

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 17

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2015

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF), Samuel Max Gabbay (UFRN) e Vitor Monteiro (UFAL).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 17 (julho/dezembro 2015)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2017.

O CONCEITO DE EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO¹

THE CONCEPT OF ENTERPRISE IN THE BRAZILIAN LAW FROM THE PERSPECTIVE OF AN ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

*Alexsandra Marilac Belnoski
Pamela Varaschin Prates*

Resumo: O objetivo do trabalho é analisar o conceito de empresa com base em uma análise econômica do Direito. A proposta é a de averiguar, por meio de um método investigativo dedutivo-indutivo crítico, se o conceito de empresa no Direito brasileiro é adequado e suficiente frente a realidade que envolve as empresas. Para tanto, o estudo se divide em cinco etapas. A primeira se destina à análise da evolução do conceito de empresa no Direito brasileiro, tendo-se como ponto de partida a teoria dos atos de comércio. Na sequência, parte-se para a análise econômica do Direito, em específico a Escola de Chicago com as contribuições de Ronald Coase e Richard Posner. Após esclarecido isso, na quarta etapa, busca-se analisar a Teoria da Economia dos Custos de Transação de Oliver Williamson. Por fim, na última parte deste estudo, demonstra-se que a visão atual sobre a empresa é inadequada e ultrapassada.

¹ Artigo recebido em 30.05.2016 e aceito em 05.05.2017.

Palavras-chave: Conceito de Empresa. Direito Brasileiro. Análise Econômica do Direito. Escola de Chicago. Economia dos Custos de Transação.

Abstract: The objective of this paper is the analysis of the concept of enterprise, by means of an Economic Analysis of Law. The proposal is to evaluate if the concept of enterprise, in the Brazilian law, is suitable and sufficient for the reality of the enterprises. To do so, the study has been organized in four topics. The first one intends to analyze the evolution of the concept of the enterprise in the Brazilian Law, takes as its starting point the theory of the Commercial Acts. In the sequel, we seek to present the Economic Analysis of Law, in specific the Chicago School in the face of Ronald Coase and Richard Posner. After that, the fourth topic intends to investigate the Transaction Cost Economics theory, conceived by Oliver Williamson. Finally, at the conclusion, it is shown that the current vision of the enterprise is inadequate and outdated.

Keywords: Concept of Enterprise. Brazilian Law. Economic Analysis of Law. Chicago School. Transaction Cost Economics.

Sumário: 1. Notas introdutórias. 2. O conceito de empresa no direito brasileiro. 3. Ronald Coase e a "Law and Economics". 4. A contribuição de Richard Posner para a análise econômica do direito. 5. A teoria da economia dos custos de transação de Oliver Williamson. 6. Uma nova visão sobre a empresa. 7. Considerações finais.

1. Notas introdutórias.

O Direito brasileiro, em sua legislação, optou por seguir o disposto no Código Civil Italiano de 1942 e não apresentar uma definição para empresa. Mas, em vez disso, o legislador brasileiro, da mesma forma que o italiano, apresentou um conceito para empresário no artigo 966 do Código Civil de 2002. Todavia, no Brasil, houve o acréscimo de um parágrafo, o qual exclui diversas categorias de profissio-

nais do conceito de “empresário”, exceto se a atividade intelectual “constituir elemento de empresa”.

O conceito de empresa, até hoje, não é unísono entre os operadores do Direito. O estudo de um conceito adequado de empresa, apesar de sua evidente relevância prática, ainda não é objeto da devida atenção. A ausência de uma conceituação para empresa, em nosso Código Civil, apresentando apenas conceito de empresário, demonstra a adoção da Teoria de Empresa, em que o foco de estudo se deslocou da atividade empresária para a figura do empresário. Portanto, para se chegar a um conceito de empresa é preciso deduzi-lo, o que na prática gera dúvidas quanto a sua correta aplicação. A doutrina, de uma forma geral, adotou a Teoria dos Perfis da Empresa de Alberto Asquini para analisar a empresa.

No Brasil há um certo receio pelos juristas quanto ao uso da análise econômica do Direito². De uma forma geral, as objeções de uma relação entre Direito e Economia partem em razão das diferentes metodologias que há entre as duas áreas³. Todavia, apesar de o método econômico ser baseado em uma análise quantitativa e empírica, e o método jurídico ser verbal e hermenêutico, um método não destrói o outro. E, destaca-se que uma análise econômica do Direito pode trazer contribuições significativas nas mais diversas áreas do Direito, por permitir um estudo interdisciplinar e possibilitar um entendimento mais profundo da realidade⁴.

A relação entre Direito e Economia, também chamada de *Law and Economics*, é antiga. Richard Posnerrelata que é possível encon-

2 Para demonstrar isso, colaciona-se Paula Forgioni: “Para muitos, o inferno de Dante estará reservado um círculo aos que ousaram contaminar o Direito com a Economia, ou propor a utilização de método ligado à AED na solução de problemas jurídicos” (FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 53, n. 139, p. 243-2356, jul./set. 2005, p. 252).

3 SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 9.

4 SZTAJN, Rachel, loc. cit. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

trá-la em trabalhos de Adam Smith sobre a regulação dos mercados, sistema econômicos e concorrência e, também, nos trabalhos de Jeremy Bentham, que fez uso da análise econômica do Direito para as regras de conduta fora do mercado⁵. Todavia, o movimento começou a ganhar maior destaque com os trabalhos de Ronald Coase.

Pode-se definir *Law and Economics* como um movimento que prega pelo uso das teorias econômicas para explicar e avaliar as instituições e normas jurídicas⁶. Coase relata a importância dessa relação, destacando que no momento em que os juristas compreenderem os conceitos e postulados da Economia, serão capazes de suplementarem os economistas em uma análise econômica dos efeitos das regras jurídicas e, com isso, refinariam a própria forma de estudar o Direito.

Com isso, depara-se com a problemática deste trabalho: o conceito de empresa, vigente no Direito brasileiro é adequado ou está ultrapassado? Para responder a indagação, utiliza-se o método dedutivo-indutivo crítico, tendo em vista que é tomada uma condição geral como verdadeira, a de que o conceito de empresa que há no Direito brasileiro é inadequado. A partir disso, são apresentados críticas e posicionamentos da doutrina, visando responder o referido questionamento.

Além disso, o estudo se dividiu em cinco partes. Na primeira parte, busca-se compreender o conceito de empresa no Direito brasileiro. Para tanto, o ponto de partida é a teoria dos Atos de Comércio. Após ser esclarecido como o Brasil adotou a teoria dos Atos de Co-

5 POSNER, Richard. Some uses and abuses of economics in law. *The University of Chicago Review*, Chicago, v. 46, n. 2, p. 281-306, 1979.

6 Esse movimento não é homogêneo, havendo várias Escolas destinadas ao seu estudo. Neste trabalho será estudado a Escola de Chicago e a Nova Economia Institucional. Sobre a Nova Economia Institucional, será estudado apenas os postulados de Oliver Williamson, em virtude de ter sido o criador da teoria e, até hoje, o principal contribuidor. Cf. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, 2009.

mércio, passa-se a análise da teoria da empresa, se tal teoria foi adotada no Brasil e qual o posicionamento da doutrina a respeito disso.

Em um segundo momento, o estudo se dirige a análise econômica do Direito. Neste trabalho, optou-se pelo estudo dos trabalhos de dois autores da Escola de Chicago: Richard Posner e Ronald Coase. Optou-se por delimitar a análise da Escola de Chicago às contribuições de Richard Posner e Ronald Coase, em razão de: (i) ser reconhecido que a *Law and Economics* começou a ganhar destaque com Coase; (ii) por ter sido Posner que consolidou o movimento, principalmente em razão de conter as teses fundamentais e predominantes da Escola de Chicago⁷.

Elucidado isso, chega-se à quarta parte deste estudo, a qual se destina à compreensão dos aspectos fundamentais da teoria da Economia dos Custos de Transação de Oliver Williamson. A teoria de Williamson, buscou operacionalizar o Teorema de Coase ao se preocupar com o funcionamento interno da empresa. Diante disso, acredita-se que a compreensão desta teoria é de grande importância ao estudo da empresa.

Com base em todos esses pontos devidamente elucidados, o último ponto deste trabalho encarrega-se das considerações finais acerca do conceito de empresa. Apresentar-se-á evoluções da doutrina sobre a temática, confrontando-os com os postulados de Ronald Coase, Richard Posner e Oliver Williamson. Desta forma, o último ponto apresenta a resposta a indagação apresentada e se a hipótese de estudo estava, realmente, correta.

2. O conceito de empresa no direito brasileiro.

Após a Revolução Francesa, pela mudança filosófica que orientava aquele movimento, foi necessária a alteração do sistema de

7 Cf. PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

avaliação da atividade comercial. Tal sistema era baseado pela presença de uma classe, os membros das corporações, que eram privilegiados. Assim, o sistema, era fechado e subjetivo⁸. Neste contexto, surgiu o sistema dos atos de comércio que analisava a atividade comercial a partir dos atos praticados, sendo comerciante aquele que praticava atos de comércio⁹.

O Código Comercial Francês de 1807 buscou definir as operações que seriam atos de comércio, em seus artigos 632 e 633. O sistema dos atos de comércio é objetivo, visto que o critério do legislador para considerar o ato como sendo comercial é a sua natureza, e não a pessoa que o pratica¹⁰. Contudo, Segundo Haroldo Verçosa, não havia um critério geral que unificasse a ideia dos atos de comércio, o que, na prática, gerava insegurança jurídica¹¹. Nesse sentido, Cesar e Vivante alegava ser impossível delimitar um conceito para atos de comércio¹².

No Brasil, o Regulamento nº 773/1850 estabeleceu, em seu artigo 19, ao definir mercancia, os atos de comércio¹³. Os atos de comércio enumerados pelo artigo 19 foram entendidos como sendo de caráter exemplificativo¹⁴. Ademais, diferentemente do Código Comer-

8 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

9 Nesse sentido o artigo 1º do Código Comercial Francês de 1807 definia como comerciante “Aqueles que praticassem atos de comércio e do seu e exercício fizessem profissão habitual”. Cf. *Ibidem*, p. 39; SILVA, Sérgio André Rocha da. Teoria da empresa: um retorno ao critério subjetivo. In: WALD, Arnaldo. *Doutrinas Essenciais Direito Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 276.

10 VIVANTE, Cesare. *Instituições de direito comercial*. 2 ed. Lisboa: Livraria Clássica Ed. De A. M. Teixeira, 1918, p. 24.

11 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, op. cit., p. 42-43.

12 VIVANTE, Cesare, op cit., p. 21.

13 LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. In: WALD, Arnaldo. *Doutrinas Essenciais Direito Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

14 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, op. cit., p. 44.

cial Francês, o Código Comercial Brasileiro, em seu artigo 4º, trouxe uma proteção ao comerciante “regular”, aquele que estava matriculado em um Tribunal de Comércio do Império, sendo considerando como sendo a pessoa que praticasse a mercancia como profissão habitual¹⁵. Assim, pode-se sintetizar, nas palavras de Rubens Requião, que o sistema brasileiro “se assenta na figura do comerciante, não evitando, porém, o tempero objetivo, enumeração legal dos atos de comércio, para esclarecer o que seja mercancia, elemento radical na conceituação do comerciante”¹⁶.

Carvalho De Mendonça fez várias críticas às teorias que buscavam conceituar atos de comércio, basicamente em razão de o campo de atuação do Direito Comercial, com a sua evolução, ter aumentado cada vez mais e, também, porque a teoria dos atos de comércio sempre apresentou algum ponto fraco nos sistemas que a adotaram¹⁷. Outrossim, cabe esclarecer que foi no Código Comercial Francês de 1807 que o termo “empresa” foi pela primeira vez empregado, como sendo uma espécie do gênero “atos de comércio”¹⁸. Neste contexto a empresa era compreendida como um ato de comércio que intermediava a circulação de bens móveis em uma compra para revenda¹⁹.

Com a globalização e as mudanças econômicas, a teoria dos atos do comércio deixou de ser suficiente para regular as atividades econômicas. Assim, nasceu a chamada teoria da empresa que representou um retorno ao subjetivismo, em razão de o foco ter deixado de ser a atividade empresária para ser a figura do empresário²⁰.

15 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, loc. cit.

16 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. I, p. 39.

17 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: 1953, v. I, p. 432-453.

18 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, op. cit., p. 106.

19 GALGANO, Francesco. *L'Impresa. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Pádua: Cedam, 1978, v. II, p. 166.

20 Cf. BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

O Código Civil Italiano de 1942 unificou o Direito privado da Itália e modificou a compreensão de empresa ao adotar a teoria da empresa. Para Francesco Galgano a figura do comerciante foi substituída pela do empresário, em que o comerciante deixou de ser gênero para ser espécie do novo gênero que seria o empresário²¹. O legislador italiano optou por não conceituar a empresa, mas tão-somente estabelecer definição para empresário, sendo aquele que “exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim de dela produzir ou circular bens ou serviços”²².

Além disso, o Código Civil Italiano de 1942 estipulou um critério subjetivo e objetivo de qualificação do empresário²³. O critério subjetivo era baseado na pessoa do empresário. E já o critério objetivo qualificava apenas algumas atividades como mercantis, enumeradas no artigo 2.195²⁴. Assim, no Direito italiano, a empresa somente será mercantil se exercer uma das atividades elencadas no artigo 2.195 do Código Civil Italiano.

Diante da ausência de um conceito jurídico para empresa, coube à doutrina esta tarefa. Dentre os juristas italianos que buscaram conceituar a empresa, cabe explicar a visão de Alberto Asquini. O autor elaborou a “Teoria dos Perfis da Empresa” que inovou a compreensão jurídica da empresa. Asquini conceituou a empresa como um “fenômeno econômico poliédrico” por possuir, em seu aspecto jurídico, diversos perfis em relação aos elementos que a integram²⁵.

21 GALGANO, Francesco, op. cit., p. 1-5.

22 No original: “*Codice Civile, art. 2082. Imprenditore È imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o del loscambio di beni o diservizi*”.

23 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, op. cit., p. 110.

24 Segundo Haroldo Verçosa nesse artigo 2.195, o Direito italiano teria “seguido o exemplo do Código Comercial Francês”, sendo um resquício da teoria dos atos do comércio (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, loc. cit.).

25 ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio de Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 104.

Assim, pode-se ter diversas definições jurídicas de empresa e, por isso, o Código Civil Italiano havia optado por não apresentar uma única conceituação. Ademais, a empresa consiste em uma “realidade econômica unitária” e, da mesma forma que um poliedro, possui várias facetas que seriam os seus perfis – e cada um desses perfis deveria ser estudado e conceituado pelo Direito²⁶. No entanto, apesar de existirem diversos “conceitos jurídicos” de empresa, a variar de acordo com o perfil, o fenômeno, para o autor, seria uno.

Desta forma, Alberto Asquini relatou que o fenômeno poliédrico da empresa consiste em quatro perfis: perfil subjetivo, perfil funcional, perfil objetivo e perfil institucional. De forma breve, o perfil subjetivo respalda-se na “empresa como empresário” e empresário, para autor, seria aquele que, efetivamente exerce a “atividade econômica organizada”²⁷. No segundo perfil a empresa foi conceituada como a “atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo”, assim o cerne desta definição repousa no próprio exercício funcional da empresa²⁸. Já no terceiro perfil o patrimônio da empresa emerge como uma “entidade dinâmica e não estática” e, em razão disso, há um novo perfil: o objetivo²⁹. Por fim, o último perfil conceitua a empresa como uma “especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados” por formar um conjunto em busca de um fim comum³⁰.

Em oposição à Asquini, há Manuel Broseta Pont que defende a possibilidade de um conceito jurídico unitário de empresa³¹. Para o autor o conceito jurídico unitário de empresa é exatamente o mesmo

26 Ibidem, p. 110.

27 Ibidem, p. 114.

28 Ibidem, p. 116-117.

29 Ibidem, p. 118-120.

30 Ibidem, p. 122-126.

31 BROSETA PONT, Manuel. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1965, p. 166-173.

do conceito econômico³². E, também, o autor afirma que não há uma definição diferente de empresa para cada disciplina do Direito que incidir sobre a empresa. A empresa não pode ser conceituada de forma a substituir o seu fenômeno econômico por uma das suas características específicas³³. Também defendendo um conceito unitário de empresa, Cesare Vivante afirma que a empresa é um organismo econômico e que o Direito Comercial pega para si esse conceito econômico.

A respeito do Código Civil Italiano, Francesco Galgano ressalta que os artigos atinentes à empresa e ao empresário foram elaborados durante o regime fascista, tendo sido mantidos após o fim do Fascismo³⁴. No entanto, com o fim da Segunda Guerra Mundial e as consequentes mudanças socioeconômicas na Itália, houve a necessidade de reanalisar a empresa. Diante disso, Rachel Sztajn afirma que “os perfis de Alberto Asquini foram sendo abandonados em favor de outros elementos que dessem unidade ao conceito [de empresa]”³⁵.

Vicenzo Buonocore ao analisar a empresa, compreendeu que é necessário um conceito unitário de empresa, e estabeleceu como elemento essencial na definição de empresa o lucro³⁶. Para o autor, o conceito de empresário do artigo 2.082 do Código Civil italiano é neutro, em razão de ter sido originado de definições econômicas oriundas do regime fascista³⁷. Além disso, Buonocore relata que o tema da empresa se alimenta da realidade e que o jurista deve analisar e estudar essas mudanças para repensar a empresa³⁸.

32 Ibidem, p. 166-173.

33 Ibidem, p. 147.

34 GALGANO, Francesco, op. cit., p. 10-11.

35 SZTAJN, Rachel, op. cit., p. 196.

36 BUONOCORE, Vicenzo. *Trattato di diritto commerciale*. Turin: G. Giappichelli, 2002, p. 83.

37 BUONOCORE, Vicenzo, loc. cit.

38 Ibidem, p. 19.

No Brasil, o novo Código Civil de 2002 criou, em sua “Parte Especial”, o “Livro II: do direito da empresa”, logo após o “Livro I: do direito das obrigações”. Diante disso, Luiz Gastão Paes de Barros Leães relatou que o direito brasileiro consagrou a ideia unificação da matéria obrigacional³⁹. Sobre a unificação, Miguel Reale, Supervisor da Comissão Elaborada e Revisora do Novo Código Civil, esclareceu a razão:

O Direito Comercial que teve no Brasil e tem ainda desde Mendonça até agora, grandes cultores, o Código Comercial mudou de significado e de representatividade no momento em que surgiram atividades outras iguais senão superiores ao do próprio comércio. A indústria e o poderoso ramo dos serviços tornaram indispensável levar em consideração o conceito de empresa, para estabelecer a unidade das obrigações civis e comerciais que já se tornara uma realidade no Brasil em virtude do obsoleto do Código Comercial de 1850 (...) Este ponto de partida é fundamental para a noção daquilo que se entende por Código Civil de 2002. É que na realidade, nós não pretendemos fazer a codificação toda do Direito Privado mas pura e simplesmente a unificação das obrigações civis e comerciais.⁴⁰

Na legislação brasileira não foi estabelecido um conceito de empresa, mas apenas o de empresário em seu artigo 966⁴¹. O artigo 966 é, na verdade, a tradução literal do artigo 2.082 do Código Civil italiano. Todavia, no caso brasileiro foi adicionado um parágrafo único em seguida do artigo 966, que excluiu do conceito de empresário o “profissional intelectual, de natureza científica, literária ou artística,

39 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. In: WALD, Arnaldo. *Doutrinas Essenciais Direito Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 566-567.

40 REALE, Miguel. *A Reforma do Código Civil Repercussões na Administração Pública e no Controle Externo*. Palestra proferida no Tribunal de Contas do Município de São Paulo em 7 abr. 2006. Disponível em: “http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11_04_03/1miguel_reale1.htm”. Acesso em: 20 jan. 2016.

41 “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”⁴².

Para Sylvio Marcondes Machado, a razão de parágrafo único do artigo 966 do Código Civil excluir alguns profissionais intelectuais é a de que apesar deles produzirem serviços, o esforço é feito exclusivamente e diretamente na mente do autor, não havendo qualquer influência de fatores externos⁴³. No entanto, mesmo se houverem fatores de produção nessas atividades profissionais, para Machado, isso teria acontecido de maneira acidental⁴⁴.

A respeito dos estudos da doutrina brasileira sobre a empresa, Rubens Requião defende que o seu conceito econômico seria o mesmo do jurídico⁴⁵. Sobre a definição de empresa, Carvalho De Mendonça elaborou conceito inspirado nos ensinamentos de Vivante:

(...) 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), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.⁴⁶

42 “Art. 966. (...) Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

43 MACHADO, Sylvio Marcondes. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 11.

44 MACHADO, Sylvio Marcondes. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 11.

45 REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 48. No mesmo sentido, Waldírio Bulgarelli afirma: “o conceito jurídico, como expressão do significado do fenômeno, é o mesmo econômico, sociológico, religioso ou político, na sua essência, apenas, como todos os outros, formulados de acordo com a visão e a linguagem da ciência que o elabora: no caso da ciência jurídica, de forma a se ajustar às categorias instrumentais com que oporá” (BULGARELLI, Waldírio, op. cit., p. 202). Cf. MACHADO, Sylvio Marcondes. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 13-15; FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, v. II, p. 41.

46 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, op. cit., p. 492.

Modernamente, predomina na doutrina brasileira os ensinamentos de Alberto Asquini, defendendo a existência dos perfis da empresa, é o caso de Waldirio Bulgarelli⁴⁷, Sylvio Marcondes⁴⁸, Waldemar Ferreira⁴⁹ e Rubens Requião⁵⁰.

Desta forma, percebe-se que da mesma forma como ocorreu na Itália, o Brasil optou por não apresentar uma conceituação para empresa em sua legislação, mas apenas uma definição de empresário. No entanto, diferente do Direito italiano, o legislador brasileiro, de acordo com Luiz Gastão Paes de Barros Leães, utilizou uma estrutura sistemática diferente, na medida que procurou disciplinar regras jurídicas gerais, com o intuito de estabelecer “lei básica, mas não global, do direito privado”⁵¹.

3. Ronald Coase e a “Law and Economics”.

A noção de empresa também não é uníssona entre os economistas. Ronald H. Coase iniciou o debate contemporâneo entre Direito e Economia e, juntamente com Guido Calabresi e Trimarrchhi, fundaram o movimento *Law and Economics*⁵². Ronald Coase criticava a noção de empresa elaborada pelos economistas neoclássicos, a qual entende a empresa como função de produção. Para o autor, os neo-

47 BULGARELLI, Waldirio, op. cit., p. 258.

48 MACHADO, Sylvio Marcondes, op. cit., p. 13-15.

49 FERREIRA, Waldemar, op. cit., p. 41.

50 REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 47.

51 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. In: WALD, Arnaldo. *Doutrinas Essenciais Direito Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 572.

52 Existem várias correntes de *Law and Economics* com bases metodológicas diferentes. Neste artigo, optou-se pelo estudo da análise econômica do Direito pelas premissas da Nova Economia Institucional. O motivo para tanto é que a Escola Neoclássica compreende a empresa apenas como função de produção e ignora o seu funcionamento interno. Cf. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, op. cit., p. 1.

clássicos analisavam a empresa como ela deveria ser e não como, de fato, ela é⁵³.

A partir disso, Coase analisa a diferença que há entre a alocação de recursos no mercado e a alocação de recursos em uma empresa⁵⁴. E o autor conclui que a empresa, uma organização econômica, é formada para minimizar custos de transação. Em outras palavras, empresa é “um feixe de contratos que estrutura a produção de bens e serviços para o mercado a fim de reduzir custos de transação”⁵⁵. Desta forma, o autor quebrou com a visão da empresa como função de produção.

Em seu outro trabalho, Ronald Coase aprofundou a ideia de “custos de transação”, com o intuito de descobrir a influência das externalidades em uma negociação entre os agentes econômicos⁵⁶⁻⁵⁷. Diante disso, elaborou-se o “Teorema de Coase”: em um ambiente hipotético sem custos de transação, a atribuição de direitos de propriedade não modificaria a alocação final dos bens entre as partes. Para exemplificar o raciocínio, Coase analisou a situação entre uma fábrica poluidora e um vizinho (condomínio) que estaria incomodado por essa poluição. Para o autor, mesmo se fosse reconhecido legalmente o direito de o condomínio requerer que a fábrica tomasse as medidas ambientais, caso os custos para a retirada do condomínio fossem menores do que a implementação de tais medidas, a fábrica

53 COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937, p. 387. Nas obras de Ronald Coase é utilizado o termo “firm” para se referir à empresa. Cabe destacar que, segundo Haroldo Verçosa “empresa” e “firma” seriam expressões equivalentes, em razão de serem termos “tão próximos quanto o permitam os ordenamentos jurídicos nos quais cada um deles foi lapidado ao longo dos anos” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, op. cit., p. 151-155).

54 COASE, Ronald, op. cit., p. 389.

55 SZTAJN, Rachel, op. cit., p. 199.

56 COASE, Ronald, op. cit., p. 1-2.

57 Agentes econômicos são, em termos jurídicos, os “sujeitos de Direito”. Isto é, aqueles com capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações de forma válida.

preferirá pagar um montante para que os condôminos se mudem do que diminuir a poluição⁵⁸.

Sendo assim, em um ambiente sem custos de transação, em que os direitos de propriedade estão bem definidos, os agentes negociarão voluntariamente, com o intuito de fazer com que os recursos sejam usados da forma mais eficiente⁵⁹. Em outras palavras, se os direitos de propriedade estiverem bem definidos e se não houver custos de transação, a alocação eficiente dos recursos será atingida.

Com isso, Coase critica o fato de não haver incentivos nas normas jurídicas para que os particulares contratem as externalidades, com a finalidade de alcançarem uma alocação eficiente de recursos. Outrossim, o autor afirma que é em razão das leis que os contratos se tornam cada vez mais onerosos⁶⁰. Ademais, o autor relata que os Tribunais deveriam compreender as consequências econômicas das suas decisões judiciais e, também, devem levar em consideração tais consequências para a tomada de decisões – o quanto for possível sem que sejam criadas incertezas sobre a posição legal⁶¹. Assim, evidencia-se a relação de interdependência entre Direito e Economia, abrindo-se campo para questionamento de premissas e conceitos legais do Direito sob a ótica da Economia – e vice-versa.

4. A contribuição de Richard Posner para a análise econômica do Direito.

Richard Posner em seu artigo intitulado “*Value and consequences: an introduction to economic analysis of law*” demonstrou a importância da análise econômica do Direito. Para o economista a

58 COASE, Ronald, op. cit., p. 41-44.

59 Ibidem, p. 175.

60 Ibidem, p. 178.

61 Ibidem, p. 119.

análise econômica do Direito tem dois aspectos centrais: (i) o de tentar prever comportamentos das pessoas que estão sujeitas ao Direito e; (ii) o de melhorar as leis para que tenham, de fato, as consequências almejadas. E, por isso, a análise econômica do Direito influencia e continua influenciando diversas reformas legislativas nas mais variadas áreas do Direito⁶².

Outrossim, Richard Posner explanou que há uma considerável coerência entre legislações de diversas áreas do Direito, quando analisadas com base na Economia. Para chegar nesta conclusão o autor fez uso de duas situações. A primeira delas foi o caso da Suprema Corte chamado de “*Dr. Miles*”⁶³. Este caso versava sobre o impedimento dos fornecedores de uma patente de medicamentos, pelos seus vendedores, de estabelecer um preço inferior aos medicamentos do que aquele preço que já havia sido fixado. A Suprema Corte entendeu que neste caso houve um cartel pelos vendedores, em razão de o efeito obtido ter sido o mesmo se os vendedores tivessem feito um acordo para fixar o preço dos medicamentos. Assim sendo, a Suprema Corte alterou a interpretação do *Sherman Act* e, com base na análise econômica do Direito, considerou a prática dos vendedores como ilegal⁶⁴.

Já o segundo caso versava sobre a indústria de aeronaves⁶⁵. Posner relatou que os críticos da desregulamentação do setor aeronáutico afirmavam que o respectivo serviço decaiu do que era quando essa área era regularizada, em específico por haver menos espaço para as pernas e pela comida ter empobrecido. Para o autor, todavia, a análise econômica já havia previsto este resultado, uma vez que a regulamentação do setor de aeronaves consistia em um cartel por ter

62 POSNER, Richard. Some uses and abuses of economics in law. *The University of Chicago Review*, Chicago, v. 46, n. 2, p. 281-306, 1979, p. 1-2.

63 Ibidem, p. 4-5.

64 POSNER, Richard, loc. cit.

65 Ibidem, p. 5.

mantido os preços altos e, logo, quando o setor foi desregulamentado enfrentou uma “*non price competition*” o que ocasionou os efeitos abordados⁶⁶.

Desta forma, Richard Posner concluiu que estes dois casos sofrem do mesmo problema econômico: o da relação entre preço e “*nonprice competition*”⁶⁷. São casos que demonstram um pouco do que ocorre o tempo todo na análise econômica do Direito. A partir de então, tornou-se possível para o autor afirmar que leis de diferentes áreas do Direito estão interligadas e intermutáveis entre si, quando vistas por um olhar econômico⁶⁸.

Em outro trabalho, Richard Posner denomina os dois aspectos centrais da análise econômica do direito como as suas duas vertentes: a vertente positiva e a normativa⁶⁹. A vertente positiva busca explicar a norma jurídica e as consequências, de forma a compreender o comportamento dos agentes. Já a vertente normativa procura apresentar modificações no Ordenamento Jurídico, de modo a atribuir uma maior eficiência às condutas⁷⁰. A vertente normativa determina a eficiência como finalidade a ser atingida pelo Direito.

Em relação à eficiência, a sua análise pode ser feita com base em dois critérios: o proposto por Pareto e o de Kaldor-Hicks. Segundo o critério de Pareto, em uma situação de circulação de riquezas, os bens seriam passados por aqueles que os valorizam menos para aqueles que lhes atribuem um valor maior⁷¹. A partir disso, uma mudança seria eficiente quando é melhorada a situação de alguém, pela transferência de bens, sem que uma outra pessoa fique em uma situa-

66 POSNER, Richard, loc. cit.

67 POSNER, Richard, loc. cit.

68 Ibidem, p. 5-6.

69 Ibidem, p. 24-26.

70 Ibidem, p. 26.

71 SZTAJN, Rachel, op. cit., p. 76.

ção pior. E para critério Kaldor-Hicks uma mudança eficiente ocorre quando em uma alocação de recursos há certas pessoas que ficariam prejudicadas, todavia isso seria possível se, em um modelo de compensação teórica, houver um ganho de utilidade para outras pessoas que compensem o prejuízo daqueles primeiros⁷².

Richard Posner associou eficiência com o conceito de justiça e relata que um sistema moral fundado em princípios econômicos é adequado as nossas instituições morais, além de dar estrutura a elas⁷³. A partir disso, Posner passou a argumentar que a eficiência, com base no critério Kaldor-Hicks, deveria ser utilizada pelo magistrado em sua tomada de decisão como valor absoluto. Em seus artigos mais recentes, Posner mitigou o valor da “eficiência” nas decisões judiciais, deixando de ser um valor absoluto para ser um dos elementos que envolveriam a decisão. Apesar disso, a noção de eficiência continua válida e de suma importância para a análise econômica do Direito.

5. A Teoria da Economia dos Custos de Transação de Oliver Williamson.

Oliver Williamson argumenta que era necessário desenvolver uma Teoria da Empresa em consonância com o seu funcionamento interno. Assim, o autor, baseado nos ensinamentos de Ronald Coase, criou a Teoria da Economia dos Custos de Transação (“ECT”), a qual seria uma junção da Economia, da Teoria da Organização e do Direito (especialmente os Direitos dos Contratos)⁷⁴. Para Williamson, há um

72 SZTAJN, Rachel, loc. cit.

73 POSNER, Richard, op. cit., p. 84.

74 WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Direito & Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 16. WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: an introduction. *Economic Discussion Paper*, mar. 2007, p. 4-6. Disponível em: “<http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3>”. Acesso em: 3 de abr. de 2017.

terceiro pilar na análise entre Direito e Economia: as Organizações⁷⁵. A compreensão das organizações seria primordial para um estudo atual das possíveis estratégias dos produtores privados⁷⁶. E o estudo interdisciplinar envolvendo o Direito, a Economia e as Organizações deveria ser feita, para o autor, a partir da ECT⁷⁷.

O objetivo da ECT seria o de economizar os custos de transação⁷⁸. Para construir a sua teoria, Williamson analisou os aspectos que envolve os custos de transação. A transação para o autor, inspirado em Coase, seria tudo o que engloba a passagem de um serviço ou bem em produção para entidades com interfaces separadas⁷⁹. E os custos de transação seriam aqueles custos obtidos ao se recorrer ao mercado, podendo ser a elaboração e negociação de um contrato, a mensuração e fiscalização de direitos de propriedade, o monitoramento de desempenho ou a organização de atividades⁸⁰.

No que tange à Teoria das Organizações, Oliver Williamson, primeiramente, analisa a lição do ator humano que tal teoria traz. De acordo com a Teoria das Organizações, o ator humano deveria ser compreendido com base na racionalidade limitada, a qual aborda que “os atores humanos tentam ser racionais, mas apenas conseguem sê-lo de modo limitado”⁸¹. Williamson, descreve que a ECT também compreende que os seres humanos estão sujeitos à racionalidade limitada. Partindo disso, o autor ao fazer uma análise interdisciplinar

75 As Organizações seriam as empresas para Williamson.

76 ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, op. cit., p. 4-5.

77 WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: an introduction. *Economic Discussion Paper*, mar. 2007, p. 8-14. Disponível em: “<http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3>”. Acesso em: 3 de abr. de 2017.

78 Ibidem, p. 3.

79 Ibidem, p. 15-18.

80 WILLIAMSON, Oliver, loc. cit.

81 WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 21.

(Economia, Direito e Organizações) conclui que “todos os contratos complexos são, inevitavelmente, incompletos”⁸². Além da racionalidade limitada, Williamson também se preocupa com o “oportunismo” que seriam as informações pouco confiáveis, oriundas de erros, omissões ou lacunas⁸³.

Com base nisso, Oliver Williamson explana que há problemas inerentes aos contratos, porque são incompletos, os quais não poderiam ser antecipados pelos agentes⁸⁴. E como os contratos são incompletos, as lacunas são inevitáveis. Ademais os agentes, motivados por oportunismo, poderiam se sentir incentivados a romper ou adimplir os contratos. Diante disso, o autor conclui pela necessidade de um corpo de regras formais e informais para conduzir o preenchimento das lacunas nos contratos de forma que os agentes não quebrarão os contratos se os custos oriundos da quebra forem maiores do que os seus benefícios.

Ainda sobre os atores humanos, a ECT também analisa o seu aspecto antecipativo. Para Williamson, os atores humanos são prudentes e cautelares sobre as contingências futuras. Diante disso, o autor acredita que os operadores, com base na experiência, ao analisarem o futuro terão capacidade de identificar possíveis riscos contratuais. E, assim, esses operadores poderão descobrir mecanismos que geram os riscos, bem como elaborarão instrumentos de governança que serão incluídos nos contratos como salvaguardas contratuais ou, caso se faça necessário, introduzirão um modo de governança alternativo⁸⁵.

Com base nisso, Williamson compreende que as formas de governança serão elaboradas para lidar com a possibilidade futura de

82 Ibidem, p. 22.

83 WILLIAMSON, Oliver, loc. cit.

84 Ibidem, p. 22-23.

85 Ibidem, p. 23.

quebra contratual e, assim, variam de acordo com a necessidade de adaptação da transação – a qual, por sua vez, altera-se de acordo com os seus atributos⁸⁶. Ademais, o autor trabalha com uma lógica de eficiência para dirimir custos de transação. Segundo o autor, para se atingir tal lógica de eficiência, seria preciso um alinhamento eficiente da relação entre as transações e as estruturas de governança⁸⁷.

6. Uma nova visão sobre a empresa.

O conceito de empresa sofreu diversas variações ao longo do tempo e é até hoje um assunto que atormenta os estudiosos⁸⁸. O nosso Código Civil, conforme já abordado, inspirou-se no Código Civil italiano de 1942. Assim, o nosso legislador optou por estabelecer um conceito de empresário, no artigo 966 do Código Civil, um conceito genérico que é a transposição do artigo 2.082 do Código Civil italiano e, em seguida, excluiu uma gama de profissionais, no parágrafo único do artigo 966. Diante disso, da mesma forma como ocorreu na Itália, não foi estabelecido um conceito único para empresa, tendo o operador do Direito que deduzi-lo.

No entanto, apesar de na Itália, já nos meados da década de 90, os perfis de Alberto Asquini terem sido gradativamente superados, o mesmo não ocorreu em nosso país. No Brasil, as disposições legais inspiradas no modelo italiano, oriundas de um regime fascista, continuam em vigor. Não obstante isso, nos próprios debates entre os juristas brasileiros ainda prevalece os ensinamentos de Asquini, como se estivessem satisfeitos com tal visão sobre a empresa⁸⁹.

86 Ibidem, p. 24.

87 E essa é a estrutura da chamada “Teoria Preditiva da Economia das Organizações”.

88 SILVA, Sérgio André Rocha da, op. cit., p. 276-309.

89 SZTAJN, Rachel, op. cit., p. 686.

Para Rachel Sztajn, o legislador brasileiro optou por estabelecer empresário como um “gênero” e excluir um gama de profissionais desse gênero. E, continua afirmando que a definição de empresário do artigo 966 do Código Civil é “limitada, ultrapassada e não serve para explicar porque certas atividades intelectuais, em determinadas situações são qualificadas empresárias e em outras não”⁹⁰. Por fim, para se chegar a uma possível definição de empresa é preciso deduzi-la, chegando-se à conclusão que empresa seria simplesmente o conjunto de atividades comerciais⁹¹.

Diante disso, Sztajn buscou elaborar um novo conceito para empresa, com base em uma análise econômica. Para tanto, houve a necessidade de encontrar uma “nova formulação para a noção de empresa a partir do confronto entre a visão de Alberto Asquini (1943) e de Coase (1937)”⁹². Para a autora, a nova perspectiva da empresa deveria ser analisada com base no “exercício de atividade econômica organizada”, como uma série de atos coordenados com o intuito de gerar lucro⁹³. Assim, a autora compreende que empresa não seria nem objeto de direito e nem uma pessoa, mas sim “produtora de utilidade”.

A partir dessas conclusões, Rachel Sztajn, fazendo uso do conceito de Ronald Coase, passou a definir a empresa como sendo uma “organização econômica, forma hierárquica de organização da produção, feixe de contratos celebrados para desenvolvimento da atividade”⁹⁴. E, assim, concluiu “sem múltiplos contratos que permitam a organização da atividade não há empresa”⁹⁵.

90 *Ibidem*, p. 675.

91 *Ibidem*, p. 691.

92 *Ibidem*, p. 9.

93 *Ibidem*, p. 90.

94 *Ibidem*, p. 215.

95 SZTAJN, Rachel, loc. cit.

A grande inovação da jurista foi a de trazer um conceito único para empresa, consolidando todos os perfis de empresa de Alberto Asquini com os ensinamentos econômicos de Ronald Coase. Todavia, tal conceito não analisa o funcionamento e a estrutura interna que envolve a empresa. Diante disso, o conceito de Coase e Sztajn apesar de relevante e mais adequado do que o atual conceito, não se mostra suficiente frente a complexa realidade que envolve a empresa.

Desta forma, é necessário a elaboração de um novo conceito de empresa e que esse novo conceito seja “eficiente”, com base na noção de eficiência posneriana⁹⁶. Primeiramente, esclarece-se que não há impedimentos em uma associação do conceito de eficiência de Richard Posner com a produção de normas jurídicas. A própria Rachel Sztajn compreende que normas jurídicas hábeis a atingirem a sua função da maneira mais produtiva, com o menor número de perdas ou erros, deveria ser o objetivo de qualquer sistema jurídico⁹⁷. Isto posto, e, motivando-se por um conceito eficiente de empresa, propõe-se que a noção de empresa seja adaptada e revista a partir da teoria dos custos de transação (ECT) de Oliver Williamson.

Conforme explanado, Williamson, baseou-se nos ensinamentos de Coase para analisar a estrutura e o funcionamento interno de uma empresa⁹⁸. O autor criou a teoria dos custos de transação, cujo objetivo é justamente o de economizar esses custos. Para o autor, seriam criadas formas de governança para enfrentar problemas contratuais futuros, que variariam de acordo com as transações. Assim, seria possível um equilíbrio, ou alinhamento eficiente, entre as transações e as formas de governança. Quando esse alinhamento fosse atingido,

96 Eficiência seria a aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de perdas ou erros – noção com base no critério Kaldor-Hicks. Cf. SZTAJN, Rachel, op. cit., p. 81.

97 SZTAJN, Rachel, loc. cit.

98 WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: an introduction. *Economic Discussion Paper*, mar. 2007, p. 3. Disponível em: “<http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3>”. Acesso em: 3 de abr. de 2017.

se teria alcançado uma “lógica de eficiência”, com os custos de transações diminuídos ao máximo.

Oliver Williamson não apresentou uma “conceituação”, propriamente dita, para empresa. No entanto, com base na ECT é possível elaborar um novo conceito, ou ao menos, dar uma nova visão, à empresa. Assim, partindo-se da ECT é possível definir a empresa como sendo uma organização, arquitetada em uma forma de governança, para coordenar e minimizar os custos de transação.

Em consonância com essa conceituação, todavia partindo de pressupostos diferenciados, Jorge Manuel Coutinho de Abreu conceituou a empresa em seu sentido objetivo, como sendo a “unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autônomo de uma actividade de produção para a troca”⁹⁹.

Para o autor, a empresa seria uma organização de meios por possuir bens ou elementos como componentes, e seria relativamente estável de modo a excluir da conceituação as atividades produtivas temporárias e esporádicas. Além disso, a empresa seria relativamente autônoma em relação aos seus planos decisórios e financeiros. E, por fim, a empresa exerce atividade de produção para troca, visto que a troca é “uma cessão mútua e, sendo-o, é uma operação onerosa: tem de se dar para se receber”¹⁰⁰.

Nota-se que na definição de empresa elaborada por Coutinho de Abreu, o lucro não seria elemento essencial. Isso decorre de um posicionamento da doutrina moderna que compreende que o seria-necessário ao conceito de empresa não é o lucro, mas sim o “*reddito d’azienda*”, isto é, o “rendimento destinado a assegurar a cobertura

99 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2013, v. I, p. 281.

100 Ibidem, p. 282.

de custos de exercício, mantendo a empresa no mercado com a potencialidade que lhe é assegurada pelo capital de dotação”¹⁰¹.

7. Considerações finais.

Com base no exposto, observou-se que houve grande influência do Direito italiano nos dispositivos do Código Civil que abordam a empresa. Demonstrou-se isso, principalmente, por duas razões: (i) o legislador brasileiro, seguindo o que ocorreu na Itália, não apresentou um conceito para a empresa, tendo definido, por outro lado o empresário; e (ii) o conceito de empresário do artigo 966 do Código Civil retrata cópia literal do artigo 2.082 do Código Civil italiano. No entanto, o legislador brasileiro, diferente do que ocorreu na Itália, acrescentou ao artigo 966 um parágrafo único que exclui do conceito de empresário diversos profissionais. Diante disso, observou-se a adoção da chamada Teoria da Empresa, a qual propõe analisar a empresa a partir da figura do empresário.

Em virtude da ausência de uma definição legal para a empresa, os juristas assumiram a tarefa. Na Itália, prevaleceu, por um tempo, os postulados de Alberto Asquini de que a empresa possui diversas definições, variando de acordo com o perfil que é analisado. Assim, não haveria como estabelecer um conceito único para empresa. Atualmente, essa visão da empresa na Itália já está superada, afinal tal definição foi concebida em um regime fascista, sendo necessário uma nova análise a partir da Constituição italiana. No Brasil, no entanto, entre os juristas ainda prevalece a Teoria dos Perfis da Empresa de Asquini.

Outrossim, a ausência de uma definição para empresa no Código Civil faz com que tal conceito tenha de ser deduzido. A conclusão lógica a que se chega é que a empresa seria um conjunto de ati-

101 CASANOVA, 1986-1987, apud ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., p. 282-283.

vidades empresárias. Tal conceito não corresponde a complexa realidade das empresas, além de gerar dúvidas sobre o seu devido enquadramento, em especial no tocante às atividades intelectuais e quando o seu exercício caracterizaria “elemento de empresa”. Em razão disso, o conceito de empresa que há no Direito brasileiro não é adequado, sendo imperiosa uma nova visão.

Partindo-se dessa premissa, optou-se pela revisão do conceito de empresa à luz da análise econômica do Direito. Este método foi adotado, diante da possibilidade de um olhar mais apurado da realidade que tal método confere. O ponto de partida foram os ensinamentos de Ronald Coase e de Richard Posner. O Teorema de Coase esclarece que, em uma situação hipotética, se não há custos de transação e se os direitos de propriedade estão devidamente definidos, a alocação de recursos será naturalmente alcançada. Não obstante isso, Coase compreende a empresa como sendo um conjunto de contratos celebrados para organizar a atividade econômica.

Richard Posner em seus trabalhos demonstrou cabalmente a relevância da análise econômica do Direito. Outrossim, Posner também trabalhou com a eficiência com base no critério Kaldor-Hicks. O método Kaldor-Hicks estabelece que a eficiência será atingida na medida em que os benefícios gerados, em uma determinada situação, sejam suficientes para compensar prejuízos daqueles que saíram prejudicados, ao menos uma pessoa teria de ser beneficiada. Para Posner, as regras e instituições jurídicas deveriam ser analisadas e elaboradas a partir da eficiência obtida pelo método Kaldor-Hicks.

Após analisado isso, estudou-se a Teoria da Economia dos Custos de Transação (ECT) desenvolvida por Oliver Williamson. O autor compreendeu que todos os contratos seriam incompletos, mas que os agentes poderiam antecipar os problemas do contrato, por meio de instrumentos de governança que seriam variáveis de acordo com as transações. A partir disso, concluiu que seria possível que um equilíbrio entre as transações e as formas de governança fosse alcançado. Nesse equilíbrio, os custos de transação teriam sido reduzidos ao máximo.

Observou-se que a ECT de Williamson se ocupou mais com o funcionamento interno das empresas, com a operacionalização interna dos custos de transação. Diante disso, apesar de Williamson não ter proposto uma conceituação para empresa, pode-se formular um novo conceito à empresa. Desta forma, com base na ECT, conclui-se que a empresa é uma organização, orquestrada sob a forma de governança, para coordenar e minimizar custos de transação.

No entanto, esclarece-se que o objetivo deste artigo não foi o de esgotar toda a amplitude de questões que envolvem o tema. Buscou-se demonstrar que o entendimento de empresa atual está ultrapassado, bem como apresentar um novo conceito, ou ao menos uma nova visão, com base na análise econômica do Direito, à empresa. Acredita-se que essa nova visão reforça a necessidade de diálogo entre o Direito e Economia e estimula novas pesquisas, teóricas e empíricas, sobre o tema.