comando estatal pré-determinado.

⁷²⁶ Ou seja, em assumir o enfretamento de novas propostas, em decorrência da própria inter-relação “espontânea” entre o Mercado (e seus agentes), associada a uma flagrante evolução institucional.

⁷²⁷ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, op. cit., p. 33.

⁷²⁸ Ibidem, p. 34.

⁷²⁹ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 35.

Economia⁷³⁰. Se as leis influem na economia, modificando-a, as análises não devem ser reduzidas ao estudo estritamente normativo, para abranger também a sua eficácia econômica e social.

Segundo esta percepção, tais campos do saber não se confundem, mas entrelaçam-se. Deste modo, considerada a nova dinâmica social, no Direito, exigem-se determinadas reformas legais; na Economia, adaptações e novas formulações da teoria econômica dominante. Tudo isto com o objetivo de tais campos do conhecimento possam prestar as suas contribuições na melhor conformação da própria dinâmica social.

No capítulo 3, Teixeira traça a evolução histórica da atividade econômica e da consolidação do fenômeno empresa. Aduz que o Direito sempre buscou mecanismos para conferir segurança jurídica aos agentes econômicos e que a potencialização das trocas comerciais resultou na consolidação de práticas e usos comerciais, que de sua reiteração passaram a constituir um sistema próprio⁷³¹.

Através da referência e estudo de três fases evolutivas, a autora analisa historicamente a empresa, que começou a se delinear no século XIX, com o advento da dita sociedade industrial⁷³². Aduz que o modelo dos *Atos de Comércio* e o conceito de empresa como *comerciante* (caracterizado notadamente por relações instantâneas, de concretização imediata) acabaram por se tornar fatores limitadores dos investimentos requeridos pela sociedade da época⁷³³.

Diante deste impasse, a autora menciona que o sistema legal desenvolveu, através de quatro características societárias⁷³⁴, o embrião da chamada macro empresa “[...] voltada para realizar os grandes investimentos necessários em infraestrutura e para potencializar a estruturação da economia de produção em massa

⁷³⁰ Ibidem, p. 37 et seq.

⁷³¹ Ibidem, p. 40 et seq.

⁷³² Ibidem, p. 50.

⁷³³ Idem, p. 50 et seq.

⁷³⁴ (i) a essas *companhias* era permitido operar por *prazo indeterminado*, (ii) poderiam ser constituídas para *objetivos genéricos*, (iii) seus investidores (sócios e acionistas) possuíam *responsabilidade limitada* ao total de seus investimentos e (iv) o seu *capital social* poderia ser constituído mediante *oferta pública* de participações sociais ou outros títulos, que se somariam aos recursos aportados pelos fundadores, os controladores dessa entidade. Idem, p. 52.

que então emergia”⁷³⁵. Com a economia cada vez mais globalizada e competitiva, passaram as empresas a adotar novas formas organizativas, o que se vê até hoje.

No capítulo 4 e em seus subcapítulos, a pesquisadora desenvolve a ideia de que uma sociedade (sentido de comunidade político-jurídica) é composta por um grande conjunto de instituições.

Dada a plurissignificação em torno da ideia de instituição, a autora se posiciona no sentido da adoção do pressuposto de ordem sociológica, voltado para a percepção de que uma instituição a toda e qualquer formação social decorrente da experiência coletiva, entendida tanto em seu sentido abstrato quanto em sua acepção concreta. A instituição, assim, surgiria como a exteriorização de uma ideia, que simultaneamente congrega e serve de inspiração para um certo número de pessoas, encontrando-se voltada a determinados fins em espaços sociais ou campos especificamente considerados. Entendida como um processo, a instituição surge ao mesmo tempo como estruturada e estruturante, e não responde aos estímulos de maneira necessariamente racional e objetiva⁷³⁶.

Teixeira aponta a existência de uma espécie de *núcleo duro* a integrar o conceito de instituição, em função de sua consideração como um fenômeno social marcado por características tais como:

(i) ser uma abstração, criação do engenho humano, voltada a determinado fim, utilitarista (solução para determinado problema) ou cultural (agregar, servir de elemento de identificação, de um determinado grupo ou comunidade, por afinidade ou gosto); (ii) o caráter de permanência, com relativa continuidade face às transformações sociais; (iii) possuir reconhecimento social, certo aspecto erga omnes et omnia (ou seja, é reconhecível por terceiros que não integram sua proposição) e (iv) com a capacidade de autotransformar seus próprios regramentos de forma a manter sua existência e atender ao fim social (necessidades e interesses) para o qual foi constituída e enquanto perdurar a imperatividade de atender a tal finalidade⁷³⁷.

Dando seguimento ao seu raciocínio, a autora indica que há três grandes núcleos de pensamentos que abordam a Instituição de maneiras diferenciadas. São eles *instituições-organização* (agrupamentos sociais estruturados sob a forma de organização de pessoas físicas ou jurídicas, em que se encontram presentes relações

⁷³⁵ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, op. cit., p. 51.

⁷³⁶ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 61-62.

⁷³⁷ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 63.

de coordenação, baseadas em cooperação ou mesmo hierarquia, presente ou não a subordinação e com finalidade pré-definida); *instituições-norma* (ordenamentos de normas de conduta em geral, tanto formais – ordenamento jurídico - quanto não formais – usos, costumes, boas práticas etc.) e *instituições-símbolo* (todas as demais abstrações, sejam concretas ou mesmo imateriais, que se caracterizam principalmente por efeitos de ordem sociocultural, sociológicos)⁷³⁸. Teixeira, ao adotar a primeira das perspectivas, considera que as empresas:

[...] são “instituições-organização” que, como “instituições”, decorrem do engenho humano, são reconhecidas no seio social e são voltadas a determinado fim, para o qual utilizam os meios objetivos disponíveis, e, como “organizações”, observam relações de hierarquia e cooperação previamente estruturadas com as pessoas com quem interagem, sejam elas partes do agrupamento de pessoas que eventualmente lhe constituem (ex. sócios, colaboradores), sejam elas pessoas com as quais interage na consecução de sua finalidade social (ex. consumidores, concorrentes, agentes públicos etc.)⁷³⁹.

Ao trabalhar com as correntes que reuniram esforços para analisar a empresa sob esta perspectiva, a autora perpassa em sua abordagem a *Teoria do Campo Social*⁷⁴⁰ e a ideia de interpretação sistêmica da instituição, afirmando que o processo é estruturado e estruturante, fruto de interpretações e subjetividades, na medida em que os fenômenos sociais, políticos, econômicos, culturais, componentes do ambiente institucional, acabam por moldar as preferências individuais e as categorias básicas do pensamento, como o *indivíduo*, a ação social, o Estado e a cidadania⁷⁴¹. Assim, “tais interpretações podem adquirir caráter racional no momento em que servem a um

⁷³⁸ Ibidem, p. 62.

⁷³⁹ Ibidem, p. 66. A autora menciona também que as *instituições-organização* seriam uma ideia-força fruto dos postulados teóricos desenvolvidos por autores como Maurice Hauriou, Von Gierke, Paolo Greco, Santi Romano, Philip Selznick, Marcelo M. Falcão Vieira, Cristina A. Carvalho, dentre outros. Ainda sobre o tema das instituições, a autora, citando Guilhon de Albuquerque, menciona que não seria possível definir de maneira plena o objeto institucional, haja vista que diversas são as práticas conexas, e que cada instituição releva características passíveis de serem classificadas em mais de uma categoria.

⁷⁴⁰ Sugere que os conceitos de *campo organizacional* (Paul DiMaggio) ou *campo social* (Pierre Bourdieu) seriam as melhores ferramentas para a Análise Institucional. Esta, por ser sistêmica, distingue-se das abordagens racionalistas. O campo social seria estruturado não por um, mas por diversos agentes além do *agente dominante* e do *agente desafiante*, realidade em que tanto a sobrevivência quanto o sucesso dentro de qualquer campo social estariam condicionadas à observância e necessidade de harmonização dos interesses de todo um conjunto de “partes interessadas”, os *stakeholders*, tidos como elementos estruturantes essenciais.

⁷⁴¹ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 67.

objetivo específico em um ‘espaço social’ ou ‘campo’, ou seja, no momento em que adquirem ‘utilidade’ e passam a ser amplamente compartilhadas”⁷⁴².

Em outro de seus raciocínios, Teixeira registra que o *Mercado* assim como a empresa e o Estado possui características de *instituição-organização*, porque no campo social o mesmo é dotado de ordenamento próprio⁷⁴³. Ademais, a autora compreende que tanto o Mercado quanto a empresa, em seus respectivos ambientes, possuem dois papéis na realidade social, onde em um dado momento atuam como agentes e em outros momentos como palco da inter-relação de outros agentes sociais (seus *stakeholders*), sendo que ambas as instituições-organizações possuem como base legitimadora o Estado⁷⁴⁴, pelas seguintes razões: a uma, (i) com o reconhecimento de que a constituição do Estado, com seu sistema de tutela de direitos, deveres e garantias, objetiva em última escala proporcionar um ambiente seguro à sobrevivência humana, servindo como consequência de base para todas as demais instituições; tendo como resultado das próprias trocas humanas e da progressiva organização dos meios de produção de gêneros e de serviços, a emergência do fenômeno empresa^{745 746}. A duas, (ii) de que a adoção desta premissa do Estado como base de legitimação das instituições sociais, deve-se ao seu caráter como ente garantidor da segurança jurídica das relações sociais, em associação ao fato de que a essa *instituição-organização* é atribuído o aval expresso do povo (pela Sociedade) a soberania necessária para representá-lo em tal reconhecimento (certo que de forma dependente, vinculada e alinhada aos valores vigentes em seu ambiente social – no entendimento de Hegel, conforme *o bom-senso e a ideologia dominante*)⁷⁴⁷. A três, (iii) pela constatação clara de que aqueles inseridos em ambientes que não adotam o sistema dito *economia de mercado* (avaliativo puro) simplesmente, mas sim um ambiente que se traduz em *campos sociais*, vivem melhor definidos com a presença das *instituições-organização* (como o Estado e a empresa) devidamente organizadas,

⁷⁴² Ibidem , p. 67.

⁷⁴³ Ibidem, p. 71.

⁷⁴⁴ Ibidem, p. 74.

⁷⁴⁵ Pensamento este representado pelo filósofo do Direito, Maurice Hauriou, em sua Teoria da Instituição, apresentada por Teixeira.

⁷⁴⁶ Teixeira constata que é devido ao fenômeno empresa que parcela substancial da humanidade possui acesso a níveis de bem-estar em número e proporção nunca antes experimentados.

⁷⁴⁷ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, Op. cit. p.78.

estabelecidas e inseridas dentro de uma ótica sistêmica integrada, por essência institucional valorativa, com o Estado devidamente exercendo seu papel de base de legitimação de todas as instituições por conta de sua função de instrumentalizador da positivação do Direito e das convenções sociais (*instituições-norma*)⁷⁴⁸.

Na terceira parte da dissertação, há uma inserção da autora em assuntos envolvendo a empresa dentro do Direito e seus tratamentos jurídicos. Teixeira, por exemplo, nota que a recepção valorativa do fenômeno empresa é produto direto dos diversos sentidos que a própria Economia atribui ao termo, em consequência da polissemia do vocabulário, razão pela qual recepciona-se o acontecimento em distintas categorias jurídicas.

Mediante o pensamento sistêmico já tratado e considerando os prejuízos que esta polissemia já acarretou como fonte substancial de insegurança jurídica, a autora passa então a abordar as principais teorias jurídicas da empresa que considera serem as mais representativas para a compreensão do fenômeno e de sua evolução no meio jurídico⁷⁴⁹: a Teoria da Empresa de Alberto Asquini⁷⁵⁰, a Teoria Jurídica da Empresa de Waldírio Bulgarelli⁷⁵¹, A Teoria da empresa de Romano Cristiano⁷⁵².

Posteriormente, Teixeira analisa os pensamentos de Rachel Sztajn, no sentido da empresa como uma organização contratual (feixe de contratos) decorrente da necessidade de produzir para os mercados⁷⁵³, assim como a Teoria do Contrato Organização⁷⁵⁴ de Calixto Salomão Filho⁷⁵⁵. Na sequência, retoma a abordagem sobre o Campo social e os conceitos de *habitus*, *doxa* e *nomos* de Pierre Bourdieu⁷⁵⁶, seu principal referencial teórico.

Para finalizar este capítulo da sua dissertação a autora observa que todas as teorias abordadas em seu trabalho (desenvolvidas antes e após o Código Civil de

⁷⁴⁸ Ibidem, p. 80.

⁷⁴⁹ Como tais visões já foram ou serão abordadas em outros momentos da presente tese, não serão repetidas, apenas referenciadas como parte da análise desenvolvida pela autora.

⁷⁵⁰ TEIXEIRA, Op. cit. p. 89 et seq.

⁷⁵¹ Ibidem, p. 102 et seq.

⁷⁵² Ibidem, p. 119 et seq.

⁷⁵³ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 134 et seq.

⁷⁵⁴ Ibidem, p. 149 et seq.

⁷⁵⁵ Tais visões, também objeto de análise em outros momentos da presente tese, não serão repetidas, mas apenas referenciadas como parte da abordagem desenvolvida pela autora.

⁷⁵⁶ TEIXEIRA, Op. Cit. p. 158 et seq.

2002) reconhecem a empresa como um fenômeno uno na seara econômica-social, divergindo, porém, cada uma delas na forma de sua assimilação jurídica. Justifica Teixeira que tal dificuldade de assimilação jurídica decorre, como já mencionado, não apenas da complexidade do fenômeno, mas, também, dos diversos interesses e agentes envolvidos constituintes dessa *instituição*, razão pela qual mostra-se aplicável o tratamento legal deste acontecimento como um *feixe de contratos* ou um *feixe de relações jurídicas*⁷⁵⁷.

A autora acrescenta ainda que, embora as searas jurídicas possuam interesses de tutelas específicos, todas versam sobre um mesmo agente, o que, segundo defende, acarreta na necessidade de uma uniformização básica valorativa de seu tratamento “sob pena de conduzir à eclosão do próprio sistema”:

A visão segregada e estanque da Empresa, sob a ótica dos direitos e obrigações do “empresário”, da “atividade empresarial”, do “estabelecimento” e da “instituição” é terreno fértil para a existência de comandos conflitantes e dissonantes, que em nada contribuem para a clareza, previsibilidade e coerência do sistema, portanto prejudicando a consecução da desejada “segurança jurídica”⁷⁵⁸.

Posiciona-se a autora no sentido de que a negação da personificação jurídica plena da empresa é o núcleo do atual divórcio entre tratamento jurídico e realidade social deste fenômeno, ou seja, o real fundamento do atual estado de perplexidade em que se encontra o próprio Direito Comercial, o próprio Direito de Empresa.

Por esses motivos, trabalhar um ramo do Direito em que não se tem clara a real natureza de seu principal agente (a Empresa), se sujeito ou objeto de direito, não se poderia ter uma situação distinta da confusão generalizada atualmente observada. Conforme observado nas diversas “Teorias Jurídicas da Empresa” anteriormente analisadas, é com muito desconforto que os juristas tentam classificar a Empresa no Direito, visto que como não pretendem reconhecê-la com plena personalidade jurídica, como pleno sujeito de direito (como efetiva “pessoa jurídica”), ao mesmo tempo, por conta da forma como se dá sua manifestação sócio-econômica, não conseguem classificá-la como um estático “objeto de direito”⁷⁵⁹ (sic).

⁷⁵⁷ Cita a relação entre sócios (Direito Societário), as relações patrimonialistas (Direito Real), as relações trabalhistas (Direito do Trabalho), as relações consumeristas (Direito do Consumidor), as relações com outras empresas (Direito das Obrigações, Direito Concorrencial), as relações com a Sociedade (Direito Ambiental, Concorrencial) etc.

⁷⁵⁸ TEIXEIRA, Op. Cit. p. 164.

⁷⁵⁹ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 166.

No capítulo seguinte, em uma análise do processo de personificação de instituições sociais, Teixeira traz discussões acerca das pessoas jurídicas, manifestando-se pela necessidade de enquadramento das empresas nesta categoria. No curso de sua análise, aborda uma corrente a seu ver inovadora, mais adequada ao registro e interpretação do fenômeno da personificação jurídica do ente moral, das *instituições-organização*.

Trata-se da posição de J. Lamartine Corrêa Oliveira, que já defendia o conceito de *pessoa jurídica* sob uma visão institucionalista sistematizando as diversas teorias sobre o conceito de pessoa jurídica em três grandes grupos: as *doutrinas individualistas*, *doutrinas da existência das realidades coletivas* e *doutrinas normativistas*⁷⁶⁰.

Segundo percebeu Teixeira, tendo como referencial o pensamento de Corrêa Oliveira, a diferença substancial entre pessoas humanas e jurídicas é que estas últimas não possuem existência em si mesmas, na medida em que dependeriam de outros seres dotados de substância⁷⁶¹. Consoante destaca a autora, tal raciocínio conduziria à ideia de que apenas ao ser humano se justificaria a atribuição de personalidade e, para certas instituições com níveis mais elevados de complexidade (organizacional, social etc.), restaria à consideração como pessoa por analogia de atribuição aos seres humanos.

XAVIER LEONARDO bem interpretou a “dupla crise” do instituto “pessoa jurídica” proclamada por Corrêa de Oliveira, como uma crise de sua própria função que provém da desconformidade entre a realidade de algumas instituições perante os limites ontológicos e a fidelidade axiológica que esse instituto (a pessoa jurídica) deveria guardar em relação ao Ordenamento Jurídico. Isso porque, no conceito de “pessoa jurídica” de Corrêa Oliveira, esta até poderia ter uma “realidade análoga à pessoa humana, porque idêntica em inúmeros aspectos”, todavia eram distintas naquilo axiologicamente considerado mais importante: “a substancialidade”, privativa da pessoa humana, os quais existem por si só, enquanto as pessoas jurídicas têm existência reconhecida por analogia, em decorrência de seu “realismo”⁷⁶².

Baseada nos referências mencionados, a autora defende que as pessoas jurídicas são como núcleos que congregam determinados valores institucionais,

⁷⁶⁰ Ibidem, p. 174 et seq.

⁷⁶¹ Ibidem, p. 179.

⁷⁶² TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 182.

valores próprios da instituição com os quais pautam sua atividade, razão pela qual refuta a ideia de pessoa jurídica sem o reconhecimento amplo de seus direitos à personalidade, vez que essas *instituições-organização* são essencialmente criações de engenho humano, e por atribuição a essa criação é que decorre sua personalidade. Adicionalmente, faz ainda um paralelo, haja vista que não há questionamentos sobre o reconhecimento da instituição-organização Estado como pessoa jurídica plena, *sujeito de direito per se*, e, se a mesma é regulada no mesmo título que se regula as demais pessoas jurídicas de direito privado (Parte Geral, Livro I, Título II do Código Civil Brasileiro), não haveria motivos contundentes para haver divisões quanto a legitimação de suas personalidades⁷⁶³.

Sendo assim, argumenta a autora, embora a ideia destas instituições-organização seja a de se emancipar dos seres humanos que lhe deram origem, estas se manteriam vinculadas aos mesmos, ou seja, ao reconhecimento humano de sua existência (que calca a sua própria utilidade), porque sua institucionalização decorreria de interesses fundamentalmente humanos. Dentro desta matriz valorativa, haveria a consideração de princípios que são comuns às relações sociais e humanas - tais como o dever de boa-fé, de solidariedade e de respeito, na condição de iguais, e não em posição privilegiada, opressora⁷⁶⁴. Logo, é que a Sociedade, e dessa feita os seres humanos, apenas reconhecem às *instituições-organização* (como a empresa) o direito à atribuição de personalidade jurídica porque elas exercem uma função social relevante⁷⁶⁵.

Na quarta e última parte da tese⁷⁶⁶, Teixeira torna a defender a necessidade de se analisar o fenômeno da empresa como uma instituição social, haja vista que tal conceituação, segundo sua análise, é mais eficaz para lidar com situações de conflito social, no aspecto jurídico, porque se apoia na própria noção positivada de *função social* da empresa (e do próprio contrato) e, no aspecto social, porque cria uma base sólida para a consolidação de uma Sociedade mais solidária, mediante a clara

⁷⁶³ Relata Teixeira que em toda teoria atual dos Estados contemporâneos, não se tem por bem confundir o interesse desse ente com o de seus administrados, individual (o *cidadão*) ou coletivamente (a *Sociedade*) considerados. Tampouco, confunde-se o interesse do Estado com o de seus administradores (os *servidores públicos*). *Ibidem*, p. 184.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, p. 187.

⁷⁶⁵ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 188.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, p. 189 et seq.

identificação do agente social, do sujeito de direito, possibilitando a formulação de ações e medidas para o incentivo de práticas socialmente mais desejáveis e para a punição daquelas socialmente perniciosas. Como exemplo, a autora cita as evoluções de comportamentos decorrentes da ideia de economia e sustentabilidade, perfil das empresas modernas⁷⁶⁷.

Aduz que o conceito jurídico da empresa, em verdade, se confunde com o próprio conceito da pessoa jurídica, sendo a empresa nada mais do que uma pessoa jurídica com plena personalidade jurídica (um agente social) voltada para atuar na seara econômica, mediante a produção e circulação de bens e serviços. Dessa forma, o conceito jurídico de empresa sempre existiu no Direito em suas noções basilares no próprio instituto da pessoa jurídica⁷⁶⁸.

Em seguimento a este raciocínio, Teixeira defende que é plenamente aderente a posição sustentada por Calixto Salomão Filho acerca da correta interpretação da *fattispecie* empresário positivada pelo artigo 966 do Código Civil Brasileiro de 2002, que deve ser entendido mediante a compatibilização dos conceitos provenientes dos perfis funcionais e corporativos da teoria de Alberto Asquini, interpretação que, segundo a autora, é a perfeita tradução da *Empresa-Instituição*⁷⁶⁹.

Logo, em sua conclusão final, alinhada com o objetivo de apresentar a adequação do “[...] conceito de Empresa compreendido de forma sistêmica e integrada, como uma ‘instituição social personificada’, inserida dentro do subtipo por ela denominado instituição-organização⁷⁷⁰, a autora finaliza seu trabalho com a proposta de reconhecimento pleno da *Empresa-Instituição* como um ente jurídico personalizado, sinônimo da *fattispecie* empresa, e defende a possibilidade e conveniência de se sistematizar o Direito de Empresa em torno deste agente, bem assim conhecidos seus interesses e valores, e como função:

(i) Da Teoria Geral da Empresa, a sistematização dos princípios gerais que regem esse sujeito de direito, bem assim seus direitos e de suas obrigações sociais para com suas diversas “partes interessadas”, interna e externa *corporis*, sempre à luz da matriz valorativa vigente na Sociedade; (ii) Do Direito Comercial, a sistematização dos instrumentos obrigacionais e das formas de inter-relacionamento das Empresas entre si; (iii) Do Direito

⁷⁶⁷ Idem.

⁷⁶⁸ Ibidem, p. 190 et seq. Ponto retomado pela autora nas páginas 261 et seq.

⁷⁶⁹ Ibidem, p. 262.

⁷⁷⁰ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa, p. 198.

Concorrencial, a sistematização das medidas para mitigar e, se for o caso, incentivar os efeitos macroeconômicos da atuação das Empresas; (iv) Do Direito Societário, a sistematização das relações das Empresas com seus sócios e a sua governança interna; (v) Do Direito Trabalhista Empresarial, a sistematização da relação entre as Empresas e seus empregados; (vi) Do Direito Ambiental Empresarial, a sistematização da relação dos impactos da atividade da Empresa no meio ambiente; (vii) Do Direito Consumerista Empresarial, a sistematização da relação das Empresas com seus consumidores; (viii) Do Direito Tributário Empresarial, a sistematização da relação das Empresas com as Fazendas Públicas; (ix) Do Direito Administrativo Ambiental, a sistematização da relação das Empresas com o Meio Ambiente⁷⁷¹.

5.3.3 A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: novo ente jurídico personificado

O debate acerca da limitação de responsabilidade do comerciante ou empresário individual não é novo em nosso país⁷⁷². Sempre envolveu as discussões acerca da forma jurídico-organizativa mais adequada, ou seja, se societária ou não-societária.

Já em 1947, o Projeto de Lei nº 201⁷⁷³, apresentado em 21 de maio por iniciativa do deputado federal Freitas e Castro - PSD/RS, propunha a possibilidade de constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada. Tendo recebido pareceres contrários dos relatores das duas Comissões (CCJ e CEIC) às quais foi

⁷⁷¹ Ibidem, p. 262-263.

⁷⁷² Aliás, a própria ideia de limitação de responsabilidade dos indivíduos não é nova. Sobre o tema, vale transcrever o que expuseram Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes França e Marcelo Von Adamek: “A ideia de limitar a responsabilidade de indivíduos para, com isso, fomentar o exercício de atividades econômicas que, de outro modo, provavelmente nem viriam a ser exploradas, pode até ser considerada recente, se considerando o desenvolvimento histórico do direito comercial, mas seguramente também não pode se dizer nova. A doutrina já a vinha discutindo pelo menos desde o final do Séc. XIX. E, no plano legislativo, a primeira iniciativa a respeito foi dada em 10.4.1926 por Liechtenstein, com a criação da ‘Anstalt’ (estabelecimento) – que, curiosamente, de imediato não empolgou a legislação de outros países -, sendo que os subsequentes passos só vieram quase meio século depois, culminando com a sua consagração na 12. Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias de 21.12.1989, ‘em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio’”. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei 12.441/2011): Anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 163, ano LI (nova série), set./dez. 2012, p. 29-30.

⁷⁷³ BRASIL. **Projeto de Lei nº 201**, de 22 de maio de 1947. Permite a constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173047>>. Acesso em: 23 out. 2017.

submetido, os deputados Graccho Cardoso e Armando Fontes, acabou por ser retirado de pauta após requerimento do próprio autor do Projeto.

Em sede doutrinária, embora haja convergência no que diz respeito à defesa da ideia de atribuição de responsabilidade limitada ao agente econômico, o mesmo não se pode dizer no que tange ao assunto da forma jurídico-organizativa mais adequada a este desiderato. Os distintos posicionamentos restam claros em simples verificação dos conteúdos dos títulos de trabalhos publicados em diferentes épocas, todos tendo como pano de fundo a questão da limitação da responsabilidade, senão vejamos: i) Em 1956, a tese de cátedra de Sylvio Marcondes Machado, publicada sob o título *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*⁷⁷⁴; ii) Em 1977, a obra *A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica*, de Romano Cristiano⁷⁷⁵; iii) Em 1993, a publicação da obra *Sociedade Unipessoal*, de Calixto Salomão Filho, contemplativa de sua tese de doutoramento⁷⁷⁶; iv) Em 2005, a publicação da obra *Empresário individual de responsabilidade limitada*, de Wilges Ariana Bruscato⁷⁷⁷.

Em relação ao Brasil, oportuno mencionar que o texto original do Código Civil de 2002 elencava apenas duas formas jurídico-organizativas para o exercício da atividade econômica: o empresário individual e a sociedade.

A primeira forma jurídico-organizativa se destinava àquelas pessoas físicas que optassem pela exploração da atividade econômica em caráter individual, assumindo responsabilidade ilimitada; ao passo que a segunda era voltada às pessoas físicas ou jurídicas que decidissem pelo exercício da atividade econômica de maneira associada, com a responsabilidade do sócio a depender do tipo societário escolhido.

Como destaca Adalberto Simão Filho⁷⁷⁸, a existência de uma sociedade unipessoal não era desconhecida no meio legal brasileiro, diante da modalidade

⁷⁷⁴ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

⁷⁷⁵ CRISTIANO, Romano. **A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

⁷⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1993.

⁷⁷⁷ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁷⁷⁸ SIMÃO FILHO, Adalberto. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 193. A informação precisa ser completada com outros institutos: i) a empresa pública (disciplinada pelo artigo 37, XIX da Constituição da República e pelo Decreto-lei nº 200/67), devendo-se frisar que, por razões óbvias, não se trata de forma jurídico-organizativa atinente ao Direito Comercial; ii) a unipessoalidade superveniente e temporária

prevista no artigo 251 da Lei nº 6.404/76⁷⁷⁹, a chamada sociedade subsidiária integral⁷⁸⁰.

Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁷⁸¹, antes do Código Civil de 2002 havia se intensificado em nosso país a defesa da adoção da forma societária, “[...] provavelmente por inspiração da Lei francesa 697, de 11.07.85, que acolheu a sociedade unipessoal [...]”, tendo sido, inclusive, formada (antes da promulgação do Código) uma comissão de juristas, designada pelas Portarias 145/1999 e 492/1999, do Ministério da Justiça, e composta por Arnaldo Wald (presidente), Jorge Lobo (relator), Cesar Asfor Rocha, Alfredo Lamy Filho, Egberto Lacerda Teixeira e Waldírio Bulgarelli. Os trabalhos da Comissão resultaram num anteprojeto de reforma da lei das sociedades limitadas (então Decreto nº 3.708/1919), que contemplava “[...] a opção de ela ser constituída com um único sócio, ali também designada de ‘empresa individual de responsabilidade limitada’”.

Em 2011, por intermédio da Lei 12.441⁷⁸², acrescentou-se ao Código o Título I-A, denominado *DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA*, disciplinada no artigo 980-A, além de ter operado a inclusão do inciso VI ao artigo 44 e a alteração da redação do parágrafo único do artigo 1.033.

O caput do artigo 980-A descreveu a EIRELI como uma empresa constituída por uma única pessoa titular da totalidade de seu capital social. O inciso VI do artigo 44 conferiu-lhe personalidade jurídica. Finalmente, o parágrafo único do artigo 1.033 criou nova regra que ressalva da dissolução legal a sociedade (atingida pela unipessoalidade superveniente) cujo sócio remanescente, em vez de reconstituir a pluralidade de sócios, requeira a transformação do registro para empresa individual de responsabilidade limitada (ou, ainda, para empresário individual).

(disciplinada no artigo 1.033, IV do Código Civil e no artigo 201, I, d da Lei nº 6.404/76). Deve-se também esclarecer que, recentemente, a Lei nº 13.247/2016 disciplinou a chamada *sociedade unipessoal de advogados*.

⁷⁷⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 18 maio 2017.

⁷⁸⁰ A subsidiária integral é uma sociedade anônima constituída por escritura pública, tendo como única acionista sociedade brasileira.

⁷⁸¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

⁷⁸² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12441.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

Para os objetivos assumidos na presente tese, importam menos as cogitações acerca do regime jurídico⁷⁸³ da EIRELI e mais a sua natureza jurídica⁷⁸⁴, apontado como um dos mais difíceis temas que gravitam em torno desta figura⁷⁸⁵. Desta forma, a análise será concentrada neste segundo ponto específico.

A chegada da EIRELI ao Direito Comercial brasileiro não encerrou as controvérsias que já pairavam acerca deste instituto antes mesmo de sua positivação no ordenamento jurídico. A principal das divergências permaneceu girando em torno de sua natureza jurídica⁷⁸⁶.

Após a incorporação do conteúdo da Lei nº 12.441/2011 ao Código Civil, alguns doutrinadores manifestaram posição no sentido do enquadramento da EIRELI na categoria de sociedade unipessoal⁷⁸⁷. Este é o entendimento explicitado por Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Von Adamek, ao defenderem que “[...] tratar-se inequivocamente de sociedade unipessoal; mais especificamente, cuida-se de um subtipo societário – a sociedade limitada unipessoal”⁷⁸⁸.

⁷⁸³ Exemplos seriam as discussões sobre a possibilidade ou não de constituição de uma EIRELI para a produção ou circulação de serviços ou, ainda, a possibilidade ou não de sua constituição por pessoa jurídica.

⁷⁸⁴ Tal como anotam Erasmo Valladão Azevedo Novas e França e Marcelo Von Adamek, não se trata de uma discussão meramente acadêmica e desprovida de interesse prático. Ao contrário, cuida-se de relevante questão de qualificação jurídica. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes.; ADAMEK, Marcelo Vieira Von, op. cit., p. 32.

⁷⁸⁵ LYNCH, Maria Antonieta. O Patrimônio de Afetação e as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 148, ano XLVI (Nova Série), out./dez. 2007, p. 101.

⁷⁸⁶ Vale frisar que, segundo os mesmos autores: “[...] de que a Eireli não constitui forma de limitação da responsabilidade do empresário individual, dúvida alguma pode haver”. Afinal, a EIRELI foi arrolada como pessoa jurídica de direito privado, o que sinaliza que não se está diante de uma situação de patrimônio separado como seria o do empresário individual de responsabilidade limitada. Ao contrário, a hipótese positivada é de patrimônio autônomo”. Para os autores, a dúvida mais consistente que pode existir em relação à natureza jurídica é se se trata de uma sociedade unipessoal ou, ao contrário, de um novo ente jurídico personalizado. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes.; ADAMEK, Marcelo Vieira Von, op. cit., p. 32.

⁷⁸⁷ Neste sentido, ver: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 409. Oportuno destacar o posicionamento de Gustavo Henrique de Almeida: “[...] não é a empresa que é de responsabilidade limitada, mas sim as quotas do empresário, sujeito de direitos. Por esta razão, a leitura do texto legal deve ser feita com cuidado para não se incorrer em erros. Sendo assim, o objeto da lei é a responsabilidade conferida pelas quotas do empresário individual”. E, na sequência, continua o autor: “O legislador pretendeu permitir ao empresário individual o exercício da empresa sem que isso representasse uma ameaça ao patrimônio particular do empreendedor”. ALMEIDA, Gustavo Henrique de. A responsabilidade limitada do quotista único: uma análise crítica da Lei 12.441/2011. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 158, n. 6, 2011, p. 63.

⁷⁸⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes.; ADAMEK, Marcelo Vieira Von, p. 33.

De acordo com esta linha de argumentação, não se teria uma nova forma jurídico-organizativa no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim uma sociedade composta por sócio único que concentra as quotas sob sua titularidade.

Outros, ao contrário, defendem que se trata de um novo ente jurídico personalizado criado pelo legislador. Em outras palavras, tratar-se-ia de nova forma jurídico-organizativa para o exercício da atividade econômica⁷⁸⁹.

Há até mesmo uma posição doutrinária intermediária, de Maria Antonieta Lynch, que atribui à EIRELI uma espécie de natureza híbrida, ou seja, ora como uma figura autônoma, ora como uma sociedade unipessoal⁷⁹⁰.

Interessante também a posição que defende a existência de diferença entre os teores da disciplina normativa projetada e daquela efetivamente positivada no Código Civil. Sobre este ponto específico, eis as palavras de Adalberto Simão Filho:

A partir do direito projetado, claro estava que a EIRELI se constituiria como uma sociedade unipessoal. Todavia, a opção do legislador ao criar a EIRELI como o fez, desprezando parte do fundamento daquele projeto de lei, parece que acabou por não constituir um novo tipo social que poderia ser denominado sociedade unipessoal, a exemplo do que ocorreu em países que possuem o instituto em seu ordenamento, mas sim, e tão só, o de gerar uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado à luz do art. 44, VI, do Código Civil, para fins estritamente empresariais e com características próprias para o exercício de empresa vista aqui como o exercício da atividade econômica organizada para circulação e produção de serviços⁷⁹¹.

Sobre o tema, vale especificar o conteúdo de três Enunciados⁷⁹² construídos por ocasião das Jornadas de Direito Civil e de Direito Comercial: i) Enunciado nº 469, da V Jornada de Direito Civil; ii) Enunciado nº 472, também da V Jornada de Direito

⁷⁸⁹ Ver: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, op. cit., p. 51-53. LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI: Desafios e Perspectivas. **Revista FMU Direito**, São Paulo, v. 27. n. 39, 2013, p. 151. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/425/579>>. Acesso em: 23 maio 2017.

⁷⁹⁰ “Quando a EIRL assume a condição de instituição autônoma, poderá ser considerada como um patrimônio de afetação ou ainda como uma pessoa jurídica. Assumida a condição de sociedades, estaríamos diante das unipessoais”. LYNCH, Maria Antonieta. O Patrimônio de Afetação e as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 148, ano XLVI (Nova Série), out./dez. 2007, p. 101. Registre-se que a autora opta pela utilização da nomenclatura (EIRL) constante do Projeto que resultou na Lei nº 12.441/2011.

⁷⁹¹ SIMÃO FILHO, Adalberto, p. 199-200.

⁷⁹² Os Enunciados aprovados nas Jornadas não têm caráter legal ou efeito vinculante, mas se constituem como indicadores para a interpretação doutrinária e para a aplicação dos dispositivos relacionados à EIRELI pelos juízes e tribunais.

Civil; e, iii) Enunciado nº 3, da I Jornada de Direito Comercial. Os Enunciados 469 e 3 negam à EIRELI a natureza de sociedade e afirmam a sua condição de *novo ente jurídico personificado* distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária; ao passo que o Enunciado nº 472 considera inadequado o uso da expressão *social* nas referências às empresas individuais de responsabilidade limitada.

Embora se concorde com as assertivas acima no que diz respeito à caracterização da EIRELI como um novo ente jurídico personificado no Direito Comercial brasileiro, uma forma jurídico-organizativa que não se confunde com as demais (o empresário individual e a sociedade)⁷⁹³, discorda-se da parte final do texto. Menos pela análise do autor em si mesma, diante do reconhecimento de que foi empreendida de *lege lata*, e mais pelo seu conteúdo específico que parece conduzir a uma impropriedade, uma ideia ambígua por si mesma: de que uma empresa (a EIRELI) pode exercer a empresa (atividade econômica organizada).

Defende-se, então, a conveniência e oportunidade de uma revisão da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro em que se atribua personalidade jurídica à empresa. Não apenas à empresa individual, como se verá adiante.

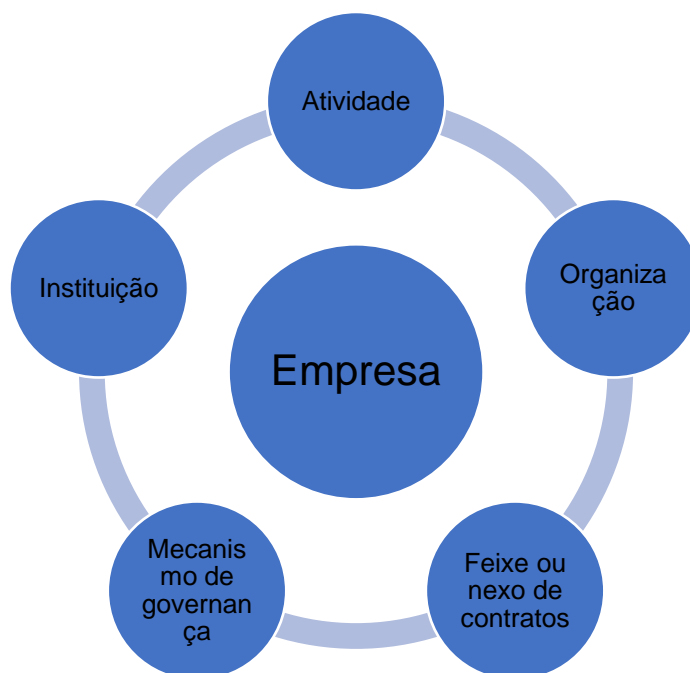
5.4 As bases da proposta de revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro contemporâneo

Analisando-se o tema da empresa no Direito Comercial brasileiro, desde o despertar do interesse em torno de sua noção jurídica até os dias atuais, perceberam-se distintas posições legislativas e doutrinárias (tanto de *lege lata* quanto de *lege ferenda*) sobre a matéria, resultantes de contrastes tanto metodológicos quanto teóricos na análise do instituto.

Tais oposições parecem fruto de assimilações de concepções distintas, surgidas em épocas e contextos diversos, que resultam num quadro pouco convergente acerca do objeto de estudo. Para facilitar a compreensão por parte do leitor, as posições mais significativas encontradas são ilustradas na Figura 1 abaixo:

⁷⁹³ No mesmo sentido: “E aí se vê que a opção do legislador, consistente em personificar o patrimônio destinado ao exercício da empresa, introduziu no direito positivo pátrio uma figura nova, distinta do empresário, como da sociedade empresária”. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, op. cit., p. 51-53.

Figura 1- Significação Jurídica de Empresa:



Fonte: O autor, 2017.

Percebem-se cinco diferentes eixos de abordagem em torno da significação jurídica da empresa (empresa como *atividade*; empresa como *organização*; empresa como *feixe* ou *nexo* de contratos; empresa como *mecanismo de governança* – para alguns, orientado à redução de custos de transação; para outros, orientado à diminuição de custos de agência -; empresa como *instituição*) no Direito Comercial brasileiro.

Em sua maioria, as análises doutrinárias se resumiram à interpretação dos conteúdos legais sobre o tema da empresa existentes no Direito Comercial, em dois de seus momentos históricos retratados nesta tese: i) A partir da referência expressa ao termo empresa pelo Regulamento nº 737/1850 (no art. 19, § 3º); ii) A partir da referência expressa à empresa pelo Código Civil de 2002 (no art. 1.142, por exemplo). Em ambos os casos, a falta de um conceito direto de empresa contribuiu para as diferentes interpretações no que diz respeito a sua carga de significação jurídica.

Houve também aqueles que, indo além da pura e simples interpretação da sistemática legal, ocuparam-se da construção de uma significação considerada adequada, portanto, proposições de *lege ferenda*.

Verificou-se, em meio aos contrastes metodológicos e teóricos, ser possível identificar uma espécie de pano de fundo comum bastante frequente nas abordagens: uma perspectiva de um funcionalismo eminentemente econômico e, por conseguinte, a utilização exclusiva do dado teórico econômico como referencial para a edificação das diferentes propostas de significações jurídicas.

Esta pluralidade de acepções atribuídas à empresa, por um lado, mantém em aberto o problema em torno de sua noção jurídica; por outro, desafia novos estudos críticos e a apresentação de soluções propositivas, no sentido do reposicionamento do instituto ao *status* de protagonista no sistema de Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Tendo-se procurado explicitar as críticas, cabe apresentar as bases sugeridas para uma proposta de revisão da noção jurídica de empresa. Como todas as demais, encontram-se fundamentadas na assimilação de um conjunto específico de premissas.

Em primeiro lugar, trata-se de uma proposta que não aspira a uma dimensão universal ou atemporal. Ao contrário, é contextualizada a um espaço-tempo determinado e a uma comunidade político-jurídica em concreto, edificada à luz de seu Texto Fundante e tendo em consideração as escolhas econômicas voltadas à organização de um modo ou sistema de produção com características particulares.

Portanto, pode-se dizer que tais proposições não se encontram alinhadas a uma ideologia político-econômica própria às crenças do pesquisador, postura que poderia contaminá-las pela parcialidade e comprometer a desejada cientificidade da investigação. Erguem-se, isto sim, em cobiçada conexão a um quadro normativo específico percebido como possível de ser extraído do desenho institucional estruturante do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Neste modo de ver a realidade, a Constituição alberga uma série de compromissos axiológicos e estabelece uma ordem jurídica que expressa uma determinada concepção de Direito, que ambiciona a condição de instrumento de transformações econômicas e sociais. Não se restringe ao jaez de simples Direito de consequências atrelado a uma suposta racionalidade formal de caráter econômico.

Se, conforme já explicitado, tais propósitos necessitam refletir na conformação e no funcionamento das instituições e dos institutos jurídicos próprios a esta realidade espaço-tempo determinada, o caminho metodológico comparativo parece pouco

adequado para o enfrentamento do problema da compreensão da forma como a empresa deve se projetar no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Do mesmo modo, as bases de organização e reconstrução deste ramo do Direito não podem estar alicerçadas unicamente em teorias econômicas. É premente repensar o Direito Comercial à luz de uma *teoria jurídica do conhecimento econômico e social* que traduza e harmonize os valores do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Esta *teoria jurídica do conhecimento econômico e social* almeja com as normas jurídicas (regras, princípios e dispositivos declaratórios de interesses) concretizar determinados valores sociais desejados tendo em conta os fatos observados nas relações econômicas e sociais, mas sem se restringir a eles. Tais valores da sociedade, democraticamente estabelecidos, devem influenciar as escolhas normativas em atenção à concretização de determinadas pretensões ou interesses a serem tutelados pelo ordenamento jurídico.

Pelas razões explicitadas acima, o percurso de construção das proposições é distinto daqueles que têm predominado nas leituras do Direito (e dos institutos que este deve disciplinar) realizadas unicamente a partir de seus resultados e consequências, que normalmente se valem apenas de métricas econômicas e que se voltam para uma funcionalização eminentemente econômica do próprio Direito, assim como de institutos como a empresa.

A assunção destas premissas em torno da contestação dos processos de funcionalização unicamente econômica não implica no questionamento automático da relevância da interação dialógica entre Direito e Economia, nem na indicação de uma suposta fragilidade do estudo das consequências das escolhas normativas em sede de Direito Comercial. Reflete, isto sim, na consideração da inadequação da elevação da análise econômica ao *status* superior de uma verdadeira teoria do Direito e espelha a posição no sentido de seu melhor enquadramento como uma espécie de método de análise.

Portanto, a aplicação deste método (na verdade, conjunto de métodos) da análise econômica é aqui entendido sempre como de caráter instrumental. Em consequência, os eventuais resultados apontados pelo manejo do instrumental teórico e empírico da Economia são compreendidos como importantes fatores necessários

de consideração nas escolhas normativas. Todavia, insuficientes, por si só, para determiná-las.

Da mesma forma, constituindo a empresa um fenômeno complexo os princípios explicativos apresentados pelo *mainstream* econômico (pressuposições da economia neoclássica e da nova economia institucional) não são capazes, sozinhos, de elucidar a sua apreensão. Uma visualização mais completa da realidade por trás deste objeto de investigação depende da observação das perspectivas de outros saberes distintos que também o analisam.

Encontrou-se na Nova Sociologia Econômica e na Sociologia da Empresa um conjunto de contribuições teóricas úteis para a identificação de alguns elementos merecedores de consideração na conformação de uma noção jurídica de empresa adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo. Notadamente no que diz respeito ao juízo sobre a necessidade de se observar a ordem econômica em geral, os mercados e as empresas como fenômenos socioeconômicos, portanto, passíveis de apreensão por outros olhares que não o de uma racionalidade formal de caráter eminentemente econômico.

Tais perspectivas sociológicas do conhecimento não recusam todos os postulados da teoria econômica. Ao contrário, voltam-se à ideia de promoção de uma união entre análises e perspectivas sociológicas e econômicas com vistas à obtenção de melhores explicações para os fenômenos socioeconômicos. Tais objetos de estudo, marcados por elementos, características e dimensões de distintas ordens, não podem ser adequadamente concebidos por olhares unidimensionais.

Contribuem, desta maneira, principalmente para uma melhor leitura das formas de articulações de interesses que gravitam em torno da empresa, possibilitando uma mais adequada apreensão da sua relação com o seu quadro de *stakeholders* e, especialmente, para um aprimoramento na forma como este relacionamento deve evoluir para a reconfiguração da própria noção jurídica de empresa. Simultaneamente, conduzem ao questionamento da ideia da concentração da empresa apenas na maximização de lucro para os titulares do domínio sobre os bens de produção, em prol de uma visão mais ampla de criação de valor compartilhado para um conjunto de partes interessadas.

Diante da visão acima, o problema de investigação em torno do *por que as empresas existem*, importante questionamento feito por Ronald Coase, em 1937,

talvez careça de uma reimposição oitenta anos após a sua formulação original, de maneira a ajustá-lo à realidade brasileira contemporânea. Em outras palavras, a concentração da atenção dos pesquisadores não apenas no *por que as empresas existem*, como também no *para que as empresas existem*.

Como resultado direto desta diferente maneira de se dirigir o olhar para a empresa, tem-se a rejeição das propostas que a identificam simplesmente como a expressão formal de uma *atividade* ou *organização*, ou como um mero *mecanismo de governança* alternativo aos mercados, dirigido por e para uma racionalidade eminentemente econômica voltada ao intuito de somente *economizar custos de transação* ou *de agência*. Muito embora a finalidade econômica seja da essência da empresa capitalista, esta não pode ser entendida e fomentada como o seu único propósito.

No Direito Comercial brasileiro, não é nova a preocupação com os demais interesses que gravitam em torno do fenômeno socioeconômico empresa. Ao longo desta investigação o contato com doutrinas como as de Waldírio Bulgarelli, Arnaldo Wald, Theophilo de Azeredo Santos, Romano Cristiano, Ana Bárbara Costa Teixeira, entre outros, permitiu esta constatação.

Os raciocínios dos autores citados acima, se não chegam a constituir uma corrente específica de pensamento, eis que projetam diferentes concepções jurídicas para a empresa, encontram-se aparentemente alinhados com a ideia de projeção de uma peculiar compreensão para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo, no sentido de romper com a tradição de sua vinculação à proteção estrita dos interesses exclusivos privatistas daqueles que ostentam o domínio sobre os bens de produção.

Percebe-se que, diante deste quadro de ressignificação do sentido atribuído por tais autores a este ramo do Direito, os interesses privatistas dos que ostentam a titularidade do domínio sobre os bens de produção não são postos à margem, ou desconsiderados. Ao contrário, são reafirmados firmemente pois decorrem da própria noção de livre-iniciativa. Todavia, devem ser orientados por certos valores e fundamentos axiológicos igualmente relevantes, que a ordem jurídica brasileira igualmente deve tutelar.

Deste modo, questiona-se na presente tese a noção jurídica de empresa que se apresenta como predominante⁷⁹⁴ na realidade brasileira atual, decorrente dos termos dispostos no Código Civil de 2002 e suas interpretações de *lege lata*, (*empresa como atividade, empresa como organização*), assim como em recentes perspectivas teóricas de *lege ferenda* (*empresa como feixe ou nexos de contratos, empresa como mecanismo de governança orientado à redução de custos de transação, empresa como mecanismo de governança orientado à redução de custos de agência*) oferecidas como alternativas à sistemática legal. Ambas as posições constituem tentativas de explicação unicamente econômica da empresa como base para a construção de seu sentido jurídico.

Acredita-se que tais entendimentos merecem revisão na medida em que se apoiam num *modus faciendi* equivocado, encontrando-se em geral baseados numa perspectiva de um funcionalismo eminentemente econômico e, por conseguinte, na utilização exclusiva dos dados teóricos de natureza econômica como referenciais para a edificação das diferentes propostas de significações jurídicas.

Sendo a noção jurídica de empresa um problema ainda em aberto na realidade brasileira, impõe-se uma revisão dos posicionamentos que restringem tal fenômeno aos seus aspectos econômicos. Se, conforme se buscou demonstrar, trata-se a empresa de um fenômeno econômico e social, tal tarefa não deve ser efetivada mediante a mera transposição ou adaptação de lições provenientes da Economia, ou de dados de natureza econômica isoladamente considerados. Dita metodologia não parece apropriada para a captação de um conhecimento pertinente acerca da empresa, apto a subsidiar a construção de uma noção jurídica adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

⁷⁹⁴ Neste momento da tese vale repetir parte do conteúdo da nota de rodapé nº 1, pela qual se procurou situar o leitor a respeito do significado atribuído à expressão *predominante*. Predominante, para os fins propostos na investigação, consistiu na identificação de uma espécie de vinculação hegemônica da noção jurídica de empresa a referenciais e/ou elementos de natureza estritamente econômica. Tais referenciais e/ou elementos, espera-se ter demonstrado, constituem *pano de fundo* encontrado em diferentes visões sobre o tema, seja naquelas *prevalentes* (aqui, prevalentes no sentido de mais aceitas e utilizadas), mais consolidadas no Direito Comercial brasileiro (como as atreladas às ideias de *atividade econômica organizada* ou *organização*) e entre os comercialistas em geral ou, ainda, em novas visões manifestadas em propostas teóricas apresentadas recentemente como alternativas às demais (vinculadas às ideias de *feixe* ou *nexo de contratos*, ou *mecanismo de governança orientado à redução de custos de transação*, ou *mecanismo de governança orientado à redução de custos de agência*).

A revisão aqui proposta se encontra alicerçada num referencial simultaneamente teórico e metodológico. Teórico no sentido de seu enquadramento a uma *teoria jurídica do conhecimento econômico e social*, de matriz filosófica, valorativa e deontológica, dotada de uma estrutura teleológica que compreende o Direito como um ordenamento destinado a realizar certos fins e valores (no caso, tendo como pano de fundo a preocupação com as transformações econômicas e sociais). Metodológica em razão de se encontrar apoiada numa perspectiva de mudança de método na análise do objeto de investigação, mediante a aplicação de algumas premissas do chamado novo estruturalismo jurídico, entendido como uma alternativa para o Direito Comercial brasileiro. Em linhas gerais, tais premissas expressam: i) a crítica aos determinismos econômicos; ii) o reconhecimento da importância e insuficiência das análises econômicas, do que decorre o seu *status* de instrumentalidade; iii) a abertura do Direito ao diálogo com outros campos do conhecimento para além da Economia; e, iv) o reconhecimento de importante papel atribuído ao Direito nas funções de articulador e coordenador crítico e valorativo dos *inputs* e informações vindos das demais áreas do conhecimento.

Uma das principais propostas esboçadas na revisão crítico-estruturalista reside na elaboração ou identificação de um novo instrumento normativo, os denominados *dispositivos declaratórios de interesses*, apresentados como um terceiro tipo ou categoria de norma jurídica ao lado dos tradicionais princípios e regras. Voltam-se à enumeração (reconhecimento e proteção) de interesses envolvidos por um determinado princípio ou regra, para uma mais adequada consideração e sopesamento dos mesmos na aplicação do Direito Comercial. Para além do reconhecimento e da proteção de interesses, as chamadas *normas-dispositivos* se apresentam como guias interpretativos das *normas-princípios* ou *normas-regras* de Direito Comercial a ele relacionados.

Esta visão, particularmente aplicada à disciplina normativa da empresa no âmbito do Direito Comercial brasileiro contemporâneo, parte dos mesmos pressupostos já desenvolvidos por autores como Waldírio Bulgarelli, Arnaldo Wald, Theophilo de Azeredo Santos, Romano Cristiano, Ana Bárbara Costa Teixeira, entre outros, de que há interesses que precisam ser reconhecidos e protegidos sempre que se trata da atuação da empresa (que afeta a todos eles) perante os mercados.

Todavia, até então, as boas intenções verificadas nas propostas de reconhecimento de uma variada gama de interesses careciam de mecanismos específicos de tutela, que lhes pudessem conferir uma maior operacionalidade do ponto de vista jurídico. Encontravam-se frequentemente baseadas na simples afirmação de princípios como o da *função social da empresa*, que, em termos práticos, em muito pouco contribuía para conferir efetividade na proteção de tais interesses.

Oportuno, desta forma, que a revisão da noção jurídica de empresa no Direito Comercial brasileiro contemporâneo esteja acompanhada de uma espécie de *plus* normativo, isto é, o fato de se avançar também na direção da ideia de elaboração de um conjunto de dispositivos declaratórios de interesses, assim como de princípios a eles ligados. Como fio condutor da identificação de interesses passíveis de internalização, sugere-se à observância do quadro normativo estatuído pela Constituição de 1988.

Com base no exposto acima, apresentam-se os fundamentos gerais e as principais ideias-força específicas preconizadas nesta proposta de revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo:

- i) Reconhecer a existência de uma subestrutura política mais ampla no âmago da estrutura social brasileira, cuja finalidade principal é conferir caráter de todo estrutural à comunidade político-jurídica em particular, que então deve ser caracterizada por uma harmonia entre seus elementos sem permitir uma justaposição de sistemas (ex.: sistema econômico) que poderiam ser governados por racionalidades desassociadas daquela conferida pelos postulados políticos;
- ii) Reconhecer ao Direito o papel de fio condutor da análise estruturalista da política, atuando na condição de uma das principais ordens da normatividade social no sentido de regular a convivência social de acordo com os balizamentos preconizados pela subestrutura política da sociedade;
- iii) Reconhecer a ordem econômica, os mercados e as empresas como subestruturas integrantes do sistema social, que não podem ser consideradas abstratamente de maneira alheia a esta realidade;

iv) Pautar a disciplina jurídica da empresa por uma *teoria jurídica do conhecimento econômico e social* (e não por teorias econômicas ou sociológicas do conhecimento) em que os valores da sociedade brasileira, democraticamente estabelecidos, influenciem as escolhas normativas e suas interpretações;

v) Afirmar a empresa como a estrutura-chave do capitalismo brasileiro, o principal agente da ordem econômica (cujos fundamentos, finalidades e princípios deve respeitar);

vi) Afirmar a empresa como a única forma jurídico-organizativa presente no Direito Comercial brasileiro (a partir da qual, de uma maneira mais ampla, seriam reconfiguradas as suas espécies - ex.: *empresa individual; empresa societária* –, assim como as respectivas tipologias – ex.: *empresa individual: de responsabilidade (do titular) ilimitada/de responsabilidade (do titular) limitada; empresa societária: de capital dividido em cotas e responsabilidade (do cotista) limitada/de capital dividido em ações e responsabilidade (do acionista) limitada* -, e, por fim, cada um dos *diferentes regimes jurídicos referentes às tipologias*);

vii) Atribuir-se à empresa personalidade jurídica própria;

viii) Afirmar-se a empresa como um *fenômeno* (ou um construto humano) econômico e social, portanto, dotado simultaneamente de função econômica e função social;

ix) Reconhecer-se a simultânea importância (ex.: na análise do reconhecimento e proteção dos direitos de propriedade; na consideração da relevância da segurança e da previsibilidade como variáveis-chave para impulsionar o empreendedorismo; no reconhecimento e na proteção dos contratos empresariais; na averiguação dos possíveis impactos regulatórios causados pelo arcabouço legal em geral e pelos dispositivos declaratórios de interesses em particular, de forma a evitar que pretensas medidas desarrazoadas de funcionalização social conduzam à estagnação ou inoperância da atividade econômica, com resultados negativos no ambiente institucional negocial capazes de desestimular o empreendedorismo; na identificação de possíveis conflitos de interesses e busca de soluções legais eficientes) e insuficiência (ex.: a definição, reconhecimento e proteção de

direitos de propriedade e contratos, de parâmetros claros e seguros para que os agentes econômicos possam atuar, não devem implicar na desconsideração da necessidade de coincidência entre a eficiência econômica e os demais valores perseguidos pela sociedade brasileira como um todo; ter a eficiência em conta não deve implicar em se lhe atribuir valor absoluto, pois o sentido das normas jurídicas não pode ser governado unicamente por este critério econômico) dos dados de natureza econômica, no sentido da consideração da existência de limites dos critérios (teóricos ou empíricos) econômicos na construção e aplicação do Direito Comercial brasileiro contemporâneo, particularmente, no que diz respeito às escolhas normativas relacionadas ao fenômeno empresa;

x) Reconhecer a existência de interesses para além daqueles dos titulares do domínio sobre os bens de produção, que precisam ser tutelados e protegidos sempre que se trata da atuação da empresa (que afeta a todos eles) perante os mercados;

xi) Reconhecer-se os *dispositivos declaratórios de interesses* como um terceiro tipo ou categoria de norma jurídica, ao lado das regras e dos princípios, para a adequada consideração e sopesamento dos interesses envolvidos pela aplicação do Direito Comercial brasileiro.

xii) Reconhecer-se a necessidade de elaboração ou identificação de *dispositivos declaratórios de interesses* específicos, dentre outros: a) o interesse do titular das empresas individuais ou do detentor de participações no capital das empresas societárias; b) o interesse da própria empresa, no sentido de sua preservação; c) os interesses dos colaboradores diretos da empresa.

Espera-se que as bases da proposta de revisão crítico-estruturalista da noção jurídica de empresa possam oferecer, em alguma medida, uma contribuição para o estudo sobre o tema e, mais especificamente, aportes teóricos convenientes e adequados para o debate acerca da reconfiguração deste instituto no Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Por outro lado, neste momento, tentar avançar com vistas a uma expansão de horizontes, caracterizada por uma proposta de construção de toda uma *teoria* jurídica (econômica e social) da empresa (que funcione como alicerce de uma reformulação

estrutural mais ampla do Direito Comercial brasileiro), além de comprometer a delimitação do trabalho, parece medida inoportuna e, até certo ponto, pretenciosa para uma tese de doutorado.

CONCLUSÕES

O objeto desta tese consistiu em investigar a empresa, fenômeno estudado ao longo dos tempos em diferentes campos do conhecimento como a Economia, a Sociologia e o Direito, e em distintas escolas do pensamento como a Economia Neoclássica, a Nova Economia Institucional, a Sociologia da Empresa e a Análise Econômica do Direito, sem que se tenha alcançado uma convergência teórica acerca de seu significado.

Esta discordância em relação ao conteúdo de significação deste objeto parece fruto da assimilação de pressuposições teóricas distintas, surgidas em épocas e contextos diversos. Faz com que a empresa, enquanto signo linguístico, apresente-se como uma daquelas expressões marcadas por polissemia.

No decorrer da presente investigação, apreendeu-se que esta divergência conceitual em torno da empresa se faz presente no Direito Comercial em geral (por exemplo, em países como França e Itália, berços dos dois grandes sistemas de Direito Comercial que inspiraram os modelos utilizados no Brasil, respectivamente, o sistema de atos de comércio e o sistema de atos de empresa) e, particularmente, no Direito Comercial brasileiro (outrora inspirado significativamente pelo modelo francês de atos de comércio; agora guiado expressivamente pelo modelo italiano de atos de empresa).

Ao contrário da tendência verificada em certos trabalhos anteriores que buscavam uma pesquisa de Direito comparado a respeito da empresa, cotejando as inúmeras acepções assumidas em suas projeções nos respectivos ordenamentos jurídicos, nesta tese o enfrentamento do tema se operou mediante um maior enquadramento do objeto de estudos a uma realidade espaço-tempo específica, no caso, o Direito Comercial brasileiro.

Neste sentido, baseou-se a pesquisa na assimilação de um conjunto de premissas relacionadas com determinadas concepções sobre o Direito, sobre a comunidade político-jurídica em que este se insere, assim como sobre o sistema de produção adotado nesta realidade, todos com características próprias que o diferenciam dos demais (questões formadas a partir de realidades históricas e culturais particulares). O foco da abordagem, portanto, concentrou-se mais no sentido

da compreensão da forma como a empresa se projetou, projeta-se e, principalmente, como deve se projetar (proposta de *lege ferenda*) no Direito Comercial brasileiro; e menos na análise do seu tratamento jurídico em outras realidades.

A análise da empresa na realidade jurídica brasileira, desde o seu surgimento (por ocasião da edição do Decreto 737, de 1850) no plano legislativo até os dias atuais (em meio à vigência do Código Civil de 2002, mas já com dois Projetos de Código Comercial, respectivamente, em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Feral), permitiu constatar a existência de intermináveis controvérsias de sentido, que se materializam na existência das mais distintas noções jurídicas.

Verificou-se que, até pouco tempo depois do advento do Código Civil de 2002 (que não conceituou diretamente a empresa, mas veiculou uma noção pressuposta) a controvérsia em torno da noção jurídica de empresa girava em torno de ideias como as noções de *atividade* e de *organização*. Todavia, percebeu-se também que novas propostas teóricas foram oferecidas recentemente como alternativas àquela noção presente na sistemática legal atual (realidade em que a empresa permanece interpretada, de forma prevalecente, como *atividade econômica organizada*) e, deste modo, acrescentaram novos contornos ao debate sobre o tema.

Algumas destas propostas se encontram fundamentadas na utilização de premissas teóricas assumidas pela *Nova Economia Institucional – NEI* (escola de pensamento econômico que tem como eixo analítico o estudo das instituições e de sua importância para o desenvolvimento econômico, assumindo como necessária a análise interdisciplinar entre Economia e Direito, no seio da qual foram produzidas algumas *teorias econômicas da firma*) e pelo *Funcionalismo Jurídico* (orientado preponderantemente ao estudo da função econômica dos institutos jurídicos). Trazem, ambas, importantes contribuições para o estudo do tema na medida em que desenvolvem conhecimentos não mais situados apenas na *função de produção* da empresa, descortinando-se a conveniência de observação e especulações sobre a sua *função de economizar custos de transação*. Neste sentido, a noção jurídica de empresa passa a estar conexa à ideia de eficiência, decorrendo daí algumas novas percepções como as que a associam a visões como *feixe* ou *nexo de contratos* e *mecanismo de governança* (orientado à redução de custos de transação e/ou custos de agência). Como pano de fundo destas compreensões, tem-se a defesa da importância de um bom ambiente institucional para a prática de negócios.

Nas diferentes concepções atribuídas à empresa (atividade, organização, feixe ou nexo de contratos, mecanismo de governança) verificou-se uma espécie de pano de fundo comum, uma noção predominante que se estende pela maior parte das formulações legais e doutrinárias sobre o tema. Foi aqui entendida como fruto de uma compreensão reducionista sobre a empresa, que normalmente a restringe exclusivamente aos seus aspectos econômicos, constituindo-se como fundamento maior do recurso praticamente exclusivo, tanto no plano legislativo quanto no doutrinário, a lições ou dados de natureza econômica para subsidiar as propostas de construção de noções jurídicas para a empresa.

Após análise retrospectiva, fundamentada e crítica dos tratamentos anteriores (desde o Regulamento 737 até o Código Civil de 2002) e atuais (do advento do Código Civil de 2002 em diante) conferidos ao tema, questionam-se as visões jurídicas que se apresentam como predominantes na realidade brasileira atual, presentes nos termos dispostos no Código Civil de 2002 (e, igualmente, nos Projetos de Novo Código Comercial, em tramitação) e suas interpretações, assim como as novas perspectivas teóricas mencionadas acima, apresentadas recentemente como alternativas à sistemática legal, na medida em constituem em sua maioria novas tentativas de explicação econômica da empresa como base para a construção de seu sentido jurídico.

Diante da necessidade de acrescentar novos contornos ao desenvolvimento do tema, em função da crença de que o estado atual (e também o projetado, considerado o teor dos Projetos de Código Comercial em tramitação) do conhecimento jurídico neste campo está a merecer revisão, passou-se ao objetivo geral de apresentar uma proposta de noção jurídica de empresa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Com o avançar da investigação, compreendeu-se a necessidade de ratificação de uma ideia bastante disseminada na doutrina jurídica comercialista brasileira, de que a empresa consiste num fenômeno complexo. No entanto, percebeu-se a simultânea necessidade de dar-lhe outro aspecto diante da constatação de que a complexidade da empresa não reside propriamente na existência de inúmeras teorias que procuram explicá-la, como dizem alguns autores, mas sim na verificação de que se trata de um fenômeno econômico e social, contrariamente à orientação prevalecente na doutrina (que a tem como um fenômeno exclusivamente econômico).

A pesquisa conduziu às seguintes constatações: i) da simultânea importância e insuficiência dos dados e elementos de natureza econômica para o deslindar da empresarialidade (maneira como o fenômeno empresa deve se projetar no Direito), sendo de difícil aceitação a ideia de atribuição de apenas objetivos econômicos (como se limitar a promover a eficiência e a redução de custos de transação) à norma jurídica, mesmo em matéria de Direito Comercial; ii) da necessidade de se repensar a noção jurídica de empresa de acordo com um balizamento mais adequado, ou seja, contextualizada diante de uma realidade e espaço-tempo determinados (o Direito Comercial brasileiro contemporâneo) e com foco numa discussão mais ampla a respeito dos interesses que gravitam em torno da atividade econômica.

Encontrou-se no estruturalismo jurídico (um modelo específico de estruturalismo, marcado por características próprias que o distinguem de outras propostas estruturalistas) um interessante referencial teórico-metodológico para conduzir e fundamentar as reflexões necessárias ao cumprimento do objetivo geral proposto nesta tese, isto é, realizar uma revisão (crítico-estruturalista) da noção jurídica de empresa predominante no Direito Comercial brasileiro, que fosse apta e de acordo com um espaço-tempo determinado.

Repensar a noção jurídica de empresa desde a perspectiva estruturalista, implicou em não reduzir a compreensão do objeto de estudo a uma racionalidade eminentemente formal de caráter econômico, propugnando-se por bases de análise mais amplas (para além da Economia).

Da visão estruturalista, extraíram-se alguns ensinamentos principais: i) as ciências e disciplinas não podem ser entendidas como compartimentos estanques; ii) o Direito não deve ser reduzido a uma perspectiva eminentemente dogmática (fundado em análises estritamente jurídicas), devendo ser integrado a uma visão mais ampla que o vincula a outras ciências e campos do conhecimento; iii) a integração entre o Direito e outras disciplinas deve se operar com o devido respeito às respectivas autonomias (porém, estas tratadas como relativas).

O estruturalismo proposto tem como uma de suas vantagens a adequação para simplificar aquilo que é originalmente complexo (como a empresa). Deste modo, num mundo marcado pela interdisciplinaridade, esta seria um *modus faciendi* adequado para a captação de um conhecimento científico mais amplo e não fragmentado acerca do objeto de estudo.

Chega-se a este conhecimento mais amplo por intermédio da análise e exame dos institutos enquanto estruturas, isto é, na condição de totalidades integradas entre si por elementos que se relacionam e que respeitam determinadas leis. Nesta visão: i) uma estrutura consiste numa totalidade composta por diferentes elementos, que se relacionam de maneira interdependente, em respeito a determinadas leis; ii) uma estrutura compõe um todo que não se confunde com a mera soma dos seus elementos integrantes, individualmente considerados; iii) uma estrutura se apresenta como um sistema de transformações diacrônico, que evolui e muda no tempo; iv) uma estrutura é um sistema marcado por autorregulação que, não obstante se altere no tempo, não perde a qualidade de um todo estrutural.

Se a empresa é um aspecto da realidade (econômica e social), originalmente complexo, que constitui uma totalidade integrada por elementos que se relacionam entre si, e se apresenta como um sistema de transformações, marcada por autorregulação, e que evolui no tempo sem perder a característica de todo, pode ser entendida e analisada como uma estrutura.

Desta forma, torna-se necessário o conhecer destes elementos (incluindo, mas sem se restringir, aos de ordem econômica) que formam o *todo* (empresa) para a sua correta apreensão enquanto realidade econômico-social, analisados segundo uma postura epistemológica relacionista que parte da historicidade das realidades sociais, com o reconhecimento da variabilidade espaço-temporal do Direito. Apóia-se o exame dos fenômenos e a produção do conhecimento de maneira contextualizada.

Nesta visão, a Economia é entendida como uma subestrutura do sistema social e, portanto, não pode ser considerada e analisada abstratamente como se fosse alheia a esta realidade. E há uma subestrutura política mais ampla no âmago da estrutura social, cuja finalidade principal é conferir caráter de todo estrutural à comunidade político-jurídica em particular, que deve ser caracterizada por uma harmonia entre seus elementos, sem permitir uma justaposição de sistemas que poderiam ser governados por racionalidades desassociadas daquela conferida pelos postulados políticos.

Ao Direito cabe o papel de fio condutor da análise estruturalista da política, atuando na condição de uma das principais ordens da normatividade social, no sentido de regular a convivência social de acordo com os balizamentos preconizados pela subestrutura política da sociedade. Trata-se do principal instrumento de que dispõe a

comunidade política para a organização da estrutura social, sendo certo que as normas jurídicas devem expressar um conjunto de valores sociais.

No que diz respeito à ideia de estruturalismo como alternativa para o Direito Comercial brasileiro, extraíram-se ensinamentos como: i) necessidade de resgatar (e renovar) uma tradição de pensamento crítico no Direito Comercial brasileiro, de modo a evitar a sua submissão aos desígnios de outras ciências (Economia, principalmente); ii) necessidade de reconhecimento de que as bases de organização e reconstrução de uma sociedade civil não podem estar alicerçadas unicamente em teorias econômicas, sendo possível (e necessário) a elaboração de uma teoria jurídica do conhecimento (econômico e social), em que se traduzam e se afirmem os valores de determinada sociedade (no caso, a brasileira); iii) necessidade de transformar as estruturas econômicas desestabilizadoras do sistema jurídico, que frequentemente conduzem à determinação das normas de conduta por padrões de poder e não por valores; iv) necessidade de mudanças estruturais baseadas numa revisão do funcionamento do sistema econômico por intermédio do Direito; v) necessidade de dar ao Direito Comercial importância e sentido novos, posicionando-o não como passivo observador e receptor de dados do cotidiano econômico-empresarial, mas sim como um instrumento de transformações econômicas e sociais; vi) necessidade de se reconhecer a empresa como o organismo central de funcionamento do Direito Comercial brasileiro; vii) necessidade de reflexões críticas sobre as empresas e o seu funcionamento, para a consequente apresentação de propostas e análises críticas transformadoras; viii) necessidade de não aceitação do poder econômico como um dado da realidade (e, sim, como algo que deva ser combatido ou eliminado), desde a perspectiva interna e externa à empresa; ix) necessidade de intervenção legislativa direta sobre determinadas estruturas econômicas (como a empresa), não no sentido de uma tentativa de planejamento ou definição dos resultados do processo econômico (que seria inútil), mas sim com a finalidade de proteger valores que são instrumentais à construção de um modelo mais amplo de um devido processo econômico (voltado ao desenvolvimento em seu sentido real, ou seja, econômico e social; e não somente à proteção dos interesses daqueles que exercem o domínio sobre os bens de produção); x) necessidade de elaboração ou identificação de *dispositivos declaratórios de interesses* (seriam, na *teoria do conhecimento econômico e social*, um terceiro tipo ou categoria de norma jurídica ao lado das regras e dos princípios),

para a adequada consideração e sopesamento dos interesses envolvidos pela aplicação do Direito Comercial brasileiro.

De uma maneira geral, os elementos e ensinamentos colhidos junto ao referencial estruturalista permitiram a conclusão de que, na realidade espaço-tempo determinada como recorte à pesquisa (Direito Comercial brasileiro contemporâneo) não é possível (ou, melhor dizendo, adequado) procurar explicar a empresa por intermédio de conceitos puramente econômicos.

Desta forma, a resposta ao problema de pesquisa que fundamentou a presente investigação é negativa, isto é, a transposição ou adaptação de lições provenientes da Economia (pressuposições teóricas de autores ou escolas do pensamento econômico, com suas respectivas compartimentações) ou de dados de natureza econômica, isoladamente considerados, não constitui uma metodologia apropriada para a captação de um conhecimento pertinente acerca da empresa, apto a subsidiar a construção de uma noção jurídica adequada ao Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Apoiado nesta compreensão e nas premissas sugeridas pelos referenciais teórico-metodológicos, elaborou-se uma análise do tema desde uma perspectiva simultaneamente crítica, contrária aos determinismos econômicos e à funcionalização eminentemente econômica do Direito e da empresa (típicos das visões rivais), e propositiva no sentido de oferecimento das bases de uma revisão estruturalista da noção jurídica de empresa para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo.

Desde esta perspectiva, a necessária e importante aproximação entre Direito e Economia não deve implicar no distanciamento do Direito em relação a outras áreas do conhecimento que, tal como a Economia, igualmente estudam a ordem econômica, os mercados e as empresas. A busca de uma maior abrangência ao espectro de observação e conhecimento sobre a ordem econômica, os mercados e as empresas deve se operar para além do prisma técnico-econômico.

À visão econômica foram acrescentadas as perspectivas sociológicas, particularmente da *Nova Sociologia Econômica* e da *Sociologia da Empresa*, que evidenciaram a conveniência, para uma melhor explicação e compreensão do objeto de estudo (com vistas à sua disciplina normativa), da necessidade de observação e reflexão sobre elementos outros que não aqueles típicos de uma racionalidade estritamente formal de caráter econômico. Afinal, a ordem econômica, os mercados e

as empresas não constituem campos à parte da sociedade, orientados por uma lógica específica e diferente de outros campos da vida social.

Este ponto de vista não recusa todos os postulados das teorias econômicas. Ao contrário, prega a conveniência de construção de uma trajetória de união entre os campos do conhecimento, de maneira a obter uma explicação melhor para os fatos socioeconômicos. Enfatiza os processos específicos de institucionalização e o faz segundo a análise de contornos próprios assumidos em realidades concretas, baseado na crítica à concepção de que os princípios explicativos apresentados pelo *mainstream* econômico sejam capazes de elucidar sozinhos a apreensão dos fenômenos socioeconômicos, ainda mais se concentrados em proposições universais e atemporais.

Esta abordagem se encontra apoiada em duas proposições fundamentais. A primeira, de que ação é sempre socialmente localizada e não pode ser explicada com referência apenas aos motivos individuais que possam tê-la ensejado. A segunda, de que as instituições socioeconômicas não brotam automaticamente, tomando uma forma incontornável; ao contrário, elas são construções sociais.

Portanto, Economia e Sociologia são campos cujos conhecimentos não podem ser dispensados no processo de reconstrução da noção jurídica de empresa. Não obstante, diante de uma comunhão e efervescência de saberes (proposições econômicas e sociológicas) cumpre ratificar a ideia em torno do não menos importante papel atribuído ao próprio Direito, nas funções de articulador e coordenador crítico e valorativo dos *inputs* e informações vindos das demais áreas do conhecimento que se dedicam ao estudo do tema.

Tais referenciais serviram de apoio para a formulação, de *lege ferenda*, das bases da proposta de revisão crítico-estruturalista segundo a qual a empresa deve ser entendida como a estrutura-chave do capitalismo brasileiro e principal agente da ordem econômica; deve ser projetada pelo Direito Comercial brasileiro contemporâneo como a única forma (estrutura) jurídico-organizativa para o exercício da atividade econômica em regime de livre iniciativa; deve ser assumida como um fenômeno econômico e social que, em sua projeção no Direito Comercial, deve ser dotado de personalidade jurídica própria e ao qual devem ser atribuídas, simultaneamente, função econômica e função social.

Sugere-se que, nas escolhas normativas relacionadas à disciplina da empresa no Direito Comercial brasileiro contemporâneo sejam levadas em conta a simultânea importância (ex.: na análise do reconhecimento e proteção dos direitos de propriedade; na consideração da relevância da segurança e da previsibilidade como variáveis-chave para impulsionar o empreendedorismo; no reconhecimento e na proteção dos contratos empresariais; na averiguação dos possíveis impactos regulatórios causados pelo arcabouço legal em geral e pelos dispositivos declaratórios de interesses em particular, de forma a evitar que pretensas medidas de funcionalização social impliquem negativamente no ambiente institucional negocial, desestimulando o empreendedorismo; na identificação de possíveis conflitos de interesses e busca de soluções legais eficientes) e insuficiência (ex.: a definição, reconhecimento e proteção de direitos de propriedade e contratos, de parâmetros claros e seguros para que os agentes econômicos possam atuar, não devem implicar na desconsideração da necessidade de coincidência entre a eficiência econômica e os demais valores perseguidos pela sociedade brasileira como um todo; ter a eficiência em conta não deve implicar em se lhe atribuir valor absoluto, pois o sentido das normas jurídicas não pode ser governado unicamente por este critério econômico) dos dados e elementos de natureza econômica, no sentido da consideração da existência de limites aos critérios teóricos ou empíricos econômicos que devem orientar (sem governar) tais escolhas normativas; a necessidade de reconhecimento dos *dispositivos declaratórios de interesses* como um terceiro tipo ou categoria de norma jurídica, ao lado das regras e dos princípios, para a adequada consideração e sopesamento dos interesses envolvidos pela aplicação do Direito Comercial brasileiro, que não se encerram naqueles do titular da empresa (seja ela individual ou societária).

As bases da proposta de revisão se pautaram na concepção de Direito como instrumento de transformações econômicas e sociais, impulsionado por uma *teoria jurídica do conhecimento econômico e social* em que os valores da sociedade brasileira, democraticamente estabelecidos, precisam influenciar as escolhas normativas (inclusive, no que diz respeito à configuração ou reconfiguração de institutos jurídicos) e suas interpretações. Esta acepção alberga em seu âmago uma peculiar compreensão para o Direito Comercial brasileiro contemporâneo, no sentido de romper com a tradição de sua vinculação à estrita proteção dos interesses exclusivos privatistas daqueles que ostentam o domínio sobre os bens de produção.

De certa maneira, a presente visão constitui um deslocamento de perspectiva. Trabalhou-se com apoio em referencial do conhecimento mediante o qual o Direito Comercial ganha importância e sentido novos, caracterizando-se não somente como um direito de consequências, atrelado a uma racionalidade meramente formal de caráter econômico; não somente como um mero instrumento de defesa dos interesses daqueles que exercem - ostentando uma posição de domínio dos bens de produção - a atividade econômica; mas, isto sim, distinguindo-se como um verdadeiro mecanismo de implementação de mudanças econômicas e sociais, com vistas ao desenvolvimento em seu sentido real, ou seja, econômico e social.

O relevante problema de investigação em torno do *por que as empresas existem*, apontado inicialmente em 1937 (base das cogitações formuladas pelos teóricos da Nova Economia Institucional e das especulações dos juristas que a têm como referencial), talvez careça contemporaneamente de uma reimposição oitenta anos após a sua formulação original, de maneira a ajustá-lo à realidade brasileira contemporânea. A concentração da atenção dos pesquisadores deve se alinhar não apenas ao (importante) questionamento acerca do *por que as empresas existem*, como também no sentido da (igualmente relevante) preocupação em torno do *para que as empresas existem*.

Esta forma de se ver a realidade implica na rejeição das demais proposições que enxergam a empresa como a expressão formal de uma *atividade* ou *organização*, ou como um simples *feixe* ou *nexo de contratos*, ou ainda como mero *mecanismo de governança* alternativo aos mercados, enfim, como um fenômeno dirigido por e para uma racionalidade eminentemente econômica voltada ao intuito de somente *economizar custos de transação* ou *de agência*. Muito embora a função econômica seja da essência da empresa, esta não pode ser entendida e fomentada como o seu único propósito.

O intuito do lançamento de tais bases não foi o de alcançar ou de defender posições tidas como definitivas e caracterizadoras de certezas ou verdades absolutas, mas tão somente contribuir para o aprofundamento do estudo do tema da empresa, especialmente em sua dimensão jurídica, dirigindo-lhe um diferente olhar.

Como toda e qualquer formulação teórica, esta que ora se oferece à comunidade acadêmica não se encontra isenta de limitações e possíveis críticas. Reconhece-se, de antemão, ao menos duas limitações desta perspectiva: i) a

imperiosidade de que o aprofundamento dos estudos sobre as empresas na realidade brasileira seja enriquecido com pesquisas empíricas e estudos de casos; ii) a dificuldade em se concretizar a harmonização de interesses em meio ao ambiente institucional brasileiro atual, considerado hostil ao empreendedorismo (reformas pontuais em variadas frentes são sentidas como necessárias para a criação de um melhor ambiente de negócios no Brasil).

Não obstante, espera-se que os argumentos alinhados nesta tese se constituam como um conjunto de proposições jurídicas válidas e plausíveis, adequadas ao contexto sócio-histórico-cultural específico em que se insere o Direito Comercial brasileiro contemporâneo e, assim, possam acrescentar novos elementos para os debates neste instigante, desafiador e apaixonante campo do conhecimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 out. 2015.

_____. **Decreto nº 737**, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. **Lei nº 556**, de 25 de junho de 1850. Institui o Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispões sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 12.441**, de 11 de julho de 2001. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12441.htm>. Acesso em: 20 maio. 2017.

_____. **Lei nº 13.247**, de 12 de janeiro de 2016. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13247.htm>. Acesso em: 20 maio. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.572, de 2011**. Institui o Código Comercial. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 22 março. 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 487, de 2013**. Reforma o Código Comercial. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em: 22 março. 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 201**, de 22 de maio de 1947. Permite a constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173047>>. Acesso em: 23 out. 2017.

ITÁLIA. Regio Decreto-legge nº 262, 16 marzo 1942. **Codice Civile**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:codice.civile:1942-03-16;262>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012.

ABRÃO, Carlos Henrique. **O novo direito empresarial**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/898679/o-novo-direito-empresarial>>. Acesso em 07 fev. 2017.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade** (as empresas no direito). Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Governança das Sociedades Comerciais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e revisão técnica de Márcia Villares de Freitas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ALMEIDA, Amador Paes. **Direito de empresa no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALMEIDA, Gustavo Henrique de. A responsabilidade limitada do quotista único: uma análise crítica da Lei 12.441/2011. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 158, n. 6, p. 59-66, 2011.

ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires Assis de. A noção jurídica de empresa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 211-229, jul./set. 1999.

ALVARENGA, Helga A. Ferraz de. **O novo Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI152941,71043-O+novo+Codigo+Comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Da funcionalidade e limitações do pedido de restituição ordinária e sua aplicabilidade aos contratos na falência: uma análise da ineficácia da cláusula resolutiva expressa. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 263-301, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n2_artigo1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008.

ANDRÉS, Elena Esteva de; PIMENTEL, Duarte. Empresa e reprodução social ampliada: los contributos del análisis societal. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n. 47, p. 35-45, 2005.

ANTUNES, José Engrácia. In: GUNTHER Teubner (Org.). **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Nunes. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. Prefácio. p. 5-9..

ARDUIN, Ana Lúcia Alves da Costa. A Teoria Jurídica da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 74-102.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 39 (nova série), n. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-26, out/dez 1996.

BARBOSA, Leonardo Garcia. Conceito e função econômica da empresa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 202, p. 251-277, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503047>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BARRETO FILHO, Oscar. A Dignidade do Direito Mercantil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 68, n. 2, p. 415-434, 1963. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66682/69292>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

_____. Comentários ao Anteprojeto de Código de Obrigações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 61, n. 2, p. 67-127, 1965. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66486/69096>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Redae – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n.1, fev./mar./abr. de 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/redae-1-fevereiro-2005-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (path dependence): definições e controvérsias teóricas. **Perspectivas**, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun. 2012. Disponível em:

<<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/4978/4434>>. Acesso em: 07 maio. 2017.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Compilação por Nello Morra. Tradução e notas por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed., Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Luís Guerreiro Pinto Cacais et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Auto-interesse e Incompetência. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 1, 2003, p. 210. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/836>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria Jurídica da Empresa**: Análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Normas Jurídicas Empresariais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **O Novo Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Tratado de Direito Empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. Atualidade do Direito Empresarial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 87, p. 267-288, 1992. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67178/69788>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 10. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CAPELLA, Juan Ramon. **El Derecho como Lenguaje**: Un Análisis Lógico. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968.

CARNEIRO, Maria Francisca. Reflexões sobre a epistemologia jurídica contemporânea no Brasil. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 26, n. 7, p. 6-10, jul. 2014.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1973.

CAVALLI, Cássio Machado. A Teoria da Empresa na Recuperação Judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coords). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, p. 200-236, 2015.

_____. **Direito comercial: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

_____. **Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico**. Porto Alegre, 2012, 304 f. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

_____. O conceito de empresa no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes Nunes (Coords.). **Novas reflexões sobre o projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, p. 87-111, 2015.

_____. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 417-432, 2014.

COASE, Ronald H. Law and Economics at Chicago. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 36, n. 1, p. 239-254, abr. 1993.

_____. The impact of social cost. **Journal of Law and Economics**, n.3, p. 1-44, out. 1960.

_____. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, p. 386-405, 1937.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação do seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. In: Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (Anais). Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), p. 1-27, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade anônima no projeto de Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137123,21048-Codigo+Comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

_____. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Explicando o Projeto de Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149780,51045-Explicando+o+Projeto+de+Codigo+Comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

_____. **O debate democrático em torno do novo Código Comercial.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI147196,61044-O+debate+democratico+do+Novo+Codigo+Comercial>>. Acesso em 07 fev. 2017.

_____. **Um novo Código Comercial para o Brasil.** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/880443/um-novo-codigo-comercial-para-o-brasil>>. Acesso em 07 fev. 2017.

COELHO, Felipe Canuto. O Estado liberal: entre o liberalismo econômico e a necessidade de regulação jurídica. [*on line*]. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 08, n. 15, jan./jun. 2006. Disponível em <http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed_antteriores/15/artigos/09.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.

COLEMAN, Jules L. Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law. **Ethics**, v. 94, n. 4, p. 649-679, jul.1984. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/econ-crime-old/coleman-1994.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres.** São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Ensaio e pareceres de direito empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XXV (nova série), n. 63, p. 71-79, 1986.

CONCEIÇÃO, Otávio Augusto C. A contribuição das abordagens institucionalistas para a constituição de uma teoria econômica das instituições. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 23, n. 1, p. 77-106, 2002.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics.** 6. ed. Chicago: Pearson, 2010.

COOTER, Robert; KRAUS, Jody S. **The Measure of Law and Economics.** In: Law and Economics Workshop. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), p. 1-56, 2014. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=law_econ>. Acesso em: 06 mar. 2017.

COPETTI NETO, Alfredo; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo? **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 54-76, jan.-jun. 2011. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista5/segundoAlfredoJose.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

COUTO e SILVA, Clóvis do. O conceito de empresa no direito brasileiro. In: Wald, Arnaldo (Org.). **Direito de Empresa: Teoria Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 89-106, 2011.

CRISTIANO, Romano. **A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Personificação da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE LUCCA, Newton. A função social da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 136-165.

DESCOLA, Philippe. Claude Lévi-Strauss, uma apresentação. **Estudos Avançados**, v. 23, n. 67, p. 147-160, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v23n67/a19v2367.pdf>>. Acesso em: 15 maio. 2017.

DINIZ, Gustavo Saad. **Estudos e pareceres da pessoa jurídica e da atividade empresarial**. São Paulo: LiberArs, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 8: direito de empresa. 2. ed., reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

DÓRIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Atlas, 2013.

ECHTERHOFF, Gisele. A Ordem Econômica e a Constituição: o Papel dos Princípios Constitucionais. [*on line*]. **Revista Conhecimento Interativo**, São José dos Pinhais, v. 04, n. 02, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.app.fiepr.Org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/48/57>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. Tradução por Gilson Cesar Cardoso de Souza. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

EISENBERG, José. **Para que serve o pragmatismo jurídico?** Disponível em: <<http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/paginateoria/Para%20que%20serve%20o%20pragmatismo%20jur%EDdico.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

EIZIRIK, Nelson Laks. **O novo Código Comercial e a Lei das S/A**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136416,11049-O+novo+Codigo+Comercial+e+a+lei+das+S+A>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

ERICHSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã no Direito Privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al (Orgs.). **Direito privado, constituição e fronteiras**: encontros da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 21-30, 2014.

FABRETTI, Lúdio Camargo. **Direito de empresa no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, v. 1 (O Estatuto Histórico e Dogmático do Direito Comercial). São Paulo: Saraiva, 1960.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 5 ed. Roma: UTET, 1980.

FIALE, Aldo. **Diritto Commerciale**. 9. ed. Napoli: Simone Edizioni, 1994.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FLORENCE, Osty; UHALDE, Mark. Os mundos sociais da empresa. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 16, n. 31, nov. 2008, p. 22-23. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-44782008000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 24 maio. 2017.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRANÇA, Erasmo Azevedo Valladão e Novaes. **Indignação**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149079,21048-Indignacao!>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

_____. **Indignação pela reflexão**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI150034,31047Indignacao+pela+reflexao!>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

_____. **O Projeto do Código Comercial**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI146663,61044O+projeto+do+Codigo+Comercial](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI146663,61044O+projeto+do+Codigo+Comercial>)>. Acesso em: 08 fev. 2017.

_____. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes.; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei 12.441/2011): Anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 163, ano LI (nova série), p. 29-56, set./dez. 2012.

FREEMAN, Edward R. **Strategic Management: A Stakeholder Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

FREEMAN, Edward R.; REED, David L. Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance. **California Management Review**, vol. 25, n. 03, p. 88-106, 1983.

GALGANO, Francesco. **História do Direito Comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 857, p. 11-28, mar. 2007.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 139-157, 2014.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2014.

GOMES, Fábio Guedes. **A Nova Economia Institucional (NEI) e o (Sub) Desenvolvimento Econômico Brasileiro**: Limites e Impossibilidades de Interpretação. Disponível em: <<http://www.sep.Org.br/artigos/download?id=864&title=A%20Nova%20Economi%20Institucional%20>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de Direito Empresarial**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

GRANOVETTER, Mark. Ação Econômica e Estrutura Social: o Problema da Imersão. **RAE-eletrônica**, v. 6., n.1, p. 1-41, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S1676-56482007000100010.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e ordem econômica e social**: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GUIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GUIMARÃES, Paulo César Milani. **Elementos de Sociologia**. 2. ed. Belém: CEJUP, 1995, 192.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à Ciência do Direito**. 6. ed., reest., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, n. 58, p. 193-223, 2003.

HEFFES, Omar Darío. Economía Neoclássica: Veridicción y Justicia en el Mercado. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 5, n. 2, p. 111-129, 2013.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. A Teoria da Empresa no novo Direito de Empresa. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 5, p. 111-132, ago. 2003.

HERNANDEZ, Alfredo Morles. **Curso de Derecho Mercantil**. Elementos del sistema mercantil venezolano. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1986.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madri: Civitas, 2001.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, MARK. **História do Pensamento Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Teoria da Firma: Comportamento dos Administradores, Custos de Agência e Estrutura de Propriedade. **RAE – Revista de Administração de Empresas**, v. 48, n. 2, p. 87-125, abr./jun. 2008 (RAE Clássicos). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a13.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, p. 305-360, 1976. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0304405X7690026X>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. In: AUERBACH, Alan J.; FELDMAN, Martin. (Edit.). **Handbook of Public Economics**, v. 3, Elsevier, p. 1.661-1.784, 2002.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KIRSCHNER, Ana Maria. A sociologia brasileira e a empresa. In: SAINSAULIEU, Renaud; _____ (Orgs.). **Sociologia da empresa: organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: DP&A, p. 37-55, 2006.

KIRSCHNER, Ana Maria; MONTEIRO, Cristiano Fonseca. Da sociologia econômica à sociologia da empresa: para uma Sociologia da Empresa brasileira. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 79-103, jan./jun. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922002000100006>. Acesso em 09 abr. 2017.

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Lições de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI: Desafios e Perspectivas. **Revista FMU Direito**, São Paulo, v. 27, n. 39, p. 150-154, 2017. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/425/579>>. Acesso em: 23 maio. 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walther Ratheneu e sua obra: "A Teoria da Empresa em Si". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 128, ano XLI (Nova Série), p. 199-223, out./dez. 2002.

LAVILLE, Élisabeth. **A empresa verde**. São Paulo: Ote, 2009.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil Brasileiro. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 103-124.

LEMOS JÚNIOR, Eloy. **Empresa & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2009.

LÉVI-STRAUSS, Claude. L'analyse structurale en linguistique et en anthropologie. **Journal of the Linguistique Circle**, Nova Iorque, v. 1., n. 2, p. 1-21, ago. 1945.

LIBONATI, Berardino. Prefácio. In: LIBONATI, Berardino; FERRO-LUZZI, Paolo (Org.). **L'Impresa**. Quaderni Romani di Diritto Commerciale. Dott. A. Giuffrè: Milão, 1985, p. 3-5.

LIPPERT, Marcia Mallmann. **A empresa no código civil: elemento de unificação no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LLINÁS, Emílio Suñé. **Teoría Estructuralista del Derecho**. Madrid: Universidade Complutense de Madrid, 2006.

LOBO, Jorge. A Empresa: Novo Instituto Jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 81-93, jan. 2002.

_____. **Novo Código Comercial.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132807,51045-Novo+Codigo+Comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **A função social da empresa e suas repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de sociedades anônimas:** uma análise dos artigos 116, parágrafo único, e 154 da Lei das S/A. São Paulo, 2009, 446 f. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8735>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. **Democracia e mercados:** a crescente tensão entre os imperativos econômicos e o Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/democracia-e-mercados-17052017>>. Acesso em: 18 maio. 2017.

LOPES JÚNIOR, Edmílson. As potencialidades analíticas da Nova Sociologia Econômica. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 39-62, jan./jun. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922002000100004>. Acesso em: 09 abr. 2017.

LOPES, Herton Castiglioni. Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglas North. **Revista de Economia Política**, v. 33, n. 4 (133), p. 619-637, out.- dez. 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos** – introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LYNCH, Maria Antonieta. O Patrimônio de Afetação e as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 148, ano XLVI (Nova Série), p. 100-108, out./dez. 2007.

MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo Consciente.** São Paulo: HSM, 2013.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio; MORAES, Alexandre de; *et al.* **20 anos da Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, p. 395-423, 2009.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

MALCHER FILHO, Clovis Cunha da Gama. A Autonomia do Direito Privado e a Necessidade de um Novo Código Comercial: a abrangência do anteprojeto. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes Nunes (Coords.). **Novas reflexões sobre o projeto de código comercial.** São Paulo: Saraiva, p. 73-85, 2015.

MAMEDE, Gladston. Conceitos Fundamentais do Direito Empresarial. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 49-73.

MARINHO, Josaphat. O Projeto de novo Código Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 146, p. 1-13, abr./jun. 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/576/r146-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

MARSHALL, Alfred. **Principles of Economics: an introductory volume**. 8 ed. Londres: Macmillan, 1920.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, atual. por Carlos Enrique Abrão. 36. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. O Projeto de Código Comercial: desnecessário e inoportuno. **Letrado – Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 98, p. 16-17, jan./fev. 2012.

_____. O Direito Privado como um “sistema em construção”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio. 2005.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: MATHIS, Klaus (Org.) **Efficiency, Sustainability and Justice to Future Generations**. Dordrecht: Springer Science+Business MediaBV, p. 3-29, 2011. Disponível em: <http://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law**. Lucerne: Springer, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Estado e a Ordem Econômica. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.) **Direito Constitucional: constituição financeira, econômica e social**. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, JOSÉ XAVIER CARVALHO DE. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

MENEZES, Maurício Moreira. **O poder de controle nas companhias em recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MERTENS, Karl Martin Ekornes. **Milton Friedman and Social Responsibility An Ethical Defense of the Stockholder Theory**. Oslo, 2013, 105f. Tese (Doutorado em

Filosofia). Pós-graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia da Universidade de Oslo. Disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/38408/Mertens_Filosofi_Master.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic Theories of the Firm: Past, Present and Future. **The Canadian Journal of Economics**, v. 21, n. 3, p. 444-458, ago. 1988. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/135430?seq=1#fdtn-page_scan_tab_contents>. Acesso em: 29 out. 2015.

MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed., v. 1. São Paulo: Bushatsky, 1974.

MONEBHURRUM, Nitish; VARELLA, Marcelo D. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 424-443, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: _____ (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORIN, Edgar. **A religião dos saberes: o desafio do século XXI**. 11. ed. Tradução e notas de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, ano 17, n. 34, p. 213-228, jul.-dez. 2014.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NAZAR, Nelson. **Direito econômico**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bauru: EDIPRO, 2009.

NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. **Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

NIETO, Enrique Cáceres. **¿Qué es el derecho?** Iniciación a una concepción lingüística. Universidad Nacional Autónoma de México: Ciudad de México, 2000.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NUNES, Simone Lahorgue. **Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Direito empresarial à luz do novo código civil**. Campinas: LZN, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurabi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito, 26 fls. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 03 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento Sustentável.** Parágrafo 13. Disponível em: <<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/13/PDF/N1147613.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 29, ano XVII, p. 40-56, 1978.

PANUCCIO, Vincenzo. Impresa (dir. priv.). In: **Enciclopedia del diritto**: Giuffrè, XX, p. 563-564, 1970.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, vol. 11, n. 1, jan.-jun./2012, p. 184. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93426128010.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **A legalidade, a realidade social e a justiça:** a ordem política, social e econômica e os valores humanos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; CATANESE, Andrea Di Fuccio. **Direito de empresa no novo código civil:** empresário individual e sociedades / sociedade limitada. São Paulo: Atlas, 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao Desenvolvimento como Direito Fundamental.** In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Manaus, 2006, *Anais...* 6952-6973. [*on line*]. Disponível em: <http://www.conpedi.Org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

PEREIRA, Carlos de Brito. **Notas para uma Crítica Institucionalista da Nova Economia Institucional.** Working Paper, FEA/USP, 2001. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/WPapers/2001/01-009.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLMAN, Marcelo; SANCOVSKI, Michel. **Os riscos de um novo Código Comercial.** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/896717/os-riscos-de-um-novo-codigo-comercial>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIANCIOLA, Cesare. Socialismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). **Dicionário de Política**. Tradução de Luís Guerreiro Pinto Cacais et al. Brasília: Universidade de Brasília, p. 1196-1202, 1986.

PIETROPAOLO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do direito**. São Paulo, 2009, 254f. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria de Empresa em Direito e Economia. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB**, Lisboa, ano 1, n. 8, p. 4913-4942, 2012. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/08/2012_08_4913_4942.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Instituições de Direito Público e Privado**: introdução ao Estudo do Direito e Noções de Ética Profissional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1981.

PINTO, João Batista Moreira. As diferentes concepções sobre o sujeito e suas diferentes inter-relações com o direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 1., n. 2, p. 81-90, 2004.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise econômica: ilustrada com a análise das medidas de indenização contratual. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o Futuro**: o Futuro do Direito. Coimbra: Almedida, p. 169-211, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. **O que é pragmatismo jurídico?** Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. 2. ed. Tradução de Fanny Wrabel. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. The big idea: Creating Shared Value – how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth. **Harvard Business Review**, v.1, p. 48-58, jan./fev. 2011. Disponível em: <<https://businessethics.qwriting.qc.cuny.edu/files/2012/01/PorterKramer.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2017.

PRADO, Eleutério Fernando da Silva. A ortodoxia neoclássica. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 15, n. 41, p. 9-20, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v15n41/v15n41a03.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

PRADO, Martha Assunción Rodrigues; SILVA, Aldimar Alves V. A “onda” função social da empresa e sua imbricação com o direito fundamental à segurança jurídica no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, p. 25-38, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/3937/3534>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

RACY, José Caio; MOURA JR., Álvaro Alves de; SCARANO, Paulo Rogério. O desenvolvimento do conceito econômico de empresa na teoria econômica: uma revisão das principais contribuições. **Revista de Economia Mackenzie**, vol. 3, n. 3, p. 154-170, 2005. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rem/article/view/780>>. Acesso em: 24 maio. 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Estatuto dogmático do direito comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 13-48.

RAMOS, Elival da Silva. O Estado na Ordem Econômica. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social**. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres**, v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed., atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003.

RICCI, Henrique Cavalheiro. **Função social da empresa é valor e não norma jurídica**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-25/henrique-ricci-funcao-social-empresa-valor-nao-norma-juridica>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

RISCONI, Gian Enrico. Capitalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). **Dicionário de Política**. Tradução de Luís Guerreiro Pinto Cacaís et al. Brasília: Universidade de Brasília, p. 141-148, 1986.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Paulo Frank Coelho; CASQUET, Andréia Cristina Bezerra. O projeto do novo Código Comercial e as atuais tendências do Direito Comercial. **REDE – Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 59-70, 2014.

ROQUE, Sebastião José. **Teoria Geral do Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ROVAI, Armando Luiz. **Projeto do Novo Código Comercial, projeto para o Brasil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149862,11049-Projeto+do+Novo+Codigo+Comercial++projeto+para+o+Brasil>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

SADDI, Jairo. Análise Econômica da Falência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 340-356, 2014.

SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. **RAE – Revista de Administração de**

Empresas, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 79-86, abr./jun. 2008 (RAE Clássicos). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a07.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 160, p. 1-17, out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 926, p. 533-547, dez. 2012.

_____. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O Novo Direito Societário**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento. **Revista de Estudios Brasileños (REB)**, v. 1, n. 1, p. 45-54, 2014. Disponível em: <<https://reb.universia.net/article/view/3/reglamentacion-actividad-empresarial-desarrollo>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SÁNCHEZ, Esperanza Gallego. **Derecho Mercantil**: parte primeira. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

SANDRONI, Paulo. **Novo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1994.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função Social e Solidária da Empresa na Dinâmica da Sociedade de Consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 119-143, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/19877>>. Acesso em: 18 maio 2017.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Estudos de Economia e Direito**. Rio de Janeiro: Sindicato dos Bancos do Estado da Guanabara, 1975.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de empresa no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 613, p. 21-32, nov. 1986.

SILVA, Fernando. Códigos de Governo Societário: Does one size fit all? **Caderno do Mercado de Valores Mobiliários**, n. 33, p. 40-71, ago. 2009. Disponível em:

<<http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/CadernosMVM33Final1.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2017.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 192-213.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Rio de Janeiro: Fórum, 2012.

STEINER, Philippe. **A Sociologia Econômica**. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinski. São Paulo: Atlas, 2006.

STOUT, Linn. **The Shareholder Value Myth**. San Francisco: Berrett-Koehler, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 1, p. 2-20, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540/2945>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. Diálogos (neo) constitucionais (Posfácio). In: OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. Florianópolis: Conceito, p. 171-218, 2012.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUDREAU, Pierre. **La Réforme de l'Enterprise**. Paris: Documentation Française, 1975.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. In: Wald, Arnaldo (Org.). **Direito de Empresa: Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 673-692, 2011.

_____. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **O Brasil precisa de um novo Código Comercial?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137734,61044O+Brasil+precisa+de+um+novo+Codigo+Comercial?>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

TAVARES, André Ramos. Princípios constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coords.). **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1. São Paulo: Saraiva, p. 396-432, 2010.

TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. São Paulo, 2010, 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____ (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TIGRE, Paulo de Barros. Inovação e teorias da firma entre três paradigmas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 67-111, jan./jun. 1998.

TIMM, Luciano Benetti. A matriz da análise econômica do direito para além do “eficientismo”. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (Orgs.). **Estudos de direito empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, p. 97-117, 2012.

_____. **Precisamos de um novo código comercial?** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/1141222/precisamos-de-um-novo-codigo-comercial>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

TOMAZETTE, Marlon. Empresário Individual. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 170-191.

TOMASEVICUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 33-50, abr. 2003.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Prefácio. In: CHAVES, Vinicius Figueiredo (Org.). **Direito Público e Evolução Social**. Rio de Janeiro: ACMGuedes, 2016.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Crítica à concepção do projeto do novo Código Comercial sobre o direito societário**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI150848,61044Critica+a+concepcao+do+projeto+do+novo+Codigo+Comercial+sobre+o>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

VIEIRA, Yacir de Aguiar; CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. L’Influence du Code de Commerce Français au Brésil (Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code Français de 1807). **Revue Internationale de Droit Compare**, v. 59, n. 1, p. 27-77, 2007. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2007_num_59_1_19502>. Acesso em: 29 jan. 2017.

VIGO, Rodolfo L. **Las causas del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VINHA, Valéria da. Polanyi e a Nova Sociologia Econômica: uma aplicação contemporânea do conceito de enraizamento social. [*on line*]. **Econômica**, v. 3, n. 2, p. 207-230, dez. 2001. Disponível em: <http://www.proppi.uff.br/revistaeconomica/sites/default/files/V.3_N.2_Valeria_da_Vinha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

VITALE JR., Ivan. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Org.). **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades, p. 214-236.

WAISBERG, Ivo. Direito e Economia – O efeito bumerangue do populismo jurídico. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coords.). **A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 647-660, 2005.

_____. **O novo Código Comercial brasileiro**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/1027938/o-novo-codigo-comercial-brasileiro>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

WALD, Arnoldo. A empresa no terceiro milênio. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coords.). **A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 3-32, 2005.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XIV: livro II, do direito de empresa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O Empresário, a Empresa e o Código Civil. **Carta Mensal - CNC**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 585, p. 3-24, dez. 2003.

_____. O governo das empresas. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 5, n. 15, p. 53-78, jan./mar. 2002.

_____. **Um novo Código Comercial para o Brasil**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/885031/um-novo-codigo-comercial-para-o-brasil>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Teoria Geral da Empresa. In: CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial**, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-176, 2016.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Brabosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. Distrito Federal: Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WILLIAMSON, Oliver. **Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications**. New York, Free Press, 1975.

_____. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **The American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, p. 548-577, nov. 1981.

_____. **The Economics Institutions of Capitalism: Firms, Markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1496720>. Acesso em: 05 jan. 2017.

YASBEK, Otávio. **Projeto de Código Comercial provoca polêmica na Câmara: depoimento.** Rio de Janeiro, Rede Globo de Televisão, 07 dez. 2016. Entrevista ao Jornal Nacional.