ANA BÁRBARA COSTA TEIXEIRA

A EMPRESA-INSTITUIÇÃO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. DR. PAULO SALVADOR FRONTINI

FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2010

ANA BÁRBARA COSTA TEIXEIRA

A EMPRESA-INSTITUIÇÃO

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini

FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2010

Banca Examinadora

_____

_____

_____

Dedico este trabalho a todos aqueles que me apoiaram
nesta árdua e longa empreitada,
em especial meus pais, meu marido, minha filha,
meu orientador, meus professores,
todos os amigos e colegas de trabalho.
Agradeço profundamente a inspiração oferecida
graças à oportunidade de conviver e aprender convosco.

Epígrafe

Ao Braço do Mesmo Menino Jesus Quando Appareceo

O todo sem a parte não é todo,
A parte sem o todo não é parte,
Mas se a parte o faz todo, sendo parte,
Não se diga, que é parte, sendo todo.

Em todo o Sacramento está Deus todo,
E todo assiste inteiro em qualquer parte,
E feito em partes todo em toda a parte,
Em qualquer parte sempre fica o todo.

O braço de Jesus não seja parte,
Pois que feito Jesus em partes todo,
Assiste cada parte em sua parte.

Não se sabendo parte deste todo,
Um braço, que lhe acharam, sendo parte,
Nos disse as partes todas deste todo.

(Gregório de Matos)

TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. *A empresa-instituição*. 2010. 272 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2010. Orientador: Professor Dr. Paulo Salvador Frontini

RESUMO

Este trabalho foi elaborado com o objetivo de versar especificamente sobre o fenômeno social que é a Empresa, uma "instituição-organização" e, como tal, uma abstração humana de caráter poliédrico (emprestando a terminologia cunhada em 1943 por Asquini (em seu paradigmático artigo "Os perfis da Empresa"), um relevante agente da Sociedade que, institucionalizado, defenderemos tratar-se de um sujeito per si de direito. Como toda instituição, a Empresa é uma criação essencialmente humana, uma solução desenvolvida para atender determinada necessidade social, não sendo um resultado "natural", espontâneo da natureza, mas, sim, fruto da racionalidade, da lógica, de uma pessoa ou conjunto de pessoas, que gozando do reconhecimento por seus pares é legitimada no seio social e por atribuição legal passa a gozar de personalidade jurídica. Neste estudo pretende-se conceituar juridicamente a Empresa, mediante a assunção deste fenômeno como uma realidade complexa que deve ser compreendida de forma sistêmica e integrada, não limitando sua análise jurídica meramente aos efeitos de sua atividade ("função"); ou à sua definição vulgar como "forma de organização de fatores de produção voltada ao lucro"; ou à sua interpretação como o simples resultado de um feixe de contratos avalorativos ou, ainda, entendida como instrumento simplesmente voltado à concretização da vontade de seu fundador – o "empresário", nesse trabalho entendido como "empreendedor" –, mas sim como um fenômeno multifacetado uno, resultado da integração de suas diversas facetas (ou "perfis"), da inter-relação de suas diversas "partes-interessadas", enfim, como uma legítima "instituição-organização".

Palavras-Chave: EMPRESA – CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – TEORIA DA EMPRESA – CONTRATOS – RESPONSABILIDADE SOCIAL – RESPONSABILIDADE AMBIENTAL – SUSTENTABILIDADE – INSTITUIÇÕES – INSTITUIÇÃO – FUNÇÃO SOCIAL

TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. *The firm as an institution.* 2010. 272 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2010. Orientador: Professor Dr. Paulo Salvador Frontini

ABSTRACT

This project was developed with the aim of relating specifically to the social phenomenon that is the Firm, an "institution-organization" and as such a human abstraction (creation) materialized as a polyhedral phenomenon (borrowing the terminology coined in 1943 by Asquini in his paradigmatic article "Profiles of the Firm "), a major agent of the Society that, institutionalized, it will be defended to be itself a "subject of law". Like any institution, the Firm is essentially a human creation, a solution designed to meet particular social need, not a spontaneous result of the "nature", but rather the result of rationality, logic, build by a person or group of people, and as a social phenomenon enjoys the recognition by their peers as legitimated social institution. This study intended to characterize the Firm legally, taking up this phenomenon as a complex reality that must be understood in a systemic and integrated approach, not limiting its legal analysis only to the effects of their activity (function), or its ordinary definition as a "form of organization of production factors profit-oriented", or its interpretation as the mere result of a series of contracts devoided of values, or even simply understood as a tool aimed at achieving the will of its founder - the entrepreneur, that in this work is understood as "entrepreneur" - but as a multifaceted phenomenon considered as one single reality, resulting from the integration of its various aspects (or "profiles"), and the relations among and between its stakeholders, in others words, as a legitimate "institution-organization".

Keywords: FIRM – COMPANY – BRAZILIAN CIVIL CODE – THEORY OF THE FIRM – CONTRACTS – SOCIAL RESPONSIBILITY – ENVIROMENTAL RESPONSIBILITY – SUSTAINABILITY – INSTITUTIONS – INTITUTION SOCIAL FUNCTION

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

PARTE I
INTRODUÇÃO E PLANO METODOLÓGICO

CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO: OBJETIVOS DO PRESENTE ESTUDO 17

CAPITULO 2. PLANO DA OBRA: ASPECTOS METODOLÓGICOS 21

2.1. Metodologia do Pensamento Sistêmico 24

PARTE II
REALIDADE ECONÔMICA, O DIREITO E AS INSTITUIÇÕES: O PAPEL DA EMPRESA NA SOCIEDADE HOJE

CAPÍTULO 1. O FENÔMENO EMPRESA E A ATUAL REALIDADE ECONÔMICA: OS DESAFIOS DO OPERADOR DO DIREITO 29

CAPÍTULO 2. AS INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS DA REALIDADE ECONÔMICA E DO DIREITO 36

CAPÍTULO 3. A HISTÓRIA DA ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA, AS FASES DO DIREITO COMERCIAL E A CONSOLIDAÇÃO DO FENÔMENO EMPRESA 40

3.1. A importância da Organização Econômica e sua Centralidade para o Direito 40

3.2. Evolução da Organização da Atividade Empresarial 42

3.2.1. A primeira fase do Direito Comercial 45

3.2.2. A segunda fase do Direito Comercial 47

3.2.3. A terceira fase do Direito Comercial 49

3.2.3.1. A Empresa no Século XXI 55

3.3. Principais conclusões acerca da evolução da organização atividade econômica na Sociedade para a compreensão do conceito de Empresa 55

CAPÍTULO 4. A SOCIEDADE E AS INSTITUIÇÕES 60
4.1. A Empresa como uma "Instituição-Organização" 64
4.2. As "Instituições-Organização" e os "Campos Sociais" 66
4.2.1. Campo Social, Partes Interessadas, Isomorfismo e Relações de Mercado 68
4.3. Do aspecto ontológico social-histórico das instituições e a Teoria Econômica 71
4.4. As instituições-organização e sua recepção nas Ciências Jurídicas: o Estado como base de legitimação das instituições e a função da Empresa na realidade social 74
4.4.1. O Papel do Estado e do Direito na efetivação do interesse social 78

CAPÍTULO 5. PRÓXIMOS PASSOS 82

PARTE III
A EMPRESA NO DIRITO: TRATAMENTOS JURÍDICOS E PESSOA JURÍDICA

CAPITULO 1. INTRODUÇÃO 84
1.1. A visão integrada do fenômeno jurídico da Empresa 87

CAPÍTULO 2. TEORIAS JURÍDICAS DA EMPRESA 89
2.1. A Teoria da Empresa de Alberto Asquini 89
2.1.1. Do perfil subjetivo 92
2.1.2. Do perfil funcional 94
2.1.3. Do Perfil Patrimonial ou Objetivo 96
2.1.4. O perfil corporativo ou a Empresa como instituição 98
2.1.5. Revisão Crítica 101
2.2. A Teoria Jurídica da Empresa do Professor Waldírio Bulgarelli 102
2.2.1. A trilogia "*empresário, atividade econômica organizada e estabelecimento*" 104
2.2.1.1. Da inadequação do conceito de Empresa como instituição segundo professor Bulgarelli 105
2.2.1.2. Da função da Empresa no ambiente socioeconômico e a matriz de valores tutelados pelo Direito Comercial segundo Professor Bulgarelli 107
2.2.2. Revisão Crítica 109
2.2.2.1. Da opção do legislador brasileiro 109
2.2.2.2. Do efetivo caráter institucional da Empresa – independente de seu tamanho 111
2.2.2.2.1. Da questão da "organização" na micro e pequena "Empresas-Instituição" 114

2.2.2.3. Da alteração dos princípios norteadores das relações empresariais: do absolutismo do paradigma da "proteção do crédito público" para o paradigma da "função social"....117
2.3. Da Teoria do Conceito de empresa de Romano Cristiano 119
2.3.1. Do conceito de Organização surgindo o conceito de Empresa....119
2.3.2. A formalização da Empresa: as tênues fronteiras das atividades econômicas de natureza civil e de natureza comercial....120
2.3.3. Da questão da limitação da responsabilidade dos sócios e dos subterfúgios para sua consecução....122
2.3.4. Da personificação de fato e da institucionalização: a unificação da Empresa 124
2.3.5. Revisão Crítica 127
2.3.5.1. Da aderência do Conceito de Empresa de Cristiano e o Conceito da "Empresa-Instituição" 127
2.3.5.2. Da natureza civil ou comercial da Empresa 128
2.3.5.3. A limitação da responsabilidade social como direito dos empreendedores: a utilidade da personificação da "Empresa-Instituição" para esse fim – o exemplo da sociedade unipessoal 130
2.4. Das visões atuais sobre a Empresa, a Sociedade Empresarial e o Direito Comercial no Sistema Jurídico Brasileiro e sua aderência com a idéia da Empresa-Instituição....133
2.4.1. A Teoria Jurídica da Empresa da Professora Rachel Sztajn: a empresa como uma organização contratual (feixe de contratos) decorrente da necessidade de produzir para os mercados....134
2.4.1.1. Revisão Crítica....141
2.4.2. Da *fattispecie* "empresário" e da Teoria do Contrato Organização, segundo o Professor Calixto Salomão Filho: a compreensão da sociedade empresarial como uma organização para o melhor ordenamento e resolução dos conflitos dos interesses nela envolvidos 145
2.4.2.1. Da *fattispecie* "empresário" 145
2.4.2.2. Da Teoria do Contrato Organização....149
2.4.2.2.1. Da teoria societária na vertente contratualista 149
2.4.2.2.2. Da teoria societária na vertente institucionalista....151
2.4.2.2.3. Da recepção no Brasil da teoria societária institucionalista e contratualista 152
2.4.2.2.4. Da solução proposta pela Teoria do Contrato Organização....153
2.4.2.3. Revisão Crítica....156
2.4.2.3.1. Campo social e os conceitos de "habitus", "doxa" e "nomos" de Pierre Bourdieu....158

2.4.2.3.2. O "Campo Social" denominado Empresa e os conceitos de "habitus", "doxa" e "nomos" de Pierre Bourdieu.....160
2.4.2.3.3. A instituição personificada e seu fundamento no Código Civil.....161
2.5. Conclusão: As Teorias Jurídicas da Empresa e a "Empresa-Instituição".....164

CAPÍTULO 3. DAS PESSOAS JURÍDICAS.....167
3.1. Ordenamento Jurídico e Sujeitos de Direito.....167
3.2. Os Sujeitos de Direito: pessoas físicas e pessoas jurídicas.....169
3.3. As diversas doutrinas acerca do conceito de Pessoa Jurídica.....171
3.4. O conceito de pessoa jurídica na Doutrina brasileira: pessoas jurídicas e instituições sociais.....173
3.4.1. Conceito de pessoa jurídica nas "Doutrinas Individualistas" segundo J. Lamartine Corrêa Oliveira.....174
3.4.2. Conceito de Pessoa Jurídica nas "Doutrinas que afirmam a Existência de Realidades Coletivas" segundo J. Lamartine Corrêa Oliveira.....175
3.4.3. Conceito de Pessoa Jurídica nas "Doutrinas Normativistas" segundo J. Lamartine Corrêa Oliveira.....176
3.4.4. O conceito de pessoa jurídica para J. Lamartine Corrêa de Oliveira.....178
3.4.5. O conceito de pessoa jurídica e a dupla crise do instituto: valores e as novas funções das empresas no final do século XX.....180
3.4.6. Revisão Crítica.....182
3.4.6.1. O conceito amplo de personificação dos entes morais e sua fundamentação no Ordenamento Jurídico brasileiro.....183
3.4.6.2. O conceito amplo de pessoa jurídica e as "instituições-organização".....187

CAPÍTULO 4. CONCLUSÃO: A EMPRESA PERSONIFICADA.....188

PARTE IV
A EMPRESA-INSTITUIÇÃO NA REALIDADE SOCIAL

CAPÍTULO 1. A QUESTÃO DE INÍCIO: O RISCO, A INTERNALIZAÇÃO DO RISCO E A VIABILIZAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.....193
1.1. Da questão de início: contratos empresariais e desequilíbrios.....193
1.1.1. Do adequado tratamento legal a ser atribuído à Empresa.....195
1.2. O imprevisível e a Ciência Jurídica.....197
1.2.1. Construindo a Matriz de Riscos: definindo os custos da transação.....200

1.2.2. Gerenciando com expectativas: conciliando as frustrações dos agentes, os conflitos de interesse 202
1.2.3. Confiança, certeza e segurança: pressupostos para planejamento de longo prazo e para a consecução dos objetivos das relações sociais 204
1.2.4. Segurança e Previsibilidade: sua percepção social e o papel do Direito 205
1.3. Quem ou o que é determinante: os sujeitos (agentes) ou a natureza das relações de troca? 209
1.3.1. A solução do desequilíbrio contratual em função do agente ("parte contratante") 213
1.3.2. A Empresa e seus interesses 215
1.3.2.1. A Empresa e sua relevância social: a personificação do ente para a consecução de seu interesse à preservação 217
1.4. Da influência do ambiente institucional-legal no ambiente econômico 219

CAPÍTULO 2. A REDEFINIÇÃO DOS PAPÉIS DOS AGENTES SOCIAIS NO SÉCULO XX: O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE 222
2.1. Preservação da Empresa e Sustentabilidade 223
2.2. O século XX e os atores sociais: Crise epistemológica 226
2.2.1. Crise epistemológica: paradigmas explicativos e modelos de pensamento 226
2.2.2. O paradigma do século XXI 228
2.2.3. O Conceito de Desenvolvimento Sustentável 230
2.2.3.1. Razões do Conceito de Desenvolvimento Sustentável 231
2.2.3.2. Agenda 21 e o amadurecimento do conceito de Desenvolvimento Sustentável 233
2.3. Algumas conclusões importantes sobre modelos de Desenvolvimento Sustentável e seu impacto na personificação moderna da Empresa 236
2.3.1. Desenvolvimento Sustentável e Atividade Empresarial 237
2.4. O papel da Ciência Jurídica no incentivo a comportamentos empresariais sustentáveis 238

CAPÍTULO 3. A EMPRESA PERSONIFICADA COMO INSTITUIÇÃO SOCIAL E SUA UTILIDADE 243
3.1. A "Empresa-Instituição" e de sua personificação 243
3.1.1. Instituições Sociais 243
3.1.2. A Empresa como instituição e sua personificação 244
3.2. Por que preservar as Empresas, independentemente de seu tamanho? 247
3.3. Possíveis reflexos da Empresa-Instituição no Direito Comercial 248

CAPÍTULO 4. A REALIDADE SOCIAL E SUAS INSTITUIÇÕES CONDUZINDO AO CONCEITO DE EMPRESA DO CÓDIGO CIVIL E À PRÓPRIA SISTEMÁTICA DO DIREITO DE EMPRESA 251

4.1. A posição do Código Civil sobre o fenômeno Empresa 251

4.2. A Empresa com seus valores e interesses como fenômeno "uno" na realidade social, econômica e jurídica 252

4.3. A formalização do reconhecimento da instituição Empresa no Código Civil 253

4.3.1. Do reconhecimento jurídico como Empresa em função da atividade econômica exercida 254

4.3.2. Do reconhecimento jurídico como Empresa em função de sua organização societária 256

4.3.3. Da dificuldade da aceitação doutrinária da Empresa como um ente personificado 258

4.4. Da *fattispecie* Empresa no Código Civil e da sistemática ideal do Direito de Empresa 261

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 263

APRESENTAÇÃO

O objeto desta dissertação é versar especificamente sobre o fenômeno social que é a Empresa, uma *"instituição-organização"* e, como tal, uma abstração humana de caráter poliédrico (emprestando a terminologia cunhada em 1943 por Asquini[1]), um relevante agente da Sociedade que, institucionalizado, defenderemos tratar-se de um sujeito *per si* de direito.

Como toda instituição, a Empresa é uma criação essencialmente humana, uma solução desenvolvida para atender determinada necessidade social, não sendo um resultado "natural", espontâneo da natureza, mas, sim, fruto da racionalidade, da lógica, de uma pessoa ou conjunto de pessoas, que gozando do reconhecimento por seus pares é legitimada no seio social.

Neste estudo pretende-se conceituar juridicamente a Empresa, mediante a assunção deste fenômeno como uma realidade complexa que deve ser compreendida de forma sistêmica e integrada, não limitando sua análise jurídica meramente os efeitos de sua atividade ("função"), ou à sua definição vulgar como "forma de organização de fatores de produção voltada ao lucro", ou à sua interpretação como o singelo resultado de um feixe de contratos avalorativos ou, ainda, considerada como simplesmente voltada à concretização da vontade de seu fundador – o empresário, nesse trabalho entendido como "empreendedor" –, mas como um fenômeno multifacetado uno, resultado da integração de suas diversas facetas (ou "perfis"), da inter-relação de suas diversas "partes interessadas", enfim, como uma legítima "instituição-organização".

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

---

[1]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. 123, out./dez. 1996.

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)?

A única forma de responder a tais questões e de justificar e defender a preservação das Empresas, independentemente de seu porte, parece-nos, apenas pode ser realizada se se compreender o que é esse fenômeno Empresa na realidade socioeconômica atual, fenômeno que sofreu intensa transformação no século XX, em especial no seu último lustro.

Para tanto, na **primeira parte** desta dissertação, é realizada a introdução ao objeto do estudo e apresentada a metodologia utilizada para sua construção, qual seja, o instrumental do "pensamento sistêmico", que tem como premissa a análise de questões mediante a construção das interconexões entre seus múltiplos aspectos no intuito de alcançar sua compreensão integrada.

Na **segunda parte**, serão apresentados os principais conceitos e aspectos de fundo necessários para o posicionamento sistêmico da questão central deste trabalho. Nele, posicionar-se-á a Empresa na realidade social, mediante uma breve retrospectiva da história da organização econômica e da evolução da forma como o Direito tem assistido ao exercício das atividades empresariais – do comércio à organização da produção contemporânea – analisando, em primeiras linhas, seu tratamento no atual Código Civil Brasileiro, para, em seguida, apresentar a questão das instituições e da Sociedade. Pede-se paciência com este último tópico por ser essencial ao entendimento do que nesse ensaio se entende por "instituição", quais são as premissas que regem a formatação da conduta e dos valores das Empresas, tanto no campo externo (com o mercado), na sua inter-relação com concorrentes e demais agentes econômicos e sociais; quanto em sua arena interna, na sua inter-relação com suas diversas partes interessadas ("*stakeholders"*) .

Na **terceira parte** desta monografia, aprofunda-se a análise do posicionamento da Empresa na seara jurídica, nela analisando as diversas correntes que buscam incorporar e conceituar o fenômeno Empresa no Direito, para então revisitar a questão da personificação jurídica dos entes morais, no intuito de demonstrar que o conceito da "Empresa-Instituição", ente personificado e próprio, de longa data vem se construindo e internalizando no Direito, notadamente no brasileiro, como é possível apreender tanto da

doutrina, quanto da produção jurisprudencial e dos diplomas legais mais recentes, como o Novo Código Civil e a Nova Lei de Falências e Recuperações, dentre outros.

Na derradeira e **quarta parte** desta exposição, será apresentada a utilidade da compreensão sistêmica da Empresa, de sua conceituação como "Empresa-Instituição", modalidade de "instituição-organização", o que repercute com especial importância em um século em que se busca a construção de um paradigma de desenvolvimento sustentável, visando a relações mais solidárias e cooperativas na Sociedade, paradigma no qual a função, responsabilidade e compromisso social desse agente ganha cada vez mais relevo.

PARTE I

INTRODUÇÃO E PLANO METODOLÓGICO

"Ao operador do direito cabe entender que a legislação é fruto da necessidade de resolução de problemas sociais. O operador do direito não molda a questão social ao Direito." Orlando Gomes

CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO: OBJETIVOS DO PRESENTE ESTUDO

Resultado do processo histórico-cultural que move a Sociedade, na realidade pré-jurídica e econômica[2], o fenômeno da "Empresa-Instituição" de longa data já foi constatado nos estudos das Ciências Sociais – nas quais se inclui a Ciência Jurídica – lastreando seu reconhecimento como agente social ("econômico") personificado, autônomo e próprio.

Contudo, ainda hoje no Direito discute-se a relevância ou não da jurisdicização do conceito de Empresa, do reconhecimento da personificação desse ente "não-humano", e, como conseqüência, de seu reconhecimento como "sujeito de direito", titular de obrigações e também de direitos *per si*, bem como de sua responsabilidade por todas as conseqüências jurídicas – reflexo econômico ou não – de sua atuação na Sociedade.

A Empresa é um fenômeno complexo, que tem como **princípio** a função de *organizar a atividade econômica, produzindo e fazendo circular bens e serviços*. Para cumprir essa função (ou "atividade"), diversas são as relações constituídas por este ente com diversos outros **sujeitos** (outros agentes sociais como: sócios, trabalhadores, fornecedores, o próprio Estado, dentre outros – também denominados "partes interessadas" ou "*stakeholders"*) e **objetos** de direito (como seu estabelecimento empresarial, o meio ambiente etc.).

A agregação dessas diversas **relações** (que se instrumentalizam em, mas vão muito além de, um "feixe de contratos") e de **interesses**, aproveitando as palavras de Asquini[3], embasados em "*relações de hierarquia e/ou de cooperação entre esses agentes voltados a um fim comum*" (a funcionalidade da Empresa e a obtenção por parte de cada agente de seu interesse) fazem surgir uma organização própria, uma instituição dotada de ordenamento com **valores** e **regras** específicas (como se dá em qualquer "instituição-organização"), que regem a atuação desse ente, no caso, a Empresa.

Na realidade social contemporânea, a "Empresa-Instituição" produz efeitos inegáveis, de profundidade e amplitude nunca antes vistos. Isso porque, fruto de sua

[2]Por realidade pré-jurídica, referimo-nos aos fatos e às relações sociais brutas, empíricas, que dão ensejo à positivação jurídica. Em conjunto com a dimensão econômica (entendida sob o aspecto das relações sociais de produção e circulação de bens e serviços para consumo) formam a própria realidade social.

[3]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 123.

própria evolução histórico-cultural, nossa Sociedade é cada vez mais "mercantilizada", sendo atualmente quase que impossível dissociar a vida de qualquer indivíduo das Empresas: por exemplo, é nelas que ele se emprega ou obtém seus rendimentos para sobreviver; é ela que lhe fornece os bens de sua necessidade e bem-estar; é dela que provém parte substancial dos impostos arrecadados pelo Poder Público, que possibilita seus programas, tanto de assistencialismo, quanto de melhoria na infraestrutura comum.

Se na realidade empírica a Empresa é reconhecida como ente uno ("organização") com valores próprios, titular de uma imagem autônoma que lhe propicia vantagens e, em contrapartida, enseja obrigações perante a Sociedade, ambas decorrentes de sua função, de sua responsabilidade e de seu compromisso social[4], no Direito ainda é turvo esse reconhecimento, conquanto a presença tanto de dispositivos legais, quanto de entendimentos jurisprudenciais e doutrinas que sinalizam expressamente em tal sentido.

A falta do reconhecimento jurídico integral dessa pessoa, desse sujeito de direito, que é a Empresa-Instituição, parece-nos 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.

Isso porque, a "Empresa-Instituição" é agente (portanto sujeito, não objeto de direito) que de fato interage na realidade social, sendo sua conduta decorrente não do interesse exclusivo de seus sócios (em outras palavras, de seus "administradores" ou do "empresário"), mas sim da "organização", resultado da coordenação dos interesses de suas diversas "partes interessadas"[5], compostos dentro de um sistema, de um ordenamento próprio, que traduz o conjunto dos distintos valores das partes que lhe deram causa, embora dele integrantes e por vezes com a prevalência de alguma delas.

Se esse agente (a Empresa) não é reconhecido como "sujeito de direito" pelo sistema jurídico, como centro de imputação efetivamente próprio, como pode ele tomar

---

[4]Entendemos como "função social" da Empresa o exercício legítimo e legal de sua atividade empresarial, da qual decorre a geração de renda (trabalho) e riquezas para a Sociedade; como "responsabilidade social" seu dever de realizar sua função social dentro das melhores práticas, sempre visando diminuir ao máximo suas externalidades negativas e potencializar suas externalidades positivas; e por "compromisso social" a realização voluntária de condutas, não necessariamente vinculadas à sua atividade, que, contudo, geram externalidades positivas para a Sociedade.

[5]São entendidos como *stakeholders* (ou "partes interessadas") os sócios, administradores, trabalhadores, fornecedores, consumidores, Sociedade, Estado – utilizando a definição de Freeman para "partes interessadas" ou "*stakeholders"* como qualquer indivíduo ou grupo, formalmente organizado ou não, que possuem interesse e podem afetar ou ser afetados pela realização dos objetivos da empresa (FREEMAN, C. Innovation and the strategy of the firm. In: _____ (Coord.) *The economics of industrial innovation*. Harmondsworth: Penguin Books, 1988).

parte em relações jurídicas, tais como diuturnamente tomam diversas Empresas? Se a Empresa se limita a função estática de sua atividade negocial (sua atuação no mercado), como explicar a dinâmica de seu processo de decisão interno, temperado pelos diversos interesses nela atuantes, e como tutelar a legitimidade dos titulares desses distintos interesses? Se ela é apenas um feixe de contratos, de naturezas distintas entre si (contrato social, contrato de trabalho, contrato de fornecimento, contrato de venda etc.), como explicar o conjunto de valores próprios que passam a regrar e condicionar a atuação dessa organização de forma ampla, em especial sua posição em todos esses instrumentos?

O reconhecimento do fenômeno "Empresa-Instituição" como centro de imputação próprio, complexo e multifacetado, é um fato de ordem pré-jurídica que produz efeitos jurídicos, portanto, já tarda sua assunção oficial e pacífica pelo Direito.

Nesse sentido, é pertinente desde já salientar que julgamos não ter sido por outro motivo, que não esse forte reconhecimento social do fenômeno, que levou à proposta de modificação na Câmara dos Deputados do título do livro II, da parte especial do atual Código Civil Brasileiro para "Do Direito de Empresa", a revelia do eminente Miguel Reale, um dos autores do anteprojeto e coordenador da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, que preferia o título "Da Atividade Negocial"[6].

Com tal alteração a mensagem do legislador foi clara: o fenômeno Empresa existe e possui Direito próprio, cujos dispositivos, contudo, não se exaurem nos colacionados na codificação civil, da mesma forma que os direitos das pessoas físicas não se limitam àqueles elencados em tal diploma legal.

Compete agora à doutrina e jurisprudência, nesse período de transição e consolidação[7], sistematizar tal entendimento, que envolve a interpretação sistêmica dos dispositivos colacionados no mencionado Livro II, bem como a atual disciplina legal do conceito de "pessoa jurídica", visando a aproximar a interpretação das leis à, cada vez mais

---

[6]Conceito muito mais alinhado ao entendimento das correntes jurídicas dominantes (o *mainstream* jurídico) da época.

[7]Parafraseando a lição dos Professores ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA[7] (g.n.): "*O atraso do Direito revela-se principalmente nos períodos de transição de uma ordem social para outro estágio mais complexo, ou para ordem antagônica. Desde o começo do século [XX] começaram a aparecer obras jurídicas de alta sensibilidade para com esse* ***divórcio entre lei e a realidade subjacente****. Denotam toda a preocupação de adaptá-la aos fatos, mediante revisão que atingiria os próprios conceitos jurídicos decantados no século XIX. Perceberam os pioneiros desse movimento revisionista que se iniciava novo estágio social desencadeado pela consolidação do industrialismo, já então atravancado num ordenamento jurídico inapto ao desempenho de sua função social própria*." (GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. Relações entre o direito e a economia. In: _____; _____ (Coords.). *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 11).

dinâmica, realidade social, de forma a oferecer maior segurança jurídica a Empresa e à Sociedade, função social máxima do próprio Ordenamento Jurídico.

CAPITULO 2. PLANO DA OBRA: ASPECTOS METODOLÓGICOS

O objetivo desta exposição é demonstrar porque a Empresa deve ser considerada como uma instituição social, uma *"instituição-organização",* portanto sujeito *per si* de direito, e qual a contribuição que esse conceito traz para a solução dos diversos problemas enfrentados no dia-a-dia empresarial, tais como em matéria de *contratos*.

Para a construção científica deste estudo, buscou-se se afastar da metodologia cartesiana, da tentativa de se entender o fenômeno segregadamente, reduzindo-o a seus elementos (o "reducionismo cartesiano"), por exemplo, uma análise em minúcias e desconectada dos aspectos dos "perfis" da Empresa segundo Asquini, tais como: o empresário - perfil subjetivo; o estabelecimento - perfil objetivo, a atividade - perfil funcional, a instituição - perfil corporativo.

Isso porque, muito já foi escrito, analisado e destrinchado de forma bastante competente sobre cada um desses temas em diversos outros estudos, sendo de pouca valia científica revolver essas questões, exceto para colacionar mais citações e notas de rodapé.

Embora de excelência inquestionável, tais trabalhos, em nosso entender, pecaram por não realizarem o "retorno", ou o posicionamento de seus achados de forma integrada e sistêmica dentro da dinâmica social do fenômeno Empresa, essa "instituição-organização", personificada e multifacetada. E é para isso que se presta a presente empreitada.

Assim, buscar-se-á por meio da metodologia do "Pensamento Sistêmico"[8], analisar o fenômeno Empresa[9] como um todo 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.

Dessa forma, sob o aspecto da contextualização pré-jurídica, utilizar-se-á o instrumental fornecido pela análise do que tem sido denominado como "Direito, Economia e Organizações" (como desdobramento da teoria da "Nova Economia Institucional"), que admite o caráter multifacetado dos principais fenômenos ditos econômicos, tais como "as

---

[8]Seguindo a orientação de que: "Ao invés de se concentrar em elementos ou substâncias básicos, o Pensamento Sistêmico propõe a atenção a princípios básicos de organização e a adoção de equilíbrio entre tendências opostas, como reducionismo e holismo, e análise e síntese." (ANDRADE, Aurélio L.; SELEME, Acyr; RODRIGUES, Luís H.; SOUTO, Rodrigo. *Pensamento sistêmico*: Caderno de Campo, o desafio da mudança sustentada nas organizações e na sociedade**.** Porto Alegre: Ed. Bookman, 2006. p. 43 e ss.).

[9]Aqui denominado "empresa-instituição" em substantivação própria, ou seja, o ente personificado em oposição à compreensão do termo como "empreitada" ou simples "atividade"

firmas" e os "mercados", rejeitando-se assim, pelo lado econômico, a premissa absoluta neoclássica de escolhas hiper-racionalizadas e de comportamentos maximizadores, com a plena assunção do conceito de "racionalidade limitada" (conforme Hebert Simon) e da influência das instituições "formais" e "informais" na tomada de decisões (conforme Douglas North e Pierre Bourdieu). Tudo isso no intuito de aproximar o conceito de Empresa ao de uma realidade **moral-valorativa** (como é a realidade social e a seara de atuação do próprio operador do Direito[10]).

Pelo lado jurídico, buscar-se-á retomar a reflexão da personificação da Empresa, já iniciada por diversos doutrinadores no século XX, imbuída nas premissas do jurista italiano Asquini, com sua teoria dos perfis (fenômeno poliédrico) da Empresa; do professor francês Michel Despax, em sua obra magistral *L´enterprise e Le Droit* (1957), com suas demonstrações da necessidade (e utilidade, apesar da dificuldades) da dissociação da figura do empresário e da Empresa; do doutrinador alemão Endemann, ao considerar a Empresa como sujeito de direito; do professor brasileiro Orlando Gomes, ao negar à Empresa a condição de mero objeto de direito, dentre tantos outros.

Para tanto, necessário se fez capitular a evolução da organização da atividade econômica, das teorias jurídicas da Empresa e, assim, inexoravelmente apresentou-se enfrentar a questão do conceito de "Pessoa Jurídica", que desde o século XIX vem assombrando diversos doutrinadores, como Savigny, Von Gierke, Galgano, dentre outros, análise esta que, em verdade, assume o condão de definir toda a linha dessa dissertação.

Pontue-se que a presente reflexão sobre o conceito personificado de Empresa, mesmo face ao advento do novo Código Civil, unificador do Direito Privado brasileiro e consagrador da existência de um "Direito de Empresa", parece doutrinaria e indevidamente ainda sobreposta pelas linhas gerais da "Teoria dos Atos do Comércio" (havendo quem tente agora revigorá-los como "atos de empresa"), núcleo geral, ao que aflora, de muitas das atuais teorias da empresarialidade da "firma", marcada por uma subjetivação (ao nosso ver indevida) da instituição Empresa na figura do "empresário" – vez que tendem a entender a firma como mera organização de fatores de produção conduzida pelo investidor-

---

[10]"*A diferença entre a teoria jurídica e as teorias econômicas do conhecimento está em que para a primeira, diferentemente das últimas, as regras gerais, quando formuladas, não são generalizações de fatos observáveis nas relações sociais e econômicas,* ***mas sim a concretização de valores sociais desejados que devem levar em consideração esses fatos***." (g.n.) (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 19).

capitalista personificado, em regra, em seu acionista controlador. Certo é que o fenômeno é muito mais complexo e sensível do que isso.

Como se tem percebido corriqueiramente em diversas instâncias judiciais, essa demasiada e inadequada subjetivação da Empresa na figura do "empresário" tem sido o fundamento do uso assente da "desconsideração da personalidade jurídica" das sociedades, com o fulcro de alcançar o patrimônio de empreendedores para a quitação de qualquer natureza de dívida, ou mesmo na responsabilização penal ambiental dos sócios (que diversas vezes sequer são informados das atitudes de seus colaboradores nesse sentido).

Essa corrupção na utilização de instrumentos desenvolvidos para situações excepcionais de culpa e dolo por parte dos sócios da Empresa tem adquirido tal efeito "*erga omnes et omnia*", caindo assim em um vão comum que vem deslegitimar ao menos dois séculos de desenvolvimento doutrinário da questão da pessoa jurídica e muitos mais em termos de reconhecimento dessa "instituição-organização" pela Sociedade.

As conseqüências disso são altamente negativas – mesmo destrutivas – para a segurança e estabilidade de um saudável ambiente empreendedor, portanto, da atividade produtiva da própria Sociedade, ensejando **não** o incentivo a comportamentos mais éticos por parte de empreendedores e Empresas, mas a **disseminação** de fraudes e o próprio descrédito no sistema legal vigente, o que impera ser revisto como condição de sustentabilidade do próprio ordenamento jurídico. Nesse quesito, de se lembrar que já alertava o jurista francês Georges Rippert, "*quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga e ignora o Direito*".

Assim, em nosso entendimento, a pacificação da conceituação jurídica da Empresa passa pelo reconhecimento claro da personificação da "Empresa-Instituição" como pedra nuclear para a correta, eficaz e eficiente sistematização do "Direito de Empresa".

Isso porque, **o reconhecimento como "sujeito de direito" dessa pessoa jurídica (portanto, dessa ficção, esse ente lançado à condição de "pessoa" por assimilação, mediante expressa positivação em lei), permite a clara definição de seus direitos, de suas obrigações e de sua própria responsabilidade, bem como dos direitos, obrigações e responsabilidade dos agentes que interferem em sua atuação, quaisquer que sejam eles – sócios, trabalhadores, concorrentes, agentes públicos, dentre outros.**

Em especial, a clara definição de direitos, obrigações e responsabilidades da Empresa e dos demais agentes torna factível a corporificação dos princípios que devem

reger as relações econômicas (como o princípio da função social da Empresa e da propriedade; o princípio do livre mercado; o princípio da livre iniciativa etc.).

Essa sistematização, portanto, longe de desqualificar o Direito Comercial, dá-lhe mais legitimidade e importância, visto ser o Direito Comercial importante subsistema do Direito de Empresa que regula a relação das "Empresas-Instituição" entre si e com outras "instituições-organização", tráfico este cada vez mais intenso e desafiador nos dias atuais, notadamente em matéria da devida aplicação dos princípios nessa seara.

Por fim, espera-se que com essa proposição de sistematização centrada na Empresa como "*instituição-organização*", e assim como sujeito de direito próprio e autônomo, tenha por utilidade contribuir para uma organização mais coerente, integrada e coesa dos diversos ramos "empresariais" do Direito, tais como em matéria trabalhista, ambiental, empresarial, tributária, econômica, dentre outras, dentro do grande sistema que, com o advento do novo Código Civil Brasileiro de 2002, passou-se a denominar "Direito de Empresa".

2.1. Metodologia do Pensamento Sistêmico

Nuclearmente, uma das premissas do *pensamento sistêmico* consiste na conversão da visão das partes (processos) para o todo (o sistema), **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**. Esta premissa é o cerne da diferença entre o **pensamento sistêmico** e o **pensamento mecanicista**, que vigorou durante a Revolução Científica (representado pelos movimentos do "reducionismo" e do "atomismo")[11].

---

[11]Para esclarecer este ponto, pertinente transcrever a exposição de ANDRADE et al. (2006) sobre o tema, que bem apresenta a transição do modelo de pensamento mecanicista para o sistêmico (g.n.):
"*No pensamento mecanicista, o processo analítico tem função primordial. Busca-se a compreensão dos objetos delimitando claramente sua fronteira e decompondo-os em partes menores de mais simples compreensão. A decomposição visa à busca de elementos de maior simplicidade, mais compreensíveis e de características mais essenciais que o próprio todo. Este movimento é chamado de* ***reducionista****.*
Essa busca pelo essencial parte do pressuposto de que haverá uma parte muito pequena, indivisível, cujas propriedades desmistificariam a complexidade inerente ao todo. Este movimento é denominado ***atomismo****.*
Esse processo tanto trouxe progresso quanto dificuldades. As principais dificuldades dizem respeito a três aspectos. O ***primeiro*** *é derivado da perda dos relacionamentos do todo com o ambiente apartado pelo processo de delimitação de fronteiras. O todo é isolado do seu ambiente para que possa ser mais bem controlado no processo de conhecimento. Como decorrência desse princípio, ocorre a* ***segunda***

ANDRADE *et al.* sustentam que a mudança de gestão dentro de qualquer organização[12] para o **pensamento sistêmico** decorre de um duplo reconhecimento: primeiro, de que a "*estrutura de um sistema complexo é influenciador fundamental do funcionamento dos seus processos"*, e, em segundo lugar, do reconhecimento *"de que os processos fundamentais são os que estabelecem padrões da organização e que acabam por materializar a estrutura"* [13].

Assim, definem ANDRADE *et al*. que o conceito sistêmico decorre da dinâmica da autoinfluência entre estruturas e processos, de que advém a natureza autopoiética[14] do Pensamento Sistêmico, diretamente influenciado pela teoria das estruturas dissipativas de Prigogine, do que **resulta ser sua busca essencial o entendimento dos processos subjacentes que organizam um padrão, e que, por fim, dão origem a uma estrutura materializada**[15].

Note-se que principalmente no século XIX e XX, em função da vigência do *pensamento mecanicista*, típico do paradigma tecnocêntrico[16] então reinante, cada

---

dificuldade, pois também as partes componentes são isoladas, apartando assim os relacionamentos com as demais partes e com o todo maior. O ***terceiro****, o reducionismo e o atomismo passam a permear o pensamento científico e tecnológico, assim como o raciocínio diário, fazendo com que as pessoas acreditem que aquilo que não for detalhado não e sistemático, e por isso não é conhecimento verdadeiro. "****O reducionismo e atomismo exagerados levam as pessoas a "afogarem-se" em oceano de dados, dos quais é difícil extrair uma visão estratégica, sistêmica****.*
O ***Pensamento Sistêmico*** *busca reequilibrar as coisas, passando a olhar no sentido contrário do reducionismo e do atomismo, e dando maior ênfase ao todo do que à parte. Inicialmente, ele estabelece também uma fronteira de sistema, mas que é "fraca" e mais ou menos arbitrária, para que os sucessivos entendimentos posteriores possam determinar exatamente de que escopo se está falando. Isso permite a inclusão, durante o processo, de aspectos importantes, como relacionamentos com o ambiente e com outros sistemas. (...) o Pensamento Sistêmico adota* ***duas posturas****: por um lado, o processo de inclusão é delimitado por um interesse declarado dos atores pensantes e, por outro, sintetiza e agrega variáveis toda vez que o mapa do sistema torna-se cognitivamente confuso.*
Logo, o ***Pensamento Sistêmico*** *está interessado* ***nas características do todo integrado e dinâmico,*** *características essas* ***que não estão em absoluto nas partes, mas nos relacionamentos dinâmicos entre elas, entre elas e o todo, e entre o todo e outros todos.*** *Ao invés de se concentrar em elementos ou substâncias básicos, o Pensamento Sistêmico propõe a atenção a princípios básicos de organização e a adoção de equilíbrio entre tendências opostas, como reducionismo e holismo, e análise e síntese."* (ANDRADE, Aurélio L.; SELEME, Acyr; RODRIGUES, Luís H.; SOUTO, Rodrigo. op. cit., p. 43 e ss.).

[12]E nesse sentido, a Ciência Jurídica é uma organização – v. Parte II, Capítulo 4 *infra*.

[13]ANDRADE, Aurélio L.; SELEME, Acyr; RODRIGUES, Luís H.; SOUTO, Rodrigo. p. 43 e ss.

[14]Da célebre teoria da Autopoiese dos biólogos chilenos Maturana e Varela.

[15]No caso deste trabalho, a definição da empresa como uma instituição-organização.

[16]Na definição de GLADWIN *et al.,* o modelo do tecnocentrismo remontaria à Revolução Científica do século XVII, com o advento da Teoria Social Liberal e a Racionalidade de Mercado ("mão invisível"), com a convicção do domínio da natureza pelo ser humano. Sob tal corrente, a economia é considerada um sistema linear fechado, no qual tudo é exógeno, definido e racionalmente previsível. O objetivo principal é a eficiente alocação de recursos, sendo as vontades humanas centralizadas e ilimitadas, imperando a visão secular materialista pelo qual o comportamento é individualista, sempre buscando maximizar os benefícios e de curto-prazo ("maximizador de utilidade"), características essas do dito capitalismo *laissez-faire* (o livre mercado). (GLADWIN, T. N.; KENNELLY, J. J.; KRAUSE, T. S. Shifting paradigms for sustainable development: implications for management theory and research. *Academy of Management Review*, v. 20, n. 4, p. 874-907, 1995).

problema da Sociedade era resolvido de forma individualizada, sem a consideração apropriada dos reflexos de tal solução em outros aspectos da vida social. Tal forma de proceder mostrou-se ineficiente e ineficaz para solucionar os problemas com os quais a Sociedade tem se deparado. Explica-se.

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, diminui-se a intervenção do Estado, não há oposição à forma de exploração de recursos naturais adotada, ao tratamento dado à mão-de-obra, dentre outros), sempre em nome de se obter o crescimento econômico capaz de gerar bem-estar, 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 *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 (como observamos atualmente), ataca-se o "cerne" do problema, ou a forma de atuação do agente social (mediante a severa punição do agente produtor que deve ter a obrigação de viabilizar a qualidade de vida das cidades e de trabalho da mão-de-obra), 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).

São flagrantes os resultados deletérios para a Sociedade da aplicação desse excesso de simplificação típico do **pensamento mecanicista**, e que tem conduzido a realidades de desenvolvimento **insustentáveis**.

A "Teoria do Pensamento Sistêmico" surge assim como uma proposta de alternativa à abordagem científica do **pensamento mecanicista**. Considerando a inter-

relação entre as partes e processos no conjunto, o **pensamento sistêmico** analisa os resultados e impactos das condutas no todo, de forma a ser possível a implementação de medidas equilibradas que garantam a sustentabilidade de todo o sistema. A adequação dessa linha metodológica ganha especial importância no estudo de um fenômeno complexo (nas palavras de Asquini, "poliédrico") como a instituição Empresa, cuja atuação impacta diretamente a realidade social, em seus mais amplos aspectos.

PARTE II

REALIDADE ECONÔMICA, O DIREITO E AS INSTITUIÇÕES: O PAPEL DA EMPRESA NA SOCIEDADE HOJE

"*Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga e ignora o Direito*"

Georges Rippert

CAPÍTULO 1. O FENÔMENO EMPRESA E A ATUAL REALIDADE ECONÔMICA: OS DESAFIOS DO OPERADOR DO DIREITO

FORGIONI[17], reiterando os grandes tratadistas do Direito Comercial, aponta que este ramo do conhecimento jurídico utiliza o método indutivo de análise da realidade, de forma que ele nasce da **prática** dos ditos agentes econômicos, assim "*seja no estudo da 'matéria de comércio', seja no da 'empresa'*" parte-se "*dos fatos para chegar à disciplina jurídica, sem maiores digressões sobre o funcionamento do sistema na sua completude*" [18], em outras palavras, citando a lição do professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, "*o direito comercial é a ciência que estuda uma realidade*" [19], portanto a "*teoria geral do direito mercantil identifica-se e confunde-se com a mera explicação de seu objeto ou de parte dele*"[20] .

Prossegue a professora titular da Direito Comercial da Universidade de São Paulo pontuando que, desde sua origem, o Direito Comercial (em seu entender atualmente também atendendo por Direito Empresarial) sempre se ligou ao **mercado**, em particular à dinâmica do desenvolvimento das relações de mercado, ou das relações de trocas entre seus agentes[21] em prol do "*bem do tráfico mercantil*"[22].

Elenca que a expressão Direito Comercial comporta múltiplos e indissociáveis sentidos, desdobráveis em especial em três vertentes "*[i] direito comercial como ciência; [ii] direito comercial como nível do todo social, dimensão da realidade, e [iii] direito comercial como conjunto de regras e princípios que disciplinam a atividade mercantil*",

---

[17]FORGIONI, Paula A. *O direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. 2008. Tese (Titular de Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 7 e ss.
[18]Id. Ibid., p. 11.
[19]Id., loc. cit.
[20]Id. Ibid., p. 8.
[21]Também por critérios metodológicos, neste estudo, abandonamos a definição de "agentes econômicos" e a substituímos por "agentes sociais". O abandono de tal terminologia não se deu porque a empresa deixou de ser um "agente econômico", no sentido de um ente atuante na economia, no mercado, o que é exatamente seu papel na sociedade, mas em razão da carga axiológica que contamina a interpretação de tal expressão. Em linha com as interpretações mais atuais da Sociologia econômica, agentes econômicos são antes de tudo agentes sociais, que atuam no ambiente "mercado" que é um dos palcos de trocas entre os membros da Sociedade, assim, parte integrante – e não contraposta – da sociedade. Na lição do Professor Ricardo Abramovay "ao se abrir a caixa preta do 'mercado' o que se enxerga, lá dentro, nada mais é do que a própria Sociedade". O mercado nada mais é do que um dos campos de atuação social, uma instituição-organização, quando considerada como agrupamento social com regras próprias de convivência, de interação.
[22]FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 10.

todas as três interessando ao presente estudo, em especial a última, vez que o Direito Comercial "*desempenha seu papel como conjunto de regras e princípios jurídicos que regem a organização das empresas e as relações entre empresas, no âmbito do mercado*"[23].

Partindo da premissa de ser verdadeiro que ao operador do Direito dito Empresarial cumpre analisar a realidade, em especial a realidade do mercado, e de que esse ramo da ciência jurídica lastreia seus pressupostos de validade e eficácia na própria prática social, nele dita econômica, a compreensão do papel de seu principal agente – aqui denominado "Empresa-Instituição" – passa inegavelmente pela análise do atual ambiente econômico em que tal fenômeno se insere, em outras palavras, na análise das práticas atualmente observadas desses agentes no mercado.

Ilustrando nesse sentido, em artigo publicado em 2009 e intitulado "*Nem Marx nem Hayek imaginaram esse mercado*", RICARDO ABRAMOVAY[24], Professor Titular do Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, registra a substancial e (na opinião de alguns, até pouco tempo) **imprevisível revolução vivenciada hoje nas relações econômicas**, revolução esta protagonizadas pelas Empresas contemporâneas.

ABRAMOVAY recapitula que, por definição, a Economia Descentralizada (a Economia de Mercado que vivemos atualmente) é aquela "*em que o mercado guia a alocação dos fatores produtivos,* [em] *que os indivíduos e as empresas interagem com base em interesses próprios e a partir de conhecimento extremamente limitado das conseqüências do que fazem*", e que essa realidade sempre foi interpretada de forma basicamente bipolar: (i) criticada pela doutrina marxista sob o argumento de que o "*fetichismo da mercadoria mostra a distância crescente que separa os homens de suas obras",* com as consequências catastróficas disso decorrentes consubstanciadas na "*anarquia da produção*", e, por outro lado, (ii) enaltecida pelos liberais, tais como Friedrich Von Hayek, sob o argumento de que tal sistema econômico ao "*separa*[r] *ações humanas e intenções humanas"* propicia que *"o conhecimento particular"* permita *"a cada agente econômico tocar seu negócio* [de forma] *suficiente para que a sociedade distribua sua energia produtiva da melhor maneira possível*".

---

[23]FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 11.
[24]ABRAMOVAY, Ricardo. Nem Marx nem Hayek imaginaram esse mercado. *Valor Econômico*, São Paulo, 17 set. 2009. p. D-10.

O sociólogo paulista professa que essas duas correntes sempre comungaram o princípio de que 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*".

Até recentemente, e ao gosto do intérprete, ambas as posições reinavam como as únicas explicações e interpretações possíveis da realidade de mercado, em outras palavras, do ambiente em que interagem Empresas e consumidores, o que – como não poderia ser diferente – permeou as interpretações jurídicas e assim as bases principiológicas do próprio Direito Comercial.

Há que se notar que, por força dessas interpretações econômicas (e da própria forma como se originou a atividade empresarial), espraiou-se entre importantes juristas a compreensão da Empresa como um "objeto" na mão dos "empresários" (os "efetivos" sujeitos de direito), que visam à maximização de seu resultado pessoal (dividendos) no curto prazo, a despeito dos efeitos deletérios que suas ações pudessem causar à atividade, ao Mercado e à própria Sociedade.

De forma instigante, no referido artigo, ABRAMOVAY assinala que tanto a teoria de Marx[25], quanto às idéias de Hayek[26], **parecem ser incapazes**, em um primeiro momento, **de explicar a forte tendência de diversas Empresas modernas de pautar sua conduta em** "**valores",** como de sua função, responsabilidade e compromisso social, e em objetivos de longo prazo, tais como a sua própria perpetuação e sustentabilidade, tendência essa resultante não de um comando pré-estabelecido por um ente estatal, mas da própria organização espontânea desse "mercado" e da atuação volitiva desse ente visando sua permanência nesse campo social.

---

[25]Na visão marxista do sistema econômico descentralizado como eivado *ab initio* de "vício", visto que a dita "anarquia de produção" decorrente de sua "falta de objetivos e valores" oprimia os homens e a sociedade.

[26]Na visão liberal de que a "falta de objetivos e valores" pré-definidos por um ente estatal era a grande "virtude" do sistema, que assim evoluía de forma espontânea com a interação de seus agentes, em essência, assim possibilitando e garantindo a liberdade dos indivíduos e a melhor alocação dos bens na sociedade.

Destaque-se que não somente nesse artigo essa tendência é registrada, mas também em inúmeros estudos acadêmicos das áreas de Economia e de Administração[27] e em diversas publicações voltadas ao grande público[28].

---

[27]Apenas para citar alguns: WADDOCK, Sandra. Parallel universes: companies, academicas, and the progresso of corporate citizenship. *Business and Society Review,* v. 109, n. 1, p. 5-42, 2004; LYDENBERG, Steven D.; MARLIN, Alice T.; STRUB, Sean O. Council on economics priority. In: WESLEY, Addison (Coord.) *Rating america's corporate conscience*: a provocative guide to the companies behind the products you buy every day. Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1986; SOCIAL Investment Forum - 2003. *Report on socially responsible investing trends in the United States*. Washington, D.C.: Social Investment Forum, 2003. Disponível em: <http://www.socialinvest.org/resources/research/documents/2003TrendsReport.pdf>; BORNSTEIN, David. *How to change the world:* social entrepreneurs and the power of new Ideas. Oxford: Oxford University Press, 2004; LYDENBERG, Steven D. Trust building and trust busting: corporations, government and responsabilities. *Corporate Citizenship*, n. 2, p. 23-27, 2003; KORTEN, David. *When corporations rule the world***.** São Francisco: Ed. Berrett-Koehler, 2001; MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company*: a short history of a revolutionary idea. Nova York: Ed. Modern Library, 2003; GREIDER, William. *The soul of capitalism*: opening paths to a moral economy. New York: Simon & Schuster, 2003; YOUNG, Stephen. *Moral capitalism:* reconciling private interest with the public good. São Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2003; JACKSON, Ira A.; NELSON, Jane. *Profits with principles*: seven strategies for delivering value with values. New York: Doubleday, 2004; FORUM for the future and British Telecom (2003). Just values: beyond the business case for sustainable development. Disponível em: <http://forumforthefuture.org.uk/publications/JustValuesPublication_page760.aspx>; WILLIAMS, Cyntia A, The securities and exchange commission and corporate social transparency *Harvard Law Review*, n. 112, p. 1204-1298, 1998-1999; HAWLEY, James; WILLIAMS, Andrew. *The rise of fiduciary capitalism*: how institutional investors can make corporate america more democratic. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000.

[28]Apenas para citar alguns:

- LAVILLE, Élisabeth A empresa verde. São Paulo: Ed. Õte, 2009 (resenhado no mencionado artigo de ABRAMOVAY), que por meio de diversos exemplos empíricos fundamenta essa tendência demonstrando que na atual sistemática de objetivos e valores do sistema econômico "*a firma contemporânea não pode mais ser definida apenas pelo respeito às leis e pelos números de seu balanço contábil*", sendo questionado fortemente "*o raciocínio de que o lucro é a expressão sintética da capacidade de uma companhia preencher necessidades sociais e, seu corolário inverso, de que o horizonte do mercado exclui tudo que não se traduz em lucratividade*", resultando a importância das companhias privadas como "*uma força decisiva de mudança social*", evidentemente em direção a uma realidade social mais equânime.
- DARNIL, Sylvain; LE ROUX, Mathieu. *80 homens para mudar o futuro***.** São Paulo: Ed. Clio, 2009, que elegem os 80 casos de empresas de gestão inovadora, que, voltadas para o lucro, subvertem todos os demais preceitos ortodoxos de economia, prestando serviços e fornecendo produtos dentro de práticas sustentáveis ambiental e socialmente.
- YUNUS, Muhammad. *Um mundo sem pobreza:* a empresa social e o futuro do capitalismo. São Paulo: Ática, 2008, fundador e presidente do Banco Grameen e criador do conceito de microcrédito, iniciativas que lhe valeram o prêmio Nobel da Paz, que defende a utilização de instituições organizadas como verdadeiras empresas capitalistas que tenham como valor e objetivo "combater os principais problemas sociais e beneficiar populações carentes", revertendo seu lucro em prol desse interesse, como se dá no caso do Banco Grameen e em sua *joint-venture* com a Danone;
- ALMEIDA, Fernando**.** *Os desafios da sustentabilidade:* uma ruptura urgente. Florianópolis: Ed. Campus, 2007, Presidente-executivo do Conselho Empresarial para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS), braço do *World Business Council for Sustainable Development (WBCSD)*, uma coalizão dos maiores e mais expressivos grupos empresariais do Brasil, com faturamento anual correspondente a 40% do PIB nacional, que aponta como estratégia para enfrentar a "*tragédia socioambiental que ameaça a continuidade dos empreendimentos humanos, de nossa organização social, e, no limite, até da própria espécie humana*" a adoção de políticas alinhadas com o conceito de Desenvolvimento Sustentável, que em si confere objetivos e valores ao atual mercado, com vistas a beneficiar o planeta, a sociedade e os acionistas.
- SOROS, George. *O novo paradigma para os mercados financeiros*: a crise atual e o que ela significa. São Paulo: Agir, 2009, economista e célebre agente do mercado financeiro, que desde seu livro "A Alquimia das Finanças" de 1987 (de estudo obrigatório nas maiores escolas de Negócios do mundo) expõe sua

Todos esses registros empíricos, como tantos outros, cada qual enfocando um aspecto distinto da atual realidade econômica, curiosamente apontam a ampliação do leque de questões que o mundo corporativo tem se proposto a enfrentar, como resultado da própria inter-relação "espontânea" entre os agentes no Mercado, associada a uma flagrante evolução institucional[29].

De se destacar que **essa tendência de ampliação do papel da Empresa nada mais é que uma resposta eminentemente sócio-cultural às novas demandas da própria Sociedade, palco de relações cada vez mais dinâmicas e intensas entre seus diversos agentes (ou "partes interessadas").**

Talvez uma das razões que expliquem essa nova dimensão da atuação das Empresas pode ser encontrada naquilo que Hayek de longa data já chamava a atenção: de que justamente por conta desse intrínseco **dinamismo social**, e o grande número de inter-relações nele presentes (especialmente no ambiente econômico), que sempre dificultou ou mesmo impossibilitou o estabelecimento de uma regulação rígida, eficaz e eficiente emanada por uma autoridade central ("estatal"), vez que, inexoravelmente, a imposição de um rígido planejamento central (inexoravelmente estático e reflexivo) sempre acabou por resultar no empobrecimento e na servidão do povo. **Assim é que na construção diuturna das relações sociais é que surgem as soluções e comportamentos mais adequados à sua eficiente operacionalização, os quais vêm sendo formulados e criados de forma consistente pelas Empresas contemporâneas.**

"Teoria da Reflexividade", a qual pautou todas as suas tomadas de decisões de investimento, que em apertada síntese, demonstra que, em especial na realidade de mercado vigente no século XX, o "conhecimento limitado" dos agentes econômicos conduz a comportamentos reflexivos, quer dizer, conduz aos agentes a pautarem seus comportamentos mais pelas atitudes dos demais agentes ("efeito manada") do que propriamente pelos reais fundamentos econômicos, e outros conceitos como o "*postulado da falibilidade radical*", pelo qual todos os "*constructos humanos são falhos, mas que podem ser estáveis por longos períodos de tempo*", ou ainda seu modelo de "contração e expansão", pelo qual o equilíbrio do mercado nunca é atingido, mas oscila entre condições de extremo afastamento (as "bolhas") e sua aproximação de tal ponto eutético, que pelo conhecimento limitado dos agentes, nunca chega a ser plenamente atingido. Desponta dessa análise a necessidade do reconhecimento de que é extremamente temerário aos agentes econômicos (em especial as empresas) pautar sua atuação no mercado por meio do mero reflexo da atitude dos demais agentes (que mesmo que aparentemente estáveis por longos períodos, é altamente prováveis serem falhos), sem a análise dos reais fundamentos econômicos de sua atividade, em outras palavras, sem a reflexão no curto, médio e longo prazo das consequências de suas decisões em seu mercado (e por conseguinte na própria sociedade).

[29]Tanto daquelas que denominamos **instituições-organização** (como a mobilização mais efetiva dos poderes constituídos e outras organizações sociais, como a própria sociedade), quanto das **instituições-normas** (consubstanciada notadamente nos avanços na sistematização e positivação dos direitos humanos, desdobrando-se além das liberdades e garantias de primeira geração, para aqueles de segunda – sociais, econômicos e culturais –, de terceira – coletivos e difusos – e até de quarta dimensão – ditos universais, como o direito dos indivíduos de todos os povos à democracia, ao pluralismo, à informação).

Possivelmente é por tal razão que defendia Hayek que a organização espontânea do mercado, ou seja, o estabelecimento de suas regras por seus agentes, sempre teria muito mais chance de sucesso no encontro do ponto ótimo de alocação de bens e serviços na Sociedade, do que sob rígida tutela estatal.

O mais curioso na atual realidade de mercado é que se observa a conciliação de uma organização espontânea de seus agentes com níveis de exigências por diversas vezes superiores ao positivado pelo próprio ordenamento jurídico[30] – o qual, contudo, registre-se que também tem experimentado um frenético processo de modernização (especialmente no caso brasileiro), ampliando seu rol de regulação em atendimento à demanda dessa nova realidade social (e assim também influenciando fortemente o aprimoramento da conduta de seus agentes sociais).

Na melhor manifestação do impacto de práticas isomórficas[31], nota-se a intensificação da formulação de códigos próprios de condutas e valores por parte dos agentes sociais que, em conjunto com a evolução do próprio ordenamento legal,

---

[30]Exemplo emblemático é a correlação entre as exigências das Normas Regulamentadoras de Saúde e Segurança do Trabalho (as "NR's") e as exigências das normas do sistema de qualidade da ISO – International Organization for Standardization, organização internacional sediada em Genebra, na Suíça. A NR's passaram a ser publicadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego em 1978 pela Portaria GM nº 3.214, de 08.06.1978 (D.O.U. 06.07.1978), sendo o teor da NR 1 o estabelecimento da obrigação das empresas com empregados regidos pela Consolidação da Legislação do Trabalho – CLT – a observância das NR's que viessem a ser baixadas pelo Ministério do Trabalho, cuja fiscalização competira às Delegacias Regionais do Trabalho (DRT's). Por seu turno, apenas em 1987 que surgiu a primeira norma padrão internacional da ISO, a norma ISO 9000:1987, que foi seguida de diversas outras padronizações e atualizações (as normas ISO 9000:1994, ISO 9001:1994, ISO 9001:2000 etc.) . Em comum, todas as normas ISO versavam sobre práticas de gestão mais sustentável, voltada para modelos de gestão focados na qualidade na atividade de produção e prestação de serviços, qualidade que se traduz em maior eficiência na produção; menores impactos, resíduos e custos e, assim, em melhores resultados para a empresa. Dentre seus modelos e requisitos para certificação, existiam determinações focadas nas condições de trabalho dos colaboradores, como exigências de saúde e segurança, em níveis por vezes superiores aos exigidos pelas NR's. Embora a certificação ISO sempre foi voluntária, nos anos de 1990 observou-se no ambiente empresarial brasileiro, inclusive como parte da reabertura do Estado Brasileiro para o mercado mundial, uma verdadeira avalanche de empresas buscando modernizar seus processos e procedimentos internos de produção. Com efeito, a busca voluntária pela certificação ISO em uma década foi capaz de, por exemplo, institucionalizar o uso de equipamentos de proteção individual (EPI's) de forma muito mais rápida e eficiente do que duas décadas de NR's. Certo é que nesse processo, as próprias NR's assimilaram em muito as condutas propostas pela certificação ISO, por exemplo, bem assim, na intuito de padronizar as condições do mercado, foi observada uma sensível melhoria na qualidade da fiscalização realizada pelas DRT's, em um evidente caso virtuoso de autoinfluência entre práticas sociais e atividade estatal.

[31]A Teoria Institucional usa a expressão isomorfismo institucional para descrever a convergência progressiva por meio da imitação de comportamentos e soluções operada por seus agentes. Podem ser distinguidos três tipos de isomorfismo: **coercitivo** (que decorre da observância de normas postas e tuteladas por outros agentes – como o Estado, com as disposições de leis, sentenças judiciais, autos de infração etc.), **mimético** (que decorre da encampação de práticas de outros agentes, concorrentes ou não, que são identificadas como conceitualmente corretas e úteis) e **normativo** (que decorre da adesão às regras próprias da categoria – usos e costumes do setor – manifestação moralmente governada). De se registrar que DiMaggio & Powell registram que o isomorfismo é um processo restritivo que força a homogeneização da população de organizações que compartilham de um mesmo campo de negócio (de um mesmo "mercado"), ainda que algumas organizações estejam mais sujeitas que outras (DIMAGGIO, P. J.; POWELL, W. W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-169, 1983). Voltaremos a esse ponto no capítulo 4 infra desta Parte II.

autoinfluenciam suas ações, bem como ensejam a adoção de comportamentos, em especial a assunção de compromissos sociais, que vão além daquilo que jurídica e economicamente convencionou-se como esperado de tais instituições.

E o mais fascinante de tudo, a assunção de tais comportamentos (por exemplo, de maior responsabilidade com o meio ambiente, com os consumidores, colaboradores, fornecedores e com a própria comunidade) é decorrente das próprias exigências internas e externas para se **manter** em um Mercado em que os consumidores tornam-se cada vez mais informados e exigentes, o número de concorrentes aumenta progressivamente, os produtos – e assim os fornecedores de insumos – cada vez se especializam mais, e, permeando tudo isso, a "imagem corporativa" (como a "marca" e outros capitais e ativos intangíveis) assume importância vital, indo além de símbolos identificadores, mas se tornando importante meio de comunicação e informação sobre esse agente, imagem essa essencial para a sua interação ("convivência") com os demais agentes sociais.

Como se pode observar engana-se quem visualiza nessa nova realidade social (na qual se insere a própria realidade econômica) uma eventual diminuição do papel do Estado ou do próprio Direito.

Ao contrário, 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)[32].

Disso tudo resulta um fenômeno muito interessante: o da influência recíproca do Direito e da Economia, que de longa data já é objeto de análise e reflexão pela Ciência Jurídica.

Como as Empresas – e sua atuação na Sociedade – são diretamente influenciadas por essas duas instituições, é pertinente neste estudo deitar algumas linhas na análise dessa interação.

---

[32]É o operador do Direito o técnico mais capacitado para realizar essa análise, que mais adiante denominaremos "Análise Jurídica da Economia", que se apresenta como o grande desafio da classe para o futuro próximo: como garantir, com certeza jurídica, a eliminação, prevenção e mitigação de riscos na atividade empresarial? Em outras palavras, como de fato conferir segurança jurídica na prática das atividades sociais voltadas a produção, prestação e circulação de bens e serviços.

CAPÍTULO 2. AS INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS DA REALIDADE ECONÔMICA E DO DIREITO

Os Professores ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA, já na década de 1970, professavam que "*a tese marxista da origem dos institutos jurídicos não esclarece completamente a ligação entre Direito e Economia*" porque "*até no particular da criação das leis, tem-se entendido que a conexão entre estrutura e super-estrutura não é rigorosamente de causa e efeito*" vaticinando ser "*inaceitável, assim, a explicação simplista de que Direito é mero subproduto da Economia*" [33], isso porque "***as leis influem na economia, modificando-a***" (g.n.) [34].

Para justificar tal assertiva, os então professores da Universidade Federal da Bahia pontuavam que o "*conhecimento jurídico não se limita à investigação das causas do aparecimento e evolução das normas de direito*", mas vai além, compreendendo especialmente "*sua análise e eficácia social*".

Assim, embora em regra o operador do direito analisa e interpreta o conjunto ordenado de normas que constitui todo instituto jurídico, por métodos próprios do Direito, em nada acrescentando à realidade econômica, a qual deve ser considerada na totalidade de suas relações e implicações, salientavam os professores que aquele que "*não se contenta em ser mero técnico do Direito, há de se interessar pelo exame da* ***eficácia econômica e social das normas jurídicas***" (g.n.).

Prosseguindo nesse sentido, GOMES e VARELA cunham com muita propriedade que é "*verdade comprovada que a função social de um instituto jurídico pode modificar-se profundamente, sem alteração do texto legal*" destacando que "*se a significação social das*

---

[33]É curioso notar que Adam Smith, considerado o primeiro economista da história, em verdade professor de lógica, filosofia moral e jurisprudência para os estudantes da Universidade de Glasgow, onde permaneceu de 1751 até 1763/64. Embora sua obra hoje de maior relevo seja a "Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das Nações", originalmente publicada em 1776, foi a sua "Teoria dos Sentimentos Morais", de 1759, que estabeleceu sua reputação em vida. É de produção recente a suposição de que no final de sua vida o pensador afastou-se de sua "teoria moral", para dedicar-se mais ao estudo da jurisprudência e da economia. Em verdade, analisando a produção de Smith de uma forma sistêmica, é possível encontrar explicações para a consolidação da "empresa-instituição" como se apresenta hoje na Sociedade, notadamente a questão da emergência nas Empresas de valores (mesmo morais) próprios: por exemplo, a "mão invisível" é capaz de produzir bem-estar social em decorrência da atuação autointeressada de agentes econômicos porque esses, com vistas à sua própria aceitação e sobrevivência social (reputação), são influenciados e dependem da aprovação social, ou seja, da empatia dos demais membros da Sociedade por sua atividade.

[34]GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. op. cit., p. 9.

normas jurídicas fosse consequência imediata de transformações econômicas, não se manifestaria esse ***divórcio entre o texto e seu substrato****, pelo qual a eficácia econômica da lei perderia inteiramente sua virtualidade*" (g.n.)[35].

Sustentam os professores baianos que tal constatação chegou a ser salientada pelo próprio Marx, que encareceu a necessidade de ser determinada especificamente essa influência, trabalho encampado por Karl Renner e Gaston Morin, este último sustentando que as condições dessa influência, desse condicionamento, era possível de ser observada em "*vendo-se os acontecimentos em movimento, na sucessão histórica dos indícios econômico e jurídico*"[36].

Servindo de consolo, não apenas a Ciência Jurídica, mas também a Ciência Econômica padece com esse "*divórcio entre texto e substrato*", com a defasagem entre a evolução da "*realidade e sua apropriação teórica*", conforme sustentado por TIGRE, o qual, citando Winter, anota que principalmente desde a segunda metade do século XX, "*a economia tem sido muito melhor em mudar a si própria do que os economistas em mudarem suas idéias"* [37] [38].

De se notar que na sucessão histórica dos indícios econômico e jurídico, é comum o observador, ao analisar situações estáticas, enxergar como completa a coincidência entre instituições jurídicas e econômicas, que de tão evidentes chegam a confundir tratar-se de uma mesma realidade [39] – quando, em verdade, **tratam-se de instituições distintas, que se entrelaçam para formar a própria realidade social**. Ao se entrelaçar, instituições jurídicas e econômicas condicionam-se e modificam-se mutuamente, sempre tendo em vista a necessidade ulterior da Sociedade em que atuam.

---

[35]GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. op. cit., p. 10.

[36]Id., loc. cit.

[37]TIGRE, Paulo Bastos. Paradigmas tecnológicos e teorias econômicas da firma (Uma versão preliminar deste artigo foi publicado na Revista de Economia Contemporânea da UFRJ, n. 3, p. 67-111, 1998). *PUC/SP*, p. 25. Disponível em: <http://www.pucsp.br/eitt/downloads/III_Ciclo_Art_Paulo_Tigre_Paradigmas_Tecnologicos_e_Teorias_.pdf>.

[38]Nessa toada, prossegue TIGRE afirmando que isso ocorre na Economia *"porque as correntes de pensamento muitas vezes se tomam prisioneiras de seus próprios dogmas, deixando de desenvolver criativamente o diálogo com a realidade"* e "*assim, idéias desenvolvidas para um contexto são reproduzidas e (mal) adaptadas para contextos diversos por força de princípios pretensamente universais e atemporais"*. Dessa forma, *"as teorias* [econômicas] *formais, baseadas em metodologias matemáticas, tendem a se prender mais ao arcabouço de suas hipóteses, à custa de um crescente distanciamento da realidade"* e "*geralmente têm a pretensão de serem mais 'científicas' do que as teorias apreciativas, baseadas na análise histórica e empírica",* todavia tal *"pseudo-superioridade da formalização fica obscurecida quando aplicada a uma ciência social como a economia, onde o número de variáveis é maior e, em muitos casos, imponderável"* (TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 25).

[39]GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. op. cit., p. 11.

É nesse contexto que se observa a bipolaridade entre Direito e Economia, de um lado, e a Sociedade, de outro, com os primeiros buscando pautar a conduta da terceira dentro de um quadro lógico-racional estável e esta última, de acordo com a circunstância, ou se beneficiando da "proteção jurídica" conferida pelo sistema ou, ao contrário, buscando se resguardar da influência das disposições legais que a contrariam[40].

Fruto dessa dialética, os institutos jurídicos – e também os econômicos – aumentam ou diminuem sua influência, modificam-se ou se destroem, até perecerem, caírem em desuso, ensejando, no caso do Direito, as constantes reformas legais[41], e no caso da Economia, as adaptações e novas formulações na "teoria econômica" dominante.

Assim, sob sua perspectiva dinâmica, claramente observa-se que **instituições jurídicas e econômicas não se confundem, mas "entrelaçam-se" para melhor conformar a própria dinâmica social**. Assim, se é verdade que a evolução das relações econômicas tem o condão de ensejar a revisão do ordenamento jurídico, não menos verdade é que o ordenamento jurídico também tem o condão de influenciar a atitude dos agentes nas relações econômicas (em si, relações sociais), modificando-as profundamente.

O que as instituições jurídicas e econômicas guardam em comum é que ambas são condicionadas pelo interesse da Sociedade em que existem e coexistem, em outras palavras, são condicionadas em última instância pelo "interesse social", que tanto é o interesse de cada agente social desse campo social[42] (o "interesse individual"), quanto o interesse integral e difuso dessa própria coletividade de agentes sociais (aqui se confundindo como que na doutrina administrativista se denomina "interesse público primário"), como também o interesse do próprio Estado (pela mesma doutrina administrativista, dito "interesse público secundário"). **Toda essa dinâmica do "interesse social" é um processo histórico-cultural, portanto, de natureza cambiante e de construção e reconstrução contínua.**

Na esteira de se apresentar o pano de fundo sobre o qual vem se desenvolvendo a "Empresa Instituição", mister direcionar os trabalhos para um resgate da história da evolução da organização da atividade empresarial. Assim, uma vez posicionadas as premissas históricas, será possível partir para a exposição de nosso entendimento do que seria uma "instituição-organização" e como essa estrutura tem impactado no atual papel

---

[40]Na lição já citada de Georges Ripert, "Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito"

[41]GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. op. cit., p. 11.

[42]No caso, a própria Sociedade.

que vem sendo assumido pela Empresa na Sociedade contemporânea (de cunho muito mais valorativo), resultado do próprio desenvolvimento dessas relações sociais e também da inegável influência reciprocamente das ditas instituições econômicas e jurídicas,

CAPÍTULO 3. A HISTÓRIA DA ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA, AS FASES DO DIREITO COMERCIAL E A CONSOLIDAÇÃO DO FENÔMENO EMPRESA

3.1. A importância da Organização Econômica e sua Centralidade para o Direito

A importância social da atividade econômica sempre foi reconhecida e objeto de estudo pela Ciência Jurídica, em especial na figura de seus agentes, originalmente corporificado na figura do "comerciante" e hodiernamente analisado na pessoa do "empresário" e da própria Empresa[43].

O Direito, por meio do desenvolvimento de institutos jurídicos (como o "direito de propriedade" e da "liberdade de contratar"), sempre buscou conferir a tais agentes sociais, ditos também econômicos, as condições ambientais necessárias para a realização e prosperidade de suas ações, em outras palavras, sempre buscou conferir a segurança jurídica necessária para o desempenho da atividade econômica.

Como será mais bem demonstrado nos capítulos a seguir, a evolução e o amadurecimento dos papéis e da forma de atuação desses agentes sociais foram de importância fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica, o que pode ser depreendido na história da evolução do papel da figura onipotente do "comerciante individual", para a figura da Empresa, culminando na observação empírica, ainda em fase de apreensão pela Ciência Jurídica, da (vantagem e utilidade da) dissociação da figura do "empresário" (criador) da própria Empresa (criatura), esta passando a agir conforme seus

---

[43]COMPARATO claramente assinala que (g.n.): "Durante séculos, **o empresário ocupou toda a cena jurídica.** Ele era o comerciante do direito privado, e a sua mercancia se assentava basicamente em dois institutos: a propriedade e contrato – propriedade de bens empregados para o exercício do comércio, e contratos individuais com empregados, fornecedores e clientes." (...) "A multiplicação das sociedades mercantis, e sua importância crescente na vida econômica, não alteraram o esquema jurídico. Em lugar de comerciante individual, surgiram comerciantes coletivos, ligados entre si por um contrato social. Com o aperfeiçoamento da teoria da personalidade jurídica dos entes coletivos, em fins do século passado [séc. XIX], **foi possível falar em pessoas jurídicas comerciantes, em tudo e por tudo análogas aos comerciantes individuais**."(...)"Com o advento da macro-empresa moderna, não é apenas a 'propriedade' do empresário que desaparece, mas a sua própria hegemonia jurídica. **Empresa e empresário se dissociam.** A existência daquela não mais se subordina ao interesse deste, e independe portanto de sua vontade." (...) **"É, em última análise, essa dissociação jurídica entre empresa e empresário que explica a profunda alteração introduzida pela macro-empresa nos institutos jurídicos tradicionais**, notadamente no mecanismo da sociedade anônima e no processo concursal da falência e da concordata" (g.n.) (COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. p. 8).

próprios interesses de preservação e continuidade (no qual o lucro fulgura como eminente condição de viabilidade).

Diversos e competentes são os estudos jurídicos que registram a evolução histórica da figura do "comerciante" à do "empresário"[44], sendo esse passado fortemente marcado pela **Teoria dos Atos de Comércio** e pela **Teoria da Organização dos Fatores de Produção** (a Empresa).

Importante consignar que **nessa evolução histórica não se deve falar na substituição integral de determinado modelo por outro, mas sim de um processo de assimilação, aprimoramento e diferenciação, em consonância com a base legal que paulatinamente se desenvolveu em paralelo à experiência empírica**, amplamente calcada nos achados e nas soluções formuladas no modelo anterior, que em matéria de análise da atividade empresarial são ainda de grande valia[45].

Nessa linha histórica, em especial diante da atual Codificação Civil brasileira, despiciendo reiterar que de há muito tempo a jurisprudência, a produção legislativa e mesmo a doutrina reconheceram a impropriedade, dada sua insuficiência, de um ordenamento jurídico calcado na figura do indivíduo "comerciante" e na teoria de seus "atos de comércio", principalmente face às problemáticas modernas enfrentadas pela Sociedade.

---

[44]Desses estudos, importam principalmente os seguintes consensos:
- o Direito Comercial sempre cuidou das relações de trocas ditas comerciais, a saber, os "atos de comércio", conjunto de transações praticadas por comerciantes, "intermediários" que atendiam aos interesses contrapostos (demanda e oferta) por produtos entre "feudos", "cidades-estados" e "países distantes". Eram originalmente considerados "atos de comércio" aqueles costumeiramente praticados por tais comerciantes para lograr êxito na intermediação dessas trocas (obter remuneração - lucro) e variavam desde a compra e venda dos produtos (dita mercantil), aos seguros e os títulos de crédito - em alguns ordenamentos incluindo até outras formas de "atendimento remunerado da demanda", tais como as companhias artísticas.
- Com o passar do tempo, tais comerciantes passaram, no jargão econômico, a "verticalizar" suas operações, ou seja, passaram a organizar a produção como forma de ter maior controle da geração do bem a ser trocado, trazê-la para mais perto do mercado consumidor, minimizar os custos com outros intermediários, tornando mais seguro e rentável seu negócio;
- Fruto desse processo de organização dos fatores de produção, toda uma nova ciência emergiu – a ciência da administração dos negócios – que paulatinamente foi dotando a organização de uma séria de princípios e valores, que nos dias atuais mesmo se emancipam do empresário criador, mantendo com este um vínculo de fundação e direcionamento, que de acordo as circunstâncias do ambiente social em que está inserida.

[45]Por essas razões, é curioso se falar em crise do Direito Comercial como se ele houvesse ficado sucateado ou tivesse caído em desuso: como o mais dinâmico ramo do Direito, ele ampliou as fronteiras de seu objeto de estudo – as relações de trocas comerciais - acompanhando o amadurecimento dessas próprias trocas e a personificação de seu principal agente (sua institucionalização), passando a tutelar desde os contratos firmados para sustentar essas trocas, a forma societária da organização e regras de conduta entre empresários e investidores, até mesmo os aspectos ontológicos do agente que emanou de toda essa evolução social: a empresa.

Para a devida compreensão dessa assertiva, pertinente a realização de uma breve sinopse acerca da evolução da organização da atividade empresarial e seus efeitos no Direito, notadamente na evolução e sistematização do Direito Comercial – ou Direito Empresarial, em sua nomenclatura mais moderna.

3.2. Evolução da Organização da Atividade Empresarial

Impossível dissociar a organização da atividade empresarial da própria organização da atividade econômica, cujo objetivo, em apertada síntese, sempre consistiu no atendimento de necessidades humanas por meio de bens e serviços intencionalmente produzidos e para tanto circulados[46].

É possível vislumbrar o germe da atividade econômica quando da fixação do homem na terra, verificado ainda no período Neolítico, momento no qual de fato se fixaram os primeiros povoamentos humanos graças ao domínio da agricultura e da pecuária, verificando-se não só as relações de troca entre os agrupamentos constituídos dos excedentes de suas produções, como os primeiros ensaios da organização do tecido social, conseqüência da hieraquização das atividades e da divisão do trabalho entre seus membros, com o advento dos primeiros "ofícios" (conforme a aptidão e talento de seus integrantes) e, consequentemente, o início da divisão da Sociedade em "classes".

Tais atividades intensificaram-se na Antiguidade, com a produção e troca entre povos de bens ainda rudimentares (bens *in natura* ou rusticamente processados, como cereais, tecidos, azeites, vinhos etc.[47]), como se deu entre assírios e babilônios, entre egípcios e romanos e assim sucessivamente.

Nessa época, enquanto alguns povos notabilizaram-se pela produção de determinados produtos (como a seda chinesa, os vinhos romanos e o azeite grego), outros se destacaram pelo seu papel na intermediação desses produtos entre as sociedades produtoras e sociedades consumidoras (como os "intermediários" fenícios, e mais tarde, os

---

[46]Nas palavras do Prof. WALDEMAR FERREIRA, "O homem é animal que troca. E a troca, provindo do concurso de vontades convergentes pelo embate dos desejos e das necessidades humanas, muito diversas e muito numerosas, assinala um ponto de conjunção de forças econômicas, colocado no vértice do ângulo formado pelas trajetórias da oferta e da procura" (FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito mercantil brasileiro*: parte geral. São Paulo: São Paulo Ed., 1934. v. 1. p. 28).

[47]Em que pese, a existência de povos mais sofisticados, como os Fenícios, que no período notabilizaram-se por sua indústria de vidros, tingimentos e seda e lã.

venezianos, os holandeses, dentre outros). Embora com a prevalência de determinadas características, certo é que praticamente em todos os povos sempre houve quem produzisse e quem intermediasse a distribuição dessa produção, estes últimos reconhecidos como "comerciantes".

A escolha por parte de determinado indivíduo da assunção do papel de "produtor" de bens e serviços ou de "comerciante" desses produtos, em regra, decorria de sua aptidão pessoal – ou da tradição de sua família, sempre somada, contudo, ao senso particular de oportunidade, comum ao próprio espírito humano.

Sob o ponto de vista legal, nesse período não havia distinção entre Direito Civil e Direito Comercial, na lição de WALDEMAR FERREIRA[48], com o direito comum regulando as operações comerciais praticadas, terreno no qual germinaria as sementes do que iria constituir o corpo do futuro *ius mercatorium*, cujas premissas são passíveis de ser identificadas em antigas coleções legais como no livro das Leis de Manu, nas Leis de Hamurabi, nas Leis Marítimas Fenícias da Ilha de Rodes, no Direito Marítimo Grego da época Bizantina e no próprio Direito Romano, para citar algumas.

De se notar que remonta à Grécia antiga o relevo adquirido pelos então denominados "comerciantes" no seio social[49]. Desde então é possível observar a criação e organização de tribunais próprios para a solução das controvérsias originadas da atividade comercial, bem como a formulação de proteções diferenciadas para esses agentes, como a vedação de serem "caluniados" ou "embaraçados" no exercício de suas profissões, pois, nas palavras de Platão e Xenofante, "prestavam relevantes serviços ao Estado", visto sua atividade propiciar o enriquecimento de toda a Sociedade, sendo eles merecedores de tal especial tutela estatal.

Com a queda do Império Romano e o advento da Idade Média, conforme relata DUARTE[50], observou-se um período de séculos de retração das atividades de comércio entre as regiões, em decorrência da estruturação do regime feudal, que visava a autossuficiência de cada "feudo".

---

[48]FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 116.
[49]Id. Ibid., p. 118.
[50]DUARTE, Ronnie P. *Teoria da empresa*: à luz do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Ed. Método, 2004. p. 17.

DUARTE[51] pontua que com as intensas invasões mouras e nórdicas que se seguiram na Europa durante a dita "Idade das Trevas", deu-se o enfraquecimento substancial da capacidade de sustentação de tais "feudos", o que forçou os seus senhores a aumentar as exigências de seus servos. Tal situação provocou uma deserção em massa desses últimos, contribuindo ainda mais para o colapso do próprio sistema feudal e servindo de mola propulsora da retomada das atividades comerciais.

Isso porque, dentre esses servos desertores, embora muitos se tenham tornado ladrões e mendigos, outros se agruparam em caravanas de "mercadores" e passaram a perambular entre os diversos feudos então existentes, adquirindo e transportando bens entre elas e colhendo os benefícios das diferenças de preços conseguidas nessas transações.

WALDEMAR FERREIRA[52] destaca que o colapso do sistema feudal, que minou as divisas desses reinos, e a retomada do comércio local dentro do continente europeu foram os principais catalisadores que possibilitaram a estruturação dos Estados Modernos, e assim, criaram as condições para o estabelecimento, por exemplo, do movimento das Cruzadas, que permitiu a restauração de um caminho, um fluxo, seguro ao Oriente, e a ampliação do próprio comércio.

Assim, na Europa do século XI, com a intensificação e maior organização das caravanas e a reconstituição das rotas de transporte, houve o renascimento das atividades comerciais entre Norte e Sul do continente, bem como entre o Ocidente e o Oriente, com o ressurgimento do comércio marítimo.

Ato conjunto, outro fenômeno social extremamente relevante se sucedeu: graças ao resgate da atividade comercial e a falência do sistema feudal, ressurgia a classe burguesa, constituída pelos mercadores e pelos artesãos organizados nos "burgos" em rígidas corporações de ofício[53].

---

[51]DUARTE, Ronnie P. p. 17 e ss.

[52]FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 124.

[53]WALDEMAR FERREIRA assinala que as corporações de ofício podem ser observadas na Grécia antiga (as "etairéias") e nos primeiros tempos de Roma, sendo que apenas na Idade Medieval que se observa a efetiva rigidez de sua organização. Desde o princípio, tratavam-se de associações corporativas, que tinham como objetivo, pela união, terem força para defender seus interesses e sua própria sobrevivência. Desse espírito que surgiram as garantias atribuídas pelas corporações aos seus membros, como a reserva de mercado instrumentalizado no controle do número de membros e na expedição de regulamentos afeitos a forma de produção, visando atestar a origem e condicionar onde e como deveriam ser vendidos os produtos. As corporações não eram apenas de artesãos, existindo também as de comerciantes e mesmo de profissões anexas à medicina – como de cirurgiões, barbeiros, boticários etc. (FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 135).

Notadamente o comércio marítimo propiciou o transporte de grandes quantidades de mercadorias à longa distância, potencializando a possibilidade de troca (e consequentemente de sua produção), propiciando inúmeras riquezas para as regiões envolvidas em tais transações.

A potencialização das trocas comerciais, como não podia ser diferente, ensejou a consolidação de práticas e usos comerciais, que de sua reiteração passaram a constituir um sistema próprio, ou o início do *ius mercatorum*.

3.2.1. A primeira fase do Direito Comercial

ARAÚJO[54] registra que a atividade comercial nesse seu início - ou na denominada ***primeira fase do Direito Comercial***[55] - encontrou muita resistência por parte da Sociedade (notadamente pela prática da cobrança de juros - *usura* - pelos seus agentes), o que obstaculizava a formulação em nível geral de institutos jurídicos aptos a organizar as questões mercantis.

Como conseqüência dessa oposição social, estimulou-se a união dos comerciantes, união essa (inicialmente em colégios, evoluindo para a criação de corporações de mercadores) que propiciou o desenvolvimento de regras próprias para sua atividade, focadas na pessoa do "comerciante", aquele que, ligado a uma corporação, exercia de

---

[54]ARAÚJO, Vaneska Donato de. Noções gerais de direito empresarial. In: HERKENHOFF, Henrique G (Coord.) *Direito de empresas.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 19.

[55]A adoção da divisão do Direito Comercial em três fases acompanha a sistemática proposta por ARAÚJO, por se julgar com mais adequada às finalidades desta exposição. É possível identificar em outros trabalhos classificações distintas, como a apresentada por FORGIONI (op. cit., p. 31 e ss.), que unifica em seu "primeiro período do Direito Comercial" o que aqui divide-se na primeira fase (subjetiva – o comerciante) e na segunda fase (objetiva – ato de comércio) do Direito Comercial; como "segundo período do Direito Comercial" o advento do fenômeno empresa, com a mudança da intensidade do foco da circulação (comércio) para a produção (aqui classificado como terceira fase) e apresenta, por fim, como terceiro período do Direito Comercial o foco no "mercado", em razão de ser este o ambiente em que as empresas interagem. Como analisado em mais detalhes no capítulo 4 infra desta Parte II, a importância do mercado influenciando o comportamento das Empresas (v. nota 31 supra) é patente, contudo, trata-se de um sistema de influências recíprocas: o Mercado, por meio da conduta das outras Empresas e das demais "partes interessadas", influencia o agente-Empresa que influencia o Mercado em retorno, como resultado de sua própria forma de atuação nesse ambiente, forma essa resultado da dinâmica de suas próprias "partes interessadas" (ou *stakeholders* - dentre os quais seus próprios consumidores – v. nota 5 supra) e de seus valores construídos nessa dinâmica. Por essa razão, parece-nos mais correto denominar a fase atual do Direito Comercial como a fase da Empresa, ou, como se pretende nesse estudo, da Empresa-Instituição, visto que o Mercado é o ambiente no qual as "Empresas-Instituição" interagem, autoinfluenciando-se reciprocamente.

forma profissional, autônoma, especial e consuetudinária a mercancia – os primórdios da *lex mercatoria* (o "direito internacional do comércio").

DUARTE[56] também indica como consenso na doutrina de que data do período merovíngio (século XII), o surgimento identificado desse Direito diferenciado dos Mercadores, em si o Direito Comercial (o *ius mercatorum*, segundo os glosadores) – embora, conforme mencionado alhures, desde o Código de Hamurabi e do próprio Direito Romano já existissem de forma esparsa dispositivos legais de natureza mercantil.

Em paralelo, também no século XII, começaram a se fortalecer na Europa corporações de ofício, que passaram a organizar a produção de determinados bens ("mercadorias"), determinando desde a forma de ingresso na atividade e sua hierarquia, a até forma de produção, a área de comercialização, dentre outros aspectos.

Mas a evolução da atividade econômica não parou por aí. Com o passar do tempo, até mesmo os "comerciantes" além de simplesmente adquirir a produção, passaram também a financiar e estruturar a atividade dos produtores de bens, consequentemente, passando a não só fomentar, como também organizar a base da cadeia produtiva[57], de forma em muito similar ao realizado pelas corporações de ofício.

Emprestando as palavras do Prof. WALDEMAR FERREIRA, o comerciante também "veio a ser produtor", sendo que "*produzir não é só colher e transformar a matéria prima (...) produzir* [é] *transformar,* [mas] *transformar subjetivamente,* [t]*ornar útil o inútil,* [d]*ar valor ao inestimável*" [58].

Por seu turno, principalmente a partir do século XVI, alguns **artesãos**, membros das "corporações de ofício", fortaleceram-se a tal ponto (tanto financeiramente quanto no acesso a consumidores) que também passaram a estruturar suas cadeias produtivas à imagem dos "comerciantes", adquirindo produtos de seus pares e assim fazendo se

---

[56]DUARTE, Ronnie P. op. cit., p. 18.

[57]De se notar que o êxito da expansão da atividade econômica propiciou um aumento significativo da população européia no final da Idade Média. Como conseqüência desse crescimento demográfico, associado aos baixos níveis tecnológicos da agricultura então praticada e das más condições de armazenagem, ocorreu um profundo desequilíbrio entre a oferta e a demanda por alimentos, culminando na "Grande Fome" do século XIV (também conhecido como o outono da Idade Média), que juntamente com a peste e a guerra dizimaram substancialmente a população européia, conduzindo-a à miséria e motivando a transição do regime feudal para o Estado Moderno. Não é de se estranhar que em uma realidade como essa, em que a oferta de bens tenha se reduzido tanto e a atividade produtiva se desestruturado profundamente, os então "comerciantes" tenham passado a também se aventurar na estruturação, supervisão e financiamento da própria produção, e não apenas na intermediação da troca.

[58]FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 33.

evidenciar a figura do trabalhador cativo e assalariado, de igual sorte como se dava com os produtores que passaram a ser organizados e financiados pelos então ainda comerciantes [59].

Registra WALDEMAR FERREIRA[60] que foi nessa mesma época (século XVI e XVII) que o Direito Comercial de fato ganhou estrutura e doutrina, graças ao trabalho fecundo dos jurisconsultos como Benevenuto Stracca, Sigismondo Scaccia, Rafael de Turris, dentre outros italianos, que passaram a sistematizar o *ius mercaturum* e a prática e usos arraigados na classe comercial em "tratados", que ainda hoje possuem grande valor, por refletirem o caráter único e especial desse ramo do Direito, que embora dotado de ritos específicos, que não continham a rigidez do vigente Direito Germânico ou do Direito Romano da última fase, os quais não favoreciam ao desenvolvimento do comércio.

Esse Direito especial desenvolveu-se ao sabor dos negócios e das necessidades dos seus agentes, que nesse período deixam de ser apenas os "comerciantes" (que de "intermediários" passam a atuar também na estruturação da cadeia produtiva), com acrescente participação na atividade comercial dos "artesãos" e de suas "corporações de ofício" (pioneiros na estruturação das cadeias produtivas), graças a evolução de sua forma de organização e com os ganhos de escala disso decorrente.

3.2.2. A segunda fase do Direito Comercial

Anota ARAÚJO[61] que como resultado do início da atuação dos "artesãos" na seara antes monopolizada pelos "comerciantes", portanto fruto da generalização da prática da atividade comercial também por "não-comerciantes", finalmente no século XVIII o "conceito subjetivo" de "comerciante" acabou dando lugar ao "conceito objetivo", ou seja, era comerciante aquele que praticava "*atos de comércio*", conforme rol positivado em lei – e, em alguns ordenamentos jurídicos, que mesmo não positivados em lei, fossem entendidos como tal pela jurisprudência e a doutrina[62] – independente de tal agente integrar

---

[59]FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 33.
[60]Id. Ibid., p. 129.
[61]ARAÚJO, Vaneska Donato de. op. cit., p. 20.
[62]Nesse sentido, anota o Professor WALDEMAR FERREIRA que "*Procurou-se, ademais, determinar, em espécie, o ato de comércio. Buscou-se uma regra invariável, capaz de fixar-lhe o característico, pela sua natureza, pelo seu objetivo ou fim, independentemente da pessoa nele interveniente. Variou o conceito, passando do subjetivo para o objetivo. Mas sem resultado. Não se firmou, até agora, a teoria do ato de comércio, apesar da multiplicidade de concepções em torno dela desfiadas. Várias existem a disputar a primazia. Nenhuma conseguiu estabelecer o paradigma em face do qual se possa aferir a comercialidade do ato jurídico.*" (FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 261).

ou não uma corporação (de se observar que o então contemporâneo Código Napoleônico categoricamente repudiava a existência de classes de qualquer natureza[63]). Iniciava-se a ***segunda fase do direito comercial***.

Todavia, a inovação propiciada por essa nova forma de organização da base da produção repercutiu em profundas alterações na atividade econômica, a qual se voltou a atender as demandas dos consumidores (e não simplesmente impor seus produtos para consumo), demandas essas cada vez mais complexas, como resultado do maior enriquecimento e civilização da Sociedade (que demandava cada vez mais e mais distintos produtos, como também serviços).

Concorrentemente, o acesso a mais mercados consumidores (com a "descoberta" e colonização dos "novos mundos") também ensejou a necessidade de se produzir em maior escala, potencializando o desenvolvimento tecnológico para o atendimento dessas novas necessidades.

Tudo isso serviu de base para o nascimento da "indústria" (a "Revolução Industrial"), como observada nos séculos XVIII e XIX, fruto direto dessa nova realidade social. Assim, houve o advento dessas organizações complexas que estruturavam sua produção em grande escala (as "Indústrias") e a proliferação de tipos de atividades econômicas muito além do rol de "atos de comércio" originalmente assimilados no ordenamento jurídico.

Ressalta ARAÚJO que, por conta dessas novas circunstâncias sociais, a doutrina dos "atos de comércio" rapidamente tornou-se obsoleta, dada a dificuldade de se elencar de forma taxativa tudo o que seria "atos de comércio", por conta das novas atividades, produtos e serviços freneticamente serem disponibilizados no Mercado, resultado da cada vez maior "mercantilização" de atividades sociais, em velocidade muito superior à capacidade da doutrina e da lei de internalizá-las normativamente no Ordenamento

---

[63]Nesse sentido, pertinente o entendimento de LEÃES de que "*O ideário liberal burguês (...) se predispunha contra a existência de um direito especial que se aplicasse exclusivamente a uma classe de pessoas à vista do princípio da igualdade (formal) de todos perante a lei. Assim, o direito comercial deixou de ser um sistema jurídico dos comerciantes, no exercício de sua profissão, para converter-se no ramo jurídico especial de certos atos, marcados com a nota de comercialidade*". (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. 1984. Tese, p. 22 *apud* SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 81).

Jurídico, tornando difícil – mesmo impossível – categoricamente classificar o que seriam puros "atos de comércio" em contrapartida aos "atos da vida civil"[64].

Igualmente, na visão da "Teoria Econômica", o século XVIII teve por evento social-histórico mais relevante o advento da "Indústria", conforme consubstanciado na Revolução Industrial inglesa (a potência que então passou a dominar parcela substancial do comércio e da atividade econômica), cujo modelo empírico serviu de base para o desenvolvimento da "Teoria Neoclássica", amparando pressupostos tais como o de que "as atividades produtivas eram coordenadas pelo mercado atomizado" (mão invisível) e de que "nenhuma empresa possuía força suficiente para influenciar ao mercado significativamente" [65] [66] – pressupostos que foram veementemente criticados no século XX quando os "oligopólios" tornaram-se as forças dominantes dos mercados, com o advento das "grandes corporações" e a migração para a "terceira fase do Direito Comercial".

3.2.3. A terceira fase do Direito Comercial

Ainda na tentativa de se contemporizar a problemática da obsolescência da "Teoria dos Atos de Comércio", em sua busca por enumerar de forma exaustiva os atos praticados pelos então "comerciantes", no final do século XIX, o Código Comercial Alemão de 1897 positivou que eram atos de comércio "*todos os atos praticados pelo comerciante relativos*

---

[64]De se notar, conforme já assinalado pelo Prof. WALDEMAR FERREIRA, os romanos, embora praticassem com grande intensidade e tivessem bastante desenvolvido o comércio, não distinguiram o ato de comércio, não distinguiam ato de comércio de ato civil, regendo tais atividades o seu *jus civile*. Justifica o professor paulista que os romanos não criaram um sistema completo de direito comercial por ser "ignóbil a profissão do comerciante: o seu grande orgulho de si mesmos não lhes permitiu, aos romanos, cuidar dela. Só escravos a exercitavam." (FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 260).

[65]TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 8.

[66]TIGRE registra que "*a empresa industrial britânica típica era de fato de pequeno porte e enfrentava dificuldades institucionais, tecnológicas e organizacionais intransponíveis para crescer. O modelo institucional era a firma-propriedade, gerenciada pelos próprios donos, geralmente uma família ou pequeno grupo de sócios. Restrita pelos seus limitados recursos gerenciais e financeiros, a empresa tendia a ter uma única planta, especializada em uma estreita gama de atividades. Em conseqüência, ele tinha que recorrer ao mercado para obter os insumos necessários e distribuir seus produtos. O Estado liberal se limitava à manutenção da lei e da ordem e a cumprir funções socais básicas como saúde pública e educação. No tocante à coordenação da atividade econômica, a indústria era deixada ao sabor das forças não reguladas da oferta e da demanda.* ***O modelo competitivo de pequenas empresas era reforçado por um regime jurídico que atribuía responsabilidade integral dos proprietários pelas dívidas da firma.*** *Em caso de falência, os proprietários respondiam com seus bens pessoais. Embora o regime de sociedades anônimas por cotas já existisse efetivamente, os sucessivos escândalos decorrentes da quebra de empresas limitaram a aceitação pública desta forma de organização legal. O regime de responsabilidade integral limitava o crescimento da firma e evitava a concentração do mercado. Além disso, fomentava o conservadorismo da classe empresarial avessa a riscos que pudessem resultar em sua ruína pessoal."*(g.n.) (TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 7).

à sua atividade comercial"[67], portanto deixando de lado as infrutíferas tentativas de se definir taxativamente o que seria ato comercial, para se focar no impacto da atividade na Sociedade, em outras palavras, no Mercado.

Essa definição do Código Alemão foi a base para construção do entendimento de que, para o Ordenamento Jurídico, os "*atos de comércio*" apenas tinham relevância quando vinculados a exploração empresarial, afastando assim a preponderância da figura isolada dos "atos de comércio" e do "comerciante", emergindo propriamente a figura da Empresa (então no sentido da atividade econômica organizada) e de seu gerente: o "empresário"[68]. Inicia-se **a *terceira fase do Direito Comercial***.

De se notar que embora o conceito de Empresa que adotamos hoje tenha começado a se delinear no século XIX[69], com o advento da dita sociedade industrial, LYDENBERG[70] bem anota que as sementes desse conceito remontam ao século XVI, com a criação pelos Estados Nacionais de suas "Companhias" que tinham como objetivo a exploração de suas colônias além-mar[71].

LYDENBERG ressalta que a nova sociedade industrial, que surgiu pós-século XVIII e florescia no século XIX, reclamava mais investimentos em infraestrutura para continuar a prosperar (como empenhos vultuosos em comunicação e escoamento logístico (linhas de telégrafos e malha ferroviária), bem como de insumos (como minérios e petróleo, para potencializar o uso da energia e facilitar ainda mais a produção em massa)[72].

Contudo, o modelo legal então existente não era estruturado (no sentido de que não conferia a segurança jurídica necessária) para possibilitar a captação dos recursos necessários para o pagamento (amortização) em longo prazo de investimentos , o que era

---

[67]ARAÚJO, Vaneska Donato de. op. cit., p. 20.

[68]Id., loc. cit. p. 20.

[69]Conforme Galgano, o conceito de empresa é trazido para Direito com o Código Francês de 1808 (GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, Il Mulino Universale Paperbacks, 1976, pg.7, *apud* SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 21 e ss.).

[70]LYDENBERG, Steven D. *Corporations and the public interest*: guiding the invisible Hand. São Francisco: Berret-Koehler, 2005. p.10 e ss.

[71]Em construção interessante, o autor americano vincula o surgimento dessas companhias ao atendimento do "interesse público" então premente (o enriquecimento dos Estados Nacionais pelo comércio dos produtos coloniais). Também, indica como remontando a esse período o desafio das instituições de regular e controlar a conduta dessas companhias, que mesmo contando com a participação do Estado, não estavam livres de "bolhas especulativas" (como o colapso de 1720 da England's South Sea Company e da France's Misssissipi Company, voltadas ao comércio com o mundo colonial - e seus deletérios efeitos para o estado Inglês e Francês).

[72]LYDENBERG, Steven D. op. cit., p. 12.

mandatório para o desenvolvimento dos empreendimentos de infraestrutura então reclamados[73].

Isso porque, ainda se estava sob a vigência do modelo dos "Atos de Comércio", o conceito de Empresa era o conceito de "comerciante" e, até então, o "comércio" caracterizava-se notadamente por relações instantâneas, de concretização imediata – a venda do produto com a realização do pagamento no momento (mesmo que por meio de um "título de crédito" – o qual tinha por condão, por seus requisitos de autonomia e abstração, novar[74] a obrigação original).

LYDENBERG anota que para superar essa limitação, o sistema legal passou a permitir – de forma inovadora – que uma entidade (uma "pessoa jurídica"[75]) agregasse quatro características societárias: (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 o "oferta pública" de participações sociais ou outros títulos, que se somariam aos recursos aportados pelos fundadores, os controladores dessa entidade.

Com base nessas quatro características, surgia o embrião da "macroempresa", voltada para realizar os grandes investimentos necessários em infraestrutura e para potencializar a estruturação da economia de produção em massa que então emergia. Por seu tamanho e abrangência, essa instituição alterou profundamente a realidade social, o que por óbvio não passaria alheio ao Direito.

De se registrar que não só essa mudança legal-institucional foi responsável pela emergência do fenômeno da "grande empresa", mas também as intensas inovações tecnológicas, que permitiram a reformulação dos custos de produção, o crescimento das empresas e, consequentemente, a intensificação na formação de oligopólios e monopólios, e assim o redesenho de todo o Mercado como então conhecido.

Em particular, vale tecer alguns comentários sobre a influência na "Teoria Econômica" das "Firmas" (as Empresas) e desse processo de inovação tecnológica que se intensificou ainda mais no início do século XX.

---

[73]v. nota 65.

[74]No sentido do instituto jurídico da novação, ou "a contração de nova dívida para extinguir e substituir a anterior" (Código Civil Brasileiro, artigo 360, I).

[75]v. Parte III, Capítulo 3. Das Pessoas Jurídicas (infra).

TIGRE anota que na "Teoria Neoclássica" a própria existência da "Firma" era "nebulosa", dada a onipotência atribuída ao Mercado, o que foi registrado por **duas linhas de investigação**[76].

A primeira capitaneada por Ronald Coase, com seu clássico ensaio "Por que as firmas existem" de 1937, que procurava explicar as firmas em função das falhas de Mercado, corrente posteriormente retomada por Williamson, em 1979, e por outros autores "de novos enfoques neoclássico", que enxergavam o fenômeno sob a ótica da "**economia de troca**" e das **transações contratuais**[77].

Na segunda corrente, influenciada pelas idéias de Marx e Schumpeter, as "Firmas" eram vislumbradas como "*espaço de produção, lugar de criação de riqueza e inovação*", e nessa linha podem ser identificadas três concepções distintas[78], a saber:

(i) a **"Firma Organização"***,* defendida pelos behavioristas (Simon, Cyert e March) que *"vêem a firma como uma ação coordenada entre indivíduos e grupos"*, na qual, para assegurar sua sobrevivência e de seus membros ("partes interessadas"), tem-se por *"necessária a conversão do conflito em cooperação, a mobilização de recursos e a coordenação dos esforços"* (uma visão interna do fenômeno)*;*

(ii) *a "***Firma Instituição***"*, endossada pelos chamados "velhos institucionalistas" (Selznick, dentre outros) que entendem o fenômeno "*além da visão organizacional, incorporando a dimensão social (sistema político, social e jurídico na qual a firma se insere e que limita sua metamorfose)"* e assim incluindo também *"sistemas de propriedade, relações com bancos, condições de produção e de mercado"* (focando, assim, a visão externa do fenômeno); e, por fim,

(iii) a "**Firma**" sob a ótica dos *"***Custos de transação <u>e</u> dos novos institucionalistas***",* também fruto das ideias de Coase, mas considerando a "Firma" como uma particular organização econômica passível de ser compreendida como um "*arranjo institucional alternativo ao mercado*"[79] (não

[76]TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 13.
[77]Id. Ibid., p. 13-14.
[78]Id., lco. cit.
[79]Id., loc. cit.

limitada, contudo, apenas à ótica das "*transações contratuais*" desse ente com os demais agentes, mas também focando em seus arranjos internos)[80]

De se notar ainda que o advento das inovações tecnológicas impactou substancialmente a "Teoria Econômica das Firmas", com a incorporação a tais entes de "*variáveis consideradas exógenas na e à teoria neoclássica, como a tecnologia e os preços*" [81] com a "Firma" passando a "*assumir o papel principal, dada a possibilidade de recorrer à diferenciação de produtos e a estabelecer uma política de vendas*" [82], o que a conduziu ao seu crescimento e à formação dos oligopólios. Por conta disso, tem-se a máxima de que no início do século XX o "*capitalismo proprietário*" deu lugar ao "*capitalismo gerencial*"[83].

Da mesma forma que no final do século XIX e início do século XX a "Teoria da Firma" assumiu maior relevo na Ciência Econômica, contemporaneamente o conceito de Empresa passa também a ser delineado na **doutrina jurídica**, com a denominada "Teoria da Empresa", notadamente como desenvolvida na Itália por diversos autores como Carnelutti, Rocco, Vivante e finalmente Asquini, sendo positivada no Código Civil Italiano de 1942, em especial em seu artigo 2.082 (não necessariamente de forma que veio a agradar aos seus principais doutrinadores).

---

[80]Nas palavras de TIGRE: "*Coase criticou a teoria neoclássica por não oferecer resposta ao fato dos mercados não lograrem exercer a coordenação que as firmas fazem internamente. Se assim fosse, "por que uma grande firma não poderia trabalhar tão bem como o mercado?" (Winter, 1993). Além de questionar a capacidade da teoria existente em explicar a organização econômica, Coase critica a falta de realismo e a ênfase no indivíduo como agente econômico, em detrimento da organização (individualismo metodológico). A análise de Williamson sobre integração vertical da produção destaca o potencial de coordenação da firma em função de falhas de transação no mercado, diante da possibilidade de comportamentos oportunistas dos agentes.*" (TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 14).

[81]Id. Ibid., p. 13.

[82]Id., loc. cit.

[83]Nesse sentido, TIGRE registra ainda que "*Chandler (1977) destaca* ***duas ondas de inovações organizacionais que romperam os limites ao crescimento da firma.*** *A primeira, ocorrida na virada do século, foi* ***a integração vertical em atividades encadeadas em unidades distintas, a exemplo da indústria do petróleo****. A segunda, ocorrida a partir dos anos 20, foi* ***a organização multidivisional.*** *Ambas contribuíram para viabilizar a administração eficiente da grande corporação, eliminando assim as economias internas de escala. Na organização multidivisional, um escritório central planeja, coordena e avalia o trabalho de diversas divisões operacionais e aloca pessoal, instalações, capital e demais recursos necessários para realizar a produção. Os executivos responsáveis por estas divisões, por sua vez, têm sob seu comando a maioria das funções necessárias para gerir uma linha de produtos ou serviços em uma ampla área geográfica, sendo responsáveis pela lucratividade de sua divisão e seu sucesso no mercado.* ***Nas primeiras décadas do século XX, o "capitalismo proprietário" deu lugar ao "capitalismo gerencial" como motor dominante do desenvolvimento econômico (Lazonick, 1992).*** *Inovações organizacionais e tecnológicas permitiam o uso de estruturas gerenciais para planejar e coordenar a produção em larga escala e aplicar conhecimento científico à indústria. O modelo de capitalismo proprietário se mostrou inadequado para lidar com a crescente complexidade da atividade industrial e os altos custos fixos derivados da produção em massa.*" (TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 14)

Nesse Código de 1942, além de se ter reunificado o Direito Privado itálico (após séculos de desenvolvimento doutrinário autônomo de ramos do Direito, como o Civil, o Comercial e o Trabalhista – também encampado nessa unificação), inovou-se também ao criar um sistema de regulação de todas as atividades econômicas e não somente mercantis[84].

No tocante ao advento da "Teoria da Empresa" e seu reconhecimento nessa Codificação italiana, HENTZ[85] observa que na península itálica, desde o início do século XX, a Empresa sempre foi discutida como **experiência jurídica**, um fenômeno além da sua realidade econômica (oriundo da realidade pré-jurídica), um relevante **fenômeno social,** portanto aceito e reconhecido pela própria Sociedade.

Por tais razões, fundamenta HENTZ porque Asquini[86], na análise da então novel codificação peninsular, chegou à inédita conclusão de que a Empresa deveria ser conceituada juridicamente "*não de modo direto ou linear, mas detida e pormenorizadamente*" como um "*fenômeno poliédrico*" dotado de "perfis", com cada perfil comportando uma análise jurídica própria.

E, ao assim concluir, Asquini concretizou o conceito que, neste estudo, aparece como nuclear na compreensão desse fenômeno social, acima de tudo jurídico, que é a Empresa, a saber, um "***fenômeno econômico poliédrico****, que teria, no aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis: o perfil subjetivo (a empresa como empresário); o perfil funcional (a empresa como atividade empresarial); o perfil objetivo (a empresa como estabelecimento); e o perfil corporativo (a empresa como instituição)*" (g.n.)[87] [88], os quais, contudo, unidos na manifestação unitário do fenômeno na Sociedade.

---

[84]ARAÚJO, Vaneska Donato de. op. cit., p. 20.

[85]HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa. Teresina: *Jus Navigandi*, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>. Acesso em: 30 out. 2009.

[86]Um dos principais formatadores da Teoria da Empresa e um dos primeiros comentadores do Código Italiano de 1942.

[87]HENTZ, Luiz Antonio Soares. op. cit.

[88]A Codificação Civil Brasileira de 2002 encampou a Teoria da Empresa de forma inspirada, mas não em todo similar, ao operado no Código Civil Italiano de 1942, sendo, contudo, pertinente salientar a observação de HENTZ do típico hábito destes trópicos de apego "*às ficções legislativas* [estrangeiras] *sem muito perquirir sobre o cabimento, oportunidade e validade do conceito sob análise* [à realidade nacional]" (op. cit.).

3.2.3.1. A Empresa no Século XXI

Por óbvio, a história da evolução da organização da atividade empresarial não se encerra em meados do século XX.

De lá para cá, a Sociedade passou a conviver com "*uma economia crescentemente globalizada e competitiva"* na qual *"as empresas se vêem obrigadas a tratar os mercados como transitórios, ou 'de moda', nos quais os ciclos do produto são curtos, e a mudança na demanda entre um produto e outro é volátil"* [89].

Essa nova realidade de Mercado conduz às Empresas a adotarem "*novas formas de organização da produção que enfatizem estruturas horizontais,* [a] *descentralização da produção e uma nova forma de coordenação da força de trabalho, com ênfase na autonomia, polivalência e distribuição da inteligência*" [90], novas formas de organização que passaram a conviver - e contrastam frontalmente com - o sistema de produção que reinou em grande parte do século XX (massificado, verticalmente centralizado e com rígida divisão de trabalho[91]), que fez assim crescer, por exemplo, a importância "*das redes de firmas como forma intermediária de coordenação entre a firma verticalizada e o mercado atomizado*"[92].

Na realidade social atualmente vigente, coexistem diversos modelos e estruturas de Mercado, os quais, contudo, são construídos em torno desse fenômeno denominado Empresa e de suas reações às demandas dos diversos agentes com os quais interage interna e externamente.

3.3. Principais conclusões acerca da evolução da organização atividade econômica na Sociedade para a compreensão do conceito de Empresa

Desse breve apanhado histórico, apreende-se que para a organização da atividade econômica, produtores e comerciantes possuem papel essencial, pois para o atendimento

---

[89]TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 24.
[90]Id., loc. cit.
[91]Notadamente o "fordismo", assentado na *"especialização, divisão do trabalho e separação entre a concepção, execução e controle da produção"* (Id., loc. cit.).
[92]Id., loc. cit.

de necessidades humanas é fundamental a existência do produto almejado: tanto que tenha sido produzido para tanto, quanto que tenha sido trazido para o consumo[93].

Isso porque, sem a certeza de que o produto alcançará um consumidor, não há qualquer sentido em sua produção, em especial em sua produção em excedente[94]. Nesse contexto, cada agente social (consumidor, produtor, comerciante, industrial) ocupa papel de destaque na cadeia produtiva e na atividade econômica.

Na evolução da atividade econômica, é de se destacar que a intermediação de bens e produtos (o "comércio"), especialmente entre povos distantes e em épocas em que a logística e o transporte eram extremamente incipiente, não se tratava de tarefa simples ou fácil, envolvia diversos riscos e investimentos, de recursos financeiros e humanos[95], que dificilmente poderiam ser suportados isoladamente pelos "produtores", os quais também tinham que investir recursos financeiros e humanos na própria criação e confecção de seus bens[96].

No tocante à forma original de tutela legal específica de suas atividades, aflora que o traço diferencial entre "comerciantes" e "produtores" reside no fato de que aqueles, por uma exigência dos riscos e das características de sua própria atividade que os levaram a se

---

[93]Nas palavras do Prof. WALDEMAR FERREIRA "Manifestou-se o comércio, pela troca, como fenómeno econômico, nascido naturalmente. Produzia cada um segundo suas necessidades. O supérfluo, quando havia, ou o menos necessário, era trocado pelo mais útil ou necessário. Não apenas trocado, mas transportado. E esta deslocação de grande importância se revestiu." (FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 32).

[94]Continuando na lição do Prof. WALDEMAR FERREIRA "*...Todas as riquezas se produzem afim de ser trocadas. A nossa indústria, toda a nossa atividade, é, em verdade, empregada não para atender ás nossas mas ás necessidades alheias. Eis porque, obtemperou um comercialista* [Alfredo Rocco]*, avaliamos as cousas não segundo a sua maior ou menor utilidade para nós e em razão da sua utilidade para os outros. As cousas valem, no mais das vezes, não o justo preço de sua produção mas o por elas oferecido. O valor advém da equação entre a oferta e a procura. O não procurado, o que não interessa aos outros e não pode ser trocado, ou vendido, não tem valor. Valor econômico, bem entendido." (...) "A utilidade das riquezas,professou um economista* [J.G.Courcelle-Seneuil]*, 'é a propriedade que elas têm de serir à satisfação dos nossos desejos; e esta propriedade pertence não às cousas em si mesmas, senão à apreciação dos homens (...) está submetida a todas as influências que agem sobre a opinião dos homens(...). Varia no tempo e no espaço, entre os diferentes indivíduos e os diversos povos.*" (FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 33 e ss).

[95]Nesse sentido, WALDEMAR FERREIRA já sustentava que "*Não basta ao comércio, portanto, transportar para trocar. É mister o conhecimento das necessidades de cada mercado, das condições de produção e consumo de cada país. Requerem-se conhecimentos técnicos, nos dias atuais* [cada vez] *mais profundos e mais atilados.*" (FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 34).

[96]Mesmo nos dias atuais, se pensar em "verticalização" integral da cadeia produtiva, entendida com uma única pessoa jurídica (mesmo quando organizada em um único grupo econômico) gerenciando desde a produção até a distribuição ao consumidor final de seus produtos é uma realidade experimentada por poucas e grandes empresas, com muitos grupos empresariais optando por abrir mão do controle de determinados elos de sua cadeia produtiva (a produção de insumos), para obter junto a fornecedores (produtores) terceirizados, focando sua atividade mais nos canais de distribuição, na inovação e fortalecimento de marcas e produtos (como ocorre na indústria de bebidas, automobilística, na agroindústria, dentre outros)

organizar mais precocemente, estabeleceram regras de convivência próprias (*ius mercatorum*) que, em uma leitura atual, tinham por finalidade minimizar os "custos de transação" em suas atividades (criando práticas institucionalizadas – reconhecidas e utilizadas pelos demais membros – que conferiam maior segurança às suas transações).

Com a própria evolução da atividade econômica, para fins de atender a crescente demanda, resultado principalmente tanto do enriquecimento da sociedade ocidental, quanto da "descoberta" dos "novos mundos", surgiram organizações mais abrangentes e complexas, estruturando a produção em larga escala e de forma padronizada, o que se denominou de "indústria".

Não é correto dizer que essa forma de organização em "indústria" veio aniquilar ou mesmo superar a "atividade comercial", da mesma forma que a organização da "atividade comercial" não veio a substituir a "atividade de produção". Todas essas atividades vieram a se somar na realidade econômica, sempre voltadas a atender as demandas sociais por consumo.

Todas essas formas de organização, essas instituições (a instituição "indústria", instituição "comércio" e a instituição "produção") foram criações (soluções) humanas voltadas a atender demandas sociais muito específicas, quais sejam, as necessidades de consumo dos indivíduos, inicialmente por gêneros de sobrevivência (alimentos e ferramentas agrícolas e de defesa), posteriormente também por gêneros de bem-estar (tecidos, especiarias, bens e utensílios manufaturados) e assim sucessivamente (por exemplo, o consumo gerado pelos próprios "produtores" e "industriais" por insumos e serviços acessórios para atender a própria demanda da Sociedade).

E é justamente a existência desse ávido mercado consumidor, somado ao espírito inovador e criativo dos seres humanos, que ensejou a evolução e intensificação das relações sociais e econômicas, que possuem como palco o que hoje se denomina como "Mercado", um dos "ambiente" (ou "campo social") de manifestação da própria Sociedade.

Nesse sentido, mister desde já registrar que o benefício econômico (o "lucro") auferido pelos agentes nesse mercado, em decorrência da aquisição dos bens e serviços pelos consumidores, deve ser entendido (e é) como a própria condição de viabilidade e sustentabilidade do sistema, o que garante que os produtos continuem sendo produzidos e circulados, e as demandas sociais atendidas.

Assim, na realidade econômica atual, as atividades de produção e comércio continuam a ser praticadas na Sociedade, em significativo número de vezes de forma autônoma, não necessariamente verticalizada e integrada em uma grande indústria. E mesmo na grande indústria, com sua base produtiva organizada de forma intensamente integrada (ou como uma organização de "segundo grau", nas palavras de SZTAJN[97]) e verticalizada (com o mesmo ente englobando todas as fases de produção, beneficiamento e distribuição do produto), igualmente se observa o desempenho do papel de "produtor" e "comerciante", conforme o estágio da produção. **Tem-se, portanto, que a "produção", o "comércio" e a "industrialização" são facetas da atividade econômica que interagem entre si para viabilizar a existência e o funcionamento do próprio Mercado.**

Tais instituições sociais (o "comércio", a "indústria", o "Mercado") possuíram e possuem pertinente papel na configuração do fenômeno contemporâneo da Empresa, que também é uma modalidade de instituição, pertinente nesse momento aprofundar a análise do papel, da origem e dos princípios gerais de funcionamento das instituições sociais, objeto do capítulo 4 a seguir.

Mais adiante, com base nesse arcabouço teórico, na Parte III, serão analisadas "Teorias Jurídicas da Empresa", formuladas em momentos anteriores e posteriores ao Código Civil Brasileiro de 2002. Tal análise será iniciada com a "Teoria do Fenômeno Poliédrico", ou "Teoria Jurídica dos Perfis da Empresa", de Asquini, visto ser tal teoria até hoje paradigmática na definição de tal "instituição" e sendo nela possível se vislumbrar uma tentativa de conceituação sistêmica e integrada da Empresa, e assim lançando as bases para seu entendimento como um ente complexo, multifacetado, uma abstração humana consistente na organização da atividade econômica, no qual atuam diversos interesses que vão além do interesse de seu fundador (o "empresário"), resultando em um fenômeno social de relevância inegável nas principais relações jurídicas levadas a cabo na Sociedade contemporânea.

Tudo isso para se delinear o papel do Direito perante a Empresa, partindo-se da premissa de que se a forma do arranjo organizacional da Empresa (se atomizado, verticalizado ou estruturado em rede – "horizontalizado") é objeto de estudo e definição pela Ciência Econômica, ao Direito compete a sua compreensão como ente gerador de relações jurídicas, das quais advêm direitos e obrigações. Nesse sentido, conforme será

[97]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 168.

objeto da Parte III e IV deste estudo, a conceituação da Empresa como uma "instituição-organização" apresenta-se como a resposta atualmente mais adequada para tanto.

Todo esse arcabouço teórico será essencial para a compreensão sistêmica do Direito de Empresa conforme positivado no Código Civil Brasileiro de 2002, objeto final da Parte IV deste trabalho, na qual também serão esposadas as conclusões e implicações do reconhecimento da figura da "Empresa-Instituição" no ordenamento jurídico e na realidade socioeconômica brasileira.

CAPÍTULO 4. A SOCIEDADE E AS INSTITUIÇÕES

A organização humana denominada Sociedade é formada por um grande conjunto de **instituições**[98], que se reinventam e se tornam inexoravelmente cada vez mais complexas com o passar do tempo, sempre orientadas a atender às necessidades dos indivíduos e a resolver as situações de conflitos experimentadas em seu convívio social.

Não é por outra razão que de longa data o conceito de "instituição" vem sendo trabalhado nas Ciências Humanas e Sociais[99].

As transformações sociais são dinâmicas, espraiadas em diversas áreas de conhecimento e cumulativas, sendo fundamental a interpretação sistêmica dessas transformações para fins de se alcançar a real compreensão de seu impacto na realidade social e, dessa forma, tornar possível a formulação de estratégias passíveis de atender as necessidades (tais como de crescimento econômico e desenvolvimento sustentável) e apaziguar as áreas de conflito (choque dos interesses) da Sociedade.

Nessa lógica, não há como se falar hoje – exceto para efeito de exercícios epistemológicos – em desconstituições nucleares de fenômenos reais que, como tais, impactam severamente a vida humana e como um todo devem ser considerados[100].

A idéia de "instituições" como elementos-chave da vida social é tema de estudo dos denominados "institucionalistas", pesquisadores das mais diversas áreas das Ciências Sociais e Econômicas, que floresceram principalmente durante o século XX.

---

[98]Instituições consideradas tanto no sentido "das regras do jogo em sociedade", ou seja, postulados, dogmas, normas, padrões e conceitos (como sustenta D. North), quanto na noção de M. Hauriou de "obra realizada que perdura no ambiente social, a idéia objetivada que se liberta do âmbito interno ou psíquico do seu idealizador" (*apud* DUARTE, Ronnie P. op. cit., p. 131 e ss.).

[99]Nas Ciências Humanas e Sociais diversas são as manifestações de correntes denominadas "institucionalistas", todas de intrínseca importância para o dinamismo social e, portanto, para as Ciências Jurídicas, merecedoras de análise e sistematização mais aprofundada, o que se pretende fazer em um segundo momento oportuno. Nesse estudo elegeu-se abordar as correntes mais afetas à temática empresa-instituição, na opinião dessa autora, de forma alguma exaustivas ou excludentes das demais. Desde já, de se notar que embora em um primeiro momento as correntes institucionalistas conforme estudadas no Direito, na Administração e na Economia, possam parecer distintas, no seu cerne não são divergentes, possuindo como ponto angular a compreensão de fenômenos imateriais (abstrações) que conduzem a criação tanto de comportamentos e condutas, quanto de organizações humanas, voltadas sempre a um determinado objetivo.

[100]Por se dizer que na realidade atual não como se prosseguir no tratamento repartido e individualizado dos "perfis" da empresa, em se acreditar ser possível atribuir ao "estabelecimento" um tratamento próprio, ao "empresário" outro tratamento, às "sociedade empresarias" e assim sucessivamente, visto que todos esses elementos são partes integrantes e estão condicionados ao tratamento global que deve ser atribuído ao ente empresa como um todo. Não se deve partir da "parte" (estabelecimento, empresário, sociedade) para se chegar ao todo (a instituição Empresa), mas da visão do todo construir as respostas e soluções mais adequadas para o tratamento da parte.

O "movimento institucionalista", em regra, divide-se em diversas correntes, como não poderia ser diferente, visto que o próprio termo "instituição" é *per si* polissêmico desde sua origem latina[101], e o número e a amplitude dessas correntes nos últimos tempos apenas se acentuou dado o uso desregrado do termo, que está presente desde a Filosofia do Direito até a História, a Sociologia, Psicossociologia e a Ciência Econômica, dentre outras searas científicas.

Nas várias Ciências em que a Teoria Institucionalista se desenvolve[102] está presente a dificuldade em uma precisa conceituação do termo "instituição", decorrente, como mencionado, da sua própria polissemia.

Como traço comum na definição desse termo nas diversas correntes do "institucionalismo" figura o pressuposto, de origem sociológica, de que "**instituição**" "*corresponde a toda formação social resultante da experiência coletiva*"[103], entendida "formação social" tanto em seu sentido abstrato (costumes, leis e normas), quanto em seu sentido concreto (organização, estrutura, Sociedade, Empresa, ou mesmo o próprio Estado).

Em outras palavras, é uma **instituição** "*toda idéia que, além de congregar, serve de inspiração a um certo número de pessoas, visando a um fim determinado*"[104], sendo que as instituições, como produtos do engenho humano, são "*resultados de ações propostas por indivíduos instrumentalmente guiados pelas próprias forças institucionais por eles interpretadas, sugerindo, portanto, um processo estruturado e estruturante, que não é necessariamente racional e objetivo*"[105]. Assim, tais interpretações das "forças

---

[101]Nas palavras de DUARTE, o vocábulo latino *institutio* "designa o ato ou o efeito de instituir, de introduzir, de fundar de estabelecer algo durável, de constituir, de ordenar". (DUARTE, Ronnie P. op. cit., p.128).

[102]Como bem assinala COMMONS (g.n.): "*The difficulty in defining a field for the so-called institutional economics* ***is the uncertainty of meaning of an institution****. Sometimes an institution seems to mean a framework of laws or natural rights within which individuals act like inmates. Sometimes it seems to mean the behavior of the inmates themselves. Sometimes anything additional to or critical of the classical or hedonic economics is deemed to be institutional. Sometimes anything that is "economic behavior" is institutional. Sometimes anything that is "dynamic" instead of "static," or a "process" instead of commodities, or activity instead of feelings, or mass action instead of individual action, or management instead of equilibrium, or control instead of laissez-faire, seems to be institutional economics*." (COMMONS, John R. Institutional economics. *American Economic Review,* v. 21, p. 648-657, 1931. Disponível em: <http://www.orgs.bucknell.edu/afee/InstReadings?CommonsInstEcon.html>.

[103]CUNHA, J. da Silva; ALMEIDA, Carlos Marques de. *História das Instituições.* Porto: Universidade Portucalense, 1994, p.9, *apud* DUARTE, Ronnie P. op. cit., p. 128).

[104]REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 231-232, *apud* DUARTE, Ronnie P. op. cit., p. 128.

[105]VIEIRA, Marcelo Milano F.; CARVALHO, Cristina Amélia. Sobre organizações, instituições e poder. In: _____; _____ (Coord.). *Organizações, instituições e poder no Brasil.* Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 13.

institucionais" adquirem um caráter racional, passando a servir a um objetivo específico (o "fim determinado") em "*um espaço social ou campo*" [106].

Parece-nos que o "núcleo-duro" que se pode atribuir ao conceito "instituição" reside no fato de se tratar intrinsecamente de um **fenômeno social** no qual estão presentes características como:

(i) ser uma **abstração**, criação do engenho humano[107], 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 do 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 finalidade.

Em linhas gerais, com base nas pesquisas que instruíram o presente estudo, foram identificados três grandes núcleos de pensamento que analisam as "instituições", ou seja, três grupos de abstrações humanas relevantes para a Sociedade: as "**instituições-organização**"*;* as "**instituições-norma**" e as "**instituições-símbolo**".

A primeira perspectiva, que denominamos "**instituições-norma**", abrange aqueles estudos que aprofundam a análise do institucionalismo sob o aspecto de "instituições" como "**postulados**" (ou normas, dogmas) **formais**[108] e **informais**[109], que prestam para

---

[106]VIEIRA, Marcelo Milano F.; CARVALHO, Cristina Amélia. op. cit., p. 13.

[107]Nesse sentido, pertinente lembrar as posições de Bourdieu, tais como a de que os seres humanos por meio da *illusio* são capazes de criar uma realidade não-natural, ou seja, são capazes de modificar a realidade em que vivem para adequá-la aos seus interesses (materiais **e** morais). (Pierre Bourdie é considerado um dos expoentes da Sociologia Econômica. Com seus estudos, juntamente com outros pesquisadores, trouxe a Economia ao estudo de condicionantes sociais até então desconsideradas pelo *mainstream.* Com relevantes contribuições para conceitos como capital cultural e para a teoria do campo – conceitos essenciais para a compreensão do pensamento institucionalista).

[108]Ou, segundo Douglas North, as ditas "instituições formais" entendidas com os postulados ou dogmas que contam com positivação em lei, são incorporados em regramentos que contam com a tutela estatal para garantir sua eficácia.

[109]Ou, novamente segundo North, as ditas "instituições informais" que não possuem sua aplicação reforçada pela existência de sanção estatal, entretanto tem sua eficácia assegurada por força de convenções da própria sociedade – usos, costumes e moral.

reduzir a incerteza das relações entre os indivíduos, propiciando um ambiente de segurança para a vida cotidiana. As "instituições-norma" (no sentido da expressão) são objeto de estudo da Filosofia do Direito, na qual se tem o estudo do fenômeno normativo, incluindo sua legitimação, suas "fontes do direito" (lei, doutrina, usos e costumes, dentre outras) e sua positivação como norma jurídica, bem como da Sociologia e da Teoria das Organizações. As "instituições-norma" são objeto de análise e estudo, por exemplo, de Douglas North (e da Nova Economia Institucional), e, no Brasil, pelo Professor José Augusto Guilhon de Albuquerque[110], dentre tantos outros.

O segundo grupo, que chamamos de "**instituições-organização**", reúne os estudos que focam as "instituições" sob o aspecto das "organizações humanas" (por exemplo, as instituições "Família", "Sociedade", "Estado", Empresa) em seus diversos graus, como estudo por Maurice Hauriou, Von Gierke, Paolo Greco, Santi Romano, Philip Selznick, Marcelo M. Falcão Vieira, Cristina A. Carvalho, dentre outros. Nas "instituições-organização" é forte e presente a noção de agrupamentos humanos coordenados – voluntária ou compulsoriamente – com relações de hierarquia e de cooperação.

Por fim, temos as "**instituições-símbolo**" que podem ser definidas com as abstrações humanas que simbolizam uma determinada tradição, símbolo, hábito, alimento ou elemento, amplamente identificado com alguma manifestação social, em regra de natureza cultural. Sob o prisma "simbólico", as instituições possuem o sentido de identificação sócio-cultural atribuídas a certas abstrações, imateriais[111] ou concretas[112], objeto de análise e estudos por parte da psicologia e psicossociologia, por exemplo, em especial no tocante ao seu condão de influenciar o comportamento dos indivíduos.

Em decorrência dessas constatações que se passa a adotar neste trabalho – para fins meramente metodológicos - a classificação de "**instituição-organização**", ao se referir a

---

[110]Para esse autor, instituições podem ser entendidas como o conjunto de práticas sociais que se apropriam de um determinado objeto, de forma monopolística, conjunto esse entendido de forma concreta, vez que podem ser abstraído (facilmente apreendido) a partir da observação do cotidiano e das demais manifestações humanas, Para Guilhon de Albuquerque, os elementos estruturantes dessa prática institucional distinguem-se em três elementos: o "objeto institucional" (aquilo sobre o que se reivindica o monopólio da legitimidade, a referência abstrata: p.ex. a instituição médica, a Empresa), o "âmbito de ação institucional" (que diz respeito às relações sociais que sustentam o objeto: p.ex. a relação médica para o tratamento de doenças, a "atividade empresarial") e os "atores" (que são os elementos estruturantes das instituições, ou suas diversas partes interessadas: p.ex.: médicos e pacientes, e no caso das empresas, os sócios, os administradores, os trabalhadores, os consumidores etc.) (FRANCISCO, Deise Juliana. *A implementação da informática educativa em uma escola municipal*: fluxos entre ciência, cultura e política. Projeto de Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: FACED; PPGIE; UFRGS, 1997).

[111]Tais como o "jeitinho brasileiro", o "povo alegre e manso", a "pontualidade britânica"

[112]A "feijoada", a "caipirinha", o "futebol"

Empresas e outros agrupamentos sociais estruturados sob a forma de organização de pessoas (físicas ou jurídicas), com a presença de relações de coordenação, compulsórias ou voluntárias, cooperativas ou de hierarquia, com ou sem subordinação, para determinado fim pré-definido; "**instituição-norma**", ao se referir a ordenamentos de normas de conduta, formais (Ordenamento Jurídico) ou não (usos e costumes, boas práticas), e "**instituição-símbolo**", para as demais abstrações, concretas ou imateriais, cujo principal efeito é de ordem sócio-cultural, sociológico.

Ressalvamos que o intuito dessa classificação tem por finalidade simplificar a exposição do fenômeno "Empresa-instituição", sendo certo que não se tratam de categorias estanques para as instituições nela enquadradas[113]. Como já asseverou Professor Guilhon de Albuquerque, o objeto institucional – a essência de uma instituição, ou "*aquilo que se reivindica o monopólio da legitimidade*"[114] – não é possível ser plenamente definido, visto que dentro dele há diversas relações e práticas conexas, ou seja, cada instituição revela características passíveis de classificá-la em mais de uma das categorias propostas[115].

Todavia, a classificação proposta apresentou-se bastante útil para fins da exposição que se passará a fazer, razão pela qual se justifica sua utilização.

4.1. A Empresa como uma Instituição-Organização

Como já mencionado no início desse estudo, aqui nosso foco são as "**instituições-organização**", vez que procuraremos investigar a natureza da instituição-organização denominada Empresa[116].

---

[113] *"Que el blanco sea blanco /y que el negro sea negro, /que uno y uno sean dos /porque exactos son los números... /depende. /Que aquí estamos de prestao, /que hoy el cielo está nublao, /que uno nace y luego muere /y que este cuento se ha acabao... /depende. /¿Depende? /¿De qué depende?* ***/De según como se mire todo depende****."(g.n.)* Jarabe de Palo *apud* SANTOS, Gilmar José dos. A teoria institucional e a análise das operações de franquia: um olhar diferente das abordagens tradicionais do marketing. *Revista Eletrônica de Administração – REAd*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 8, n. 3, p. 1-22, maio/jun. 2002. Disponível em: <http://read.adm.ufrgs.br/edicoes/resumo.php?cod_artigo=149&cod_edicao=12>.

[114] *Apud* FRANCISCO, Deise Juliana. op. cit.

[115] Por exemplo, o "Direito" por um lado é uma "instituição-norma", quando encarado sob a perspectiva de "ordenamento jurídico", vez que congrega normas de conduta (fontes do direito), positivadas ("leis") e não ("usos e costumes"), como também, sob a perspectiva da consolidação dos valores de justiça de uma sociedade como uma "instituição-símbolo", e sob o aspecto de uma "instituição-organização" se considerado na manifestação de suas organizações como o Poder Judiciário.

[116] Sempre tendo em vista se tratar essa entidade (a Empresa) do resultado do processo histórico de desenvolvimento socioeconômico, da organização da atividade produtiva da sociedade, marcadamente a

Nesse quesito, pertinente trazer à baila a definição ROMANO CRISTIANO sobre "organizações", o qual após colacionar substancial doutrina, sintetiza que:

> "***A organização é um conjunto de elementos diversos****, direta ou indiretamente consistentes em seres humanos, os quais,* ***mediante a observância de determinado complexo de normas, que interagem de forma estável e racional, em torno de designação particular e de objetivo específico****, ambos comuns a todos, utilizando certos instrumentos formadores de patrimônio que, ainda que formalmente comum, a rigor nunca tem dono propriamente dito.* ***Tal interação fundamenta-se em uma comunidade de interesses e gera dependência entre diversos elementos****, ao mesmo tempo em que permite fácil substituição dos referidos elementos. Por isso,* ***para que fique assegurada unidade de ação, ela é coordenada a partir de determinado centro de poder****, ou autoridade, ou supremo poder coordenante,* ***A coordenação resulta em ordem hierárquica que comporta divisão do trabalho, liderança, delegação e definição funcional*** *(...) A ordem hieráquica se estabelece em esferas diferenciadas de funções (...).* ***O conjunto que sempre faz surgir uma instituição (lato sensu), não importa se com base no direito público ou no direito privado – apresenta características diferentes das existentes nos diversos elementos****, e revela eficiência maior que a dos elementos isolados, além de maior estabilidade e durabilidade.*" (g.n.)[117]

Em nossa definição, as **Empresas são "instituições-organização" que, como "instituições", decorrem do engenho humano, são reconhecidas no seio social e são voltadas a determinado fim[118], 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.)**.

De se notar que no curso de sua consolidação no seio social (visto que condição essencial da legitimação de uma abstração – sua institucionalização – é o seu reconhecimento pela e na própria Sociedade), tais "instituições", como todas as

---

partir do século XVIII, com atuação social consistente em atingir ao fim para o qual ela foi constituída (objeto social) e que no curso de sua atividade acaba por manifestar e exteriorizar interesses que nem sempre se confundem com a vontade daqueles que a constituíram (sócios, acionistas - *shareholders*), uma vez que sua ação é fortemente influenciada por outras partes interessadas, tais como seus empregados, clientes, concorrentes, e mesmo pela Sociedade de forma geral.

[117]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*. São Paulo: Ed. Arte & Cultura, 1995. p. 114.

[118]No caso das empresas, fim (ou "objeto social") este inicialmente decorrente do engenho e do *animus* de seus fundadores (os empreendedores); exemplificativamente, no caso de outras instituições-organização, como os Estados Nacionais, no tocante a sua forma e constituição original, do engenho daqueles que constituíram suas primeiras dinastias reais; no caso das religiões, de seus principais profetas, e assim sucessivamente.

"instituições-organização", não mais se confundem com as pessoas que as criaram, amadurecem seus valores, criam seus próprios códigos e, almejando sua sobrevivência de forma independente, adquirem, por assimilação dos diversos interesses que nela atuam, personalidade própria, autônoma, perceptível e admitida no ambiente social em que atua.

Por tal razão, por uma questão metodológica, no curso deste estudo centralizaremos nossa análise nas correntes que focaram no estudo das "instituições" como "organizações", partindo da base de sua legitimação para sua aplicação empírica, socorrendo-nos das outras duas perspectivas sempre que preciso para o posicionamento sistêmico do fenômeno na dinâmica social.

Preliminarmente, contudo, essencial à compreensão da dinâmica das "instituições-organização" é a "Teoria do Campo Social", que a seguir exporemos em seus principais aspectos.

4.2. As "Instituições-Organização" e os "Campos Sociais"

VIEIRA e CARVALHO[119] asseveram que, para a Análise Institucional, o conceito de "campo organizacional" (Paul DiMaggio) ou "campo social" (Bourdieu) figura com uma de suas principais ferramentas.

Isso porque, a abordagem institucional, sendo sistêmica, distingue-se de teorias de caráter racionalista fundamentalmente por entender que os fenômenos sociais, políticos, econômicos, culturais e outros, que compõem o ambiente institucional, moldam as preferências individuais e as categorias básicas do pensamento, como o "indivíduo", a ação social, o Estado e a cidadania.

Sustentam que pelo fato das "instituições" serem produto da construção humana e o resultado de ações propostas por indivíduos, instrumentalmente guiados pelas próprias forças institucionais por eles interpretadas, tem-se um processo estruturado e estruturante que não é necessariamente racional e objetivo, mas fruto de interpretações e subjetividades.**Tais interpretações podem adquirir caráter racional no momento em que servem a um objetivo específico em um "espaço social" ou "campo", ou seja, no momento em que adquirem "utilidade" e passam a ser amplamente compartilhadas.**

[119]VIEIRA, Marcelo Milano F.; CARVALHO, Cristina Amélia. op. cit.

VIEIRA e CARVALHO[120] certificam que o processo de racionalização do mundo como atualmente compreendido inicia-se com o fim da época das "trevas" (Idade Média) e é acentuado com o surgimento do Iluminismo, a supremacia do conhecimento científico sobre o senso comum e misticismo (o início do paradigma *tecnocêntrico*)[121]. Tal racionalização conduz ao domínio da natureza pelo homem para dela se servir, sendo assim cristalizada a noção de controle do homem sobre os elementos naturais.

Fruto dessa assunção de "controle" pelo homem da natureza, VIEIRA e CARVALHO[122] – parafraseando a expressão emblemática de Polanyi – mencionam a "*grande transformação*" que "*trouxe para o núcleo da sociedade o mercado, com sua lógica, suas leis implícitas, sua necessidade de aglomerar pessoas, seu desejo de massificar produção consumo, gostos e vontades*" [123].

Por tal movimento, "*as pequenas comunidades deram lugar às cidades e o trabalho artesanal ao trabalho fabril*", sendo este último "*submetido a um modelo de autoridade racional-legal para poder atender às necessidades crescentes de produção, que precisa satisfazer o consumo insaciável que ele próprio gera, é o veículo de satisfação de todas as necessidades humanas*" [124].

Como resultado, a Sociedade passa a se balizar pela lógica interna de Mercado (ambiente de oferta e demanda), pautando progressivamente suas diferentes dimensões, seus diversos campos, "*à imagem e semelhança das atividades industriais e comerciais que, no início, asseguravam exclusivamente a construção de riqueza*" [125].

Cremos que isso ocorre pela percepção pelos membros da Sociedade da utilidade e segurança conferida pela essência de tais padrões de comportamento econômicos, pela lógica racional de seu **sistema de valor**, de valoração, (consubstanciado na "moeda" como unidade de troca) que, por analogia, passam a ser copiados em outras searas da vida humana, no intuito de simplificar e pacificar as diversas formas de trocas sociais.

A inferência da lógica hegemônica do Mercado em campos outros, ressalta a utilidade do conceito de "campo social" como unidade de análise. Isso porque, o conceito de "campo" apresenta vantagens de dirigir-se não apenas para "Firmas" competidoras ou

---

[120]VIEIRA, Marcelo Milano F.; CARVALHO, Cristina Amélia. op. cit.
[121]De se notar que a racionalização do mundo é contemporânea da estruturação do Direito Comercial – v. Parte, II, Capítulo 3 (supra).
[122]VIEIRA, Marcelo Milano F.; CARVALHO, Cristina Amélia. op. cit.
[123]Sobre o assunto, v. nossos comentários no capítulo 3 supra.
[124]VIEIRA, Marcelo Milano F.; CARVALHO, Cristina Amélia. op. cit.
[125]Id. Ibid.

para as redes de organizações que mantêm laços diretos (conforme DiMaggio e Powell), mas por nele incluir todos os atores relevantes cujo recursos de poder não sejam necessariamente de "ordem econômica", mas que, colateralmente, contribuem com a disseminação da lógica de Mercado em outros campos[126] (tais como os próprios consumidores).

Para a compreensão dessa assertiva, é pertinente neste momento aprofundar a análise de como se dá a dinâmica da inter-relação dos agentes no campo social, especialmente por meio das diversas modalidades de "isomorfismo", conceito igualmente caro à Análise Institucional.

4.2.1. Campo Social, Partes Interessadas, Isomorfismo e Relações de Mercado

A compreensão da estruturação dos "campos organizacionais" constitui uma etapa importante da Análise Institucional, vez que disso decorre a institucionalização de formas organizacionais, em especial ao se estabelecer o papel do agente dominante ("incumbent") e do agente desafiante no "campo social" em análise.

O "**campo social**" é estruturado por diversos agentes, além do agente dominante e do desafiante, que representam interesses próprios, que consistem em suas "partes interessadas" (ou *stakeholders*) – as pessoas físicas e jurídicas que afetam e são afetadas pelas atividades do campo (por exemplo, os consumidores, a comunidade, os demais concorrentes, o Estado, os trabalhadores, os investidores etc.). A estabilidade (sobrevivência) e o sucesso na convivência dentro de qualquer "campo social" estão intimamente atrelados à observância e harmonização dos distintos interesses das "partes interessadas", que não são só parte da estrutura do "campo social", como são dele essenciais elementos estruturantes. Assim, o processo de **estruturação** do "campo social" é histórica e logicamente anterior a processos institucionais, como o do "isomorfismo".

---

[126]Note-se que, possivelmente efeito da influência do pensamento mecanicista nas Ciências Jurídicas, no Direito ainda existem resquícios do vício de se analisar e regular segregadamente cada aspecto dos fenômenos sociais, nem sempre com o devido cuidado de se alinhar tais entendimentos ao conjunto. Exemplo flagrante é a insistência de alguns autores em defender que empresa, empresário, estabelecimento e atividade empresariais são entes distintos e autônomos de uma mesma realidade, o fenômeno empresarial. Tais entes são facetas que se interrelacionam, são partes integrantes e relevantes do fenômeno empresarial, e se submetem a uma mesma lógica, pela qual sempre devem ser considerados o impactos de sua regulação no conjunto, ou na integralidade desse fenômeno.

Na definição de "isomorfismo", pertinente a classificação de DOBBIN[127], que o subclassifica como "**isomorfismo coercitivo**", que age verticalmente, protagonizado em especial pelo Estado por meio de Políticas Públicas; como "**isomorfismo normativo**", de ação horizontal, quando a categoria voluntariamente desenvolve e adere a padrões próprios (como é o caso das certificações ISO) e, por fim, como "**isomorfismo mimético**", de ação diagonal, que se dá pela encampação de práticas de concorrentes no Mercado.

Por oportuno, no tocante ao isomorfismo normativo e mimético, pertinente notar a grande aderência desses conceitos ao tradicional instituto jurídico dos "usos e costumes", ou as práticas de Mercado, como fonte do Direito, como fonte emanadora de padrões jurídicos de conduta.

A importância de se ter em mente essas formas isomórficas de relação (e inter-relação) institucional entre agentes de um mesmo "campo social", especialmente à vista de seu caráter como o resultado de um processo histórico, reside que tais aspectos são condições determinantes para se conceber a transformação no paradigma dominante, ou seja, a das regras e condutas que regem o "campo social" em análise, conforme lição de BOURDIEU[128].

Ao versar especificamente sobre Empresas ("*firms*") BOURDIEU[129] com propriedade assevera que elas, como agentes ("instituentes"), por relações de força

---

[127]"*Copying of organizational practices usually follows one of three patterns. Sometimes public policy encourages organizations to adopt new conventions ("**coercive isomorphism**"). For instance, federal regulations dictate that schools must meet certain standards, or give certain tests (Meyer and Scott, 1983). Sometimes professional networks that span organizations promote new conventions ("**normative isomorphism**"). For instance, finance managers promoted the portfolio approach to corporate diversification in which the fir held a portfolio of different businesses (Fligstein 1990). Sometimes managers cannot figure out how to best proceed to achieve their goals, so they copy practices of successful organizations ("**mimetic isomorphism**")."* (DOBBIN, Frank. *The new economic sociology*: a reader. Princeton: Ed. Princeton University Press, 2009. p. 13) V. também nota 31 supra).

[128]*"(…)To break with the dominant paradigm* [in economics], *we must attempt to construct a realist definition of economic reason as an encounter between dispositions that are socially constituted (in relation to field) and the structures, themselves socially constituted, of that field. In doing so, we need to take note, within an expanded rationalist vision, of the historicity constitutive of agents and of their space of actions"* BOURDIEU, Pierre. Principles of an economic anthropology. In: _____. *The social structures of economy*. Cambridge: Polity Press, 2005.

[129]"Agents, that is to say, in this case firms, create the space, that is to say, the economic field, which exists only through the agents that are found within it and that deform the space in their vicinity, conferring a certain structure on it. In other words, it is in the relationship between the various "fields sources" that is to say between different production firms, that the field and the relations of the force that characterize it are engendered. More concretely, it is the agents, that is to say, the firms defined by the volume and structure of specific capital they possess, that determine the structure of the field that determines them, that is, the state of the forces exerted on the whole set of firms engaged in the production of similar goods. (…) The weight (or energy) associated with an agent, which undergoes the effects of the field at the same time as it structures that field, depends on all the other points and the relations between all the points, that is to say, on the entire space." (BOURDIEU, Pierre. op. cit.).

(também isomórficas) criam seus próprios "campos sociais" ("instituídos"), ou Mercados, conferindo a tais campos **estruturas** – ou regras. Da inter-relação de diversas Empresas nesse campo que as relações de forças são engendradas, com algumas se sobressaindo (as Empresas dominantes ou líderes de mercado) a outras.

As Empresas dominantes passam a impor seus padrões sobre os demais agentes de Mercado, sendo a extensão de tal imposição (ou "poder de mercado") medida pela energia (investimentos materiais e imateriais) despendida pela Empresa dominante para manter sua posição, a qual sempre pode ser abalada pela emergência de um agente "desafiante" (algum concorrente que por alguma inovação ou oportunidade de mercado consegue desestabilizar e alterar as regras e posições até então vigentes no campo[130]).

Além de definir o "campo social" em que os agentes-Empresa agem, extrai-se da reflexão de BOURDIEU[131] que, como parte de suas estratégias, as Empresas dominantes lançam mão de práticas isomórficas, principalmente por meio de "instituições-normas" (isomorfismo coercitivo, por meio das "instituições-norma" de natureza "formal" – mediante a captura do agente público - ou o isomorfismo normativo/mimético, por meio das "instituições-norma" de natureza "informal", mediante a utilização de sua posição de poder no Mercado) para impor regras e condições aos demais membros do campo, visando moldá-lo e assim controlando a ação dos concorrentes, com vistas a estabilidade de suas posições – dentro de seu campo social, do Mercado.

Dessas reflexões emerge que os agentes de mercado (as Empresas) em suas relações estão submetidos a padrões isomórficos dentro dos campos sociais em que atuam, ambientes esses dotados de estruturas e regras próprias. Tais relações são dinâmicas e nelas

---

[130]Exemplos clássicos são os casos da GOOGLE no campo de ferramentas de busca na internet; do IPOD no campo dos tocadores portáteis de música e da ASSOLAN no campo de esponjas de aço brasileiro (que se aproveitou da debilidade experimentada na sucessão de controle da então líder para ampliar sua participação), dentre tantos outros.

[131]"*The dominant firms exert their pressure on the dominated firms and on their strategies: they define the regularities and sometimes the rules of the game, by imposing the definition of strengths most favorable to their interests and modifying the entire environment of the other firms and the system of constraints that bear on them or the space of possible offered to them.(…) The tendency for the structure to reproduce itself is immanent to the very structure of the field: the distribution of strengths governs the distribution of chances of success and of profits through various mechanisms, such as the economies of scale or "barriers to entry" resulting from the permanent disadvantage with which new entrants have to cope or the operating costs they have to meet the action of all kinds of "uncertainty-reducing institutions", to use Jan Kregel´s expression, such as wage and debts contracts, controlled prices, supply and trading agreements, or "mechanisms which provide information on the potential actions of the other economic agents". It follows that, by virtue of the regularities inscribed in the recurrent games that are played out in it, the field offers a predictable and calculable future and agents acquire in it transmissible skills and dispositions (sometimes called routines) that form the basis of practical anticipations that are at least roughly well founded.*" (BOURDIEU, Pierre. op. cit.)

todos os agentes têm como meta – ou objetivo – manter sua posição no mercado ou ampliá-la, como forma de assegurar suas receitas (lucratividade) e assim viabilizar sua sobrevivência, sua sustentabilidade.

Nesse contexto, vale registrar que especificamente sobre o campo social "Mercado", este é reconhecido socialmente e dotado de regras próprias (ordenamento), o que lhe atribui características de uma "instituição-organização", como a Empresa e o Estado (esses dois entes também são compreendidos como "campos sociais", nos quais figuram com agentes as respectivas "partes interessadas" (*stakeholders*) que entre si travam uma competição dinâmica pelo domínio do campo e pela imposição de estruturas – "instituições-normas" – para lhes beneficiarem.

Pela importância para o presente estudo das "instituições-organização", como objeto central desta investigação, e das "instituições-norma", como legitimadoras das primeiras, mister tecer alguns comentários mais aprofundados sobre o Estado, como "instituição-organização" da qual emanam as "instituições-norma" de caráter formal, bem assim, como ente legitimador de todas as demais instituições sociais.

Contudo, antes de aprofundar na questão do Estado como ente legitimador das instituições, importante colacionar algumas linhas sobre a compreensão institucional do Mercado, mediante a análise do impacto das instituições na "Teoria Econômica", o que, em essência, tem por objetivo oferecer um instrumental para a análise integrada das diversas estruturas desse ambiente e suas influências na dinâmica da realidade social.

4.3. Do aspecto ontológico social-histórico das instituições e da Teoria Econômica

Sobre a interface do aspecto ontológico social-histórico das instituições e da "Teoria Econômica", pertinentes os comentários de BRESSER-PEREIRA[132], ao discutir as teses de Tony Lawson professadas no artigo "*The Nature of Heterodox Economics*", que tem por cerne a crítica do método matemático-dedutivo empregado pela "Teoria Econômica Ortodoxa", sob o contra-argumento de ser necessário que a realidade

[132]BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Ortodoxos e histórico-institucionalistas, comentário ao *paper* de Tony Lawson, "The Nature of Heterodox Economics", apresentado ao X Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Política, Campinas, 27 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Works/SmallPapers/14.Lawson-Ortodosx&Historico-Institucionalistas.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2008.

econômica seja estudada a partir de uma perspectiva 'ontológica', ou seja, "*de um método que reconhece e estuda a natureza e a estrutura da realidade econômica como ela é*"[133].

Em sua crítica, BRESSER-PEREIRA[134], muito embora concorde com proposições quanto ao caráter inapropriado do método matemático-dedutivista utilizado pela "Teoria Econômica Ortodoxa" para estudar a realidade econômica ("*que é essencialmente substantiva e social*"), pontua que a "Teoria Econômica" estuda uma realidade "*constituída de sistemas abertos ao invés de fechados, e, portanto, de sistemas relativamente indeterminados*", chamando a atenção para o fato de que tudo isso não afasta o uso de certos pressupostos econômicos, tais como da racionalidade, egoísmo e equilíbrio. Dessa forma, pontua o economista, a adequação da utilização do método histórico-dedutivo[135] trata-se, em verdade, da própria condição básica que possibilitará a tentativa de tornar a "Teoria Econômica" uma ciência matemática.

Isso porque, pelo fato da realidade ser socialmente construída, sua mudança implica um contínuo processo de edificação social "*de um lado de ideologias – e a própria teoria econômica, tanto a má quanto a boa, tem muito de ideológico –, de outro de instituições*"[136]. Assim, ao reafirmar o papel das **instituições** (tanto as "instituições-norma" quanto as "instituições-organização") na realidade social, conclui BRESSER-PEREIRA que:

> "[Na] *medida em que a realidade social em que vivemos é cada vez mais socialmente construída, é cada vez mais pautada por idéias ou ideologias e regulada por instituições, não há outra alternativa senão considerar no sistema econômico as instituições.*
>
> ***O próprio Estado, que é a matriz das demais instituições formais, é ele próprio uma instituição. E o mercado e o dinheiro, as duas principais realidades da teoria econômica, além dos próprios agentes econômicos e das mercadorias, que outra coisa são senão instituições?***"(g.n.) [137].

Nessa crítica, o economista brasileiro traz uma importante afirmação para o presente estudo, ao asseverar que "*a teoria econômica ortodoxa identifica-se cada vez menos com os empresários e a classe média profissional, e é, cada vez mais, a expressão*

---

[133]No capítulo 2 desta Parte II, esse assunto foi introduzido na abordagem de TIGRE.
[134]BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. op. cit.
[135]Com as hipóteses sendo alimentadas por variáveis histórico-sociais, não se limitando a uma análise matemático-dedutiva, como se entende o *modus operandi* da própria Teoria Econômica dominante.
[136]BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. op. cit.
[137]Id. Ibid.

de um capitalismo financeiro e rentista, de forma que não há razão para imaginá-la eternamente dominante" [138].

Ante os conceitos expostos anteriormente, tal assertiva leva-nos a concluir que o afastamento do *mainstream* da realidade social representada pelo setor produtivo (agentes econômicos, como "empresários" e "classe média profissional", ou seja, as próprias Empresas), é uma das principais razões que compromete à sustentabilidade da própria "Teoria Econômica" ora vigente, em razão da perda de seu elemento legitimador, qual seja, tornar secundário o núcleo útil do "Mercado", (ou seja, seu fundamento econômico produtivo (as Empresas), o que o torna um ambiente que propicia a produção e circulação de bens e serviços para atender às necessidades de consumo da Sociedade), exacerbando como prioritário os aspectos secundários dessa instituição – ser ambiente de especulação (o "rentismo") que se torna sua finalidade precípua e não meio de atribuir liquidez e viabilidade ao seu núcleo útil, e assim a todo o sistema.

Também defendendo essa posição, BRESSER-PEREIRA[139] aponta os economistas "histórico-institucionalistas", os quais não se limitam apenas aos economistas que hoje se opõem à "Teoria Econômica Ortodoxa", mas também economistas como Smith, Marx, Schumpeter (apesar de sua retórica oposta), Keynes e Furtado.

O traço identificador desses economistas "histórico-institucionalistas" consiste neles terem baseado suas conclusões em uma profunda análise empírico-histórica da realidade econômico-social de seus tempos. Dentre eles, BRESSER-PEREIRA destaca especialmente Keynes que, ao pensar sua "Teoria Econômica", o fez concebendo o sistema econômico sempre como um sistema "aberto", que permitiria a intervenção do homem e assim que novas instituições fossem criadas, em outras palavras, reconhecendo a possibilidade de coordenação e planejamento das ações sociais de forma a atingir fins pré-concebidos.

Acreditamos, e as evidências empíricas corroboram tal entendimento, que a Empresa possui destacado papel no ambiente Mercado e é importante instrumento para a positiva intervenção e alteração da realidade social, tratando-se de um fenômeno que atualmente representa a mais importante instituição econômica (seja por criar riquezas e gerar empregos, seja por propiciar uma eficaz distribuição de renda nunca antes observada na história ocidental).

---

[138]BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. op. cit.
[139]Id. Ibid.

Como salientado, tanto o ambiente Mercado, quanto a Empresa, tratam-se de "instituições-organização" que (como todas as demais instituições desse grupo) possuem duplo papel na realidade social: em dados momentos, atuam como agentes, em outros como palco (ambiente ou campo social) das inter-relações de outros agentes sociais (seus *stakeholders*).

Em comum, ambas as instituições – Mercado e Empresa – possuem como base legitimadora o Estado, pelas razões e motivos delineados no capítulo a seguir.

4.4. As instituições-organização e sua recepção nas Ciências Jurídicas: o Estado como base de legitimação das instituições e a função da Empresa na realidade social

Sob o aspecto jurídico, a presente análise em muito se baseia na interpretação da **instituição-organização** decorrente das premissas propostas pela "Teoria da Instituição" do jusfilósofo Maurice Hauriou, um dos doutrinadores responsáveis pela renovação da Filosofia do Direito e da Sociologia Jurídica.

Em seu trabalho, Hauriou desenvolveu a idéia de que a Sociedade humana moderna se alicerça principalmente sobre três grandes instituições, organizadas e atemporais: a Família, a Religião e a Cultura. Da inter-relação dos valores dessas três "instituições-organização", duas conseqüências importantes podem ser notadas:

(i) a constituição do próprio *Estado*, com seu sistema de tutela de direitos, deveres e garantias, objetivando em *ultima ratio* criar um ambiente propício e seguro à sobrevivência e interação social, por tal razão servindo de base para todas as demais instituições (seja por ser o ente responsável por positivar na forma de lei as "instituições-norma", seja por garantir e propiciar o exercício de suas atividades por parte das "instituições-organização");

(ii) e que, como resultado da própria intensificação das relações de troca humanas e da progressiva organização dos meios de produção de gêneros e de serviços, deu-se a emersão do fenômeno Empresa, sem dúvidas o principal símbolo da Sociedade contemporânea.

E diferentemente não poderia ser, vez que é fruto da consolidação do Estado Moderno que passaram a ser garantidos os direitos humanos à vida, à propriedade, à

liberdade, à dignidade e à autodeterminação (do que é conseqüência importante o instituto da "soberania do povo").

Sendo assim, resultado da evolução do ambiente institucional representado pelo Estado e pela Sociedade, em si campos sociais no qual interagem instituições como a Família, a Religião e a Cultura, que se pode propiciar a configuração do fenômeno Empresa, da qual na atualidade, direta ou indiretamente, são obtidos os meios necessários para a vida em Sociedade e para o exercício dos direitos decorrentes da instituição do presente Estado de Direito.

À exceção das comunidades extremamente isoladas, que para efeitos estatísticos são desconsideráveis, todos os indivíduos vivem, direta ou indiretamente, vinculados a Empresas e à atividade empresarial[140]. Como resultado, é o fenômeno Empresa (tal como o fenômeno Estado uma "instituição-organização" formatada pelos seres humanos nos últimos séculos) que tem proporcionado a parcela substancial da humanidade acesso a níveis de bem-estar em número e proporção nunca antes experimentados. Os atuais índices mundiais de desenvolvimento humano, mesmo que longe dos desejados, são a prova disso.

Conforme observação de PEREIRA DE ARAÚJO[141], embora a "Teoria da Instituição" tenha ficado por longo período esquecida pela maioria dos juristas, é inegável seu ressurgimento na atualidade, com nova roupagem, traduzindo-se num movimento ou fenômeno protagonizado por "instituições", as mais diversas, junto aos órgãos de poder, cujos reflexos se estendem aos planos social, político e jurídico, privilegiando o debate, o diálogo, a reivindicação e a participação efetiva dos agentes sociais no "destino da Sociedade".

Colacionando a definição de Gusmão, PEREIRA DE ARAÚJO pontua as "instituições" de forma geral como "*modelos de ações sociais básicas, estratificados historicamente, destinados a satisfazer necessidades vitais do homem e a desempenhar*

---

[140]Seja porque delas obtêm sua fonte de sua renda – seja como acionistas, investidores, empregados ou prestadores de serviços; Seja porque é delas (na figura de fornecedoras) ou por intermédio delas (na figura de atravessadores) que obtêm os gêneros e serviços necessários à sua *sobrevivência social (*Entendidos como os gêneros e serviços necessários à subsistência e ao bem-estar almejados em uma vida livre, digna e prazerosa*)*; Seja porque decorrentes dos impostos por elas (imposto de renda, CSLL, PIS/PASEP etc.) e/ou em função delas pagos (e.g. impostos de renda, retidos na fonte de empregadores e prestadores de serviços, impostos decorrentes da circulação de mercadorias,), recebem pensões e/ou bolsas de auxílio do Estado; Seja porque graças aos impostos por elas e/ou em função delas pagos, obtêm do estado a prestação de serviços públicos necessários a sua sobrevivência social (saúde, educação etc.).

[141]ARAÚJO, Alan Pereira de. Institucionalismo e efetividade jurídica, 2001. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2325>. Acesso em: 14 out. 2009.

funções sociais essenciais, perpetuados pela lei, pelo costume e pela educação", acrescentando que o "*conceito de instituição, desde a época de Renascimento, já fazia referência a estabelecimentos delimitados no tempo e espaço sociais, a organizações ou grupamentos definidos, seletos, no espaço urbano ou rural, dotados de certas funções",* sendo certo que, naquele momento, "*não se vislumbrou a necessidade de investigar, além do sistema oficial, o sistema oculto – ou interno – de normas e valores que modelam as condutas no interior da instituição"* [142].

No bojo da explanação, como não poderia ser de outra forma, o referido autor anota que o "*sistema institucional global também alcançava as instituições que se ocupavam da produção, não se limitando às familiares ou educacionais*"[143], portanto, manifesto que a Empresa também é uma modalidade de instituição social[144].

No contexto dos estudos institucionais, conforme já suscitado alhures, é premissa fundamental a presença do engenho humano na criação de uma realidade abstrata que se apresenta como solução para problemas e circunstâncias sociais, abstração esta que necessita do reconhecimento na e pela própria Sociedade de sua utilidade e/ou existência.

Claro está que as "instituições" não podem ser entendidas como "fenômenos naturais", ou como aspectos da vida que se impõe à revelia da vontade humana: as instituições são fenômenos sociais decorrentes necessariamente do reconhecimento e da vontade humana.

PEREIRA DE ARAÚJO[145] indica como exemplo de constituição de uma instituição, a célebre construção de Rousseau[146] do "Contrato Social". Valendo-se *"do método indutivo,* [Rousseau] *procurou isolar as estruturas constitutivas de todo sistema social a partir do modelo teórico do contrato"* inaugurando com isso *"uma corrente de reflexão institucional, segundo a qual o Estado não mais seria a Providência da vida social, ou seja, abandonada a situação de fato à época (Estado apoiado na Providência*

---

[142]ARAÚJO, Alan Pereira de. op. cit.
[143]Id. Ibid.
[144]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 67.
[145]ARAÚJO, Alan Pereira de. op. cit.
[146]Notar que interpretação da teoria de Rousseau que se segue visa a apresentar como o conceito de instituição foi trabalhado na obra deste filósofo. Rousseau era um jusnaturalista e contratualista, para quem, em sua origem, os homens viviam em um estado de natureza, um estado de felicidade, que fora destruído com a instituição da propriedade privada e das leis, de criação dos próprios homens, os quais, pelo mesmo princípio racional, poderiam ser capazes de construir seu antídoto, por meio, por exemplo, da adoção da Democracia Direta como forma de se autogovernar. Ferrenho crítico ao liberalismo que em sua época se iniciava, entendia que o Estado Moderno sob o regime representativo que se constituía, com os homens alienando plenamente a outro sua vontade de se autodeterminar para fins da constituição do Estado, importaria a renúncia à sua liberdade, a renúncia a sua qualidade de ser humano.

divina), a legitimidade estaria confiada ao povo e não àquele". Ou seja, o Estado, como instituição, é uma abstração intencional e racional da Sociedade, do povo, não um fato da natureza, da "Providência divina".

Com a construção rousseauniana concretizava-se uma abstração, uma solução engendrada para responder à problemática social de então, qual seja, o reconhecimento do **povo** (da Sociedade) como fonte de emanação do poder soberano único que legitimava o Estado, sendo a lei (ou a "instituição-norma" formal) uma manifestação positiva de sua vontade geral (resultado direto dos seus conflitos e interesses individuais).

PEREIRA DE ARAÚJO prossegue destacando que na teoria de Rousseau, a definição de instituição, mesmo que de forma genérica, abrangia:

> *"três significações da maior importância: a) uma universal, estrutural ou tópica, que se refere a normas instituídas, ou seja, ao que já existe, ao estabelecido; b) uma singular, morfológica da instituição, que diz respeito às formas sociais visíveis, tanto eclesiásticas como estatais; c) uma particular, dinâmica da instituição, referente ao ato de instituir, fundar, modificar o sistema instituído."*[147]

Em contraposição à conceituação de Rousseau[148], o autor colaciona o entendimento da corrente por ele denominada de "sociologia emigrada", ou aquela "*encabeçada pelos contra-revolucionários da Revolução Francesa*", cuja contribuição ao estudo das instituições consiste em defini-las como "i*déias dotadas de realidade, assim como as categorias filosóficas de extensão e de matéria*" de forma que o *institucional* "*deve permanecer a salvo de toda ação política ou jurídica*", para tanto "*apesar da fragilidade e da mutabilidade das instituições humana"* sendo *"**preciso encontrar um núcleo estável, que fosse a garantia de uma ideologia da estabilidade***" (g.n.) [149].

Intentando resolver a questão da busca de uma "ideologia da estabilidade" proposta pela "sociologia emigrada", PEREIRA DE ARAÚJO traz o entendimento de Hegel pelo

---

[147]PEREIRA DE ARAÚJO destaca que para Rousseau, a despeito da legitimação da soberania do povo, "*a base de todas as instituições estava na idéia de propriedade privada. (...) Mesmo a indústria, o comércio e a agricultura estariam ligadas a esta instituição primitiva*" (ARAÚJO, Alan Pereira de. op. cit.). Com isso, infere-se que não é do Estado em si que vem a base da legitimação das instituições, mas sim da parcela de soberania que o povo atribui a essa instituição-organização (o Estado), instituição essa criada para assegurar o direito de propriedade (incluindo nessa tutela a proteção à própria vida) dos membros da sociedade – para tanto devendo garantindo segurança e fazer valer um sistema claro de direitos e deveres, em outras palavras, prover a segurança jurídica às relações sociais. De se notar a similaridade com a classificação proposta no Capítulo 4 desta Parte II.

[148]Com o Estado sendo constituído

[149]ARAÚJO, Alan Pereira de. op. cit.

qual às instituições devem ser conferidas a "*significação de coação exterior e legítima, que tende a se confundir hoje em dia com a definição dada pelo bom-senso e pela ideologia dominante"* com isso trazendo uma *"resposta que por muito tempo marcará a filosofia do direito:* [a de que] ***o Estado de fato constitui a base de todas as instituições***", **o que conferiria o <u>núcleo estável</u> requerido para a segurança do sistema de instituições sociais**.

Compete observar que Rousseau e Hegel trazem em suas definições de instituições um forte caráter histórico-social, em outras palavras, uma abordagem ontológica do fenômeno institucional, fruto do qual, inclusive, se legitimava o próprio Estado ("emanação da vontade soberana do provo"), a atual base legitimadora (por oficializar o reconhecimento, por meio da positivação formal em lei) de todas as instituições (aqui no sentido das "instituições-normas" e das "instituições-organização"[150]).

A adoção dessa premissa, do Estado como base de legitimação das instituições sociais, deve-se à sua funcionalidade como ente garantidor da **segurança jurídica das relações sociais**, associado ao fato de a essa "instituição-organização" ter sido atribuída expressamente pelo 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*"[151]).

4.4.1. O Papel do Estado e do Direito na efetivação do interesse social

É notório que a Sociedade moderna almeja o *bem-estar* de todos seus membros, traduzido na abrangência dos conceitos *liberdade* e *dignidade* da vida humana. A tutela de tal anseio foi semeada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[152] de 1789, sob os auspícios da Revolução Francesa, e proclamada em sua extensão em 1948 na

[150]v. Parte III, capítulo 2, subcapítulo 2.4.2. e Parte IV, capítulo 5.

[151]Com o Estado sendo constituído.

[152]Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 "*Artigo I - Os homens nascem e permanecem livres e iguais perante a lei; as distinções sociais não podem ser fundadas senão sobre a utilidade comum. (...) Artigo IV - A liberdade consiste em fazer tudo que não perturbe a outrem. Assim, os exercícios dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o desfrute desse mesmo direito; esses limites não podem ser determinados senão por lei. (...) Artigo VI - A lei é a expressão de vontade geral; todos os cidadão têm o direito de concorrer pessoalmente ou pelos seus representantes para a sua formação; deve ser a mesma para todos, seja os protegendo, seja ela os punindo. Todos os cidadãos sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo as respectivas capacidades e sem outras distinções que não sejam as das suas virtudes e as dos seus talentos.*"

Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas[153], sendo ratificada em diversos outros diplomas que lhe seguiram, em nível internacional e nacional[154].

Na própria Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, o papel do Estado Moderno foi definido (e ratificado nos instrumentos nela inspirados) em seu artigo XII, estabelecendo que "*a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita uma força pública; essa força é então instituída para vantagem de todos e não pela utilidade particular aos quais é confiada*".

Define-se assim a principal função do Estado, que consiste em garantir e tutelar **a eficácia e efetividade dos direitos dos seres humanos** pelo uso da força que lhe é conferida pela Sociedade – consubstanciado especialmente no monopólio do "poder de polícia", do "uso da força".

Pois bem, conforme já suscitado, até o presente momento, a forma mais eficiente encontrada pela humanidade para desenvolver-se e, dessa forma, alcançar a finalidade do bem-estar geral de seus membros, foi por meio da *prosperidade econômica*, entendida como profícua e abundante produção e circulação de bens e serviços. Como conseqüência lógica disso, não há como se falar em prosperidade econômica sem falar do fenômeno da Empresa, instituição criada pelo e para o homem que melhor conseguiu empenhar as funções de produção e circulação de riquezas no seio social.

Ocorre, contudo, e a análise histórica ampara esta assertiva, que a abundante produção e circulação de bens realizada sob o modelo capitalista clássico de "economia de escala", que se infundiu no Mercado especialmente no século XIX e XX, não foi capaz de garantir a acesso a todos os membros da Sociedade ao bem-estar, falhando, portanto, em

---

[153]Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948 "***Preambule**: (…)Whereas the peoples of the United Nations have in the Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women and have determined to promote social progress and better standards of life in larger freedom, (…)* ***Article 22:*** *Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.*"

[154]Como na Constituição da República Federativa do Brasil: "***Preâmbulo:*** *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (...)*"

assegurar a efetividade e eficácia dos direitos fundamentais e, assim, a plenitude do desenvolvimento da própria humanidade.

Na criação de soluções – e assim de normativos e institutos jurídicos – para a realidade socioeconômica (papel precípuo da Ciência Jurídica) importante ter em mente o equacionamento das seguintes considerações: a **primeira**, de que o sistema de "economia de mercado" possui imperfeições que devem ser corrigidas (tais como os níveis ainda substanciais de exclusão e marginalização de cidadãos do mercado de consumo); a **segunda**, que não deve ser negligenciada, como não o é por boa cepa de cientistas sociais e econômicos, que com a "economia de mercado" (entendida com a organização da atividade produtiva especialmente por meio de Empresas) houve, sim, uma significativa melhoria na vida de substancial parcela da humanidade, notadamente em comparação às condições de vida dos últimos milênios.

Nesse contexto, com base na experiência empírica, a constatação de que vivem melhor aqueles inseridos em ambientes que não adotam simplesmente o sistema dito "economia de mercado", amoral e avalorativo, mas nos ambientes que se traduzem em "campos sociais" definidos com a presença das "instituições-organização" (como o Estado e a Empresa) devidamente organizadas, 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).

Como salientado anteriormente, os fenômenos sociais e as instituições não são reduzíveis a conceitos legais que **estaticamente** passam a defini-los e governá-los. Especialmente no tocante às instituições-organizações, visto que não existem dispositivos legais que conceituem taxativamente o que é a "Sociedade", o "Estado", a "Igreja".

Todavia o Estado, mesmo sem a definição expressa do conceito das instituições sociais, como interposta instituição ao povo, à Sociedade, como fonte de legitimação das demais instituições sociais, pode reconhecê-las como fatos sociais e estabelecer regras jurídicas que protegem os direitos e determinam a forma de manifestação das instituições.

Assim, a compreensão do fenômeno Empresa como uma instituição, um importante agente social, como o Estado e a Sociedade, é o primeiro passo para se responder as

questões atuais, construindo um diálogo mais eficaz entre a realidade jurídica, econômica e social, sendo esse desafio encampado na parte III e IV deste estudo.

CAPÍTULO 5. PRÓXIMOS PASSOS

Posicionada a evolução histórica da organização econômica, introduzidos o conceito do institucionalismo, conforme entendido neste trabalho, e o principal instrumental teórico oferecido pela Análise Institucional, como a "Teoria do Campo Social", a questão do "isomorfismo" e das "partes interessadas"; sendo apresentados conceitos como de "instituição-norma" e "instituição-organização"; bem como da influência desses fenômenos na realidade social, sob a ótica do pensamento sistêmico e da visão integrado do fenômeno na Sociedade, formou-se a base para se proceder a análise da Empresa como uma instituição personificada, que será objeto da Parte III a seguir.

PARTE III

A EMPRESA NO DIREITO: TRATAMENTOS JURÍDICOS E PESSOA JURÍDICA

O legislador não define o real. Ele observa as atividades e as relações. Ele as regulamenta." René Clémens

CAPITULO 1. INTRODUÇÃO

Na doutrina brasileira, há muito é reconhecido que a Empresa é um fenômeno socioeconômico, representando verdadeiro desafio realizar a adequada transposição para o plano jurídico de tal fenômeno[155].

BULGARELLI, em sua obra "Teoria Jurídica da Empresa – Análise Jurídica da Empresarialidade"[156], já registrava que historicamente a Empresa inseriu-se na seara do Direito Comercial "*timidamente, quase esquivamente, graças ao elastério dado à noção econômica de comércio"* completando que *"a partir do momento em que* [a Empresa] *assumiu a hegemonia econômica, tomando vestes próprias, acarretou, naturalmente, a inversão dos papéis: o comerciante pass*[ou] *a ser um tipo de empresa (a empresa comercial), e não a empresa um tipo de comerciante*"[157].

O professor já registrava que mesmo a recepção da noção econômica de Empresa pelo Direito Comercial foi permeada de dificuldades, em especial em razão da ausência de uma definição uníssona da própria Economia quanto ao fenômeno, posição sustentada por M. Despax desde 1957[158].

Embora seja predominante a tese de que os juristas construíram seus conceitos de Empresa sobre a definição econômica de meados do século XIX (da Empresa como "organização dos fatores de produção, conduzida pelo empresário assumindo os riscos da atividade visando ao lucro"), há quem sustente, como Galgano[159], que o conceito jurídico de Empresa é mais antigo que esse econômico, vez que o reconhecimento do fenômeno no Direito e sua própria definição já era trabalhada desde o início do século XIX, no francês *Code de Commerce* de 1807 (sobre o que será aprofundado adiante).

De toda sorte, defende BULGARELLI que mesmo que se admitisse que o "*Direito não tenha elaborado o seu conceito de empresa*", mas se inspirado naquele dos economistas, o que afirma não ser de todo verdade, é "*inegável que* [o Direito] *deu ao*

---

[155]BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa*: análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 72.
[156]Id. Ibid., p. 14 e ss.
[157]Id., loc. cit.
[158]DESPAX, Michel. *L'entreprise et le droit*. Paris: Ed. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1957. p. 6.
[159]GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Il Mulino Universale Paperbacks, 1976, p. 193 *apud* SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 22.

conceito econômico de empresa um ou, mesmo, mais significados jurídicos"[160] e, em primorosa passagem sintetizando como se deu a recepção do fenômeno Empresa pela Ciência Jurídica, afirma que "*o Direito ao tocar a empresa, tornou-a jurídica e não fez seu, como se afirmou* [Vivante]*, o conceito econômico, mas* ***valorou-o****, adaptando-o às categorias jurídicas*" (g.n.) [161].

De se notar que a recepção **valorativa** do fenômeno Empresa em distintas categorias jurídicas é produto direto dos diversos sentidos que a própria Economia atribui ao termo, intrinsecamente decorrente da polissemia do vocábulo[162] (ora entendido como organização dos fatores produtivos, ora como titular da atividade, ora como instituição), polissemia esta que já foi assinalada por diversos doutrinadores como fonte de substancial insegurança jurídica, pela dificuldade da correta compreensão e regulação de tal fenômeno pelo Direito em prol da Sociedade.

Nesse quesito, oportuno registrar a lição de TIGRE de que a compreensão do fenômeno Empresa é possível ser realizada à luz da evolução das "Teorias da Firma" na visão econômica, passíveis de serem sistematizadas em três correntes: *"(i)* [o paradigma da] *'revolução industrial britânica', que dominou a economia mundial durante todo o século XIX e foi a base de observação para a elaboração da teoria neoclássica",* com o início da organização vertical da produção; o *"(ii) paradigma 'fordista', que efetivamente deu origem à economia industrial"*, surgido nos Estados Unidos e dominante durante o século XX, o qual consolidou o modelo de negócio da "economia de escala", das "grandes corporações"; e *"(iii) o paradigma das tecnologias da informação, cuja construção teórica está baseada, principalmente nas correntes evolucionistas e neo-institucionalistas*", que é o paradigma das "tecnologias da informação", que passou a ser vivenciado na década de 1970 e 1980 e vem evoluindo até o presente momento, paradigma que emergiu após décadas de dominação da "grande empresa industrial" e dos postulados absolutos da "teoria marginalista", como a "economia de escala" (que em si justificavam as grandes corporações)[163].

---

[160]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 15.
[161]Id. Ibid., p. 16.
[162]Problemática em muito similar à própria polissemia do vocábulo "instituição", analisada na Parte II deste estudo.
[163]Os postulados da Teoria Marginalista passaram a ser fortemente questionados a partir de meados do século XX em função da evolução de ferramentas de estatísticas econômicas, permitindo um maior grau de análise empírica do nível de concentração da indústria e de sua produtividade, bem como, com base nesses novos dados, paralelamente passou-se a observar, de forma mais gradual e fragmentada, que a complexidade da organização interna da "firma" impacta substancialmente na forma de sua organização (TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 1 e ss.).

TIGRE salienta que a "*análise da evolução das teorias da firma e sua relação com paradigmas organizacionais distintos mostram que* ***não existe um corpo teórico*** [econômico] ***único e coerente****, pois as teorias estão condicionadas por diferentes filiações metodológico-teóricas, enfocam aspectos distintos (produção ou transação) e baseiam-se em contextos institucionais, históricos e setoriais diversos*" (g.n.)[164]. **De se notar, portanto, que o constrangimento na definição científica do fenômeno Empresa não se limita aos domínios da Ciência Jurídica, sendo comungado também pela Ciência Econômica.**

Nesse sentido, o economista assinala que embora "*as empresas e organizações não se desenvolvem no vazio, sendo estruturadas a partir de determinados contextos (ou paradigmas) que sofrem sucessivas transformações"* tem-se que as "Teorias Econômicas da Firma" tendem:

> *"a estabelecer princípios e modelos estáveis, buscando adquirir um caráter científico essencialmente* ***intemporal*** *e* ***universal****. (...)*
>
> *Os economistas são freqüentemente* ***vítimas*** *de suas próprias crenças e cometimentos com sistemas aceitos de pensamento. Em conseqüência, deixam de avaliar adequadamente o papel de novas varáveis, a exemplo da tecnologia, e relutam em incorporarem instrumentais analíticos oriundos de outras correntes do pensamento e áreas da ciência.*" (g.n.)[165] [166]

Assim, para fins de realizar tal análise, incluindo o papel das "novas variáveis", e assim consoante o modelo de pensamento sistêmico e integrado[167], mister despir-se dos pré-conceitos dominantes e incorporar e agregar de forma aberta as contribuições oriundas das outras áreas, em especial da realidade empírica, sem o formal apego a "*crenças e cometimentos com sistemas aceitos de pensamento"* [168] como ora se pretende realizar.

---

[164]TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 4 e ss.
[165]Id. Ibid., p. 2.
[166]Da mesma forma como os economistas relutam em incorporarem os instrumentais oriundos de outras áreas da Ciência, cientistas dessas outras áreas – em especial das Ciências Sociais – também tendem a recepcionar conceitos forasteiros com sérias ressalvas.
[167]v. Parte I, capítulo 2, subcapítulo 2.1.
[168]TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 2.

1.1. A visão integrada do fenômeno jurídico da Empresa

É no sentido de valorizar essa visão integrada da Empresa a proposta deste ensaio, visto que a interpretação sistêmica dos diversos "conceitos jurídicos" desse fenômeno é de fundamental importância para o exercício dos julgamentos valorativos tão particulares ao Direito.

A importância dessa premissa parte da constatação de que os conflitos jurídicos envolvendo Empresas (seja qual for a seara jurídica: no Direito Comercial, no Direito Societário, no Direito Concorrencial, no Direito do Trabalho, no Direito Público, no Direito do Consumidor etc.) necessariamente envolvem um julgamento valorativo das condutas e dos interesses das partes envolvidas, julgamentos que exigem avaliação acerca do que é adequado ou inadequado, qual interesse é mais digno de tutela, sempre no intuito de se viabilizar da melhor forma possível a vida em Sociedade, a convivência social.

Ocorre que cada vez mais se observa o choque entre os novos papéis assumidos pelas Empresas na Sociedade[169] e a forma como ainda são juridicamente tratadas[170], muitas vezes míopes em razão da consideração fracionada e não integrada entre todos os seus elementos integrantes (seus "*perfis*" ou "*facetas*").

Evidente que tal situação não é decorrente dos "conceitos jurídicos" já estabelecidos da Empresa em si, os quais são construções racionais fruto de um processo histórico e político que, ao tempo de sua constituição e positivação, tiveram – e ainda ostentam – razão de ser, pois buscaram resolver os problemas específicos então vivenciados nas relações econômicas.

---

[169] v. Parte II, capítulo 1.

[170] Embora felizmente tem-se observado positivas alterações nos últimos tempos, fruto do cada vez maior reconhecimento e da exortação de sua função social, como ente produtivo gerador de riquezas e empregos, que deve ser preservada independentemente da presença do empresário-fundador (conforme positivado com o princípio da preservação da empresa e demais dispositivos da novel codificação falimentar brasileira), ainda se observa que a existência de decisões e imposições anacrônicas às Empresas, tais como a decretação da penhora e arresto de bens essenciais à produção empresarial (nisso incluída suas receitas); a negação do seu direito de ação quando, embora possua direito ao crédito (que poderia honrar diversos de seus compromissos), não disponha de recursos para arcar com as custas e demais taxas judiciárias, pois continua operando, ou por seu capital social ser alto ou porque o valor cobrado é significativo, pouco importando sua real situação financeira; quando é obrigada a recolher tributos no ato do faturamento, independentemente de receber ou não o crédito devido; quando é turbada em seu direito de demitir parte de funcionários, mesmo que tal medida seja necessária para manter a empresa e os demais empregados; quando se vê a desconsideração da personalidade jurídica ser levada a efeito de forma vulgar, dentre tantos outros exemplos.

Todavia, a própria dinâmica da realidade social naturalmente conduz à necessidade de adaptação da interpretação de conceitos jurídicos[171], em face da alteração das circunstâncias das próprias razões originais e, em especial, das circunstâncias que ensejaram sua construção, a saber, a mudança de foco e de tratamento dos valores e dos interesses que por bem devem ser tutelados[172].

Para fins de melhor compreender a evolução histórica dos "conceitos jurídicos" da Empresa e como tais construções conduzem à legitimidade da interpretação da Empresa como uma instituição, pertinente colacionar uma revisão crítica das principais teorias jurídicas da Empresa já produzidas na doutrina, bem como lançar os olhos sobre algumas teorias desenvolvidas pós-positivação do Código Civil Brasileiro de 2002, objeto do capítulo 2 a seguir.

---

[171]Na célebre frase de John Maynard Keynes, "When facts change, I change my mind. What do you do, sir?" (*apud* MALABRE, Alfred L. *Lost prophets:* an insider's history of the modern economists. Boston: Harvard Business School Press, 1994. p. 220), respondendo porquê durante a Grande Depressão mudou sua posição sobre a política monetária.

[172]A questão da tutela de valores e interesses está intimamente ligada ao advento e à própria evolução do Direito Comercial, v. Parte II, capítulo 3.

CAPÍTULO 2. TEORIAS JURÍDICAS DA EMPRESA

Neste capítulo analisaremos algumas das teorias jurídicas da Empresa que consideramos ser as mais representativas e significativas para a compreensão do fenômeno e de sua evolução nos sistemas jurídicos aceitos de pensamento. Suas contribuições serão essenciais para a compreensão do fenômeno "Empresa-Instituição" face às novas variáveis incidentes na realidade social, conforme aqui defendido e objeto da parte IV deste estudo.

2.1. A Teoria da Empresa de Alberto Asquini

Conforme suscitado anteriormente, é paradigmática a importância da "Teoria dos Perfis da Empresa" (ou a "Teoria do Fenômeno Poliédrico da Empresa", como prefere boa cepa de juristas) de ASQUINI[173], publicada originalmente na *Rivista Del Diritto Commerciale* em 1943 em artigo intitulado "*Profili dell'impresa*".

No preâmbulo desse texto clássico, o jurista italiano, como base na então novel Codificação Civil italiana de 1942 (que, relembre-se, é a fonte em que se inspirou diretamente a atual Codificação Civil brasileira), com propriedade assinalou que:

> "*O conceito de empresa é um* ***fenômeno econômico poliédrico****, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta da definição legislativa; é esta, ao menos em parte, a razão da falta de encontro das diversas opiniões até agora manifestadas na doutrina. Um é o conceito de empresa, como fenômeno econômico; diversas as noções jurídicas relativas aos diversos aspectos do fenômeno jurídico.*
>
> *(...)*
>
> *Quando se fala genericamente de direito da empresa, de direito da empresa comercial (Direito Comercial), de direito da empresa agrícola (direito agrário),* ***se considera a empresa na sua realidade econômica unitária*** *(matéria de direito). Mas quando se fala da empresa em relação à sua disciplina jurídica, ocorre operar com noções jurídicas diversas, de acordo com os diversos aspectos jurídicos do fenômeno econômico. O intérprete pode corrigir algumas incertezas da linguagem do código, porém sob a estrita condição de não confundir os conceitos que é necessário ter distintos e especialmente aqueles que o código manteve distintos. Para se chegar ao conceito de empresa, o conceito econômico*

[173]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 104 e ss.

> *deve ser o ponto de partida; mas não pode ser um ponto de chegada.*" (g.n.)[174]

Parece-nos que a maior contribuição de ASQUINI na conceituação jurídica da Empresa consiste em pela primeira vez se ter apresentado uma solução à "insegurança jurídica" decorrente de "polissemia" do termo: a Empresa é reconhecida como fenômeno econômico-social poliédrico, que possui diversos aspectos (perfis) os quais, consoante a relação (a perspectiva) jurídica que se analise, um deles (um desses "conceitos jurídicos") tende a prevalecer[175].

Todavia, certo é que o fato de determinado perfil prevalecer na análise e elucidação de determinada situação (ou conflito) não significa que tais "perfis" possuam existência distinta do conjunto dos demais, tampouco que possuam entre si uma hierarquia absoluta[176], menos ainda significa que a autonomia com que são tratados, nessas mesmas e determinadas situações, os desconectem do **quadro valorativo** geral no qual estão inseridos por serem partes integrantes de um mesmo fenômeno, a Empresa[177].

Isso porque, conforme bem assinala ASQUINI, sob o ponto de vista da realidade social, a Empresa é uma "*realidade econômica unitária*", um "*fenômeno econômico poliédrico*", um fenômeno integrado, que como um prisma (um "*poliedro*") comporta diversas facetas (ou perfis), cada qual trabalhado no Direito sob um determinado "conceito jurídico" [178]. Nessa lógica fica claro que não é por existirem diversos conceitos jurídicos

---

[174]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 110.

[175]Como, por exemplo, no caso de uma disputa por determinado "ponto comercial" ou "fundo de comércio" o perfil "patrimonial e objetivo", em disputas relativas à forma de exercício da "atividade empresarial", com relação ao empreendimento (o *core-business* da empresa), o perfil "funcional" ganha relevo. Quando se discute a concentração do mercado nas mãos de um único grupo (que vulgarmente denominaremos "empresários"), faz aflora o perfil "subjetivo" e, por fim, quando se questiona o papel estruturante de desenvolvimentista da empresa, sua "função social", aflora o seu perfil "corporativo ou institucional".

[176]Por exemplo, com a preponderância da figura do "empresário".

[177]Ilustrando esse raciocínio, pertinente colacionar uma história do Folclore Hindu intitulada "Os Sete Sábios Cegos e Um Elefante". Conta que numa cidade da Índia viviam sete sábios cegos, quando, certo dia, chegou à cidade um comerciante montado num elefante imenso. Os cegos jamais haviam tocado nesse animal e correram para a rua ao encontro dele. O primeiro sábio apalpou a barriga do quadrúpede e declarou tratar-se de um ser que parecia paredes ambulantes; o segundo cego, tocando na presa do elefante, afirmou que o mesmo se tratava de uma lança; o terceiro sábio, que apertava a tromba do animal, afirmou que o ser era idêntico a uma serpente sem dentes; e assim sucessivamente o quarto, o quinto e o sexto sábio cego, cada qual apalpando uma parte diversa do animal e dando uma definição igualmente diversa do "fenômeno". Enquanto os seis primeiros cegos discutiam, o sétimo sábio cego solicitou a um menino que desenhasse no chão a figura do elefante. Quando tateou os contornos do desenho, percebeu que todos os sábios estavam certos e enganados ao mesmo tempo e lançou a célebre afirmação "*assim os homens se comportam diante da verdade. Pegam apenas uma parte, pensam que é o todo, e continuam sem saber a verdade...*!".

[178]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 110.

que existem diversas "noções" de Empresa: o fenômeno é um só (integrado), comportando diversos tipos de tratamentos conforme sua posição na relação jurídica analisada, conforme o quadro valorativo em que se insira o conflito.

Tal compreensão da Empresa como um fenômeno econômico poliédrico é totalmente aderente com a concepção desse ente como uma *instituição-organização*. E nesse sentido, como organização, a Empresa pode ser descrita como um *campo social*[179], ambiente no qual cada "perfil" representa um agente (um "interesse", uma "parte interessada") que interagem um com o outro, cujo resultado molda o fenômeno como um todo e impacta a forma da manifestação na Sociedade dessa instituição e, consequentemente, de cada um desses perfis[180].

Assim, o principal mérito da teoria de Asquini e ter positivado de forma inovadora a definição da Empresa como um fenômeno poliédrico, sistematizado em quatro perfis[181], ou facetas, apresentando uma **interpretação** do conceito de Empresa conforme juridicamente normatizado pelo Código Civil Italiano de 1942[182], no qual a atual Codificação Civil brasileira é inspirada.

De se registrar que ASQUINI, justificando a compreensão **jurídica** de Empresa sob a forma de perfis, defende ser diferente a forma como o fenômeno é tratado no conceito econômico (de forma *una*, embora multifacetada) e em suas noções e aplicações jurídicas clássicas (sempre variáveis visto que "*é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico*"[183]), não se devendo esperar um conceito jurídico unitário de Empresa já que conforme a problemática – ou negócio

---

[179]V. Parte II, capítulo 4, subcapítulo 4.1.

[180]De se registrar que os agentes ou interesses que agem na Empresa não necessariamente se limitam aos quatro perfis sintetizados por Asquini, especialmente se se analisar a Empresa sob a influência de suas diversas partes interessadas ("*Stakeholders*"). Por exemplo, dentro do perfil subjetivo, podemos encontrar dois subagentes, como o grupo dos controladores e dos minoritários (especialmente em se tratando de sociedade limitadas), no perfil corporativo ou institucional, outros dois subagentes como o corpo dos trabalhadores e o interesse do próprio ente. Em ambos os perfis, os interesses desses subagentes por vezes são comuns, outras muitas vezes são conflitantes, o que inviabilizaria sua consideração como um agente homogêneo. Contudo, a sistematização proposta por Asquini continua bastante eficiente e abrangente para fins de instrumentalizar juridicamente o conjunto de relações da empresa em si e seus efeitos na convivência social.

[181]"Perfil Subjetivo" – o empresário; "Perfil Funcional" – a atividade; "Perfil Patrimonial ou Objetivo" - o estabelecimento ou *azienda* e o "Perfil Corporativo" – ela enquanto instituição, uma "especial organização de pessoas formada pelo empresário e os prestadores de serviços, seus colaboradores, com núcleo organizado em relação a um fim comum" (ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 123).

[182]Vale observar que a edição do Código Civil Italiano de 1942 e do próprio movimento corporativista da Empresa é contemporâneo ao desenvolvimento dos trabalhos de Selznick e outros institucionalistas, que criaram o hoje chamado de "Velho Institucionalismo", movimento que lançou as bases das modernas teorias das organizações.

[183]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 113.

jurídico – a ser analisada, um determinado aspecto (ou perfil) do ente se revela como determinante para sua melhor elucidação[184].

Neste momento, pertinente a análise do que Asquini entende por cada um dos seus perfis da Empresa.

2.1.1. Do perfil subjetivo

Ao delinear a essência dos seus "perfis" da Empresa, ASQUINI inicia com o chamado "***perfil subjetivo***", ou "*a empresa como empresário*", do qual emerge "*a direta referência da noção jurídica do empresário à noção econômica de empresa*"[185].

O Código Italiano de 1942 positivou a definição jurídica de "empresário" em seu artigo 2.082 como "*quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou troca de bens e serviços*"[186] (como também o fez o atual Código Civil Brasileiro de 2002 em seu artigo 966[187]).

Da interpretação da definição trazida pelo citado artigo 2.082, ASQUINI claramente interpreta que "*empresário*" é "*quem exerce*" a atividade empresarial, sendo ele "*o* ***sujeito de direito (pessoa física ou jurídica, pessoa jurídica privada ou pública)*** *que exerce em nome próprio: portanto, se é gestão representativa, o representado, não o representante;* ***a pessoa jurídica, não os órgãos sociais****, através dos quais a pessoa jurídica explana sua atividade*" (g.n.)[188].

Tal "empresário" exerce uma "*atividade econômica organizada*", consistente com a "*organização do trabalho alheio com capital próprio e alheio*", que tem como fim a "*produção para a troca de bens ou serviços*", ou seja, tem um papel amplo e operante para o Mercado, no qual atua "*profissionalmente*", ou seja, de forma costumeira e não ocasional[189].

---

[184]Conforme demonstraremos a seguir, é possível a conceituação unitária da Empresa como sujeito de direito e a regulação de sua conduta nas diversas searas em que atuam, sob uma sistemática valorativa e principiológica integrada.
[185]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 114.
[186]Id. Ibid., p. 114.
[187] Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). *"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."*
[188]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 114.
[189]Id. Ibid., p. 115-116.

De se salientar que ASQUINI[190] anota que já na Codificação italiana não se vinculou o exercício da atividade empresarial à finalidade do "**lucro**", corroborando tal tese o fato de que o referido texto legal também enumera entre "empresários" os entes públicos que exercem atividade econômica organizada, independentemente destes se proporem ou não a uma finalidade lucrativa. Assinala que deste contexto tem-se que a persecução do lucro aflora mais como um elemento "**natural**" da "**profissionalização**" da atividade, e não como um elemento "***essencial***".

Portanto, o **lucro** pode – e deve – ser entendido como um elemento de decorrência "natural" da prática "profissional" da atividade empresarial, por ser a presença deste a própria **condição de viabilidade** para continuidade da Empresa.

Isso porque a Empresa que não é capaz de gerar lucro – ou resultados superavitários – atua de forma contrária à sua própria "função social": ao invés de gerar riqueza e renda para a Sociedade, consome mais riquezas e renda do que é capaz de gerar[191].

Dessa forma, na ausência contínua do lucro, exceto se a Empresa possuir alguma outra forma de capitalização segura, capaz de chamamento independente de existência de futura remuneração (exemplo das Empresas Públicas), o ente fica impedido de honrar seus compromissos (seja com seus sócios investidores, seus fornecedores, trabalhadores etc.), o que enseja a respectiva cobrança por parte de seus credores e as consequências de Direito, culminando com a interrupção da própria atividade.

E mesmo em se tratando de uma Empresa que não vise ao lucro para fins de distribuição a seus investidores, a existência de um resultado superavitário é igualmente importante para que seja possível a constituição de reservas que permitam a sua autônoma continuidade (seu "exercício profissional") em tempos de baixas e revezes e, assim, a manutenção autossustentável de sua atividade[192].

---

[190]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 115-116.

[191]De se notar que essa interpretação deve ser entendida com ressalvas no caso das empresas públicas. Em certos casos, mesmo quando essas não geram lucros nominais, o resultado de sua atividade é capaz de gerar valor (riqueza e renda) para a Sociedade, gerando um "lucro intangível" que a faz cumprir sua "função social". O desenvolvimento de ferramentas para a contabilização de "ativos intangíveis" (tais como reputação, marca, impacto no mercado etc.) tem sido objeto de estudo nas Ciências da Administração e da Economia. No Direito, o impacto dessa internalização de ativos intangíveis à Empresa pode ser observado, por exemplo, nos recentes julgados reconhecendo o direito das empresas à indenização por danos morais decorrentes de violações à "imagem" (v. parte III, capítulo 3 – 3.4.1)

[192]v. "Um mundo sem Pobreza – a empresa social e o futuro do capitalismo", de Muhammad Yunus, fundador e presidente do Banco Grameen, criador do conceito de microcrédito, e prêmio Nobel da Paz, livro no qual defende a utilização de instituições organizadas como verdadeiras empresas capitalistas que tenham como valor e objetivo "combater os principais problemas sociais e beneficiar populações carentes", revertendo seu lucro em prol desse interesse, como se dá no caso de seu Banco Grameen e em sua *joint-venture* com a Danone para produzir bebidas lácteas acessíveis a população de baixa renda (v. nota 27).

2.1.2. Do perfil funcional

Sob o aspecto do "*perfil funcional*" ou "*dinâmico*", ASQUINI define a "*atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo*"[193]. A referência a esse aspecto é observada em diversos artigos do Código Italiano (quando trata do exercício da Empresa, seu início, duração etc.), como também é objeto de regulação em outras legislações (penal, trabalhista)[194].

Tal importância para o Direito pode ser extraída da particular interpretação de ASQUINI sobre esse perfil que, emprestando classificação de Carnelutti[195], sustenta que o conceito de Empresa como "atividade empresarial" é o "*fato jurídico*", ou seja, um "evento" (conjunto de "situação" e "relação" jurídicas) relevante para o Direito, enquanto o conceito de Empresa como seus meios de produção (*azienda* ou estabelecimento) seria a "*situação jurídica*" [196].

Note-se que na própria definição do "perfil subjetivo" da Empresa, o principal elemento caracterizador do "empresário" é ser este aquele que exerce uma "*atividade empresarial*"[197], portanto o núcleo-duro da Empresa fica entendido como seu exercício funcional, organizado e planejado, de forma contínua e profissional, da produção e troca de bens e serviços voltados para a economia, para atender às demandas da Sociedade.

---

[193]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 116.

[194]A relevância jurídica desse perfil é tamanha que quando da discussão do anteprojeto do Código brasileiro os principais juristas responsáveis para sistematização dos dispositivos relativos à Empresa defendiam que tal livro deveria ser denominado "Da Atividade Empresarial", sendo que na votação em plenário, os congressistas brasileiros alteraram tal denominação para "Direito de Empresas", como de fato foi aprovado.

[195]Para Carnelutti: ". . . *o fato resolve-se numa multiplicidade de situações, a primeira e a última das quais podem chamar-se (...) situação inicial e situação final. Entre uma e outra há um grupo mais ou menos numeroso de situações intermédias, que constituem o ciclo do fato. (...) A situação inicial adapta-se o nome de princípio do fato. Este é o ponto de partida do ciclo. À situação final dá-se o nome de evento (...). Evento é precisamente aquilo que veio de qualquer coisa, e, por tal razão, a última situação, vinda das precedentes. Para que o grupo das situações, situação entre o princípio e o evento, constitua um fato, ou melhor,* ***para que duas situações constituam respectivamente o princípio e o evento de um fato****, é necessária, outrossim, uma ligação entre elas.* ***Esta ligação é precisamente uma relação****.* ***É assim que a noção de fato se resolve em dois elementos: situação e relação****. E, visto que o primeiro destes dois elementos é de nós já conhecido, convém que observemos o segundo. Trata-se (...) de uma relação entre situação e situação, isto é, de uma relação exterior à situação. Pode suceder que as situações, ainda que múltiplas, formal e espacialmente sejam idênticas e invariáveis. A coincidência formal e espacial entre o princípio e o evento não exclui o fato.* ***É esta uma reflexão de notável importância para a teoria da realidade e para a teoria do direito.*** *Na verdade, tal coincidência não exclui a pluralidade das situações e a sua ligação, que é uma ligação puramente temporal. (...)*" (g.n.) (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Rodrigues Queirós. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 54-7 *apud* TESHEINER, José Maria Rosa. Estados jurídicos fundamentais. *Revista da Consultoria Geral do Estado*, n. 14, p. 41-80, 1976).

[196]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 116.

[197]Id. Ibid., p. 117.

Sobre o "perfil funcional" compete tecer ainda mais algumas considerações. ASQUINI sustenta que para a definição da "atividade" como "empresarial" é necessário "*caracterizar as operações fundamentais da empresa*", para tanto sendo essencial constatar-se o "*caráter profissional da atividade*", de forma que "*todas as operações que lhe são funcionalmente conexas, adquirem o caráter de operações de empresa e estão, como esta, sujeitas à particular disciplina que o código* [italiano] *dá, em relação à empresa*". Nessa linha de pensamento, prossegue o jurista esclarecendo que, por exemplo, a natureza agrícola ou comercial da atividade empresarial é de onde deriva a qualidade do "empresário", como "agrícola" ou "comercial"[198].

Embora engenhosa a construção realizada por ASQUINI para definir o perfil subjetivo e funcional da Empresa, difícil não observar nela traços dos conceitos "subjetivo" e "objetivo" de comerciante, a lembrar, subjetivamente ser comerciante aquele que pratica com regularidade e profissionalismo o comércio e, objetivamente, qualquer um que pratique "atos de comércio" assim considerados (neles incluindo-se os "elementos de empresa") [199].

Conforme se observou na evolução do Direito Comercial[200], a definição jurídica clara de quais seriam os "atos de comércio" (as "operações fundamentais" do comércio) nunca foi suficiente ou completa o bastante para enquadrar toda a realidade comercial, o que conduziu no final do século XIX à positivação genérica pelo Código Comercial Alemão de 1897[201] como sendo atos de comércio "*todos os atos praticados pelo comerciante relativos à sua atividade comercial*", assim abandonando as infrutíferas tentativas de positivar taxativamente o que seria "ato comercial", para se focar no impacto da atividade na Sociedade, notadamente em seu ambiente (campo social) denominado "Mercado".

Note-se que a definição de ASQUINI para o perfil funcional da Empresa conduz a uma ciranda (*looping*) intelectual, vez que é "atividade empresarial aquela praticada ou conexa à praticada por empresário", sendo "empresário aquele que pratica uma atividade empresarial".

O único ponto de contato entre tais definições acerca do que seria este perfil funcional da Empresa é considerarem "empresário" e "empresarial" toda a atividade que

---

[198]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 117.
[199]v. Parte II, Capítulo 3.
[200]v. Parte II, Capítulo 3.
[201]ARAÚJO, Vaneska Donato de. op. cit., p. 20.

seja voltada à produção e troca de bens e serviços para a Sociedade, sendo, portanto, empresarial as atividades de natureza econômica, que visam a gerar e circular riquezas (valor) e renda no seio social, seja qual for sua natureza.

2.1.3. Do Perfil Patrimonial ou Objetivo

O exercício pelo "empresário" da "atividade empresarial" dá origem a um conjunto de relações jurídicas (contratos etc.) que tem como titular de direitos e obrigações a Empresa. E por esse motivo que, quando projetada sobre o terreno patrimonial, a Empresa possui "patrimônio especial", próprio e distinto do "empresário"[202].

Nesse sentido, ASQUINI registra que diversas são as teorias voltadas à personificação desse patrimônio especial, mas afirma que essas não foram acolhidas na codificação italiana, amparando tal raciocínio na disposição do artigo 2.363 de tal Código[203] (o qual impõe ao acionista remanescente a responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais), bem como o artigo 2740[204] (que imputa aos devedores responder com seus bens presentes e futuros, salvo limitação da responsabilidade permitida por lei).

Com a devida vênia, é nosso entendimento que a compreensão de qualquer Código deve se dar de forma sistêmica e, nesse quesito, pertinente lembrar que no Código Italiano a Empresa é tratada no livro 5 – *Del Lavoro*, que versa centralmente sobre às relações de trabalho.

Assim, para a ocmpreensão daquele diploma é importante notar o ambiente institucional no qual ele surgiu, a primeira metade do século XX, período profícuo na positivação dos ditos "direitos sociais", ou de "segunda geração", que surgiram para equilibrar as relações de trabalho, profundamente transformadas com o advento da indústria e, consequentemente, das classes operárias, bem com as relações originalmente desiguais e opressivas que caracterizavam tais contratos de trabalho, então em detrimento dos operários.

---

[202]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 118.

[203]Código Civil Italiano de 1942. "*Art. 2362 Unico azionista. In caso d'insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamenre (att. 209)"*

[204]Código Civil Italiano de 1942. *"Art. 2740 Responsabilità patrimoniale. Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge."*

Nesse contexto, parece-nos evidente que as referidas disposições dos artigos 2.362 e 2.740 foram instituídas no sentido de se evitar abusos por parte de "capitalistas" de má-fé, que procurassem utilizar a fachada da Empresa para fins de não honrar com suas obrigações, em especial as trabalhistas – desde então reconhecidas por sua natureza alimentar.

A correção desse pensamento é claro no caso do artigo 2.740 (que responsabiliza todo o patrimônio do devedor pelas dívidas, salvo as exceções legais) e, no tocante ao artigo 2.362, mais plausível sustentar que tal responsabilização ilimitada e pessoal se justificava em razão do receio de suposta confusão e migração patrimonial entre a Empresa e seu único sócio, de forma a lesar os credores da Empresa.

De se registrar que o referido Código Italiano em seu artigo 2.267 dispõe que "os credores fazem jus ao patrimônio social da Empresa", mas para que a obrigação da Empresa recaísse sobre o patrimônio de seus sócios, de forma pessoal e solidária, necessário que estes estivessem **agindo** pela instituição, sendo possível o não atingimento do patrimônio dos sócios em caso de existência de pacto expresso nesse sentido (da limitação da "responsabilidade pelas dívidas sociais ao montante investido"), o que deveria ser público para – e apenas assim – garantir a exclusão da responsabilidade do sócio[205].

Dessa forma, se presente no contrato social devidamente registrado a cláusula de limitação da responsabilidade, amparado estava o direito dos sócios de não responder pelas obrigações da sociedade, nos termos do mencionado artigo 2.740.

A despeito dessa previsão legal, por óbvio que a doutrina e a jurisprudência não se calaram no sentido de deixar espaço para a utilização da Empresa e da "personificação" de seu patrimônio como instrumento para o inadimplemento de obrigações sociais, razão pela qual no século XX desenvolveu-se com vigor a teoria do "Abuso de Direito" e mesmo da "Desconsideração da Personalidade Jurídica", justamente para fins de elidir comportamentos simulados, portanto, fraudulentos para tais fins. De se destacar que a atual

[205]Código Civil Italiano de 1942. "*Art. 2267. Responsabilità per le obbligazioni sociali I creditori della società possono far valere i loro diritti sul patrimonio sociale. Per le obbligazioni sociali rispondono inoltre personalmente (2740) e solidalmente (1292 e seguenti) i soci che hanno agito in nome e per conto della società e, salvo patto contrario, gli altri soci. Il patto deve essere portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei; in mancanza, la limitazione della responsabilità o l'esclusione della solidarietà non è opponibile a coloro che non ne hanno avuto conoscenza (att. 204).*"

Codificação Civil brasileira recepcionou expressamente tais teorias (por exemplo, em seus artigos 43 e 50[206]).[207]

Por fim, embora ASQUINI sustente que a codificação italiana não teve por objetivo tratar o patrimônio da Empresa como "personificado", ou separado do patrimônio do "empresário", ele reconhece que a "*individualidade da organização patrimonial, a que dá lugar o exercício da atividade profissional do empresário em relação ao remanescente do seu patrimônio, é todavia um fenômeno extremamente relevante para o direito*", sendo a possibilidade dessa separação objeto de muitos estudos pela doutrina. Tal atenção por parte da doutrina decorreu do fato de o "*patrimônio especial*" da Empresa ser resultado "*de um complexo de relações organizadas por uma força em movimento – a atividade do empresário – que tem o poder de desmembrar-se da pessoa de empresário e de adquirir por si mesma um valor econômico (organização, aviamento)*" [208].

Dessa forma tal "patrimônio especial" surge "*como uma entidade dinâmica, e não estática*", sendo esta a definição de "*estabelecimento*", no sentido de "*patrimônio aziendal*", ou seja, como "*projeção patrimonial da empresa*" [209], a saber, "*complexo de bens materiais e imateriais que são instrumento do empresário para o exercício da atividade empresarial*" (art. 2.555 da Codificação Italiana), como também como "*complexo de relações jurídicas*" (art. 2.112 da Codificação Italiana) [210].

2.1.4. O perfil corporativo ou a Empresa como instituição

Neste perfil, ASQUINI[211] apresenta a Empresa como aquela "*especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores*", visto

---

[206]Código Civil Brasileiro de 2002. *"Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros,* ***ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo****."* e *"Art. 50.* ***Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial****, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que* ***os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica****."*

[207]Em matéria de independência e reconhecimento da personalidade das pessoas jurídicas foi o código além, reconhecendo-lhes inclusive a proteção de seus direitos de "personalidade", no que aplicável. (v. Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade). Este ponto é aprofundado no capítulo 3 desta Parte III.

[208]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 119.

[209]Id. Ibid., p. 122.

[210]Id. Ibid., p. 119-120.

[211]Id. Ibid., p. 122.

que esses em conjunto formam um "*núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais dos empresários e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção*", com tal organização realizando-se por meio da "*hierarquia*" entre as relações, sujeitas à "*obrigação de fidelidade no interesse comum*"[212] .[213]

Pontua ASQUINI que no entender do Código Italiano, os reais "sujeitos de direito" da Empresa são o "empresário" e os colaboradores, como "*associados*", donde surge o fortalecimento de direitos dos empregados, por exemplo, de participar nos lucros da entidade, bem como em suas deliberações sociais.

Tal entendimento conduz o mestre italiano à consideração do enquadramento jurídico da Empresa como uma "instituição", no sentido construído por Romano, Gierke e Hauriou, ou seja, como toda "*organização de pessoas – voluntária ou compulsória – embasada em relações de hierarquia e cooperação entre seus membros, em função de seu escopo comum*", a qual é dotada no "*seu interior* [de] *um ordenamento elementar que ainda que reconhecido pelo ordenamento jurídico do Estado, que é a instituição soberana, pode por sua vez considerar-se como um ordenamento jurídico de grau inferior*"[214].

O jurista italiano, todavia, sustenta que o reconhecimento da Empresa como "instituição" não importa em sua personificação, sob o argumento de que "instituição" e "pessoa jurídica" agem em "direções diferentes". Por este raciocínio, (i) a atribuição de "personalidade jurídica" a uma "organização de pessoas" tem por efeito apenas conferir a um sujeito diferente dos indivíduos constituintes, as "***relações jurídicas externas***", enquanto (ii) seu reconhecimento como "instituição" serve para fins de "***reconhecimento de suas relações internas***"[215].

Embora o autor reconhecesse a importância jurídica do fenômeno "instituição", e mesmo manifestasse ser certo que a partir do reconhecimento dessa organização pelo Direito, com a atribuição de personalidade, necessariamente importaria a incorporação do aspecto institucional dessa estrutura, seguia taxativo ao afirmar que "*a vida de uma*

[212]Nesse sentido, vide Parte II, capítulo 4.
[213]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 123.
[214]Id., loc. cit.
[215]Id., loc. cit.

organização de pessoas como instituição, é uma vida interna que por si mesma não implica, de nenhum modo, personificação"[216].

A despeito dessas considerações, não se furtou ASQUINI de analisar a Empresa sob o aspecto institucional/corporativo, por ele compreendido como o agrupamento de pessoas representadas pelo "empresário" e seus "colaboradores" na persecução da finalidade social (definição típica de instituição), salientando que tal aspecto notadamente tomava relevo nas Empresas de grandes dimensões, o que não invalidava a consideração como instituição da **pequena** Empresa[217]. **E nesse sentido, citando a análise de Greco e Soprano ao analisar o fenômeno Empresa sob o perfil institucional, traz a terminologia "Empresa-Instituição"**[218].

Embora reconhecesse o valor da teoria desenvolvida na doutrina trabalhista por Greco, ASQUINI o crítica por trazer para dentro do conceito de "Empresa-Instituição" o conceito de "estabelecimento", sob o argumento de que definir a Empresa como "*uma organização de pessoas, na qual o empresário opera com bens que constituem o estabelecimento, diz-se uma verdade óbvia*"[219].

Ocorre, contudo, justamente por ser assim tão óbvia, que é verdadeiro que o "estabelecimento" é parte do todo Empresa, representando uma faceta desse fenômeno econômico e não um fenômeno econômico a parte, como também é verdadeiro que o "estabelecimento" é um objeto de direito da Empresa, servindo para atender aos fins sociais desta, e não do "empresário", que legalmente é proibido de desviar a finalidade de sua utilização.

Por fim, ASQUINI, mesmo reconhecendo a Empresa como um fenômeno econômico unitário e sustentando que sua proposição desse ente dividido em "perfis" não pretendia romper com a "unidade" do "conceito de Empresa", critica a doutrina de Soprano por este utilizar a expressão "instituição" para designar o fenômeno Empresa como um todo (abraçando em um mesmo conceito todos os seus "perfis"), quando, em seu entender "*a teoria jurídica da empresa*" compreende tão somente as "*seguintes partes: a) estatuto profissional do empresário; b) ordenamento institucional da empresa (disciplina o*

---

[216]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 123.
[217]Id., loc. cit.
[218]Que tomamos como título do presente estudo. (Id. Ibid., p. 124).
[219]Id. Ibid., p. 125.

trabalho na empresa); c) disciplina do patrimônio aziendal e do estabelecimento; d) disciplina da atividade empresarial nas relações externas (relações de empresa)" [220].

2.1.5. Revisão Crítica

Diversas e inestimáveis são as contribuições desse texto clássico ("Perfis da Empresa") de ASQUINI à compreensão jurídica da Empresa, em especial por trazer para o Direito a percepção desse ente como um fenômeno socialmente uno e poliédrico, cuja atuação repercute em várias searas jurídicas.

Com uma clarividência própria, ASQUINI enxerga o papel do lucro como uma consequência "natural" da "profissionalização", bem assim anota com propriedade e de forma pioneira no Direito o caráter institucional da Empresa como o resultado da composição dos interesses do "empresário" e dos "colaboradores", ou seja, como uma organização de pessoas, um "*campo social*"[221], fruto da inter-relação de suas diversas "partes interessadas" ("stakeholders").

Todavia, como qualquer pensador, é o autor influenciado pela matriz ideológica e pelas questões de seu tempo[222].

Assim, não nos parece ser outra a explicação para sua posição contrária à atribuição de personificação própria à Empresa (aspecto reconhecido por outros doutrinadores de seu tempo como Greco, Soprano, Gierke), do que o receio dos efeitos do "antropomorfismo", ou de se atribuir direitos "humanos" a seres "não humanos", ou o receio de relegar as "pessoas humanas" a um eventual segundo plano[223].

---

[220]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 125-126.

[221]v. Parte II, capítulo 4, subcapítulo 4.1.

[222]v. Parte I, capítulo 2 e subcapítulo 2.1. De se lembrar que no início do século XX, ainda era predominante matriz ideológica cartesiana (resultado da Revolução Científica do século XVII) com a utilização das ferramentas do "atomismo" e do "reducionismo", ou seja, da análise fragmentada da realidade como forma de se compreender "a verdade" do todo. Todavia, concomitantemente como resultado de um processo de industrialização acelerado e violento, no qual a divisão do trabalho – e da renda – foi estabelecida de forma desigual e opressora (e, portanto, insustentável), intensamente passava a ocupar o plano central dos debates a revalorização do homem como efetivo "sujeito de direito", não como mero operário ou "objeto de direito" da economia, desencadeando os movimentos de fortalecimento de seus direitos humanos não só de primeira geração, mas com o então advento dos ditos "direitos sociais ou de segunda geração", intrinsecamente voltados para a questão do ambiente de trabalho (Não por acaso, a sistemática da empresa no código italiano está inserida no Livre 5 – Del Lavoro...).

[223]Conforme mencionado, o começo do século XX foi particularmente marcado pelo advento dos direitos sociais, os direitos humanos de segunda geração, como uma forma de re-valorizar a dignidade e a pessoa humana face à indústria e pelas máquinas. Compreensível, portanto, o receio jurídico de atribuir personalidade justamente à indústria, ao capital, e ao regime de opressão então vigente.

Bem assim, não conseguimos ver outro motivo, que não a necessidade científica (inspirada no reducionismo cartesiano) da individualização dos aspectos do fenômeno Empresa, a justificar o apego formal à análise dos "perfis" da Empresa de forma autônoma, estanque e não integrada, embora sucessivamente o próprio autor reconheça o fenômeno como uma manifestação sócioeconômica "*una*" .

Conforme será observado nos próximos subcapítulos a seguir, a linha de pensamento de ASQUINI influenciou – mesmo norteou – diversos outros trabalhos jurídicos sobre a Empresa, que, no nosso entender, ao insistirem na interpretação autônoma sem a sua devida integração entre os perfis, colaboraram para o atualmente experimentado "divórcio entre a realidade e o Direito"[224] empresarial, que paulatinamente vem se buscando contornar com o trabalho jurisprudencial e das esferas legislativas.

2.2. A Teoria Jurídica da Empresa do Professor Waldírio Bulgarelli

Em 1985, iniciando suas reflexões na sua já citada obra "A Teoria Jurídica da Empresa – Análise Jurídica da Empresarialidade", BULGARELLI, ao comentar a sistemática empresarial então objeto do anteprojeto de nosso Código Civil, observa que embora tal texto se inspirasse no modelo italiano, não estava sujeito às mesmas condicionantes **políticas** do diploma estrangeiro (cuja origem foi influenciada pelo outrora vigente regime fascista)[225].

---

[224]V. nota 7. (GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. op. cit., p. 11).

[225]De se registrar que a confecção de uma codificação, conforme sustenta a melhor doutrina (Caio Mário Pereira da Silva, Maria Helena Diniz, dentre outros), envolve a sistematização dos diversos preceitos relativos a determinadas relações jurídicas, de forma a guardar entre si princípios harmônicos, resultando em um sistema integrado, lógico e racional. Daí a importância da interpretação integrada das codificações, e não de seus dispositivos de forma esparsa. Conforme mencionado alhures, na Codificação Italiana os dispositivos afetos à Empresa foram tratados no universo do Direito do Trabalho – no qual assume relevo princípios próprios, como a tutela da dignidade do trabalhador, em essência representado pelo seu direito de ser remunerado e de receber tal pagamento (do que decorre a opção pela subjetivação, em última instância – da Empresa no empresário e a sujeição do patrimônio deste para honrar tais créditos). Por outro lado, a se tratar de uma codificação na qual as Empresas são tratadas em universo próprio – em livro específico sobre sua atividade – mister considerar os princípios próprios desse ramo do Direito, o Direito da Empresa, tal como o princípio de sua função social e o princípio de sua preservação. Por certo que a prevalência de determinado princípio de acordo com a ótica legal que se analisa não conduz à desconsideração ou anulação dos demais, mas se deve sempre ter em mente que todas as interpretações jurídicas são valorativas e diretamente vinculadas a uma hierarquização dos valores (autoinfluenciados, mesmo assim hierarquizados). Em tempo, saliente-se que nas palavras de Miguel Real, os princípios norteadores do anteprojeto do Código Civil Brasileiro foram o da "sociabilidade", "eticidade" e "operabilidade" (REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil: tramitação do projeto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 22-30, jun. 1998) – retornaremos a este ponto na Parte IV deste estudo.

O anteprojeto brasileiro original, por seu turno, apresentava-se mais alinhado à tendência geral praticada em diversos países ao tempo de sua concepção (os anos de 1970), com a aspiração (nem sempre precisa) mas "*inegável de ajustamento do Direito às novas realidades sócio-econômicas,*[vez que] *constatado o desencontro entre as categorias jurídicas tradicionais e as exigências de uma economia de massa*"[226], em consonância com as já mencionadas reflexões de GOMES e VARELA[227] datadas da mesma época da formulação do anteprojeto do atual Código Civil.

Pertinente registrar que ao tempo da confecção dessa obra do professor BULGARELLI (1985), nosso país era – institucionalmente - bastante diferente do que vemos hoje: encontrava-se em um forte período de recessão e estagnação econômica, começava a se desvencilhar de duas décadas de regime de exceção, extremamente estatizante e fechado para o mundo, que ensejou o sucateamento de nosso parque industrial e consequentemente de nossa Economia. O clamor pelo restabelecimento das liberdades civis, em todas as suas formas, em especial política, era a agenda da Sociedade e, como não poderia ser diferente, isso incluía a retomada do espírito empreendedor individual, então personalizado na figura do "empresário" e da "atividade empresarial"[228].

Pois bem, em bela passagem, BULGARELLI observa que quanto à existência da Empresa "*é tão marcante a sua presença no mundo atual que dispensa, como fato notório, ser provada*"[229] [230].

Embora fosse "notório" o reconhecimento social do fenômeno Empresa, todavia, frisava o professor, sua compreensão jurídica não era pacífica, assinalando que embora o sentido geral do termo pudesse ser resumido como "*designativa da organização produtiva*"[231], de forma geral a doutrina, a jurisprudência e o legislador comumente aplicavam o termo em vários outros sentidos[232] – como "estabelecimento", como

---

[226]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 8.
[227]V. nota 7. (GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. op. cit., p. 11).
[228]Ao mesmo tempo, de se notar que o mundo ainda vivia a bipolaridade política, entre "capitalismo" ocidental e o "comunismo" soviético (o "muro" apenas cairia alguns anos depois), impactando o ideário normativo o apoio do EUA aos regimes ditatoriais da América latina, em especial o brasileiro.
[229]Certamente referindo à comparação do professor Waldemar Ferreira entre o fenômeno Empresa e à personagem "Rebeca", de filme homônimo da primeira metade do século XX, que embora fosse a personagem principal, é apenas referida pelos demais personagens, e nunca aparece (cf. RDM 1ª fase, n. 5, p. 60, *apud* FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 297).
[230]FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 201.
[231]Id. Ibid., p. 9.
[232]A multimencionada problemática da polissemia do vocábulo Empresa.

"empresário", como "instituição" – o que não contribuía para a "*certeza e segurança características do ordenamento jurídico*"[233].

Nesse sentido, pertinente recapitular que na construção de sua teoria jurídica, BULGARELLI enfileirou-se com a posição de boa parte da doutrina que então enxergava como **cerne** da atuação jurídica o enquadramento e a qualificação jurídica desse fenômeno socioeconômico, uma tarefa hercúlea visto tratar-se a *Empresa* de um *"fenômeno amplo, de estrutura complexa, apresentando elementos reais e pessoais, e ainda com natureza dinâmica*", amparando expressamente tal posição nos postulados de ASQUINI.

Em síntese, igualmente sustentava o professor paulista ser a Empresa um fenômeno "*uno*" para a Economia, mas que para o Direito teria noções jurídicas diversas, consistentes com os "perfis" que a integram.

2.2.1. A trilogia "*empresário, atividade econômica organizada e estabelecimento*"

Nesta sua obra de 1985, BULGARELLI defendeu, como vasta corrente sustentava e ainda sustenta, que o termo Empresa deveria ficar fora do Direito, pois a este bastava a trilogia "*empresário, atividade econômica organizada e estabelecimento*"[234], conceitos "*autônomos*", mas que "*entrelaçados*" caracterizam aquilo por ele denominado a essência da "*empresarialidade*"[235].

De se notar que ao se referir à "*empresarialidade*", BULGARELLI frontalmente se posicionou caracterizando como **essência** do fenômeno Empresa a *"atividade de produzir, organizadamente*", não o fato de se tratar de uma "*organização*" [236].

E assim o fez por entender que a transposição do fenômeno econômico-social para o plano jurídico deveria dar-se inspirada na "*função que* [a Empresa] *desempenha (ou está*

---

[233]FERREIRA, Waldemar Martins. op. cit., p. 9.

[234]Nas palavras de BULGARELLI "*O conceito de empresário, referido àquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens e serviços para o mercado, engloba em si o agente e seu agir, e certamente é assim considerado quem assim age, e, portanto, a atividade surge como elemento qualificador básico inclusive como critério objetivo. E o estabelecimento que já se contém na idéia de organicidade (ligada estreitamente ao da atividade) teve também o seu conceito expresso como o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da atividade, valorado o seu aspecto instrumental e também o da unidade de bens, pela sua destinação*" (BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 201).

[235]Id. Ibid., p. 202.

[236]Id., loc. cit.

destinada a desempenhar) como agente da produção e ou circulação de bens ou de serviços para o mercado, valorando-se os interesses correspondentes" [237].

E por ter em vista que a "função" se liga a determinados interesses, os quais devem ser protegidos, justifica a concepção do estatuto jurídico do "empresário", considerado como o "*sujeito ativo emulador da atividade organizada através do qual se torna centro de imputabilidade, sujeito a uma série de ônus-obrigações-responsabilidade-proteção*" [238].

Nesse sentido, como antecipado, ao revisar a doutrina mais relevante produzida sobre o assunto, BULGARELLI optou por integrar as fileiras daqueles que definiam a Empresa como "*derivada*" do conceito de "*empresário*"[239] (este sujeito de direito) e calcada principalmente na "*empresarialidade*", ou na manifestação da "*atividade empresarial*", afastando-se completamente daqueles que buscavam um conceito jurídico mais alinhado com a noção econômica do fenômeno, tais como os que enxergavam na Empresa sua preponderância como uma "*organização*", que a consideravam globalmente, unificando em si os conceitos de "empresário", "atividade empresarial" e "estabelecimento", como nas construções de Santoro-Passarelli, Gregório e Mossa.

E como principal argumento para fundamentar sua posição, BULGARELLI cita a decisão do legislador italiano na positivação do Código peninsular itálico, no qual não definiu expressamente o termo Empresa, optando por trabalhado tal conceito em dispositivos diversos (evidenciando a teoria dos "perfis"). Com base nesse argumento, o professor paulista critica as tentativas de formulação de um "conceito jurídico integrado do fenômeno", as quais padeciam do "*erro de não provir de uma concepção jurídica e de restar mais ou menos puramente econômicas, não traduzíveis, e de fato não traduzidas, em precisos e inequívocos valores jurídicos*" [240] .

2.2.1.1. Da inadequação do conceito de Empresa como instituição segundo professor Bulgarelli

Nessa mesma crítica, BULGARELLI enquadrava a definição da Empresa como "instituição", sustentando que:

---

[237]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 201.
[238]Id., loc. cit.
[239]Id. Ibid., p. 115.
[240]Id., loc. cit.

> "*nem todas as empresas devem ser consideradas instituições, mas, somente aquelas nas quais, por força da atividade empresarial e em consequência dela, se constitui um 'ente ou corpo social' (como Santi Romano, por exemplo) ou um organismo socialmente relevante, ou seja, uma organização das pessoas e bens, ou no mínimo, uma organização de trabalho e, em geral, de atividades humanas tendentes à realização de um fim comum (como Greco, Mossa, Asquini, Valeri, De Gregoria, na Itália e Durand, na França).*" [241]

Assim, na categoria de "instituição" passíveis de serem enquadradas apenas as "macroempresas", essas de fato "*ente ou corpo social*" (parafraseando Santi Romano) ou "*organismo*[s] *socialmente relevante*[s]" [242].

E, nessa linha, prosseguia BULGARELLI alegando que a "*concepção de empresa como instituição não pode pois abarcar todas as manifestações do fenômeno"* por assim restarem *"excluídas, certamente, a pequena empresa que não utiliza o trabalho alheio e não possui uma efetiva e relevante organização de bens, e também as empresas em que não tem relevo a organização do trabalho alheio*" [243].

Portanto, pela falta de suposta "relevância" social, seja por não empregar outras pessoas, seja por não possuir uma "relevante" organização de bens, não possuindo assim "relevo" a organização do trabalho alheio, concluía BULGARELLI que a Empresa como "instituição" não abarca todas as suas manifestações na vida social, quando muito, pondo em evidência "*alguns aspectos 'normais' ou mesmo 'eventuais' do fenômeno*" [244].

Nessa obra, BULGARELLI salientou ainda que outro "*grande inconveniente*" da concepção institucional é o de "*confundir empresa e empresário*", em especial "*quando o empresário é sociedade*"[245]. Em outras palavras, criticava a tentativa de personificar a

---

[241]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 116-117.

[242]De se notar, ainda, que ao final do inventário realizado por BULGARELLI da situação jurídica da empresa na França, Alemanha, Espanha e Argentina, o professor observa que em todas essas doutrinas a "idéia 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", sendo que nos respectivos "Direitos Comercial", a noção de Empresa que ganha destaque – "consciente ou inconscientemente" – é a de "atividade empresarial" (BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 104). Por tais razões que neste trabalho sustentamos que o Direito Comercial, nessa ótica de relação entre agentes econômicos em relação à atividade empresarial, deve, em verdade, ser tratado como um subsistema do Direito de Empresa, assim como também o é o Direito Societário, o Direito Tributário Empresarial, o Direito Trabalhista Empresarial etc.. Isso porque, o fenômeno jurídico da Empresa é uno e extrapola a esfera do Direito Comercial – e da "empresarialidade", nos termos do Professor Bulgarelli – sendo mister para a conferência da devida segurança jurídica à Sociedade a compreensão integrada do fenômeno, inclusive em vista à função norteadora de tratamento nos demais ramos do Direito.

[243]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 117.

[244]Id., loc. cit.

[245]Id. Ibid., p. 121.

Empresa quando, a personalidade jurídica é atributo da "sociedade" comercial[246] ou do próprio "empresário".

2.2.1.2. Da função da Empresa no ambiente socioeconômico e a matriz de valores tutelados pelo Direito Comercial segundo Professor Bulgarelli

Por fim, importante colacionar o entendimento do professor paulista sobre **a função que a Empresa exerce no ambiente socioeconômico e a matriz de valores tutelados pelo sistema comercial**.

BULGARELLI anota que no exercício pela Empresa de seu papel "*como agente da produção e circulação de bens ou serviços para o mercado, numa economia de massa"*, e nessa atividade *"tendo sido identificados, em consequência, os interesses que nela convergem, e do choque (rectius: conflito) entre eles"* que foi possível chegar *"à valoração dos que* [interesses] *deveriam ser tutelados*"[247].

Na construção dessa matriz valorativa se tratou de dar proeminência a uns interesses, fazendo surgir diversas posições "*privilegiando ora o empresário capitalista (com destaque para o lucro) ora os trabalhadores (com as normas sobre a participação nos lucros e co-gestão)*", sendo certo, contudo, que permeando esse cenário sempre teve especial relevância à "***proteção aos credores – interesse básico que sempre constitui o ponto essencial do fundamento de um regime jurídico privado ditado para a empresa***" (g.n.)[248].

---

[246]Ressalte-se que no entendimento do autor a noção de Empresa confunde-se com "empresarialidade" ou atividade econômica no sentido dinâmico (com o sentido "estático" cabendo ao "estabelecimento"). Nessa lógica, particularmente estranha, a "sociedade" seria um "quarto elemento" constituído pelo Empresário para instrumentalizar sua atividade, a dita "empresarialidade". Em nosso entender, a Empresa é uma instituição-organização voltada para atender as demandas de consumo da Sociedade, portanto um ente personificado em sua constituição como "sociedade" ou como "empreendedor individual", que atua na Sociedade de forma organizada, entendida como de forma planejada e intencional – eis porque uma "organização" – produzindo e circulando bens e serviços (sua atividade empresarial), para tanto fazendo uso de seu patrimônio material e imaterial (o estabelecimento) em coordenação com terceiros, de forma voluntária ou compulsória, hierárquica ou cooperativa. Antecipando o que exporemos no subcapítulo 2.2.2 a seguir, essa visão em fragmentos autônomos do fenômeno Empresa não só não nos parece refletir adequadamente a percepção do fenômeno pela Sociedade, como cria subsistemas de tratamento jurídico cujos valores dificilmente são harmonizáveis em um denominador comum (portanto, em nada contribuindo para a "segurança jurídica" do tema). Nos termos da atual codificação legal, o elemento de harmonização essencialmente se trata da "função social" desse agente e, por conta disso, a busca da Sociedade por sua preservação.

[247]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 104.

[248]Id. Ibid., p. 104-105.

Ressaltando ser um dos interesses a que se deu mais preferência, o professor agrupa a "proteção aos credores", no âmbito do Direito Comercial, sob a égide da "*proteção ao crédito público*", definindo ainda como "*credores*" os "*fornecedores, os mutuantes os acionistas – estes, em certas circunstâncias como, por exemplo, no caso de dividendos declarados e distribuídos mas ainda não pagos -, os obrigacionistas, os trabalhadores (por direitos julgados pela Justiça) e o Estado, por tributos*" [249] .

Prossegue o doutrinador salientando que era no afã de tutelar o "crédito público", que a lei previa um regime jurídico de coercibilidade, por exemplo, com ações de cobrança pela via ordinária e executiva, chegando mesmo ao "*remédio extremo da falência*" [250], registrando ainda que foi no intuito de proteger o "crédito público" que desde às Corporações de Ofício desenvolveram-se os procedimentos de registro e publicidade de certos atos "comerciais", como a obrigação de mantença de livros com escrituração apropriada, para fins de verificação da licitude e situação da vida empresarial, "*expressa pelas valorações patrimoniais*" [251].

Nessa lógica de "*proteção ao crédito público*", sustenta BULGARELLI que, para fins pragmáticos, "*há que se identificar quem é empresário*", visto ser este o "*agente de uma atividade econômica organizada e titular de um complexo de bens – explicando-se por essa via a noção funcional da empresa e a patrimonial (do estabelecimento) – portanto destinatário das normas que lhe impõe deveres, ônus e responsabilidades, e assim centro de imputação*" [252]**.**

Em todo o seu trabalho, BULGARELLI é enfático ao afirmar que a Empresa é uma realidade social inegável, havendo "de fato" se intrometido "*na realidade jurídica nacional e de tal forma que se pode afirmar que independentemente da existência de um sistema legislativo específico e próprio, ela existe,* ***sem embargo das dificuldades que a falta de um regime unitário acarreta***" (g.n.)[253].

Arrematando seu raciocínio, o professor – de forma pouco honrosa para os estudiosos jurídicos do fenômeno – que "*tudo indica portanto que a empresa entrou no direito brasileiro pela porta de serviço, aguardando sua entrada triunfal pela porta da*

---

[249]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 294.
[250]Id., loc. cit.
[251]Id., loc. cit.
[252]Id. Ibid., p. 294-295
[253]Id. Ibid., p. 296.

frente" [254], em expressa alusão à imagem de Fanelli sobre a situação italiana antes da entrada em vigor de seu Código Civil de 1942.

2.2.2. Revisão Crítica

Com a devida vênia, em consonância como que abordamos no subcapítulo 2.1. anterior, a compreensão jurídica da Empresa segregada e individualizada na trilogia "empresário", "estabelecimento" e "atividade empresarial", não nos parece resposta suficiente para atender as demandas atuais da Sociedade, em especial de segurança jurídica com relação ao tratamento legal desse importante agente social, sendo reclamada uma resposta integrada, clara e valorativa, e não cambiante conforme o "perfil" que se apresenta.

De fato que tal solução (de limitar a compreensão jurídica da Empresa a seus "perfis" – ou à referida trilogia – de forma isolada e estanque) pode até ser útil ao operador do Direito por facilitar a compreensão do fenômeno Empresa na prática social, ainda mais se entendida tal trilogia como evolução natural dos antigos conceitos de "comerciante", "mercancia" e "ponto comercial"[255].

Contudo, a atual manifestação do fenômeno Empresa é mais complexa e lida com outros valores e interesses mais abstrusos e inter-relacionados, os quais sequer eram objeto de preocupação dos "comerciantes" de outrora[256], conforme reconhecido pelo legislador brasileiro no novo Código Civil.

2.2.2.1. Da opção do legislador brasileiro

De se notar que sob o ponto de vista legal, embora seja verdade que os dispositivos sobre a Empresa em nosso atual Código Civil foram inspirados (alguns mesmo literalmente copiados) na Codificação Italiana, não procede dizer que nele se manteve fidelidade total,

---

[254]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 297.

[255]BULGARELLI chega a enaltecer esse aspecto, ao afirmar que vislumbrar "*um traço de certa originalidade na realidade brasileira, podendo-se captar um verdadeiro 'substrato empresarial', na análise do regime jurídico do comerciante com suas origens no próprio conceito de mercancia*" (Id. Ibid., p. 221).

[256]Tais como a gestão de ativos intangíveis (imagem, reputação), a inter-relação com diversos *stakeholders* e os diversos compromissos e deveres sociais daí decorrentes, as questões de concorrência e mercado, a fidelização de consumidores, a questão da inovação etc.

em outras palavras, em nosso Código não se operou uma cópia exata do quanto positivado naquele diploma estrangeiro, e não apenas em razão do ambiente institucional no qual ele foi confeccionado ser distinto do que inspirou o código peninsular, conforme aduzido pelo professor BULGARELLI.

A começar que, no caso brasileiro, as disposições sobre a Empresa foram reunidas em livro próprio e não estão insertas em uma sistematização voltada a regular as relações de trabalho, como se dá na codificação inspiradora.

Isso per si já faria toda diferença na interpretação legal do fenômeno, visto que uma coisa é interpretá-lo inserido em um conjunto de dispositivos voltados a tutelar os direitos de trabalhadores (aflorando o caráter humanístico-alimentar da prestação – salário, direitos sociais, dignidade da pessoa humana)[257], que para seu equacionamento – por aberta, direta e motivada escolha por parte do legislador e da Sociedade – pedem uma maior personificação do empregador e, **principalmente**, a constituição de um reforço especial (mediante a responsabilização do "empresário") das garantias para assegurar o adimplemento dos respectivos créditos trabalhistas (como forma de fazer valer – em *ultima ratio* – os seus direitos humanos)[258].

Outra, bastante distinta, é interpretar a Empresa prevista dentro de um sistema próprio para regular seus direitos e deveres, face ao seu relevante papel ("função social") para a Sociedade, como produtora de bens e geradora de empregos e renda, por conta do que a busca de sua preservação é um princípio a ser tutelado[259].

---

[257]No qual são preponderantes questões como pessoalidade, onerosidade, habitualidade, subordinação à hierarquia do organizador da produção (o "empresário", o "capitalista"), o que dá margem para conflitos, em situações limites, como o trabalho sob regime de quase "servidão" e o "assédio moral" (em termos mais recentes).

[258]Deve ser mais que ressaltado que o tratamento legal e jurisprudencial dos créditos trabalhistas sempre gozou de proteção especial e distinta da proteção de todos os demais créditos em função de sua natureza *alimentar*, por estar ligado à noção da exploração da mão-de-obra do homem por outro semelhante, importando seu não pagamento à condução daquele à situação de "escravidão", ou a negação de seus direitos à liberdade e dignidade, ou seja, a negação de seus direitos fundamentais, núcleo-duro a ser protegido por qualquer Ordenamento Jurídico. Não por outro motivo que na evolução prática-legal do Direito do Trabalho desenvolveu-se o mecanismo da responsabilização pessoal "empregador", personificado no "empresário" (que evoluiu para todos os sócios da Empresa), dado o caráter de hierarquia e de direta subordinação e como forma de conferir uma garantia a mais da solvência do valor devido (note-se que a responsabilização do empresário, mediante a desconsideração da personalidade jurídica, idealmente deveria ocorrer apenas no caso da Empresa não dispor de bens suficientes para arcar com débito, sendo que principalmente na prática brasileira, impera a interpretação de uma responsabilidade objetiva do empresário, justamente calcada na natureza alimentar do crédito e da dignidade do trabalhador).

[259]No que se observa uma mudança no quadro de valores da sociedade, em especial à luz da Lei nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005**,** que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, que não só positivou o princípio da preservação da empresa (art. 47), de aplicação ponderada ao ditame da "proteção do crédito público", como ainda limitou o valor de pagamento dos

Como já salientado alhures, foi clara a opção do legislador brasileiro em 2001, quando nas votações finais do anteprojeto do atual Código Civil alterou a denominação do Livro II, da Parte Especial, de "Da Atividade Negocial" (como defendiam os juristas membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil) para a forma como de fato foi positivado: "Do Direito de Empresa".

Inegável, assim, que o legislador reconheceu e positivou o fenômeno Empresa como um todo, e não como o "empresário" ou como "atividade"[260], tampouco dentro de uma sistemática voltada a tutelar direitos específicos de outros sujeito de direito – como no caso do Direito do Trabalho.

2.2.2.2. Do efetivo caráter institucional da Empresa – independente de seu tamanho

Ainda, quanto à crítica às concepções "institucionalistas" da Empresa, à luz dos avanços experimentados nos últimos 30 anos nas Ciências Sociais (nas quais, vale lembrar, se inserem tanto a Ciência Jurídica, quanto a Econômica), o conceito de "instituição" cada vez fica mais claro e bem delineado, sendo consenso tratar-se de fenômeno caracterizado pelo caráter de permanência, dotado de reconhecimento social (*erga omnes e omnia*), com valores próprios e capaz de se autotransformar para manter sua existência e atender ao fim social a que se destina[261].

Outrossim, diante da atual realidade de Mercado, notadamente o brasileiro[262], não procede afirmar que apenas as "macroempresas" são "organismos socialmente relevantes", mesmo porque é determinante a importância social de pequenas e médias Empresas no dinamismo econômico e social de nosso país – quaisquer que sejam os indicadores, tais como em participação na geração total de emprego, renda, produção de riquezas e pagamento de impostos, conforme se observa na tabela a seguir:

---

créditos trabalhistas a 150 salários mínimos (art. 83, I), algo impensável em um sistema de valoração extensiva dos direitos individuais (mesmo transvestidos de direitos sociais), ainda que o exercício de tais prerrogativas fossem em detrimento da Sociedade.

[260] Adiante, no capítulo 4 desta Parte III será tratado em detalhes a forma de interpretação do sistema adotado no livro II – Do Direito da Empresa, da parte especial do Código Civil Brasileiro de 2002.

[261] V. Parte II, capítulo 4.

[262] SEBRAE. Global Entrepreneurship Monitor. *Empreendorismo no Brasil* – 2007: relatório executivo. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/customizado/estudos-e-pesquisas/estudos-e-pesquisas/empreendedorismo-no-brasil-pesquisa-gem/resumo_gem_2007.pdf>. e INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Estatísticas do Cadastro Central de Empresas 2007*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/cadastroempresa/2007/default.shtm>.

Tabela 1. Participação de Pequenas e Microempresas no Mercado Brasileiro

Tabelas de resultados IBGE

Tabela 3 - Empresas e outras organizações, pessoal ocupado total e assalariado em 31.12, salários e outras remunerações e salário médio mensal, segundo divisão da classificação de atividades e faixas de pessoal ocupado total Brasil - 2007

(continua)

Divisão da classificação de atividades e faixas de pessoal ocupado total	Empresas e outras organizações	Pessoal ocupado em 31.12		Salários e outras remunerações (1 000 R$)	Salário médio mensal (salários mínimos)
		Total	Assalariado		
Total	**4 420 345**	**42 641 175**	**36 658 326**	**602 812 132**	**3,4**
Faixas de pessoal ocupado total					
0 a 4	3 373 372	5 517 710	1 567 778	16 307 075	1,9
5 a 9	562 061	3 630 133	2 644 968	22 044 355	1,8
10 a 19	279 511	3 678 802	3 006 768	27 345 782	2,0
20 a 29	76 582	1 817 303	1 668 900	16 515 641	2,1
30 a 49	54 914	2 069 068	1 967 947	21 172 530	2,3
50 a 99	36 203	2 482 816	2 416 112	29 945 485	2,6
100 a 249	20 976	3 237 589	3 201 504	45 822 765	3,0
250 a 499	8 336	2 901 426	2 888 834	45 001 677	3,2
500 e mais	8 390	17 306 328	17 295 515	378 656 821	4,6

Fonte: IBGE[263]

Conforme se depreende da leitura dos dados consolidados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE[264], utilizando-se os critérios do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, que classificam como microempresas as que empregam até 19 pessoas[265] e como pequenas as que empregam até 99

[263]INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Tabela 3*: Empresas e outras organizações, pessoal ocupado total e assalariado em 31.12, salários e outras remunerações e salário médio mensal, segundo divisão da classificação de atividades e faixas de pessoal ocupado total - Brasil – 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/cadastroempresa/2007/tabela3.pdf>.

[264]A tabela em comento faz parte do trabalho intitulado "**Estatísticas do Cadastro Central de Empresas 2007**", disponível no banco de dados do Cadastro Central de Empresas IBGE – CEMPRE, que constitui um importante acervo de dados sobre as empresas e outras organizações formais e suas respectivas unidades locais existentes no País, reunindo informações econômicas oriundas de pesquisas anuais do IBGE, nas áreas de Indústria, Construção Civil, Comércio e Serviços, e registros administrativos provenientes da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS, do Ministério do Trabalho e Emprego.
Esta publicação de 2007 apresenta a consolidação mais recente das informações das empresas e outras organizações ativas e suas respectivas unidades locais no ano de referência (2007), desagregadas segundo os níveis de detalhamentos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE 2.0 e os níveis geográficos abrangidos pelas Grandes Regiões, Unidades da Federação e Municípios das Capitais. Nela estão disponíveis informações sobre pessoal ocupado total, pessoal ocupado assalariado, total de salários e outras remunerações e salários médios mensais em salários mínimos pagos, além de indicadores de diversificação de atividade econômica e espacial e de concentração de pessoal ocupado total, relativos à Indústria, Comércio e Serviços. A análise de seus resultados está estruturada em três grandes temas. O primeiro traça um panorama geral do conjunto das empresas e outras organizações ativas em 2007, no País, e efetua uma comparação com os totais observados no ano de 2006. O segundo tema é dedicado à análise das informações por porte, tamanho médio e salário médio mensal, segundo seções de atividades econômicas da CNAE 2.0, em 2007, e enfoca a distribuição do pessoal ocupado assalariado segundo faixas de salário mínimo médio mensal. O terceiro tema tem por objeto a regionalização das informações das unidades locais das empresas e outras organizações, no ano de referência, por Grandes Regiões, Unidades da Federação e Municípios das Capitais.

[265]Pelo SEBRAE, são consideradas microempresas nos setores industrial e da construção as que empregam até 19 pessoas e nos setores do comércio e serviços as que empregam até 09 pessoas. Tal classificação é distinta da oferecida pela Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), pela qual as microempresas são as que possuem um faturamento anual de, no máximo, R$ 240 mil por ano, e as pequenas aquelas que faturaram entre R$ 240.000,01 e R$ 2,4 milhões anualmente.

pessoas[266], nota-se que as micro e pequenas organizações representam 99,15% do universo empresarial em nosso país, bem como é nelas onde se ocupa 45% da força de trabalho brasileiro.

Portanto, é clara a conclusão de que, se como fenômeno "atomizado", as micro, pequenas e mesmo médias Empresas possam parecer pouco relevante, dada a **institucionalização** do espírito empreendedor (confirmada com o percentual das organizações em atuação no país que se enquadram nesse perfil mais diminuto), quando considerado seu impacto total na realidade econômica, não restam dúvidas quanto à sua relevância social.

As micro, pequena e média Empresas no Brasil (como em diversos outros países) são fenômenos presentes e relevantes no Mercado, dotados de **reconhecimento social** (*erga omnes e omnia*), com **valores próprios** (além daqueles que lhes são peculiares, próprios e resultado dos usos e costumes, também pelos valores e princípios positivados, por exemplo, pela Lei Geral de Micro e Pequenas Empresas – Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, pelo Estatuto da Micro e Pequena Empresa – Lei Federal nº 9.841, de 05 de outubro de 1999[267], e por diversos outros dispositivos legais esparsos) e são capazes de se **autotransformar** para manter sua existência e atender ao **fim social** a que se destinam[268]. Ainda, conforme indicadores oficiais[269], as micro e pequenas Empresas

---

[266]Novamente, sendo de 10 a 49 para os setores de comércio e serviços e de 20 a 99 pessoas para os setores industrial e da construção. Para fins exemplificativos, trabalharemos com os valores máximos de empregados.

[267]Por seu simbolismo, mister transcrever o artigo 19 da Lei Estatuto da Micro e Pequena Empresa, que inspirado nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal, busca criar ambiente para se atingir a uma ordem econômica, com a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, mediante a incentivo à micro e pequenas empresas (g.n.): *Art. 19. O Poder Executivo estabelecerá mecanismos de incentivos fiscais e financeiros, de forma simplificada e descentralizada, às microempresas e às empresas de pequeno porte,* ***levando em consideração a sua capacidade de geração e manutenção de ocupação e emprego, potencial de competitividade e de capacitação tecnológica, que lhes garantirão o crescimento e o desenvolvimento***.

[268]Segundo dados do SEBRAE, no Brasil, surgem cerca de 450 mil novas empresas por ano no Brasil, em grande parte micro e pequenas empresas, com foco no setor de serviços e comércio (cerca de 80%). No estudo *Empreendedorismo no Brasil - 2007*, confeccionado pelo *Global Entrepreneurship Monitor – GEM* (SEBRAE. Global Entrepreneurship Monitor. *Empreendorismo no Brasil* – 2007: relatório executivo, cit.), apresenta vários dados conclusivos nesse sentido. Inicialmente destaca que no Brasil, em cada 100 pessoas, 13 desenvolvem alguma atividade empreendedora – taxa em geral 39% mais alta que a média mundial e que tem se mantido estável e constante nos últimos anos. O estudo indica ainda que a estabilidade macroeconômica brasileira deste início de século XXI, não só criou um ambiente para manter o surgimento de novos empreendedores, como ainda possibilitou uma maior estabilidade e permanência no mercado aos empreendimentos já constituídos (assegurando-lhes uma maior sobrevida).

[269]O SEBRAE indica várias razões para tais altas taxas brasileiras de empreendedorismo, notadamente nos últimos anos. Sejam motivos decorrentes do rearranjo da "divisão do trabalho" mundial observado na década de 1990, com o impulso nas empresas da terceirização de áreas que não são consideradas essenciais para o seu negócio ou como forma de reduzir o custos dos encargos trabalhistas (que em nosso país, chegam a representar até 120% do valor pago a título de salário), ambas as premissas associadas a uma redução dos "custos de transação" de suas empresas. Sejam motivos de ordem cultural, à vista de sendo o

são agentes integrantes e que estão em contínuo ingresso no Mercado, não se tratando de um fenômeno transitório ou ocasional, caracterizando o caráter de **permanência** de tais fenômenos na realidade social.

Por todas essas razões, mesmo os pequenos empreendimentos são fenômenos classificáveis como "instituições", são autênticas "Empresas-Instituição", dotados de organização própria, mesmo que em escala reduzida (se considerados individualmente), pois são abstrações, soluções do engenho humano, dotados de permanência, relevância e reconhecimento social, que, igualmente, envolvem relações de hierarquia e cooperação com outros agentes sociais, como qualquer "instituição-organização".

2.2.2.2.1. Da questão da "organização" na micro e pequena "Empresas-Instituição"

Neste ponto, mister aprofundar os comentários no tocante à classificação da micro e pequena Empresa, e mesmo do empreendedor individual, como "instituição-organização", em especial à vista das formulações de alguns de que nessas espécies em vários casos não se nota uma "organização da atividade produtiva" com a gestão de "mão-de-obra de terceiros e de recursos próprios e alheios" para a consecução do fim a que se destina.

Inicialmente, ressalte-se que inócua a discussão de serem ou não Empresas esses agentes, por conta da presença ou não de efetiva "organização de fatores de produção", entendida resumidamente como o "trabalho humano" e "capital" alheio, visto que socialmente tais fenômenos são essencialmente reconhecidos como Empresa por gerarem a produção e circulação de riqueza de forma **intencional** e **planejada**, **sendo esses aspectos a real noção de "organização" da atividade produtiva** (a criação e circulação motivada e pré-determinada de riquezas pelos seres humanos).

Brasil um país notório por sua desigualdade social, o ato de empreender representar para os brasileiros uma forma de melhor suas condições de vida, seja por propiciar uma forma de obter renda (no caso, o empreendedorismo "por necessidade"), seja por sinalizar uma oportunidade de melhor sua condição social (no caso, o empreendedorismo "por oportunidade"). Conforme o referido estudo *Empreendorismo no Brasil* – 2007: relatório executivo, cit. (v. nota anterior), a estabilidade macroeconômica não só não arrefeceu o fenômeno de pequenos empreendimentos no país, como também possibilitou uma maior sobrevida às pequenas empresas e ainda possibilitou um incremento no número de "empreendedores por oportunidade", ou seja, sinalizando a busca dos empreendedores brasileiros de negócios que lhes possam garantir melhores condições sociais, não apenas sobrevivência.

Ainda sob o aspecto técnico-formal desse reconhecimento, com o advento do Novo Código Civil Brasileiro de 2002[270], vale destacar que a existência legal do fenômeno Empresa inicia-se com a inscrição (o reconhecimento jurídico) do "Empresário" ou da "Sociedade" no "Registro Público de Empresas Mercantis", uma vez cumpridos os requisitos legais, independentemente de seu tamanho, estrutura e forma de organização produtiva. Nesse sentido, de se notar que mesmo pela Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, foi instituído regime privilegiado para figura do "empreendedor individual" (o "pequeno empresário"), para incentivar sua formalização, ou seja, seu registro, sua existência formal no plano jurídico[271].

Dessa forma, o reconhecimento dos pequenos empreendimentos como Empresa (como "ente" ou "pessoa" – no caso, jurídica), na opção do legislador brasileiro dá-se pelo cumprimento de requisitos formais para seu reconhecimento jurídico, cujo aspecto "organização" se confunde com "constituição formal", ou seja: é Empresa devidamente organizada aquela cujo "empresário" (o elemento humano, o "empreendedor" de atividade econômica voltada à circulação de bens e serviços) constitui-se (organiza-se) como tal, nos termos da legislação vigente, e assim passa a praticar atos de gestão empresariais típicos (emissão de Notas Fiscais, celebração de contratos de empréstimos etc.). Dessa forma, para a constituição da Empresa não é imprescindível a presença de uma complexa "organização" produtiva, com diversos contratos e empregados "organizados" para o exercício da atividade econômica.

Todavia, limitar a definição e criação da Empresa ao adimplemento dos termos da lei, sem uma análise do substrato social do fenômeno (ou seu caráter institucional) se confundiria com a própria definição objetiva de "comerciante", nos termos da "Teoria dos Atos do Comércio", o que, conforme extensamente abordado neste trabalho, não reflete adequadamente a realidade social, tampouco a opção do legislador (que foi clara, no

---

[270]Exegese dos artigos 966, 967 e 968 do Novo Código Civil Brasileiro de 2002.

[271]A Lei Complementar nº 128, de 19/12/2008, criou condições especiais para que o trabalhador conhecido como informal ("autônomo") se formalizasse como um "Empreendedor Individual" legalizado, como um pequeno "empresário". Caracteriza como empreendedor individual aquele que fatura, no máximo, até R$ 36.000,00 por ano, não tem participação em outra empresa como sócio ou titular e que tenha até um empregado contratado que receba o salário mínimo ou o piso da categoria. Tais empreendedores legalizados fazem jus a registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) (que lhes possibilita a abertura de conta bancária, pedido de empréstimos e a emissão de notas fiscais), são enquadrados no "Simples Nacional" e ficam isentos de impostos federais (Imposto de Renda, PIS, Cofins, IPI e CSLL), pagando apenas um o valor fixo mensal de R$ 52,15 (comércio ou indústria) ou R$ 56,15 (prestação de serviços), que será destinado à Previdência Social e ao ICMS ou ao ISS (quantias atualizadas anualmente, de acordo com o salário mínimo).

tocante ao reconhecimento formal e legal do fenômeno, como abstração humana dotada de permanência, relevância e reconhecimento no seio social).

Assim, sob a classificação como "Empresas-Instituição" das pequenas Empresas e dos empreendedores individuais, de se recordar que se notabilizam as "instituições-organização" (nas quais se inserem as Empresas) em primeiro lugar por serem "*organismos*", ou entes personificáveis reconhecidos no seio social que em si têm presentes aspectos como a coordenação – voluntária ou compulsória – de relações humanas (em sua fase mais desenvolvida, sob a forma de efetivos agrupamentos humanos) com relações de hierarquia e de cooperação[272].

Conforme mencionado acima, esses pequenos empreendimentos são "organismos" reconhecidos pela Sociedade que (mesmo em menor grau e escala do que as grandes Empresas) também apresentam inter-relações com terceiros, seja sob o regime compulsório de hierarquia, como se dá na relação de trabalho empregado-empregador[273], seja sob o regime voluntário e cooperativo com terceiros fornecedores (de insumos, ponto de venda etc.). Tais relacionamentos seguem princípios e valores próprios desses agentes sociais (esses pequenos empreendimentos), que com eles visam à sustentabilidade e prosperidade de seus negócios[274].

Assim, os pequenos empreendimentos (os empreendedores individuais, as micro e pequenas Empresas) são "**organismos**" (entes, pessoas jurídicas) reconhecidos pela Sociedade e pela Lei, dotados de organização consistente tanto com o fato de desempenharem atividades intencionais e planejadas, quanto com o fato de, nesse intento, atuarem em coordenação compulsória ou voluntária, com relações de hierarquia ou cooperativas, com terceiros.

Por todos esses motivos, não se sustenta o argumento de não serem as Empresas verdadeiras "instituições" pelo fato dessa classificação não abranger todos os fenômenos empresariais, em especial os de pouca "relevância social", como supostamente seria o caso dos "pequenos empreendimentos" – que não só possuem relevância, como são, de fato, fenômenos organizados e institucionalizados na realidade social.

---

[272]v. Parte II, capítulo 4.

[273]Notar que caso do empreendedor individual, inclusive, a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas faculta-lhe ter um funcionário

[274]Nesse sentido, patente é a atuação do SEBRAE, que desde sua criação em 1972 busca melhor estruturar os pequenos empreendimentos brasileiros, capacitando-os com as boas práticas e técnicas do mercado, com vistas a assegurar sua sobrevivência e crescimento.

2.2.2.3. Da alteração dos princípios norteadores das relações empresariais: do absolutismo do paradigma da "proteção do crédito público" para o paradigma da "função social"

Em 1985, quando Professor Bulgarelli publicou sua obra "A Teoria Jurídica da Empresa", nosso atual Código Civil ainda era um anteprojeto cuja aprovação se arrastava pelo Congresso Nacional, que levaria ainda mais de uma década para ser convertido em lei, com significativas alterações[275].

Entre a publicação de sua teoria e a aprovação do Código com redação atual, a realidade socioeconômica do país, e consequentemente a realidade empresarial, experimentaram profundas transformações que não passaram despercebidas pelo legislador, que as tratou de regular não só na novel Codificação Civil, como também, por exemplo, na contemporânea re-sistematização do processo de "falência", com o advento da figura da "recuperação judicial", corolário do reconhecimento da importância da "função social" da Empresa, além da positivação de leis outorgando tratamento privilegiado aos pequenos empreendimentos, visando incentivá-los conforme determinou a Constituição Federal de 1988 (art. 176).

Dado o pacificado reconhecimento da "função social" da Empresa (de qualquer dimensão), no sentido de sua importância desenvolvimentista para o país, pela geração de riquezas e renda, houve uma sensível alteração na matriz dos valores a serem protegidos pelo sistema jurídico, nas palavras do professor BULGARELLI, na "*valoração dos [interesses] que deveriam ser tutelados*"[276], com a assunção de maior relevo o interesse público na preservação da Empresa, o que, de várias formas, veio flexibilizar o absolutismo da tutela do interesse de "*proteção ao crédito público*", possivelmente pelo reconhecimento do fato de que, em verdade, se protege o "crédito público" assegurando a

---

[275]Não se pretende aqui simplesmente colacionar o adágio de que "basta uma nova lei para que bibliotecas inteiras percam seu valor", mesmo porque tal posicionamento em si nega o caráter científico da teoria geral do próprio Direito, o que não é, nem de longe, o caso. O Direito é uma ciência construída com base em valores (conforme também ensina o Prof. Calixto Salomão), com o exercício diário de seu operador em buscar soluções que melhor se adéquem à realidade social para fins de sua legitimação, atentando que para tanto, nas palavras de LEITE, o "'*socius' no plano jurídico é pungente de forma, que não se pode ignorá-lo a bem de se propiciar a convivência social.*", de forma que sendo o núcleo do fenômeno jurídico "*a relação jurídica*" ou a "*normatização"*, certo é que "*de qualquer maneira, a normatização é subseqüente à relação social e jurídica*". (LEITE, Gisele Pereira J. Uma introdução à teoria geral do direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 51, 31/03/2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4665>. Acesso em: 06 dez. 2009).

[276]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 104.

continuidade da geração de riquezas para sua quitação, o que apenas é possível com a manutenção do agente (a Empresa) no "*jogo*"[277].

De se ressaltar que essa alteração valorativa deu-se em consonância com as mudanças de conduta observadas no ambiente empresarial mundial, em especial nos últimos 30 anos, com o advento do "Paradigma da Sustentabilidade"[278], por conta do que o próprio conceito de Empresa, no aspecto valor-moral, experimentou profundas transformações, fazendo mister o alinhamento do Direito com essa nova realidade[279], processo devidamente iniciado pelas referidas novéis leis civil e falimentar, dentre tantas outras, que se voltaram para os **fundamentos da atividade produtiva, positivando a reorganização da matriz e escala de tutela de valores sociais.**

---

[277]Vale aqui frisar fortemente que tal alteração na hierarquia de valores a serem tutelados, com a preponderância da preservação da Empresa vem efetivamente reforçar a proteção ao crédito público de forma tão abrangente quanto proposta por BULGARELLI. Isso porque, a garantia do adimplemento das obrigações decorre da solidez dos fundamentos econômicos da Empresa, da viabilidade de seu modelo de negócios (que inclusive, no processo de recuperação, é objeto de detida e devida análise). O modelo de assunção desenfreada de riscos, sem qualquer lastro, pelos ditos "*credores*" calcado na certeza – ainda que ficta – de um suposto ressarcimento por meios outros que não a sustentabilidade do próprio negócio, é em si o cerne de várias crises que têm conduzido as inúmeras bolhas especulativas recentemente observadas. George Soros (o mais bem-sucedido especulador financeiro da história) em sua recente obra "O novo paradigma para os mercados financeiros – a crise atual e o que ela significa", expõe claramente essa situação – e como se aproveitou dessa conduta dos "credores". Trabalhando com conceitos como sua "Teoria da Reflexividade", na qual expõe que os agentes econômicos em razão de seu "conhecimento limitado" adotam comportamentos reflexivos, mais pautados pelas atitudes dos demais agentes ("efeito manada") do que propriamente pelos reais fundamentos econômicos, demonstra como é extremamente temerário aos agentes econômicos (em especial as empresas) pautar sua atuação no mercado por meio do mero reflexo da atitude dos demais agentes (que mesmo que aparentemente estáveis por longos períodos, é altamente provável serem falhos), sem a análise dos reais fundamentos econômicos de sua atividade, em outras palavras, sem a reflexão no curto, médio e longo prazo das consequências de suas decisões em seu mercado (e por conseguinte na própria Sociedade). Certamente que tais condutas pelos agentes econômicos são calcadas na certeza (ficta) de um ressarcimento sempre existente e possível, que em tese os ordenamentos jurídicos tentam assegurar por meio de leis (falimentar, cobrança) e institutos jurídicos (garantias), que embora válidos, representam uma última tentativa de minimizar prejuízos (sempre carregados de custos de "transação") e nunca uma real e sólida solução para o prejuízo.

[278]Movimento iniciado nos anos de 1970, com o advento da figura do ecodesenvolvimento na Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (realizada em Estocolmo, em 1972, que buscava conciliar o crescimento econômico com o aumento igualitário no bem-estar social e com preservação ambiental. De se notar que tais preocupações não surgiram de forma puramente "altruísta" na comunidade internacional, mas foram resultado do próprio avanço no reconhecimento e, conseqüentemente, na regulamentação dos ditos direitos difusos pelos ordenamentos jurídicos, mediante a responsabilização pelas externalidades negativas ("custos sociais") das atividades produtivas. Assim, como forma de se eliminar, prevenir e mitigar tais impactos sociais nefastos, tanto o Ordenamento Jurídico passou a disciplinar condutas e sanções, quantos os agentes de mercado, visando assegurar sua própria sobrevivência, passaram a desenvolver e adotar práticas que elidissem tais riscos e responsabilidades (ponto aprofundado na Parte IV deste trabalho).

[279]No sentido de se eliminar o "divórcio entre a realidade e o Direito", nas palavras de ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELLA (v. nota 6 - GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. op. cit., p. 11).

2.3. Da Teoria do Conceito de empresa de Romano Cristiano

A obra de CRISTIANO denominada "Conceito de Empresa"[280], publicada em 1995, é parte final da trilogia iniciada pelo autor em 1977 com a publicação de "A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica"[281] (que atacava o problema da injusta responsabilização ilimitada do comerciante individual em relação às demais formas de organização comercial), seguida pelo trabalho publicado em 1982 intitulado "Personificação da Empresa"[282] (no qual, evoluindo seu pensamento, observou que a personificação cabia a todas as Empresas, e não somente às Empresas individuais, consoante defendido em seu trabalho de 1977).

2.3.1. Do conceito de Organização surgindo o conceito de Empresa

Iniciando sua obra "Conceito de Empresa", evoca CRISTIANO a "*eterna questão da correspondência entre realidade e Direito*", visto que a "*realidade faz surgir problemas*" para os quais compete ao Direito criar soluções, urgindo que, com relação à Empresa, ser mister "*fazer desta uma categoria jurídica perfeitamente correspondente à categoria econômica que hoje a palavra indica*" [283].

Nesse seu trabalho, CRISTIANO, ao buscar conceituar a Empresa, traz interessante definição de **organização**[284], o qual conduz à criação da própria noção de instituição do ente, definida "organização" como:

> "***um conjunto de elementos diversos****, direta ou indiretamente consistentes em seres humanos, os quais,* ***mediante a observância de determinado complexo de normas, que interagem de forma estável e racional, em torno de designação particular e de objetivo específico****, ambos comuns a todos, utilizando certos instrumentos formadores de patrimônio que, ainda que formalmente comum, a rigor nunca tem dono propriamente dito.* ***Tal interação fundamenta-se em uma comunidade de interesses e gera dependência entre diversos elementos****, ao mesmo tempo em que permite fácil substituição dos referidos elementos. Por isso,* ***para que fique assegurada a unidade de ação, ela é coordenada a partir de determinado centro de poder****, ou autoridade, ou supremo poder*

[280]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit.
[281]Id. *A empresa individual e a personalidade jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
[282]Id. *Personificação da empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
[283]Id. *Conceito de empresa*, cit., p. 7 e 8.
[284]Já colacionada anteriormente neste trabalho - v. Parte II, capítulo IV.

> *coordenante.* ***A coordenação resulta em ordem hierárquica que comporta divisão do trabalho, liderança, delegação e definição funcional*** *(...). A ordem hierárquica se estabelece em esferas diferenciadas de funções (...).* ***O conjunto, que sempre faz surgir uma instituição (lato sensu), não importa se com base no direito público ou no direito privado, apresenta características diferentes das existentes nos diversos elementos, e revela eficiência maior que a dos elementos isolados, além de maior estabilidade e durabilidade.***" (g.n.) [285]

Partindo dessa definição de **organização**, CRISTIANO classifica a Empresa como tal, vez ser este ente formado por um "conjunto de elementos", "direta ou indiretamente" humanos, que observam a "normas próprias", de forma "estável e racional" com vistas a atingir um fim comum, realizado de forma coordenada (planejada e organizada) por um centro comum, para tanto utilizando os meios materiais e imateriais que dispõe, em sua ação gerando "dependência" com outros fatores e agentes e, assim, no conjunto resultando em uma verdadeira "*instituição*"[286].

À luz de tal conceito de organização, CRISTIANO conceitua a Empresa como:

> "*uma organização atual ou potencial de trabalho, que resulta da união direta ou indireta de elementos humanos, os quais, agindo com determinado escopo, observando determinado conjunto de normas e utilizando capital relevante realizam intermediações habituais e lucrativas nas relações de troca.*" [287]

2.3.2. A formalização da Empresa: as tênues fronteiras das atividades econômicas de natureza civil e de natureza comercial

Prosseguindo em sua obra de 1995, CRISTIANO realiza interessante reflexão sobre o ato de formalização da Empresa no universo jurídico, no caso, mediante seu registro em fólio adequado[288].

Questão pertinente em tal época, suscita[289] que a Junta Comercial não é o registro de "pessoas jurídicas", mas o registro dos "comerciantes", asseverando que a inscrição em

---

[285]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 114.

[286]Ao aplicar seu conceito à figura da Empresa Pequena, CRISTIANO faz uso dos mesmos argumentos que esposamos no subcapítulo 2.2.2.2 desta Parte III, em especial com relação à crítica de que organizações exigem a "coordenação de pessoas", sendo certo que tal coordenação pode ser realizada de forma direta (empregados e sócios) ou indireta (fornecedores, capitalistas e assemelhados). Acrescentamos que além de direta e indireta, tal organização pode ocorrer de forma compulsória ou cooperativa.

[287]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 157.

[288]Id. Ibid., p. 184.

[289]Registre-se que tal obra é datada de 1995, portanto anterior ao atual Código Civil Brasileiro de 2002.

tal órgão, per si, "*não* confer[ia] *a ninguém a qualidade de comerciante (já os antigos diziam que 'matricula non facit mercatorum)*" de forma que "*comerciante é apenas aquele que exerce atividades comerciais, independentemente de registros*" [290].

A relevância dessa posição aflora quando o autor analisa a questão do registro de sociedade civil em registro comercial, e vice versa, o que assinala, naquele momento, era considerado por parte significativa da doutrina como irregular (tal como uma sociedade de fato, não registrada), portanto respondendo seus sócios de forma solidária e ilimitada pelos passivos de tal sociedade[291].

Para CRISTIANO, considerar irregular a sociedade registrada em fólio impróprio não parecia ser o mais adequado, em especial ao considerar que o início da personalidade jurídica (nos termos do Código Comercial então vigente) coexistia – não se confundindo – com o registro de comerciante, visto ser a personalidade jurídica comum a todas as sociedades de fins econômicos (civis e comerciais). Tal posicionamento, contudo, permanece sendo de particular efeito ao se considerar a realidade econômica atual que ostenta "*às vezes* [de forma] *muito sutil, imperceptível, até mesmo indefinível a fronteira entre as atividades civis e comerciais*" [292].

Além desse argumento, salienta CRISTIANO que, nos anos de 1990, se observava uma "*notável tendência do público em geral a registrar atos constitutivos de toda e qualquer sociedade de fins econômicos no órgão de registro do comércio, independentemente da natureza da atividade exercida*", pelos motivos mais diversos, desde o natural erro na definição da natureza de sua atividade como civil ou comercial; por se considerar o registro comercial mais "importante" que o civil, de forma a evitar "constrangimentos" ao apresentar seus documentos societários a terceiros; ou por acharem mais prático o registro comercial (este de âmbito estadual, enquanto os registros civis, de âmbito municipal, não integrados, sempre dificultarem a verificação da existência de uma sociedade civil); ou ainda por muitos realmente acreditarem ser o registro comercial – a Junta Comercial – o único órgão de registro existente e competente para atos societários[293].

---

[290]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 185.
[291]Id., loc. cit.
[292]Id. Ibid., p. 186.
[293]Id. Ibid., p. 186-187.

2.3.3. Da questão da limitação da responsabilidade dos sócios e dos subterfúgios para sua consecução

Outro aspecto interessante da reflexão de CRISTIANO diz respeito à limitação da responsabilidade dos comerciantes, tendência que seria revelada pelo próprio Legislador brasileiro.

Realizando breve apanhando histórico o autor anota que, originalmente, ou o empreendimento (a Empresa) era organizada sob o formato de uma companhia de comércio ou sociedade anônima (com os sócios com responsabilidade limitada) ou, na ausência de requisitos especiais aos sócios[294], a opção inevitável era a "*sociedade em nome coletivo*"[295] (com a responsabilidade ilimitada de todos os contratantes).

Tal quadro alterou-se em 1919 com o advento da figura da "*sociedade por quotas de responsabilidade limitada*", que juntamente com a "*sociedade anônima*", tornou-se um dos tipos societários mais comuns atualmente.

Com o surgimento desse tipo societário (a "sociedade limitada"), apenas ao comerciante individual restou o fardo da responsabilidade ilimitada, o que incentivou a prática dentre tais empreendedores da criação de "*situações jurídicas que, perfeitamente legais quanto à forma, não* passa[va]m*, no fundo, de estratagemas para burlar a lei*", como no caso das "*sociedades de fachada*" (um sócio com quase a integralidade das quotas) e das "*sociedades entre cônjuges casados na comunhão universal de bens*" (que para a Lei tratar-se-ia de um "*comerciante individual com responsabilidade limitada, figura que a legislação brasileira ainda não admite*"[296]).

Na busca da limitação da responsabilidade social, CRISTIANO também observa que a sociedade comercial dos tempos do Código Comercial (século XIX), caracterizava-se pela união de pessoas, não necessariamente todas comerciantes, sendo certo que então mais do que capital, o que importava eram as pessoas dos sócios, que o público chegava a conhecer pessoalmente, cunhando com propriedade o autor que "*eram os sócios,*

---

[294]Que conduziria a estruturação do negócio utilizando formatos societários como a sociedade capital e indústria e a sociedade em conta de participação.
[295]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 187-188.
[296]Id Ibid., p. 188.

pessoalmente, os maiores responsáveis pelo aviamento da empresa, que poderia diminuir ou mesmo desaparecer no caso de morte ou retirada de alguns deles" [297].

O jurista prossegue destacando que mais recentemente o "*alvo das atenções gerais é tão somente a* ***empresa em si****, entendida como organização empresarial; e são as qualidades desta que determinam a chegada de consumidores e usuários*" (g.n.) referindo-se com isso "***ao prestígio da empresa****, sua solidez, suas perspectivas, seu comportamento correto, as vantagens práticas que oferece e assim por diante*", pouco importando na mão de quem estivesse o controle, visto que "*via de regra, o grande público não conhece os sócios, nem percebe as transferências de controle ou, simplesmente, as mudanças do quadro social*"(g.n.) [298].

Assim, já em 1995 concluía CRISTIANO que por tais razões (em especial a diminuição da importância da pessoa física do "empresário"), cada vez mais se busca a limitação da responsabilidade dos sócios ao se optar pelos formatos de sociedade anônima ou limitada (esta última cada vez mais tratada na prática como uma pequena anônima).

De tal opção decorreu outra reflexão bastante pertinente do autor a respeito da "*unificação das formas empresariais*"[299] e que o fez propor **como novo critério diferenciador entre as Empresas ditas comerciais a questão do seu "*tamanho*"[300] e não mais seus "arranjos societários"**.

Nesse sentido, para CRISTIANO, as Empresas comerciais se classificam como: pequeno comerciante, microempresa, empresa de pequeno porte, sociedade de pessoas - muito fechada (controle societário solidamente encerrado nas mãos do controlador), sociedade de pessoas - pouco fechada (com a vantagem de não ter as obrigações de publicação das anônimas, mas com a possibilidade de alteração de quadro social), sociedade de capitais – fechada pequena, sociedade de capitais – fechada normal e sociedade aberta[301].

---

[297]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 195.
[298]Id. Ibid., p. 196.
[299]Basicamente em torno desses dois tipos de sociedade (limitada e anônima), na qual a limitada cada vez mais operando como uma pequena anônima, sempre tendo em vista principalmente a limitação da responsabilidade. (Id. Ibid., p. 204).
[300]Id. Ibid., p. 207.
[301]Id. Ibid., p. 207-209.

2.3.4. Da personificação de fato e da institucionalização: a unificação da Empresa

CRISTIANO aponta que na própria legislação brasileira, mais especificamente na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, há claros sinais da tendência da personificação da Empresa[302], ao se afirmar textualmente ser o empregador a "Empresa, individual ou coletiva" [303].

Defendendo tal entendimento, prossegue o jurista afirmando que tal opção do legislador trabalhista demonstra que este "*ficou menos preocupado com os titulares ou proprietários da empresa (os únicos, a rigor, dotados de personalidade, física ou jurídica, e únicos também com capacidade para contratar) do que com a empresa em si, tratando-a como se tivesse alguma forma de personalidade jurídica*", anotando que "*as repartições públicas fiscais e parafiscais fazem o mesmo, tratando a empresa como se tivesse personalidade própria, uma vez que com freqüência admitem transformações e transferências de firmas individuais*", visto que "*de acordo com a sistemática brasileira, a empresa em si, que não tem personalidade própria, se identifica com a pessoa, física ou jurídica, de seu proprietário ou titular*" [304].

Em seu raciocínio, colaciona a observação de Oscar Barreto Filho, na obra "Teoria do Estabelecimento Comercial"[305], *in verbis*:

> "(..) *na prática, a continuidade da empresa, que se revela objetivamente no estabelecimento,* ***excedendo a vida das pessoas que a criaram ou dirigiram****, a possibilidade de sua transferência de um para outro titular,* ***lhe conferem uma existência aparente, como se fosse real sujeito de direitos e obrigações****, a ponto de nela se reconhecer uma pessoa econômica.* ***O próprio esforço desenvolvido pelo empresário, no sentido de atribuir à empresa uma consistência objetiva, leva ao resultado de que a pessoa do titular vá se apagando gradualmente da consciência da clientela, para dar lugar à presença mais firma e mais estável da empresa.*** *Daí a tendência natural, que comumente se nota, de referir à*

---

[302]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 209.

[303]Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho) Art. 2º - **Considera-se empregador a <u>empresa</u>**, individual ou coletiva, **que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço**. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. (g.n.)

[304]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 210.

[305]BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial.* São Paulo: Max Limonad, 1969, nº86, *apud* CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 210.

> *empresa aqueles direitos, aquelas manifestações de atividade que, de fato, são concernentes ao empresário. A coexistência necessária dos três conceitos explica a referência à empresa – ou ao estabelecimento – quando na verdade se quer aludir ao seu titular, fala-se em Mappin Stores, Casa Kosmos, Galeria Paulista de Modas para designar os respectivos empresários, que são desconhecidos do grande público.* ***O emprego da metonímia, se bem que possa ser explicado, não acarreta a identidade dos conceitos***"(g.n.)[306].

Registra CRISTIANO – com o que endossamos plenamente – não ser correta a utilização pelo mestre paulista Oscar Barreto Filho da expressão "metonímia" para justificar a forma de tratamento empírico da Empresa, por conta de que na realidade social isso não mais se observar, visto que o sentido dado pela Sociedade à palavra Empresa não é mais aquele de outrora, não se refere ao "*empresário*" e, sim, ao "***novo agente comercial, a uma organização de trabalho e capital,*** *da qual o empresário é apenas elemento componente,* ***a algo que acabou substituindo o antigo comerciante no exercício da atividade comercial*** " (g.n.) [307].

Nesse sentido, prossegue o autor registrando que "*o fenômeno da personificação de fato costuma caminhar 'pari passu' com outro que poderíamos designar como sendo o fenômeno da institucionalização crescente das sociedades comerciais em geral*", observando que "*a sociedade anônima encontra-se institucionalizada já há tempo*", que a "*sociedade limitada, que praticamente substituiu todas as demais sociedades comerciais ditas de pessoas*" fruto "*das pressões constantes, que as Juntas Comerciais recebem, a fim de que a sociedade limitada passe a ser tratada, cada vez mais, como uma pequena anônima, estão começando a aproximar o tipo societário em questão e do caminho que leva à institucionalização*", somando-se ainda a pressão dos "*comerciantes*" em fazer aceitar a idéia da sociedade unipessoal também no âmbito da limitada, que não "*sendo contratual, ela só poderá ser, (...), institucional*" [308].

Como resultado de suas reflexões, CRISTIANO conclui que:

> "*embora a empresa unificada ainda não exista no plano legislativo, ela está hoje, contudo, na mente de todos, a tal ponto que pode ser imaginada em todos os seus aspectos essenciais, em todas as suas características básicas, com fundamento nas atuais tendências dos*

---

[306]*Apud* CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 212.
[307]Id.,loc. cit.
[308]Id. Ibid., p. 212-213.

> *comerciantes, nas atuais necessidades das atividades comerciais, na atual realidade econômica do Brasil e do mundo*" [309].

Prossegue definindo que a "*empresa unificada muito se parece com a atual sociedade anônima ou companhia*", assim salientando o conceito que esposamos de "Empresa-Instituição" personificada, sendo que a importância dessa conceituação reside no fato de as Empresas atualmente, e cada vez mais, agregarem interesses que vão além dos interesses de seus "sócios" ("empresários") e dos elementos **internos** ligados à Empresa (como trabalhadores, administradores etc.), mas diversos outros que lhes são **externos**, mas a ela intimamente vinculados (fornecedores, credores, consumidores etc.).

Em outras palavras, a Empresa consolidou-se como um relevante centro de imputação de grande número de interesses, o que faz imperar a necessidade de sua transparência [310], passível de ser obtida mediante o reconhecimento de sua personificação.Por conta desse universo de interesses, o autor sustenta que sua definição de "empresa unificada e personificada" é extensível a todas as "Empresas, independentemente de seu tamanho[311], visto que em comum com todos esses agentes orbitam diversos interesses, sobretudo o interesse público no exercício da atividade econômica.

Fechando suas reflexões em 1995, CRISTIANO reitera a necessidade de adaptação do Direito a essa nova realidade social, visto que o:

> "*direito existe para oferecer soluções aos problemas que a realidade social, econômica ou não, faz surgir. Ora, modificado o problema, deve, necessariamente ser modificada a solução. O direito deve, em conseqüência, adaptar-se continuamente à realidade que muda, não fosse assim, ele deixaria de ser solução, para tornar-se mais um problema.*" [312]

Nesse sentido, anotando que o Direito, no seu estado de desenvolvimento de então (1995), em descompasso com a realidade social ainda não reconhecia a Empresa, uma vez que sempre que a mesma era procurada ("*em função de um relacionamento jurídico qualquer*"), nunca era encontrada, sempre se "*deparando com algo diferente*", em seu lugar aflorando "*comerciantes individuais ou sociedades comerciais de qualquer tipo*",

---

[309]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 214.
[310]Id. Ibid., p. 219.
[311]Id., loc. cit.
[312]Id., loc. cit.

que acabavam por absorver tal ente devido à ausência do reconhecimento nela de personalidade própria[313].

Assim, aponta CRISTIANO a necessidade do reconhecimento da "*personificação da empresa, resultando do simples reconhecimento de sua atual estrutura econômica, e da absorção das principais tendências gerais verificadas no âmbito das atividades comerciais*", ou seja, a necessidade da "*unificação da empresa e sua simultânea personificação*", e isso por duas realidades básicas: (i) "*a complexidade de sua estrutura*" (tornando mais fácil de administrar o ente personificado, aliás, razão do advento do instituto da "pessoa jurídica") e (ii) "*a multiplicidade e diversidade de interesses que vem polarizando*", não sendo mais possível identificar a Empresa apenas com o interesse do "empresário" ou do "controlador", (interesses esses que, todavia, possuem peso próprio e relevante nessa arena social).

Como será aduzido no item seguinte, com as recentes legislações (em especial a codificação civil, a legislação falimentar e os novos normativos versando sobre o empreendedor individual) foi dado importante passo no realinhamento do Direito com essas novas demandas da realidade social.

2.3.5. Revisão Crítica

2.3.5.1. Da aderência do Conceito de Empresa de Cristiano e o Conceito da "Empresa-Instituição"

A obra de CRISTIANO tem por grande mérito trazer – de forma até pioneira em uma obra jurídica brasileira – o conceito de Empresa explícito como uma "organização", como um fenômeno que deveria ser tratado de forma "unificada" e "personificada" pelo Direito, no intuito de se apresentar uma solução jurídica mais alinhada com as demandas e valores da realidade social vigente.

O conceito de "Empresa-Instituição"[314] que defendemos é condizente com tais posições de CRISTIANO, enxergando-se na Empresa uma "instituição-organização", que

---

[313]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 248-249.

[314]Cf. Parte II, capítulo 4: "Em nossa definição, 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

deve ser vista de forma "integrada" (em referência ao conceito de "unificada"), como centros de imputação autônomos, daí decorrente sua personificação.

Ao expor seu conceito de Empresa, de se notar que CRISTIANO trabalha – ainda que intuitivamente – com os principais elementos da análise institucional, como é o caso da teoria do campo social[315], em especial a questão da gestão dos interesses das diversas "partes interessadas" na Empresa (os "stakeholders"), tanto internos, quanto externos.

Assim, ao propugnar pela unificação do conceito, e ato seguinte sua conseqüente personificação, reconhece CRISTIANO o fenômeno Empresa como uma realidade complexa e admite-a como o resultado da inter-relação desses interesses, portanto distinta de cada um (em especial, do controlador, do empresário), os quais, contudo, mantém sua relevância para a conformação do resultado final.

2.3.5.2. Da natureza civil ou comercial da Empresa

No que toca à pertinente colocação de CRISTIANO acerca da formalização da Empresa e as tênues fronteiras das atividades econômicas de natureza civil e de natureza comercial, mister observar que o novo Código Civil (posterior à obra de CRISTIANO) manteve tal incerteza.

No seu artigo 966[316], o atual Código Civil disciplina como empresário, e, portanto, como atividade empresária (exegese do artigo 982[317]) o exercício profissional de "*atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de*

---

do agrupamento de pessoas que lhe constituem (ex. sócios, colaboradores), sejam elas pessoas com as quais interage na consecução de sua finalidade social (ex. consumidores, concorrentes, agentes públicos etc.)." "De se notar que no curso de sua consolidação no seio social (visto que condição essencial da legitimação de uma abstração – sua institucionalização – é o seu reconhecimento pela e na própria sociedade), tais instituições, como todas as instituições-organização, não mais se confundem com as pessoas que as criaram, amadurecem seus valores, criam seus próprios códigos e, almejando sua sobrevivência de forma independente, adquirem, por assimilação dos diversos interesses que nela atuam, personalidade própria, autônoma, perceptível e admitida no ambiente social em que atua."

[315]v. Parte 2, capítulo 4.

[316]Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro de 2002). *"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. 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."*

[317]Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro de 2002). *"Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto* ***o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro*** *(art. 967);* ***e, simples, as demais****. Parágrafo único.* ***Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa****."* (g.n.)

serviços", categoria na qual não se enquadra o exercício "*de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores*", exceto se o exercício dessas atividades "*constituir elemento de empresa*" ou se essas atividades forem exercidas sob a forma de "sociedades por ações" (artigo 982, parágrafo único).

Ou seja, a questão da natureza da atividade exercida pela Empresa fica em segundo plano, mais importando para sua classificação como "empresária", ou não, a forma societária escolhida sua formalização e sua forma de organização, se característica ou não de "elemento de Empresa".

De se notar que mesmo o Código Civil Brasileiro de 2002, ao trazer as disposições gerais sobre as formas de constituição de "sociedade", simples ou empresarial, no artigo 981[318] define que "*celebram contrato de sociedade as pessoas* [físicas ou jurídicas] *que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços,* ***para o exercício de atividade econômica*** *e a partilha, entre si, dos resultados*" (g.n.).

O já referido artigo 982 complementa que são "sociedades" empresárias as que têm por objeto o "*exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro*", sendo "atividade própria de empresário", nos termos do também já mencionado artigo 966, o exercício profissional de "***atividade econômica*** *organizada para a* ***produção ou a circulação de bens ou de serviços***".

Ou seja, se por um lado o legislador reconheceu que todas as "sociedades" (civis ou mercantis) têm por objeto o exercício da atividade econômica (exegese dos artigos 981 e 982 do Código Civil Brasileiro de 2002), portanto, são todas "agentes econômicos", ele limitou como "empresariais" apenas aquelas que exercem a "produção ou circulação de bens e serviços", excetuadas as sociedades que exercem "atividades intelectual, de natureza científica, literária ou artística" (como se essas "sociedades" não "produzissem ou colocassem em circulação bens e serviços"), salvo se constituírem "elemento de empresa" ou foram formalizadas como "sociedades por ações".

Em outras palavras, pouco importa a natureza da atividade praticada pela "sociedade", pois sua efetiva classificação como empresarial ou não dependerá do tipo

---

[318]Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro de 2002). *"Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados."*

societário que adote (por exemplo, como sociedade por ações ou sociedade cooperativa) e se, de fato ou não, constitui "elemento de Empresa"[319].

Portanto, tem-se como bastante atuais as reflexões de CRISTIANO seja quanto ao caráter *"muito sutil, imperceptível, até mesmo indefinível a fronteira entre as atividades civis e comerciais"* [320], seja quanto à total discricionariedade dos particulares com que são realizados os registros das sociedades, sem preocupação real com a natureza de sua atividade e sim com os efeitos (direitos e deveres) incidentes no exercício dessas atividades ensejados pelo tipo societário adotado.

De se registrar que diferente não poderia ser, visto que desde o período da "Teoria dos Atos do Comércio" já se havia chegado à conclusão da impossibilidade de se exaurir taxativamente o que são "atos de comércio" dos "atos civis", vez que conforme sejam as circunstâncias do exercício da atividade, diferente é a interpretação do fenômeno pelo Direito (por exemplo, se característica ou não de "elemento de empresa").

Fica, entretanto, a sensação da falta de real técnica jurídica abrangendo a questão do registro e classificação das sociedades, impressão de que sua caracterização depende em exagerado grau de uma decisão subjetiva, como toda decisão dessa natureza, flanco aberto para a incerteza e insegurança, que tanto sói o Direito combater.

Essa sensação guarda muita afinidade com outra problemática também abordada por CRISTIANO, no que diz respeito à questão da limitação da responsabilidade social e os subterfúgios dos empresários individuais para obterem tal direito. Por tal razão, enfrentaremos ambos os pontos no item a seguir.

2.3.5.3. A limitação da responsabilidade social como direito dos empreendedores: a utilidade da personificação da "Empresa-Instituição" para esse fim – o exemplo da sociedade unipessoal

A limitação da responsabilidade social é instituto que tem por viés incentivar o empreendedorismo e a assunção do risco, que em grande maneira são salutares à vida em

---

[319]De se observar ainda que nos termos do parágrafo único do artigo 981, o objeto da sociedade pode abranger o exercício de atividades de natureza "empresarial" e "não-empresarial", e mesmo que esta última seja preponderante, pela presença de objeto "empresarial" seu registro é atraído para a Junta Comercial, tornando-a uma "sociedade empresarial".

[320]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 186.

Sociedade, em especial por assim permitir que sejam providas suas demandas, gerando assim riquezas, renda e trabalho.

Não por outra razão tal instituto da limitação da responsabilidade social dos sócios foi desenvolvido, notadamente com o advento da sociedade industrial (século XIX) que reclamava investimentos vultosos em infraestrutura para continuar a prosperar (como em comunicação e escoamento logístico – linhas de telégrafos e malha ferroviária – bem como de insumos – como minérios e petróleo – para potencializar o uso da energia a vapor e facilitar ainda mais a produção em massa) [321].

Pois bem, para poder usufruir desse benefício, CRISTIANO aponta que muitos "comerciantes" individuais lançam mão de expedientes "fraudulentos", como a constituição de "sociedade de fachada" e "sociedades entre cônjuges". Em outras palavras, tais empreendedores são incentivados pela própria sistemática do Ordenamento Jurídico a utilizar de expedientes irregulares para poderem usufruir dos mesmos direitos de outros agentes a ele similares no Mercado, os quais, contudo, tiveram sua criação beneficiada por se constituírem de forma societária.

No que diz respeito à similaridade dos agentes, de se notar, como sustentou CRISTIANO, que atualmente o "*alvo das atenções gerais é tão somente a empresa em si, entendida como organização empresarial"* e às características (qualidades) a ela relacionadas, pouco importando na mão de quem está o seu controle ou mesmo como é estruturado o quadro ou o tipo societário desse ente [322].

Ambas as questões (limitação da responsabilidade social e a forma como a Empresa é atualmente percebida na sociedade) são frequentes no debate acerca da "sociedade unipessoal", cuja negação de existência pelo Ordenamento Jurídico, nas palavras de MOREIRA FILHO[323], do ponto de vista semântico e contratualista, por um lado "*mostra-se na contramão do desenvolvimento econômico*", e, de outro, quanto à "*exigência da pluralidade* [de pessoas contratantes] *mostra-se* [como] *um incentivo à utilização de sócios 'laranja' para a limitação da responsabilidade do sócio* [real]". **Para se evitar tais situações, figura como resposta a positivação e a "*adoção da técnica da separação patrimonial aliada à limitação da responsabilidade*".**

---

[321]v. Parte II, capítulo 3, subcapítulo 3.2.3.

[322]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 196.

[323]MOREIRA FILHO, Francisco de Assis dos Santos. A sociedade unipessoal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2146, maio 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12870>. Acesso em: 07 dez. 2009.

MOREIRA FILHO[324] ressalta que o receio funda-se na possibilidade de fraudes patrimoniais por meio da utilização da "sociedade unipessoal". Contudo, atualmente no Brasil – como em outros países – isso já está plenamente analisado e afastado, na medida em que em nosso ordenamento e nossa jurisprudência já consagraram o uso do "*instituto da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive da desconsideração inversa (mecanismo que pode ser utilizado para fraudar execução contra o sócio)*" para "*responsabilizar aquele que age fraudulentamente ou com abuso de poder*" nas sociedades.

Nesse sentido, MOREIRA FILHO traz à baila o Projeto de Lei nº 2.730/03, de lavra do então deputado Almir Moura, que visava incluir o artigo 985-A na Lei nº 10.406/2002 (o Código Civil Brasileiro de 2002)[325], projeto ainda em tramitação no Congresso Nacional, o qual, seguindo o exemplo da Alemanha, Liechtenstein, Portugal e tantos outros países, busca instituir formalmente no Brasil a "sociedade unipessoal" para fins "*não só* [do] *fomento à economia, mas para se encaixar na evolução comercial e atender ao clamor da sociedade pela adequação do Direito à realidade e aos interesses da sociedade*" [326].

O mesmo reclamo social pela outorga a todos os agentes econômicos do direito à separação de patrimônio social do pessoal, com a respectiva limitação da responsabilidade do empreendedor, tal qual presente na sociedade por ações e mesmo na limitada, é o fundamento que induz CRISTIANO a propor a "*unificação das formas empresariais*"[327], de forma que o critério diferenciador entre as Empresas seja o seu "*tamanho*"[328] e não mais seu arranjo societário, com o que estamos totalmente de acordo.

Como bem salienta CRISTIANO, a realização desse intento apenas é possível mediante o real reconhecimento da personificação da Empresa, em nossas palavras, com o

---

[324]MOREIRA FILHO, Francisco de Assis dos Santos. op. cit.

[325]Projeto de Lei nº 2.730/03 "*Art. 985-A. A sociedade unipessoal será constituída por um único sócio, pessoa singular ou coletiva, que é o titular da totalidade do capital social. § 1º A sociedade unipessoal também poderá resultar da concentração das quotas da sociedade num único sócio, independentemente da causa da concentração. § 2º A firma da sociedade deverá ser formada pela expressão "Sociedade Unipessoal" ou "Unipessoal" antes da palavra "Limitada" ou da abreviatura "Ltda.". § 3º Somente o patrimônio social responderá pelas dívidas da sociedade unipessoal.*"

[326]MOREIRA FILHO, Francisco de Assis dos Santos. op. cit.

[327]Basicamente em torno desses dois tipos de sociedade (limitada e anônima), na qual a limitada cada vez mais operando como uma pequena anônima, sempre tendo em vista principalmente a limitação da responsabilidade. (CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 204).

[328]CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, cit., p. 207.

reconhecimento da "Empresa-Instituição", organização que é em si um sujeito de direito, um centro de imputação de direitos e deveres.

2.4. Das visões atuais sobre a Empresa, a Sociedade Empresarial e o Direito Comercial no Sistema Jurídico Brasileiro e sua aderência com a idéia da "Empresa-Instituição"

Na doutrina do Direito Comercial, não são poucos os ensaios nacionais e estrangeiros que versam sobre a Empresa, a Sociedade Empresarial e a sistemática do próprio Direito Comercial, em todos os seus múltiplos aspectos (a "atividade empresarial", o "estabelecimento comercial", o "empresário", o "aviamento", o "fundo de comércio", os "contratos", os "títulos de crédito" etc.).

No Brasil, notadamente após a edição do atual Código Civil, nada mais natural que tal produção tenha se acentuado, com os diversos juristas e operadores do direito em atuação no país buscando assimilar as novas disposições e integrá-la em um sistema jurídico "empresarial" coeso e lógico, nele identificando e posicionando os tradicionais institutos "comerciais" e sobre eles construindo essa nova ordem, esse novo ordenamento especializado.

Por certo que o mero advento de uma nova codificação não tem o poder de apagar ou desconstituir todo um arcabouço científico construído ao longo de pelo menos um século e meio (apenas se contando da positivação do Código Comercial Brasileiro pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850). Mesmo porque, essa base cultural-histórica em muito foi construída na observação e assimilação dos "usos e costumes" da prática mercantil, **como exercício para a formulação de respostas a questões bastante concretas que assolavam a realidade social então vigente, em sua faceta econômica.**

Ocorre que o atual Código Civil não veio criar uma nova ordem empresarial, mas sim revelá-la, literalmente positivá-la. Após mais de 25 anos de tramitação e acaloradas discussões no Congresso Nacional, essa codificação veio no sentido de aproximar a Lei da realidade social, na matéria que nos toca, reconhecendo a Empresa como elemento central.

Nos subcapítulos anteriores foram analisadas três teorias que julgamos mais representativas sobre a evolução da "Teoria Jurídica da Empresa", a "Teoria dos Perfis da

Empresa" de ASQUINI, datada de 1943, a "Teoria Jurídica da Empresa" de BULGARELLI, datada de 1985, e a "Teoria do Conceito de Empresa" de CRISTIANO, datada de 1995, todas bem anteriores à promulgação do Código Civil Brasileiro de 2002 e, à exceção do mestre italiano, de juristas brasileiros.

Na revisão crítica de cada uma dessas obras, em todo momento buscamos realizar um paralelo entre seus achados e os elementos constituintes do que entendemos por "Empresa-Instituição".

Nas próximas linhas, mantendo a tendência de prestigiar os pensadores BRASILEIROS[329], serão repassadas outras duas teorias jurídicas pertinentes ao fenômeno Empresa, essas confeccionadas posteriormente ao advento do atual Código Civil, nas quais buscaremos igualmente traçar os paralelos entre seus achados e a idéia da "Empresa-Instituição".

2.4.1. A Teoria Jurídica da Empresa da Professora Rachel Sztajn: a empresa como uma organização contratual (feixe de contratos) decorrente da necessidade de produzir para os mercados

SZTAJN[330], em sua obra "Teoria Jurídica da Empresa – Atividade Empresária e Mercados" de 2004, igualmente partindo da premissa da necessidade de se repensar a Empresa, constroi sua teoria compatibilizando análises jurídicas e econômicas acerca dos Mercados, das Organizações e dos Negócios de Cooperação, sempre com base no eixo da atividade econômica.

Assim procedendo, em nosso entender, parte de uma análise macroeconômica da realidade social e, resultado dessa forma de observação, elabora sua teoria com base nas relações firmadas entre os diversos agentes dessa grande arena, desse grande campo social, composta por esses diversos Mercados. E pelo fato da inter-relação desses diversos agentes ser tão relevante, que em sua obra é possível notar a ênfase atribuída às relações de Mercado (campo social no qual se operam a relações econômicas[331]), servindo como base

[329]Até por uma questão metodológica, no sentido de priorizar a análise de nossa produção científica pátria sobre a matéria.
[330]SZTAJN, Rachel. op. cit.
[331]v. Parte II, capítulo 4.

de sua definição de Empresa a teoria do economista Ronald Coase de 1937, professada na clássica obra "*The nature of the Firm*".

Em tal estudo, Coase buscou responder perguntas como por quê as Empresas eram constituídas, por quê que nem todas as transações eram realizadas pelo sistema de Mercado; quais os limites entre as transações realizadas dentro das Empresas e aquelas realizadas no Mercado; por quê as Empresas são constituídas de certas formas e qual o papel das relações "formais" e "informais" nesse processo; por quê as Empresas agiam de formas tão distintas no Mercado e não como seria de se esperar em uma realidade de "competição perfeita"[332].

---

[332]No entendimento de TIGRE, nesse seu provocativo artigo Coase "*argumenta que se o mercado fosse tão eficiente como propunham os economistas ortodoxos, a economia prescindiria de arranjos institucionais alternativos como a grande empresa*" ponto este posteriormente retomado por Williamson (1979) ao atribuir "*à integração vertical da produção à necessidade de coordenação do processo produtivo*" visto que, para tal autor "*a grande firma hierarquizada seria uma resposta às falhas de transação no mercado, diante da possibilidade de comportamentos oportunistas dos agentes*" e "*as redes de firmas seriam formas híbridas de governança entre o mercado atomizado e a grande empresa hierarquizada*". (TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 22).
Registre-se que na opinião de COASE, as Empresas são organizadas para reduzir custos, como uma forma alternativa de se realizar as trocas necessárias para a produção fora de uma realidade de mercado, ou de preços livres (A premissa de redução de custos povoa toda a obra de COASE, não por acaso um dos expoentes da teoria dos Custos de Transação, ou da Economia dos Custos de Transação – ECT.).
Pelo método sistêmico de análise e interpretação, de se destacar que COASE elaborou sua teoria nos Estados Unidos pós Primeira Guerra Mundial, período em que naquele país se observou uma substancial mudança de foco na teoria econômica, da análise dos mercados para os estudos dos agentes econômicos, muito em razão da constatação (notadamente dada a desestruturação global da economia de então) da "falha" dos mercados de ajustar o nível da produção ao da demanda (premissa essencial de um sistema de "competição perfeita"), o que onerou substancialmente as relações de troca, impulsionando os agentes sociais a buscar novas formas de suprir suas necessidades, em especial mediante a verticalização e integração de unidades de negócios em suas atividades (aliás, situação similar à vivenciada pelos comerciantes no final da Idade Média, em que se viram forçados a "verticalizar" sua atuação, integrando a atividade produtiva em seus negócios - v. Parte II, capítulo 3).
No mesmo período, os estudos de Berle e Means (BERLE, Adolph A.; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York: Macmillan, 1933) apontavam também que as organizações americanas apresentavam um quadro particular, no qual o capital acionário estava pulverizado e o efetivo controle da Empresa era exercido por executivos sem relevante participação social, ensejando tomadas de decisões não necessariamente em prol de seus acionistas, tampouco em prol dos interesses da Empresa.
Dispensáveis comentários sobre a questão da preponderância de capital pulverizado, que não se verifica nas Empresas de nosso país (observando-se, contudo, que embora existam movimentos de integração e verticalização no mercado brasileiro – notadamente mediante a terceirização com fidelização via contratos de longo prazo – não exatamente tal fato implica a constituição **social** de uma grande Empresa, ou uma "organização de segundo grau").
Embora tais premissas econômicas e societárias não se repliquem dessa forma na realidade brasileira, os achados de COASE mesmo assim são extremamente válidos, pois abordam questões como mitigação de preços e riscos (a diminuição dos "custos de transação") e chamam a atenção para a necessidade de uma análise mais detida desse agente, a Empresa, como base da atividade econômica e, de forma não menos relevante, a importância de se verificar as motivações (formais e informais) que ensejam as ações desses agentes.

Na construção de sua "Teoria Jurídica da Empresa", SZTAJN[333], citando Mario Bessone, salienta a necessidade da busca de uma "*nova formulação para a noção de empresa a partir do confronto entre a visão de ASQUINI (1943) e de COASE (1937)*", como forma de não só se repensar a Empresa, mas também a sistemática do "Direito Comercial" na atualidade[334].

Sustenta a professora que, em seu entender, Mercados e Organizações são o cerne do moderno Direito Comercial[335], o qual deixou de ser um Direito classista ("dos comerciantes") para se tornar um "*direito de caráter econômico que replica a microeconomia*"[336], e procura demonstrar tal conceito compatibilizando "*análises jurídicas e econômicas a respeito de mercados, organizações e negócios de cooperação, tendo como eixo a noção de atividade econômica*", ou seja, de uma análise macroeconômica procura identificar os padrões aplicáveis para a interpretação da conduta dos agentes ("microeconômicos").

Nesse sentido, SZTAJN por diversas vezes reconhece que as "*empresas e mercados são instituições ou institutos que estão na fronteira entre direito e economia*"[337], inclusive salientando uma preciosa definição de "instituição", a saber:

> "*ao longo do tempo, as sociedades produzem instituições que servem para facilitar a convivência e, em muitos casos, facilitar operações. São, em geral, mecanismos voltados para a coordenação, que estimulam a cooperação ou a organização. Há quem considere que são instituições desse tipo mercados, comunidades ou grupos informais ligados por laços de parentesco ou confiança, associações, empresas ou hierarquias privadas, e o Estado, entendido como hierarquia pública, que coordena, pela edição de leis, tanto as atividades de particulares quanto a economia pública.*" [338]

---

[333]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 8-9.

[334]Por sua pertinência, transcreveremos observação de Vicenzo Buonocore colacionada por SZTAJN: *"Assai bene scritto che le ragioni del diritto commerciale non sono, come si diceva, solo nel rapporto e nella conciliazione tra interesse dell'impresa e interessi generale della colletività; sono anche nella conciliazione degli interessi dei soggetti concretamente coinvolti nell'organizzazione e nell'attività dell'impresa; interessi che si incontrano con quelli dell'imprenditore (o dell'impresa in sé) vuoi nell'organizzazione, e in questo sendo all'interno dell'impresa (interessi di collaboratori,dipendenti e autonomini e, in genere dei coprotagonisti del processo produtivo), vuoi all'esterno dell'impresa nella sua attivitá di mercato (interessi delle imprese concorrenti, delle controparti contrattuali, dei creditori, dei consumatori e in genere dei soggetti presente nel mercato)* ." (L'Impresa: trattato di diritto commerciale. Sezione 1. Turim: G.Giapichelli, 2002, t.1.2, p. 157, *apud* SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 9).

[335]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 10.

[336]Id. Ibid., p. 8-9.

[337]Id. Ibid., p. 27.

[338]Id. Ibid., p. 67.

Definindo, assim, que "*Empresas são organizações mediante as quais são ordenadas, providas ou estruturadas de forma a, juntando os fatores da produção, facilitar a coordenação das atividades econômicas para mercados*" e assim "*podem ser entendidas como forma de instituição social*" [339].

Dessa forma, conclui SZTAJN que "*instituições são caracterizadas pelo liame que estabelecem entre indivíduos que as organizam, pela estrutura que as conforma, pelas regras que as definem e que elas aceitam*", de modo que "*instituições são organizações sociais permanentes de pessoas, formais ou informais*", nas quais "*as primeiras* [instituições formais] *ampliam o caráter vinculativo das relações no grupo, com o que se reduz a exigência de regulação externa com redução da tensão entre elas que nasce do convívio social; amenizar a tensão exige algum tipo de disciplina, regras conhecidas que representem interesses comuns de todos os membros do grupo, porque isso estimula a cooperação*" [340].

Agrega ainda que tais grupos podem ser estruturados de forma horizontal ou vertical, neste último existindo "*subordinados e uma forma de autoridade central com competência regulatória, portanto organizados de forma hierárquica*"[341], com tal "hierarquia" definindo "graduação de autoridade" no exercício de poder.

Reiterando a Empresa como uma modalidade de "organização", a professora SZTAJN anota que é:

> "*impossível imaginar uma empresa, qualquer empresa, sem organização"* prosseguindo que "*organização parece ser o elemento central, essencial, necessário e suficiente, para determinar a existência da empresa, porque gera o aparato produtivo estável, estruturado por pessoas, bens e recursos, coordena os meios para atingir o resultado visado. Tanto a organização de pessoas centrada nas relações de trabalho subordinado, cuja disciplina é a dos contratos de trabalho, quanto a organização dos meios patrimoniais (recursos e bens) para o exercício de uma atividade, estão presentes no desenho da empresa.*" [342].

Acrescentando que "*diz-se* [que] *a identidade da empresa deve estar associada à sua função institucional,* [de] *produzir ou fomentar a circulação de riqueza*" [343], sendo sob essa nova perspectiva que se deve "*compreender o fenômeno da empresa em que se*

---

[339]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 67.
[340]Id. Ibid., p. 68.
[341]Id. Ibid., p. 68-69.
[342]Id. Ibid., p. 128.
[343]Id. Ibid., p. 90.

avança ***no sentido do exercício de atividade econômica organizada****, isto é, a prática de atos seriados, mas sobretudo coordenados entre si para alcançar a finalidade que é o lucro*"(g.n.) [344].

Todavia, nesse sentido, SZTAJN pontua que "*em sede de teoria geral do direito privado, não se encontram regras específicas referidas à atividade como 'fattispecie'*" pois "*atos são pontos de referência de valoração do agir humano*" pelo que "*a atividade pode ser analisada sob dois aspectos: um pontual, dos atos, que parte da estrutura; o outro, funcional, como poder de agir até com um não-ato*" [345]. Assim, como a "***atividade é vista como série de atos dirigidos para uma mesma finalidade, que mantêm vínculo entre si (...) falta ao Direito instituto, além do contrato, e que a patrimonialidade do negócio seja ínsita***." (g.n.)[346].

A partir deste ponto, sustenta a professora que para caracterizar a "*patrimonialidade do negócio*" mister enveredar por matéria contratual, de forma que "*a disciplina da atividade depende de entendê-la, recepcioná-la, como 'fattispecie', como suporte fático indicativo do objeto e da vontade do exercente*"[347], o que apenas é possível mediante a aceitação como sinônimos do conceito de Empresa e de "*atividade econômica*" [348], e assim lamenta que "*atualmente, a concepção de que a empresa* [como atividade negocial/econômica] *é 'fattispecie' normativa distinta do empresário"* [349].

Todavia, em nosso entender, "atividade empresarial" e "empresário" são conceitos que não se confundem, mas se inter-relacionam[350], visto ser a Empresa um **sujeito de direito** e a "atividade econômica" a **manifestação** desse sujeito, sendo o "*empresário*" um dos diversos agentes ("partes interessadas") envolvidos na construção e instrumentalização dos interesses da pessoa jurídica Empresa [351].

---

[344]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 90-91.
[345]Id. Ibid., p. 91.
[346]Id. Ibid., p. 92.
[347]Id., loc. cit.
[348]Id., loc. cit.
[349]Id. Ibid., p. 107.
[350]Aprofundaremos este ponto no subcapítulo 2.4.2 desta Parte III.
[351]Nesse sentido, a SZTAJN mesmo sustenta que "*ato, fenômeno amplamente estudado no mundo jurídico para a atividade*", sendo "ato" e "atividade" em verdade "*institutos que têm em comum a visão de que se referem a resultado de alguma ação das pessoas, aquele* [ato] *fundado na idéia de ação única, esta* [atividade] *na de movimento, de continuidade, de repetição. No plano do direito, ambos são referidos a manifestação de sujeitos de direito e cujos efeitos se projetam no plano do Direito*" prosseguindo que "*a* ***criação da pessoa jurídica*** *é exigência para o exercício de certas atividades, pelo que há quem veja aí a utilidade de separar atividade de atos, a oportunidade para reconhecê-la como categoria autônoma, e, até, se considere associar atividade à função da pessoa jurídica (...) anota-se a ligação entre pessoa jurídica (sociedade) e atividade quando se trata de instituições financeiras bancárias e seguradoras porque, para exercer tais atividades, é preciso que se organize sob forma societária, sociedade personificada titular de patrimônio autônomo que é a garantia de terceiros*" (g.n.) (SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 101-102).

Enxergando a atividade empresarial como "*fattispecie*", a jurista endossa o entendimento de Buonocore, de que a ligação entre Empresa (como "atividade empresarial") e "organização" é "*exemplo de economicidade e profissionalidade, atributo da atividade, mas tem autonomia porque tem existência objetiva externa ao sujeito e pode servir, sucessivamente, à atividade objetiva de sujeitos diferentes*"[352], prosseguindo o jurista italiano que a distinção entre "organização" e "atividade" é que a primeira "*é ação destinada a dar determinada estrutura a alguma coisa ou, ainda, o modo pelo qual alguma coisa é estruturada, induzindo a que se considere o grau e a complexidade da organização empresarial*" [353].

O cerne dessa diferenciação consiste em distinguir atividades "não-empresariais" de atividades "empresariais", sendo estas últimas dotadas de maior complexidade (maior estrutura, organização), por serem voltadas a uma finalidade claramente econômica (remuneração, lucro de seu agente) enquanto as primeiras (as atividades não-empresariais) figuram na ordem de atividades não-econômicas, portanto sem relevância para o Direito de Empresa[354].

SZTAJN explicita ainda o que entende por imputação da "atividade de Empresa", como a "*noção de empresa como centro de imputação de um feixe de contratos*" o que "*leva o estudioso a pensar em tipos ou espécies de organizações, termo que designa realidades bastante distintas*"[355].

Embora reconheça que "*no plano da microeconomia, a noção de empresa vem associada à de agente, em processo de generalização, que muitos dizem ontológico*" [356], afirma isso, contudo, no sentido de enxergar como "*agente*" o "*empresário*", e assim, repetindo a lição de Benito Arruñada, infere que os "*comportamentos empresariais resultam dos objetivos dos contratantes* [empresários] *e se manifestam nas interações com finalidades de cooperação ou de expropriação*", pelo que endossa ser "equivocada" a atribuição de "*objetivos à empresa uma vez que, como qualquer organização, vive sem conter em si mesma um objetivo próprio*" [357].

---

[352]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 127.
[353]Id. Ibid., p. 128.
[354]A despeito de que o núcleo do Direito Comercial, ou melhor, do Direito de Empresa, conforme mencionado no subcapítulo 2.3, é a natureza econômica da atividade do sujeito de direito.
[355]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 155.
[356]Id. Ibid., p. 157.
[357]Id. loc. cit.

Desenvolvendo seu raciocínio sob essas premissas, conclui a professora que a "*empresa não é objeto de direito, também não é pessoa, mas produtora de utilidades*" assim "*tutelas predispostas para direitos reais e de crédito são insuficientes como instrumento de empresa-atividade*" sendo "*mister alargá-las para que, tal como se fez com a disciplina da concorrência desleal, o aparato legal venha tutelar mercados, empresários e consumidores*" [358].

Dessa forma, sustenta SZTAJN que a "*dificuldade é encontrar nas categorias jurídicas o nicho que disciplina atividades*" afinal "*o conceito de atividade empresarial é relevante o suficiente para que se repensem as obrigações de fazer desenvolvidas continuamente no tempo*" [359].

Embora sustente ser a Empresa uma produtora de utilidade e que a atualização do tratamento jurídico concernente a esse fenômeno clama pela "*sistematização das atividades negociais*", ou seja, que se aperfeiçoe "*a disciplina da atividade empresarial como instituto jurídico por si*", SZTAJN prosseguindo em suas reflexões traça com isso um paralelo com a quanto "*formulado na legislação trabalhista, que considera a empresa como unidade organizada, ainda quando a atividade seja exercida por intermédio de unidades ou estabelecimentos ligados*" [360].

Sustenta, assim, que a:

> "*personificação das sociedades que, exercentes de atividade negocial, são ditas empresárias serve, como técnica jurídica, para definir um centro de imputação de efeitos jurídicos, em geral de conteúdo patrimonial, ainda presa a uma visão antropomorfista do fenômeno. Separar patrimônios e determinar diferentes centros de imputação de responsabilidades patrimoniais não se confunde com fazer, com continuidade, com manifestação volitiva, próprias dos seres humanos.*"[361].

Por fim, SZTAJN confronta as doutrinas de Asquini e Coase, visando unificar os perfis propostos por aquele em instituto singular. Buscando conciliar a teoria de Coase[362] (do embate entre "Firmas" e "Mercados") com sua "Teoria Jurídica da Empresa", lança

---

[358]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 162.
[359]Id. loc. cit.
[360]Id. Ibid., p. 169.
[361]Id. loc. cit.
[362]Que, conforme suscitado anteriormente, parte da questão de "por quê as empresas existem", como organização da atividade produtiva, e "por quê os agentes não se abastecem integralmente por meio de trocas realizadas no Mercado", e o que levam os agentes econômicos a escolher entre "uma forma de contratação ou a outra".

mão da lição de Buonocore sobre "Mercado", salientando que este "*é o campo da operatividade da empresa, ação empresarial, no qual se concentram e se compõem diferentes interesses*", é o local que "*serve para a celebração de contratos entre empresas e consumidores*" sendo a "*estrutura em que se harmonizam os aspectos sociais, econômicos e jurídicos que organizam tais contratações*", não se tratando, pois, de "*'locus naturalis' em que a distribuição se efetua, é 'locus' artificial, criado modelado e disciplinado pelo direito para propiciar a circulação de bens, daí sua estreita ligação com a organização das atividades de empresa*" [363].

Definido assim o que é "Mercado", SZTAJN colaciona a lição de Coase para definir a organização Empresa (ou "Firma"), para quem *"a firma, como organização econômica, forma hierárquica de organização da produção,* ***é feixe de contratos celebrados para desenvolvimento da atividade***" (g.n.), endossando a posição de estudiosos que sustentam ser a "Firma" um *"nexo de contratos*",de forma que "*qualquer que seja a posição que se privilegie, o que importa para o operador do direito é (...)* [que]*: sem múltiplos contratos que permitam a organização da atividade não há empresa*" [364].

2.4.1.1. Revisão Crítica

Conforme já mencionamos em outros pontos deste estudo, na atual sistemática, não nos parece adequada a identificação do agente social Empresa com a figura do "empresário", mas, sim, a identificação desse agente com a própria Empresa, com a "*Empresa-Instituição*".

De igual sorte, não nos parece apropriada a identificação, como se sinônimos fossem, entre Empresa e "atividade empresarial", por tais conceitos se inter-relacionarem, sendo a Empresa um **sujeito de direito** (centro de imputação próprio e "personificado" na sua constituição como "pessoa jurídica"), e a "atividade econômica", a **manifestação social** desse sujeito, "cujos efeitos se projetam no direito" [365].

---

[363]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 174.
[364]Id. Ibid., p. 215.
[365]Id. Ibid., p. 101-102.

Citando Rocco, SZTAJN recorda que "*qualquer ato, antes de tornar-se jurídico, é social*" [366], igualmente qualquer ato antes de se tornar "econômico" é social, visto que toda troca econômica é, antes de qualquer outra coisa, uma relação de troca entre agentes sociais.

O reconhecimento da personificação da "Empresa-Instituição", não no mero sentido antropomórfico[367], mas como efetivo, sistêmico e integrado "agente social", permite sua inserção como **sujeito de direito** dentro de uma matriz **valorativa** de direitos e obrigações comum aos demais agentes sociais, matriz esta composta de princípios como da "função social", da "boa-fé", da "solidariedade" e da "cooperação" para o desenvolvimento de todo o tecido da Sociedade.

Conforme já salientado nas reflexões aduzidas anteriormente, a Empresa atualmente, como "instituição", é um "campo social" no qual interagem e preponderam diversos interesses, tais como o interesse dos "empresários", dos "administradores", dos "colaboradores", da "comunidade" e assim sucessivamente (suas "partes interessadas").

Nesse quadro de "governança corporativa", atribuir apenas e exclusivamente ao "empresário" a responsabilidade e decisão pela conduta "moral" que marcará o comportamento da Empresa, sua "atividade empresarial", é caminho seguro para – legitimamente – se fazer preponderar os interesses desse grupo sobre os demais atuantes neste ente, e, adotada essa premissa, carece de lógica, bom-senso e mesmo de sustentabilidade a imputação a essa parte interessada dos ônus de cunho institucional (aqui, no sentido de deveres próprios da instituição Empresa, não desta parte) em detrimento de seus direitos, servindo tais comandos, em verdade, como incentivos a comportamentos fraudulentos e, em última instância, ao desincentivo da atividade empreendedora[368].

---

[366]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 163.

[367]Conforme será demonstrado no capítulo 3 a seguir, tal "personificação" é uma abstração humana, uma "instituição", portanto uma personificação por assimilação

[368]Exemplificando essa afirmação, tomemos como exemplo a recente crise financeira de 2008, que supostamente iniciou-se com uma "bolha imobiliária no segmento *subprime* estadunidense" que contaminou a solvência e estabilidade de importantes instituições financeiras não só nos EUA, mas também na Europa e em outros países, abalando a oferta de crédito e assim impactando diversas transações empresariais e importando na estagnação da Economia dos principais centros consumidores mundiais. Em razão da desaceleração da economia mundial, diversas empresas brasileiras viram suas vendas despencarem, o que conduziu aos seus "empresários" a decisão lógica e racional da necessidade de adequar seus custos fixos à nova realidade da demanda, como forma de assegurar a continuidade de seus negócios, e assim de suas respectivas remunerações. Como o ambiente não era propício para a alienação dos aspectos materiais de seu "estabelecimento comercial" (pela situação econômica não seria possível obter pagamentos justos por tais ativos), somado ao fato de que em um cenário esperado de recuperação econômica (típico dos ciclos próprios da economia) até o refazimento dos ativos, perder-se-ia importantes oportunidades, o único custo fixo em que os "empresários" possuíam elasticidade para trabalhar era a

No tocante à questão proposta pelo economista Coase, de por quê as Firmas são constituídas e por quê não se obtém o "abastecimento integral das demandas" via arranjos de Mercado, a pertinência dessa questão para a análise jurídica parece-nos, salvo melhor juízo, que mais no fato de que **enquanto compete aos economistas calcular e definir como a atividade produtiva será empiricamente organizada** (se por meio da uma integração total das diversas atividades produtivas – verticalização – ou não, mediante a aquisição em Mercado de insumos necessários à consecução do objeto social da Empresa), **compete e interessa ao operador do Direito viabilizar e construir a segurança jurídica necessária para o sucesso da estruturação escolhida** (seja mediante a formulação dos arranjos societários mais adequados, seja mediante a confecção de contratos apropriados às condições e necessidades das partes, por exemplo). Ou seja, a definição jurídica da Empresa não está na forma como está organizada a atividade econômica desse agente (se

---

diminuição da força de trabalho, ou seja, mediante a demissão em massa ou a redução de carga horária e salário de seus empregados. Embora tal decisão fosse a mais lógica e racional sob o aspecto do interesse do "empresário", que assim mantinha seu empreendimento e sua própria possibilidade de remuneração, inegável que para a Sociedade tal decisão era extremamente perniciosa, visto que agravava a crise institucional, com menos indivíduos com fonte de renda para consumir, e assim espraiando as dificuldades da crise econômica para outros setores até então não atingidos (como, por exemplo, do "varejo" e de "alimentos"). Como era de se esperar, ao se iniciar as ondas de demissões e reduções de salários a grita foi geral, em especial por parte de sindicatos e na Justiça do Trabalho, da qual emanaram decisões legalmente absurdas contrárias a tais "manobras" dos empresários, tolhendo-os o direito positivado de demitir sem justa causa mediante o pagamento das indenizações legalmente previstas. Ato contínuo, casos houve de empresas que na "impossibilidade" demitir, decidiram por "fechar suas portas", entrando em total inatividade. Ora, se o "empresário" é pessoalmente responsável pelos atos da Empresa, como se querer impor a um cidadão suportar unilateralmente um prejuízo em prol da Sociedade? Enquanto operante seu negócio, ele não gerou riquezas, tributos e empregos compartilhados com a Sociedade (ou seja, cada um dos grupos interessados teve sua remuneração, seu "lucro"), como agora, na crise, ter ele que arcar sozinho com o prejuízo? Inegável o caráter "desincentivador" de tal conduta à atividade econômica – como se observou na inatividade de várias empresas, quando não no incentivo a condutas fraudulentas, como, se imperasse a "impossibilidade de se demitir sem justa causa", o incentivo a não formalização da mão de obra (com a acentuação da realidade já hoje notória das "classes" de empregados, alguns com mais tutelas do que outros, como se observa na diferença de "direitos" gozados entre funcionários públicos, empregados formais – celetistas – e trabalhadores "autônomos"). Após muito diálogo e reflexão na Sociedade Brasileira, de forma inovadora – pela sua amplitude – foi adotada uma solução institucional, um verdadeiro "*trade-off*" entre os diversos grupos interessados e atuantes na instituição Empresa: o "Estado" abriria mão de parte de sua receita tributária, em contrapartida os "empresários" não demitiriam sua força de trabalho, a qual por seu turno aceitaria "redução de carga horária e remuneração" temporária enquanto a situação não se normalizasse. Em contrapartida, o "Estado" garantiria a renda de cidadãos que continuariam a consumir e diminuiria o alastramento da crise para outros setores, os "trabalhadores" manteriam sua fonte de renda e os "empresários" manteriam viáveis seus negócios, e a Empresa, continuando a existir. Não é preciso destacar o quão exitosa foi essa solução, da natureza eminentemente institucional, com a economia brasileira passando quase que incólume pela crise e em fortes passos de recuperação. Mais ainda, note-se que o Estado não reduziu os impostos cobrados em prol dos "empresários", que tiveram que compensar a redução mantendo os empregos. Igualmente, os "trabalhadores" não aceitaram redução de carga horária e de salários para beneficiar os "empresários". E os "empresários" também não aceitaram os benefícios tributários para "manter os empregos dos trabalhadores" (visto que a adesão ao benefício importaria o adimplemento da obrigação de não-demitir). Todos esses grupos assim agiram no intuito de preservar a Empresa, a sua Empresa, a "Empresa-Instituição", sua fonte de renda.

totalmente verticalizada ou não), mas nos efeitos e impactos em termos da criação de direitos e obrigações dessa organização nas relações sociais.

Isso faz sentido ao se considerar como verdadeira a premissa de serem as Empresas "instituições econômicas", que reconhecidas no Mercado como fenômenos "unos" são tuteladas como "centros de imputação" próprios, que atuam quando exercem sua "atividade empresarial" e, **nessa conduta**, **assumem comportamentos juridicamente relevantes**, fazendo surgir direitos e obrigações, ganhando, portanto, relevância para a Ciência Jurídica.

Reitere-se que ao Direito pouco importa – em matéria de definição geral do que é a Empresa – a opção pela integração total ou não: é Empresa toda organização institucionalizada voltada a desenvolver uma atividade econômica, independentemente de sua complexidade ou tamanho.

Da forma como são estruturadas as relações desse ente com o Mercado e com a Sociedade, em um segundo momento, decorre a utilidade – ou não – de sua consideração como grupo econômico (na cadeia de operações verticalizadas e integradas), para fins de responsabilização nas temáticas que a Sociedade julgar relevante tal tutela (por exemplo, em matéria trabalhista, ambiental e consumeirista).

Assim, se quer dizer que a Empresa é relevante para o Direito em razão de ser um "centro de imputação" per si, uma instituição que emerge da inter-relação de diversos interesses, que em conjunto criam a ética própria deste ente, por vezes diferente e não-perfeitamente alinhada com o principal interesse de cada uma de suas "partes interessadas".

É por conta disso que se justifica a relevância jurídica da Empresa, nesse aspecto sendo indiferente se ela se apresenta em um arranjo verticalizado e integrativo ("grupo de empresas") ou em um arranjo atomizado que supre suas necessidades mediantes contratos em Mercado, visto que ambas as manifestações deverão ser igualmente tuteladas pelo Direito para fins de se propiciar um ambiente seguro juridicamente para sua atuação.

Importante ressaltar que a noção de "grupo de empresa" (centrado no "empresário") sendo entendido como uma única Empresa, defendida por SZTAJN, na linha do raciocínio de Buonocore, pela qual a "*imputação da atividade de empresa"* pode recair *"sobre seu titular, ou seja, o exercente da atividade, o que dirige a empresa, com o que entende que a imputação de atividade pode alcançar, além do titular outras pessoas (...)* [é calcada na]

hipótese de o exercente de várias atividades fazê-lo por intermédio de uma ou de pluralidade de empresas" é raciocínio sofisticado, que inclusive é conhecido no Direito do Trabalho brasileiro como forma de garantir ainda mais a liquidez dos créditos trabalhistas, o que, contudo, merece maiores reflexões antes de ser espraiado para outras searas da atividade empresarial, em especial face aos seus impactos no que concerne à individualização do patrimônio em risco em cada empreendimento, em cada negócio, um dos elementos essenciais do incentivo à atividade empresarial[369].

Por fim, conforme se observará em mais detalhes no item 2.4.2. a seguir, o conceito da Empresa como uma organização contratual ("feixe de contratos") decorrente da necessidade de produzir para o Mercado é adequada e apropriada ao se considerar como agentes nesses diversos contratos as "partes interessadas" envolvidas na organização Empresa, do que decorre a própria configuração de sua personificação na "Empresa-Instituição".

2.4.2. Da *fattispecie* "empresário" e da Teoria do Contrato Organização, segundo o Professor Calixto Salomão Filho: a compreensão da sociedade empresarial como uma organização para o melhor ordenamento e resolução dos conflitos dos interesses nela envolvidos

2.4.2.1. Da *fattispecie* "empresário"

Antes de adentrarmos no mérito da "Teoria do Contrato Organização" do Professor Calixto Salomão Filho, pertinente colacionar as reflexões deste professor titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP sobre "a *fattispecie* empresário no Código Comercial de 2002", exaradas em artigo homônimo publicado na Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo[370].

No referido trabalho, ao discorrer sobre essa "*figura de fato* prevista em lei" (a "*fattispecie*") denominada "empresário", como sucedânea (ainda que imperfeita) da *fattispecie* "comerciante", SALOMÃO registra que, embora impactante, a positivação

---

[369]Conforme suscitado no capítulo 2.3 desta Parte II.

[370]SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 96, p. 11-20, mar. 2008.

dessa "nova" figura, per si é ela de poucos efeitos sobre o Direito Comercial, alertando sero de fato preocupante o desaparecimento da "disciplina do comerciante" desse Direito positivo – provavelmente o único "*subsistema heterointegrado de nosso ordenamento jurídico*", um dos únicos que "*reconhecia expressamente no costume uma fonte do Direito*"[371] [372].

Anotando que hoje assombra a doutrina brasileira a mesma **questão** que assolou a doutrina italiana com o já multicitado Código Civil unificado de 1942, qual seja, "*como dar sistemacidade ao conceito de empresa*"[373], professor SALOMÃO, analisando a adequação de se substituir a expressão "*comerciante*" por "*empresário*" (esta centrada em torno do conceito de "organização"), infere que, em assim se procedendo seria reduzida sua utilidade, vez que se a expressão "*comerciante*" não exclui a noção de "*atividade organizada*", ao passo que nem todo "comerciante/empresário" dispõe de uma "*organização empresarial à sua disposição*" [374]. Agravando ainda mais este quadro, pontua o professor a existência de objetivos diversos por trás dos conceitos de "*comerciante*" (este pautado pelo "*caráter profissional, exercício de atividade econômica*") e de "*empresário*" (por seu turno, dotado de "*características objetivas*", como a "*organização*") [375].

A despeito dessa distinção de objetivos, assinala SALOMÃO que "*não parece haver dúvida de que a opção por definir a noção de empresário, adotada pelo Código Civil, não tem como objetivo criar uma nova 'fattispecie' empresário para a atribuição de subjetividade jurídica a essa nova figura*", sendo que "***a função da definição de empresário parece ser a de fornecer um novo padrão de raciocínio e de certa distinção de situações jurídicas***"(g.n.) [376]. Assim, SALOMÃO defende que a positivação da figura do "empresário" no Código Civil Brasileiro de 2002 teve por fim diferenciar a sociedade "empresária" da "simples" (em uma substituição imperfeita da dicotomia civil e

---

[371]SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002, cit., p. 12-13.

[372]Em nosso entender, o atual Código Civil brasileiro manteve os usos e costumes como "fonte do Direito", em consonância com a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942), em especial seu artigo 4º ("*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*") e artigo 5º ("*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*"). Neste sentido, dentre outros dispositivos, destaque-se no atual Código Civil o artigo 113 ("*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*"), o artigo 122 ("*São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.*") e o artigo 111 ("*O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.*").

[373]SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002, cit., p. 12.

[374]Id., loc. cit.

[375]Id. Ibid., p. 13.

[376]Id. Ibid., p. 13-14.

comercial[377]), de forma que o aprofundamento de tal análise deveria dar-se na vertente societária[378].

Relembrando a problemática já suscitada por Asquini, dentre outros, SALOMÃO destaca o polimorfismo[379] do termo Empresa, como o que sempre dificultou a constituição de um conceito jurídico único para esse fenômeno[380], circunstância que tornaria prejudicada a caracterização da Empresa como *fattispecie*, como um conceito tipológico próprio.

Contornar essa situação, entende o mestre paulistano, foi a razão porque o legislador brasileiro optou por se concentrar na definição do "perfil subjetivo" da Empresa no atual Código Civil, sendo que para tal "***definição, no entanto,* [foram] *utilizados os perfis funcionais e institucional***" (g.n.) cuja "*compatibilização está longe de ser tarefa fácil*"[381].

Prosseguindo em suas reflexões, ao enfrentar a questão da personificação da Empresa, registra SALOMÃO que no "*Direito brasileiro, a utilização da figura do* ***empresário*** *como 'fattispecie' decorre* ***menos*** *de uma história legislativa,* ***tendente a reconhecer sua prevalência****, e mais de um aparente objetivo de afastar por completo a idéia de criação de um ente (a empresa) ao qual pudesse ser reconhecido algum grau de subjetividade jurídica*" (g.n.) [382].

Apesar dessa observação, SALOMÃO destaca que a mencionada compatibilização entre os perfis funcional e corporativo da Empresa apenas se torna possível com "*a utilização do termo 'organização'*" para defini-la, o qual aproxima a *fattispecie* "empresário" da "*concepção institucional (corporativa) da empresa*", fazendo com que a "*quadripartição de Asquini, tão repetida quanto despida de eficácia aplicativa, ganh*[e] *relevância prática*" e isso exatamente "***ao compreender que empresário e organização são perfis de uma mesma realidade – a empresa***" (g.n.) [383]. Nesse sentido, conclui o jurista que "*a possibilidade de atribuir característica* ***institucional*** *à empresa e à*

---

[377]Visto que a atual codificação abraçou como "empresárias" atividades classicamente reconhecidas como "civis", p.ex. o empresário rural e o pequeno empresário.
[378]SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002, cit., p. 13-14.
[379]Ou "polissemia", como preferimos denominar em passagens anteriores deste trabalho.
[380]SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002, cit., p. 14.
[381]Id., loc. cit.
[382]Id., loc. cit.
[383]Id., loc. cit.

sociedade empresária (art. 982) [tem] *relevância fundamental para toda a aplicação da disciplina societária*"(g.n.) [384].

SALOMÃO salienta que a atribuição de característica institucional à Empresa é decorrente da vinculação entre "organização" e "teoria institucionalista", resultado tanto de um processo sistemático, quanto histórico.

Sob o aspecto histórico, tem-se a institucionalização da organização fruto da "*passagem de uma concepção publicista do interesse social – institucionalismo clássico de W. Rathenau – para uma concepção organicista, que procura integrar na sociedade feixes de interesses por ele* [interesse social] *influenciados*")[385].

Por sistemático, quer dizer que o conceito de "organização" exige *"a afirmação da independência da instância organizadora*" (seja entendido sob a ótica coasiana de "organização de feixe de contratos", seja sob a ótica do "Contrato Organização", no qual a organização é entendida como um conjunto de regras provenientes de um contrato) [386] e isso porque:

> "*sem essa independência não há organização possível (...) não é possível regulamentar a influência recíproca entre atos, bens jurídicos e sujeitos de direito sem que a essa coordenação se atribua um objetivo específico e distinto dos objetivos próprios dos coordenados* (...) [pois a] ***independência de interesses só haverá caso seja reconhecido o valor institucional da organização***" (g.n.)[387].

Concluindo suas reflexões sobre o tratamento legal da *fattispecie* "empresário", não deixando de ser uma ode ao princípio do reconhecimento social externo para a legitimação de qualquer instituição[388], SALOMÃO ressalta a importância do "*registro*", com sua função de publicização, dos empresários e das sociedades empresárias (em outras palavras, das Empresas) para a conformação dessa *fattispecie*[389].

Dessa forma, dentre as principais conseqüências jurídicas do registro da Empresa, tem-se o reconhecimento externo (pelos demais membros da sociedade) dos **direitos** e **benefícios** atribuídos às Empresas, notadamente a separação patrimonial do ente e de seus

---

[384]SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002, cit., p. 14.
[385]Id. Ibid., p. 15.
[386]Id., loc. cit.
[387]Id., loc. cit.
[388]v. Parte II, capítulo 4.
[389]SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002. op. cit., p. 15.

agentes constituintes ("sócios"), isolando-se nos bens dessa instituição o risco da atividade[390].

2.4.2.2. Da Teoria do Contrato Organização

Em sua obra "O Novo Direito Societário"[391], SALOMÃO posiciona a "Teoria do Contrato Organização"[392] dentro da evolução da dicotomia da teoria societária do "contratualismo" *versus* "institucionalismo", ao analisar os fundamentos do Direito Societário, e por assim dizer, a função das sociedades empresariais e civis.

Ressaltando que as teorias societárias "contratualista" e "institucionalista" foram desenvolvidas em ambientes econômicos muito diversos dos atuais, SALOMÃO pontua que essas duas vertentes estão longe de esgotar a matéria[393].

Para fins de justificar as vantagens da solução societária como meio organizativo da Empresa (em especial no tocante à separação patrimonial) defendida pela "Teoria do Contrato Organização", é pertinente preliminarmente analisar seus elementos constituintes.

2.4.2.2.1. Da teoria societária na vertente contratualista

Na vertente "contratualista", o elemento constituinte da sociedade é a conjugação do interesse de pelo menos dois sócios no intuito de explorar uma atividade econômica.

Esta concepção teve seu maior desenvolvimento na doutrina e jurisprudência italiana, na medida em que na interpretação daquele ordenamento se "*nega que o interesse social seja hierarquicamente superior ao interesse dos sócios*" (em contraposição à corrente "institucionalista", na qual sempre prevalece o interesse da sociedade, da "instituição")[394].

---

[390]Sendo que no Brasil tal separação apenas se opera se adotada pela *fattispecie* "empresário" a forma societária (constituição como sociedade, associação ou fundação.
[391]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit.
[392]SALOMÃO introduz a "Teoria do Contrato Organização" em sua obra *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.
[393]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 25.
[394]Id. Ibid., p. 26.

Assim, no "contratualismo" italiano, com expoentes como os doutrinadores Galgano e Jaeger, o "interesse social" confunde-se com o "interesse dos sócios", originalmente considerado como aquele referente apenas ao "*grupo de sócios* ***atuais***", sendo definível notadamente quando comparado ao "interesse do sócio" para aplicação das regras sobre conflito de interesse[395]. Outros autores contratualistas (como Gambino), por seu turno, ainda se preocupavam em formular uma definição mais afirmativa do que seria esse "interesse social", efetivamente o instrumentalizando mediante sua **redução** ao "**interesse à maximização do lucro**" [396].

Na vertente **contratualista**, tem-se que a natureza da responsabilidade limitada decorre intrinsecamente da **contraposição interna de interesses entre os sócios**, os quais em um ambiente de "conflito de interesses", supostamente blindariam a utilização da sociedade como "coisa própria" por parte do(s) outro(s) empresário(s).

Nas palavras do professor SALOMÃO:

> "*ao impor a equivalência entre contraposição interna de interesses e responsabilidade limitada, negando a subsistência da segunda na ausência da primeira, afirma-se sua indispensabilidade, ou seja, desconfia-se da organização societária como meio de tutela da separação patrimonial na ausência da normativa conflitual*" [397] [398].

Em corrente posterior, que o professor denomina "contratualismo moderno", a vertente contratualista (em essência individualista), talvez sensibilizada pela crescente integração entre direito societário e mercado de capitais, passa a admitir uma alteração na conceituação do que seria o "interesse social", para não se referir mais apenas ao interesse dos sócios **atuais**, mas também aos sócios **futuros** (no que se confunde com a busca por se obter o maior "*shareholder value"*, ou seja, gerar o maior valor ao acionista, seja pela distribuição de lucros, seja pela maior liquidez e ágio futuro de sua ação) [399].

---

[395]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 27.
[396]Id. Ibid., p. 28.
[397]Id. Ibid., p. 29.
[398]Como abordado no subcapítulo 2.2.2.3 supra, desta Parte III, a perspectiva contratualista ocorre inserida em uma ambiente de prevalência do interesse dos credores, de "tutela do crédito público" de forma absoluta, mesmo que em detrimento da atividade produtiva. Com a positivação do princípio da "função social", da Empresa e do Contrato, ganha destaque o princípio da preservação da empresa, mais alinhado com as diretrizes da corrente institucionalista, conforme lição do mestre paulista.
[399]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 29.

Sob esse novo paradigma, **na vertente "contratualista" ganha relevo a questão da "preservação da empresa", e assim ela passa a pouco se distinguir da vertente "institucionalista"**[400].

Esclarece SALOMÃO que essa alteração de perspectiva na vertente "contratualista" conduz à situação de que:

> "*o interesse social passa a ser predefinido* [e] *sobre ele os órgãos sociais não têm qualquer influência (o que não ocorria na definição clássica pura, onde; ainda que formalmente identificado à maximização de lucros; o fulcro da definição do interesse era sua identificação com o interesse do grupo de sócios atuais, qualquer que fosse).*"[401]

2.4.2.2.2. Da teoria societária na vertente institucionalista

Pois bem, SALOMÃO inicia sua análise da vertente "institucionalista" com a corrente do "institucionalismo publicista" desenvolvida principalmente na Alemanha, com destaque para a doutrina de Rathenau, pela qual a Empresa é identificada substancialmente com a "grande sociedade anônima", a "grande empresa" capaz de ensejar a potencialização do crescimento econômico de um país, cujos interesses não são redutíveis ao interesse dos sócios[402]. **Nesse "institucionalismo publicista", dá-se proeminência ao órgão de administração da sociedade empresarial, como legítimo defensor dos interesses da "instituição", em detrimento do interesse de sócios, em especial dos minoritários**[403] [404].

Posteriormente, registra-se o advento, também na Alemanha, da corrente denominada de "**institucionalismo integracionista ou organizativo**", como conseqüência das leis positivando a participação operária nos órgãos diretivos das grandes empresas[405].

Nas palavras de CALIXTO, à época isso se justificou pelo fato de no:

> "*modelo alemão de participação operária, ao permitir a formulação teórica e a tutela de um interesse social não-redutível ao interesse do grupo de sócios identificável ao interesse à manutenção da empresa,*

---

[400]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 29.
[401]Id. Ibid., p. 30.
[402]Portanto, em oposição ao "*unternehmensinteresse*", o "interesse da empresa"
[403]Antecipando, contudo, que tal prevalência do órgão da administração sobre o interesse dos sócios representou o calcanhar de Aquiles dessa corrente, justamente por se tratar de uma conduta insustentável – v. Parte IV.
[404]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 30-31.
[405]Id. Ibid., p. 32.

> *fix*[ou-se] *os parâmetros para a discussão sobre o tipo organização mais apta a garantir tal interesse*"[406].

Assim, com a introdução nos órgãos societários de representações de interesses operários (e embora no "institucionalismo integracionista" fosse pressuposto a colaboração entre os diversos grupos interessados na empresa – operários e empresários – na persecução do objetivo social e na preservação da empresa) carreou-se para essas instâncias um "conflito de interesse", emergente da efetiva contraposição entre interesses desse grupo de trabalhadores e dos sócios[407].

Sinteticamente, a diferença entre esse "**institucionalismo integracionista ou organizativo**" e o "**institucionalismo publicístico**" consiste no fato do primeiro não se preocupar em preservar a "personalidade jurídica" da instituição, o que ensejou o desenvolvimento e fortalecimento da "teoria da desconsideração da personalidade jurídica" na Alemanha.

2.4.2.2.3. Da recepção no Brasil da teoria societária institucionalista e contratualista

No Brasil, SALOMÃO observa uma convivência entre as teorias "institucionalista" e "contratualista", não de todo coerente.

Os princípios "contratualistas" permeiam a legislação societária (anteriormente no artigo 300 do Código Comercial e atualmente no artigo 981 do Código Civil Brasileiro de 2002[408]), pontuando principalmente a necessidade da "*pluralidade de pessoas, concentradas em torno do exercício de uma atividade econômica (e não na criação de uma forma organizativa)"* bem como na *"reciprocidade das obrigações entre os sócios, que se obrigam entre si e não com relação à sociedade*" [409].

---

[406]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 35.
[407]Id., loc. cit.
[408]Lei 11.406/2002. *"Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados."*
[409]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 36.

Coexistindo com as disposições contratualistas[410], figura no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, o art. 116 da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976)[411], que agrega o viés institucionalista à legislação societária pátria ao positivar o dever do sócio controlador de *"usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender"*.

2.4.2.2.4. Da solução proposta pela Teoria do Contrato Organização

Antes de aprofundar a análise da "Teoria do Contrato Organização", SALOMÃO tece severas críticas – com muito fundamento – à corrente denominada de "Análise Econômica do Direito", a qual se confundiu com as idéias da escola de Chicago e com a "Teoria da Eficiência"[412], linhas de pensamento que experimentaram certo declínio teórico nos anos 1990 em razão de se pautarem pela "*atribuição de apenas um objetivo à regra jurídica*"[413].

Tal premissa é de difícil aceitação ("sustentabilidade") no Direito exatamente por este se tratar de uma ciência eminentemente valorativa, que por natureza aceita mais de uma solução para um mesmo problema, a depender dos princípios e dos valores que estejam em relevo em cada situação concreta colocada sob análise[414] [415]. Por conta disso, defende SALOMÃO que é "*necessário restringir a análise econômica do direito* ***a um***

---

[410]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 38.

[411]Lei 6.404/1976. *"Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único.* ***O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.****"* (g.n.)

[412]Que, quando aplicada à Ciência Jurídica, buscava sustentar que as "normas jurídicas são eficientes" *"quando permitem a maximização de riqueza global, mesmo que isso seja feito à custa de prejuízo a um agente econômico específico*" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 38-39).

[413]Id. Ibid., p. 40.

[414]Ilustrativa nesse sentido é a mudança valorativa vivenciada recentemente, com a mudança do paradigma da tutela absoluta do "crédito público" para a perspectiva da "preservação da empresa".

[415] Exemplo clássico é o tratamento jurídico daquele que "matar alguém": de acordo as circunstâncias (legítima defesa ou não, com dolo ou culpa etc.) diferente será a pena imputada, se imputada.

instrumento exclusivamente analítico**, sem atribuir-lhe qualquer caráter **valorativo"(g.n.)[416].

Na "Teoria do Contrato Organização", SALOMÃO sustenta que "*organização na acepção jurídica significa a coordenação da influência recíproca entre atos*" de forma que, adotada essa teoria, "*é no **valor organização** e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes ou em um interesse específico à autopreservação que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato social*" (g.n.)[417].

Com efeito, prosseguindo com suas reflexões, o professor ressalta que o "*objetivo da compreensão da sociedade como organização é exatamente o melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos e a solução dos conflitos entre eles existentes*" e assim o "*interesse social passa, então, a ser identificado como a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas*"[418].

Por essas razões, sustenta SALOMÃO que a diferença entre essa teoria e as demais é no sentido de que "*identificando-se o interesse social ao interesse à melhor organização possível do feixe de relações envolvidas pela sociedade, esse jamais poderá ser identificado com o interesse à maximização dos lucros ou com o interesse à preservação da empresa*" [419] [420] .

Outro ponto interessante colacionado por SALOMÃO diz respeito ao **comportamento cooperativo** que deveria permear essas organizações, em especial na internalização dos interesses de suas "partes interessadas", como os trabalhadores e os "consumidores", em um primeiro grupo, e de "concorrentes" e da "comunidade" (de uma forma geral, os "titulares de direitos difusos"), em um segundo grupo[421].

Todavia, embora o professor defenda que "*a organização é, na verdade, elemento central da própria personalidade jurídica*", apressa-se a acrescentar que com a "Teoria do Contrato Organização" "***não** se pretende erigir u**m tipo específico de organização em***

---

[416]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 40.
[417]Id. Ibid., p. 43.
[418]Id., loc. cit.
[419]Id., loc. cit.
[420]Nesse sentido, de se registrar, esta teoria organicista sugere a "*sociedade como instrumento de resolução de conflitos*", visto que "*sua organização* [é] *erigida para tanto*" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 44).
[421]Id. Ibid., p. 45.

elemento central do conceito de pessoa jurídica", isso porque "*a organização como fundamento da personalidade jurídica*" levaria "*necessariamente ao pluralismo*" [422].

Como fundamento para tal assertiva, SALOMÃO assinala que:

> "*o ordenamento reconhece e atribui capacidade jurídica diversa segundo os diferentes tipos e diferentes graus de organização* [sendo] *esse conjunto de capacidades, decorrentes da existência da organização societária, que constitui o 'conceito' de personalidade jurídica.*" [423]

Nessa linha, prossegue o jurista que "*na verdade, o que ocorre através da organização é a criação de um centro autônomo de decisões*" com a "*atribuição de capacidades ao ente personificado*" e assim a "*conseqüente caracterização da pessoa jurídica como centro de imputação de direitos e deveres* [sendo] *mera decorrência do reconhecimento da organização*" [424].

Salientando as potencialidades da "Teoria do Contrato Organização", SALOMÃO assinala que as experiências jurídicas e econômicas demonstram que, mediante a composição dos conflitos de interesses passíveis de serem realizados de forma cooperativa na sociedade empresarial, com essa teoria é "*possível obter os objetivos tão almejados pelas duas teorias cognominadas clássicas* [contratualismo e institucionalismo] *sobre o interesse social*" isso porque a "*teoria organizativa, com todos os ganhos em custos de transação e eficiência que sua aplicação criteriosa pode propiciar, é sem dúvida a mais apta a garantir a lucratividade dos sócios, tão almejada pelos contratualistas*" e, por outro lado, "*a mesma capacidade de organização das relações a ela submetidas, proporcionada pela teoria do contrato organização, tem a capacidade de transformar a sociedade naquela célula social propulsora do desenvolvimento tão almejada pelos institucionalistas desde Rathenau*" [425].

Concluindo, o professor SALOMÃO registra que "*a teoria organizativa, quando bem aplicada, não é um retorno ao individualismo dos contratualistas, mas sim um passo avante em relação ao institucionalismo na defesa do interesse público",* agregando que essa teoria:

---

[422]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 47.
[423]Id. Ibid., p. 47-48.
[424]Id. Ibid., p. 48.
[425]Id., loc. cit.

> "*possibilita a proteção dos interesses e a solução interna de conflitos, que podem ser bem atingidos por regras organizativas internas, e a externalização daqueles que não podem, acompanhada então de uma correta mediação legislativa do conflito (como ocorre no direito ambiental, direito antitruste – onde é bastante pueril, ao menos por enquanto, imaginar uma possível solução interna para os conflitos de interesse)"* [426].

Por esses motivos, a "Teoria do Contrato Organização" confere "*por assim dizer, a um só tempo, mais sinceridade e mais utilidade ao direito societário"* em especial "*no direito brasileiro sugere um caminho para a efetiva aplicação do artigo 116 da lei societária e de seus princípios institucionalistas*" [427].

2.4.2.3. Revisão Crítica

Com a propriedade que lhe é particular, o professor SALOMÃO apresenta claramente os desafios da realidade societária – e por assim dizer, empresarial – atual: a conciliação dos diversos interesses envolvidos na Empresa de uma forma que, valorizando o princípio da cooperação, se incentive uma ambiente de negócios ético e produtivo, cujos frutos possam ser compartilhados não apenas pelos sócios capitalistas, mas por todas as suas "partes interessadas" e, assim, por toda Sociedade.

E para responder esse desafio apresenta a "Teoria do Contrato Organização", na qual se reconhece e busca regulamentar os conflitos entre os diversos interesses atuantes nessa arena (nesse "campo social") que é Empresa, por meio do instrumento societário e de seus valores intrínsecos (tais como os positivados no artigo 116 da Lei das Sociedades por Ações) e da forma da organização desses interesses nele estabelecida.

Como pilar dessa concepção organicista, tem-se a definição jurídica de **organização** "*como a coordenação da influência recíproca entre atos*", e dessa forma a busca pela integração na sociedade empresarial (na "organização" societária da Empresa) dos "feixes de interesses" nela atuantes.

---

[426]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 50.
[427]Id., loc. cit.

Conforme já mencionado diversas vezes nesse estudo[428], o que faz surgir uma "organização" própria, uma "instituição" dotada de ordenamento com **valores** e **regras** específicas (como se dá em qualquer "instituição-organização"), é exatamente a integração de **interesses** e das diversas **relações** (que se instrumentalizam em, mas vão muito além de, um "feixe de contratos") de suas diversas "partes interessadas" ("*stakeholders*"), integração esta em regra embasada em "relações de hierarquia e/ou de cooperação entre esses agentes voltados a um fim comum"[429], no caso da Empresa, a sua funcionalidade (a consecução de seu "objeto social" – o exercício de sua "atividade empresarial") e a obtenção por parte de cada agente de seu interesse.

A efetividade de uma "instituição-organização" (como o é a Empresa) pressupõe o reconhecimento de sua autonomia, no caso entendida como a **independência** de seus interesses em face dos interesses de suas demais "partes interessadas", o que, nas supratranscritas palavras do professor SALOMÃO, apenas é possível ocorrer "***caso seja reconhecido o valor institucional da organização***"[430], visto que apenas assim é possível "*regulamentar a influência recíproca entre atos, bens jurídicos e sujeitos de direito sem que a essa coordenação se atribua um objetivo específico e distinto dos objetivos próprios dos coordenados*" [431].

Todavia, e com a devida vênia, para fins da coordenação dos diversos interesses envolvidos na Empresa é fundamental a definição de valores essenciais, próprios do ente, que guardem um traço comum a todos os interesses, como forma de viabilizar a composição entre as partes, de incentivar o comportamento cooperativo dos diversos agentes, uma vez focados em um interesse comum.

Dentre esses valores essenciais, encontra-se o valor da "sustentabilidade", a autopreservação de longo prazo da "instituição", o que apenas é possível na hipótese de viabilidade do negócio. E o negócio apenas é viável se for rentável, e assim garantir a remuneração atraente não só para os sócios capitalistas, mas também para os trabalhadores e fornecedores.

Igualmente, a Empresa apenas será rentável se houver consumidores que paguem o preço necessário para sua viabilização, preço este que deverá tanto incorporar a

---

[428]v. Parte I, cap. 1 e Parte II, capítulo 4.
[429]Aproveitando as palavras de ASQUINI, A. (Perfis da empresa, cit., p. 123).
[430]SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002, cit., p. 15.
[431]Id., loc. cit.

remuneração da cadeia de envolvidos na produção, quanto os próprios custos de produção. E ainda, tal preço deve ser compatível com o praticado pelos demais concorrentes.

Certo é que para conciliar todas essas condições de viabilidade, por vezes algumas das "partes interessadas" deverão flexibilizar seus interesses por algum momento, seja o sócio-capitalista deixando de auferir dividendos para fins de investir em tecnologias mais eficientes; seja os trabalhadores e fornecedores por vezes aceitando um reajustamento ou um pagamento inferior ao esperado para viabilizar a manutenção de seus empregos e contratos durante um momento de revés ou de conquista de Mercado; seja os consumidores por vezes conviverem com um preço mais oneroso em períodos de alta demanda; e assim sucessivamente.

O viés lógico-racional que fundamenta essa flexibilização de interesses, de forma não permanente, é o reconhecimento pelas "partes interessadas" da importância da preservação da Empresa para o atendimento de seus próprios interesses, de que, uma eventual composição no momento presente permite um retorno desejado no longo prazo.

Esse raciocínio por nós ora esposado é calcado nas idéias desenvolvidas no final do século XX pelo sociólogo Pierre Bourdieu[432], em sua percepção de "campo social", "habitus", "doxa" e "nomos", sobre os quais pertinente deitar algumas linhas.

2.4.2.3.1. Campo social e os conceitos de "habitus", "doxa" e "nomos" de Pierre Bourdieu

Preliminarmente, de se destacar que este sociólogo, diferentemente de Lévi-Strauss e Althuser, considera em sua teoria o "sujeito" (agente social) tanto inserido na "estrutura" ("campo social"), quanto como força estruturante[433] [434].

---

[432]Pierre Bourdie é considerado um dos expoentes da Sociologia Econômica. Com seus estudos, juntamente com outros pesquisadores, trouxe para a economia o estudo de condicionantes sociais até então desconsideradas pelo *mainstream.* A obra de Bourdieu buscou analisar as dinâmicas das relações de poder na vida social por meio de conceitos como "capital social", "capital cultural", "capital simbólico" e no desenvolvimento de conceitos como "habitus", "campo social" e "violência simbólica" (ou "autoridade") – conceitos essenciais para a compreensão do pensamento institucionalista. Sempre partindo da premissa weberiana de que a Sociedade não deveria ser analisada sob a simples ótica da luta de classes e de ideologias (por exemplo, ao invés de analisar a Sociedade por classes, Bourdieu utiliza o conceito do "campo social", ou seja, a Sociedade como um ambiente autônomo (uma arena, uma estrutura), com regras próprias e esquema de dominação vigentes entre seus agentes, que interagem (lutam) por meio de complexas relações sociais).

[433]THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 1, p. 27-55, jan./fev. 2006.

[434]v. Parte I, capítulo 2.

Assim, para Bourdieu, a "estrutura" ("campo social") é dinâmica, produto de um conjunto de relações históricas (de ações), sendo condicionada e condicionante[435], diferente da noção de estruturas sincrônicas, a-históricas e inconscientes de Lévi-Strauss[436].

THIRY-CHERQUES bem sumariza a teoria de Bourdieu, como derivada:

> "*do* ***princípio de que a dinâmica social se dá no interior de um 'campo'****, um segmento do social,* ***cujos 'agentes'****, indivíduos e grupos,* ***têm 'disposições' específicas, a que ele denomina 'habitus'. O campo é delimitado pelos valores ou formas de 'capital' que lhe dão sustentação****. A dinâmica social no interior de cada campo é regida pelas lutas em que os agentes procuram manter ou alterar as relações de força e a distribuição das formas de capital específico. Nessas lutas são levadas a efeito 'estratégias' não-conscientes, que se fundam no '****habitus'*** *individual e dos grupos em conflito.* ***Os determinantes das condutas individual e coletiva são as 'posições' particulares de todo 'agente' na estrutura de relações****. De forma que, em cada campo,* ***o 'habitus', socialmente constituído por embates entre indivíduos e grupos, determina as posições*** *e o* ***conjunto de posições determina o 'habitus'****"* (g.n.)[437].

Nesse contexto, o "***habitus***"[438] pode ser sintetizado como:

> *"****a percepção individual ou do grupo, a sua forma de pensar e a sua conduta*** *(...) constituídas segundo as estruturas do que é perceptível, pensável e julgado razoável na perspectiva do campo em que se inscrevem* (...) ***denota o sistema de disposições duráveis e transferíveis, que funciona como princípio gerador e organizador de práticas e de representações****, associado a uma classe particular de condições de existência (...) gera uma lógica, uma racionalidade prática, irredutível à razão teórica* (...) [sendo] *adquirido mediante a interação social e, ao mesmo tempo, é o classificador e o organizador desta interação (....) condicionante e condicionador das nossas ações."* [439] [440]

---

[435]Esse caráter condicionado e condicionante do campo social (que lembremos, a Empresa também pode ser considerada um), nas palavras de THIRY-CHERQUES, "*deriva da dupla imbricação entre as 'estruturas mentais' dos agentes sociais e as estruturas objetivas (o 'mundo dos objetos') constituídas pelos mesmos agentes"* nas quais *"a reciprocidade da relação estabelece um movimento perpétuo, um sistema generativo autocondicionado — o habitus — que busca permanentemente se reequilibrar, que tende a se regenerar, a se reproduzir*". (THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. op. cit.)

[436]Id. Ibid.

[437]Id. Ibid.

[438]O conceito de "*habitus"* é uma das mais conhecidas das idéias de Bourdieu, e remonta às obras de Aristóteles, Boetius, Averroes, Tomás de Aquino, Hegel, Mauss, Husserl, Heidegger, Merleau-Ponty, dentre outros pensadores.

[439]THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. op. cit.

[440]Prossegue THIRY-CHERQUES "*O habitus constitui a nossa maneira de perceber, julgar e valorizar o mundo e conforma a nossa forma de agir, corporal e materialmente. É composto: pelo ethos, os valores em estado prático, não-consciente, que regem a moral cotidiana (diferente da ética, a forma teórica, argumentada, explicitada e codificada da moral, o ethos é um conjunto sistemático de disposições morais, de princípios práticos); pelo héxis, os princípios interiorizados pelo corpo: posturas, expressões corporais,*

Assim, para Bourdieu o que determina a vida em um campo social*:*

> *"é a ação dos indivíduos e dos grupos, constituídos e constituintes das relações de força, que investem tempo, dinheiro e trabalho, cujo retorno é pago consoante a economia particular de cada campo* (...) *por definição, o campo tem propriedades universais, isto é, presentes em todos os campos, e características próprias (...) as propriedades de um campo, além do* ***habitus*** *específico, são a estrutura, a* ***doxa****, ou a opinião consensual, as leis que o regem e que regulam a luta pela dominação do campo*" assim "*todo campo desenvolve uma* ***doxa****, um senso comum, e* ***nomos****, leis gerais que o governam (...) a* ***doxa*** *é aquilo sobre o que todos os agentes estão de acordo,* (...) *já o* ***nomos*** *congrega as leis gerais, invariantes, de funcionamento do campo*"(g.n.)[441].

2.4.2.3.2. O "Campo Social" denominado Empresa e os conceitos de "habitus", "doxa" e "nomos" de Pierre Bourdieu

A Empresa não deixa de ser um "campo social" (uma "estrutura", uma arena), na qual interagem diversos sujeitos (as diversas "partes interessadas": sócio, administradores, trabalhadores, fornecedores, consumidores, comunidade etc.) que procuram manter ou alterar as relações de força e a distribuição das formas de capital (no caso, remuneração, lucro, externalidades).

Dessa interação, emergem disposições, costumes, padrões de comportamento, "hábitos" (*habitus*) que buscam organizar a dinâmica interna, sempre considerando as condições de existência da "estrutura" (o "campo social"), classificados como "**doxa**", o senso comum dos membros, sobre o que todos estão de acordo, e como "**nomos**", as regras gerais e invariantes que regulamentam o campo.

Em paralelo com a "Teoria do Contrato Organização" do professor SALOMÃO, podemos identificar que as regras societárias (positivadas em lei ou no instrumento societário) representam o "**nomos**", ou seja, a sua forma de organização em si.

Contudo, a viabilidade desse "campo social" denominado Empresa reclama a existência da valores comuns, a "**doxa**", que conduzam à composição dos interesses de seus diversos agentes.

---

uma aptidão corporal que não é dada pela natureza, mas adquirida (Aristóteles) (Bourdieu, 1984:133); e pelo eidos, um modo de pensar específico, apreensão intelectual da realidade (Platão, Aristóteles), que é princípio de uma construção da realidade fundada em uma crença pré-reflexiva no valor indiscutível nos instrumentos de construção e nos objetos construídos (Bourdieu, 2001:185)" (THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. op. cit.).

[441]Id. Ibid.

Pelos motivos acima citados (os interesses intrínsecos de cada agente), a **doxa,** o valor comum a qualquer Empresa, é a **sustentabilidade**, entendida como a combinação entre a sua preservação e sua viabilidade (lucratividade)[442].

Tais interesses comuns reforçam a institucionalização do ente, do fenômeno Empresa, como também sua própria personificação, como trataremos no item a seguir.

2.4.2.3.3. A instituição personificada e seu fundamento no Código Civil

Conforme já sustentado, é nosso entendimento que na positivação do atual Código Civil o legislador foi claro pelo reconhecimento da Empresa como uma instituição personificada, não por acaso denominando o Livro II da Parte Especial como o "Direito de Empresa"[443] e nele dispondo claramente sobre a formalização de sua constituição – mediante registro próprio.

Professor SALOMÃO com muito acerto expôs no acima comentado artigo sobre a *fattispecie* "empresário" que se o legislador brasileiro no Código optou por aparentemente se concentrar no "perfil subjetivo" da Empresa, certo é que para sua correta compreensão devem ser utilizados os conceitos dos "perfis funcionais e institucional"[444] da teoria da Asquini.

Embora reconhecendo que a "*organização é, na verdade, elemento central da própria personalidade jurídica*"[445], sustenta SALOMÃO que com a "Teoria do Contrato Organização" **não** "*se pretende erigir um tipo específico de organização em elemento central do conceito de pessoa jurídica*", porque "*a organização como fundamento da personalidade jurídica*" levaria "*necessariamente ao pluralismo*" [446].

Conforme comentando no subcapítulo 2.3.4.3 acima, o reconhecimento de "**organização**" não está necessariamente vinculado ao "pluralismo de sócios", em especial à luz da figura do "empreendedor individual" – que, naquela oportunidade, coadunamos com a opinião de CRISTIANO de ser, para todos os efeitos, uma Empresa, sendo a busca por "sócios" para a constituição de uma "sociedade empresária" um subterfúgio (fraude)

---

[442]Conforme, inclusive, não só reconhecido como positivado em vários institutos e diplomas legais.
[443]V. subcapítulo 2.2.2.1.
[444]SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002, cit., p. 14.
[445]Id. *O novo direito societário*, cit., p. 47.
[446]Id., loc. cit.

incentivado pelo Ordenamento Jurídico para adequar uma situação de fato aos direitos que a lei restringe apenas às configurações empresariais estruturadas na forma societária, em outras palavras, apenas conferindo o direito à "separação patrimonial" no caso da presença de "conflito de interesses entre os sócios", como bem asseverado pelo professor SALOMÃO.

Em nosso entender[447], a opção do legislador na sistematização do Livro 2 da Parte Especial do Código Civil Brasileiro de 2002 não seguiu princípios "contratualistas/individualistas", mesmo porque isso seria ideologicamente contrário ao espírito de tal codificação, inspirado em ideais de solidariedade como os positivados em princípios como o da "função social dos contratos", da "probidade" e "boa-fé" nas relações sociais, que a mais relativizaram o próprio absolutismo do princípio liberal da "autonomia da vontade", primado do individualismo que reinou praticamente incólume na Codificação Civil brasileira durante todo século XX.

Assim, corroboramos o raciocínio exarado pelo Professor SALOMÃO de que a **posição do legislador ao positivar o conceito tipológico (*fattispecie*) "empresário" introduziu, em verdade, uma nova forma de raciocinar a figura do então "comerciante"**, não mais entendido como pessoa física simplesmente, **mas como o "sujeito de direito", "Empresa-Instituição" personificada, que nos parece ser a perfeita tradução conjunta do perfil funcional e do perfil institucional da teoria de Asquini**.

Em nosso entender, utilizando a figura lingüística da metonímia (a parte pelo todo) na apresentação lógica dessa sistematização do Direito de Empresa, partiu o legislador brasileiro definindo a *fattispecie* "empresário", como figura que pode se organizar de forma **autônoma** (na própria "pessoa física" do empreendedor) ou **societária**, mediante inscrição no registro mercantil, sendo, contudo, conferida apenas à "organização societária" o "direito" à separação patrimonial, à responsabilidade limitada dos sócios pelos riscos do empreendimento, nos termos da opção estabelecida em seus atos constitutivos.

De se notar, portanto, que **a questão de fundo do reconhecimento da "Empresa-Instituição" no Ordenamento Jurídico orbita em torno do grau de subjetividade jurídica atribuível à Empresa** (em outras palavras, o grau de "personificação"), em

[447]Aprofundaremos esse ponto na Parte IV, capítulos 3 e 4.

qualquer de suas manifestações, seja como um empreendedor individual, seja como uma Sociedade por Ações.

Certo é que, desconsiderada a hipótese de fraude ou abuso da personalidade jurídica, a "organização" sob a forma de "sociedade" é a forma mais segura e eficiente de se conferir personalidade própria à Empresa, distinta de seus sócios e de seus respectivos patrimônios.

A "organização" sob a forma societária permite criar um "**nomos**" (regramento) específico para esse "campo social", possibilitando a consideração dos diversos interesses das partes nela envolvidas (o "contrato-organização") e, assim, a conformação de seu "**doxa**" (senso, os valores comuns), visto que tais interesses são traduzíveis em capital (social, simbólico, econômico), como as remunerações que atribuem a condição de viabilidade do negócio.

Nesta perspectiva, o elemento de liga desses interesses, o senso, objetivo comum (o **doxa**) necessariamente deve ser a preservação da "instituição" (inclusive para fins de dar perspectivas – horizontes, alternativas – a seus agentes nas hipóteses de eventuais composições), bem como sua lucratividade – expressão financeira de sua viabilidade e do atendimento dos interesses de suas "partes interessadas".

Assim, a "Teoria do Contrato Organização" do Professor SALOMÃO, apresentando a sociedade empresarial, o instrumento societário, como uma forma de regular e organizar os diversos interesses envolvidos na realidade empresarial é plenamente aderente com o conceito da "Empresa-Instituição" personificada – a despeito da ressalva de tal professor que tal teoria não tinha por objetivo atribuir personalidade à "organização", torná-la uma "pessoa jurídica".

Isso porque, tal teoria assimila plena e adequadamente a necessidade de organização e composição entre os diversos interesses envolvidos na dinâmica empresarial, que vão além dos interesses dos sócios controladores e minoritários, por meio de instrumentos societários, enfatizando, assim, o caráter cooperativo que deve permear essas relações. Ainda, instrumentaliza o reconhecimento da personificação da "instituição-organização" Empresa ao identificá-la, para fins prático-jurídicos, na figura legal (na "sociedade", no "empreendedor individual") levada a registro.

2.5. Conclusão: As Teorias Jurídicas da Empresa e a "Empresa-Instituição"

Após a atenta análise dessas diversas teorias jurídicas, com as quais se buscou delinear o tratamento jurídico da Empresa ao longo do século XX e pós-Código Civil Brasileiro de 2002, nota-se que desde o paradigmático artigo de ASQUINI[448] de 1943 todas elas reconhecem a Empresa como um fenômeno "uno" na seara econômica-social, divergindo, contudo, na forma de sua assimilação jurídica.

Tal dificuldade em muito deriva da própria complexidade do fenômeno, que espraia seus atos e efeitos por diversas searas jurídicas – da relação entre sócios (Direito Societário), as relações patrimonialistas (Direito Real), às relações trabalhistas (Direito do Trabalho), consumeiristas (Direito do Consumidor), com outras empresas (Direito das Obrigações, Direito Concorrencial), com a Sociedade (Direito Ambiental, Concorrencial) etc.

Não por outra razão também é acertado o tratamento legal desse fenômeno (um verdadeiro "poliedro") como um "feixe de contratos", ou um "feixe de relações jurídicas", visto serem diversos os interesses e os agentes envolvidos que constituem essa "instituição", per si fruto direto dessas diversas relações jurídicas, dessas diversas manifestações de vontade.

Contudo, embora cada uma das diversas searas jurídicas possua **valores próprios** e **interesses de tutela específica**, certo é que versam sobre um mesmo agente, de forma reflexiva, o que impele a uma **uniformização** básica valorativa de seu tratamento, sob pena de conduzir à eclosão do próprio sistema. Explica-se.

A "segurança jurídica" de uma Sociedade está intimamente vinculada ao nível de clareza, previsibilidade e coerência de seus comandos normativos. Os agentes jurisdicionados por um determinado sistema legal interagem conforme as regras que lhe são impostas, pautando sua conduta e expectativas na compreensão lógico-racional dos objetivos gerais do ordenamento legal, que não podem prescindir de um caráter **valorativo** coerente com os ideais comuns ("**doxa**") da Sociedade, base de sua própria legitimação e reconhecimento, fundamento de sua institucionalização.

---

[448]ASQUINI, Alberto. op. cit.

Em toda realidade social, os conflitos de interesses são inerentes, não apenas entre agentes distintos. Tome-se o caso da tutela ao "crédito público" e à "preservação da empresa", dois interesses distintos, dois valores complementares, relevantes à Sociedade e que muitas vezes chocam-se. A prevalência de um sobre o outro varia conforme a situação fática, conforme o julgamento valorativo de cada situação, que deve ser considerada de forma integrada e sistêmica.

Por exemplo, se a execução de bens de sócios é garantia da quitação de débitos da Sociedade por um lado, por outro serve como grande desincentivo à atividade empreendedora (i.e. conservadorismo no início de novos negócios) e como grande incentivo ao cometimento de fraudes, como desvios patrimoniais. Igualmente, serve como um desincentivo ao oferecimento de crédito de forma responsável pelos credores, sem uma devida análise dos "fundamentos econômicos" do negócio e das garantias ofertadas, um incentivo à desmedida assunção de riscos pelos agentes econômicos. De se notar que tão nefasto é para a Sociedade o "calote", quanto o investimento em atividades insustentáveis, como nas "bolhas" especulativas, que longe de produzirem riquezas, drenam e destroem preciosos recursos sociais.

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".

Na realidade econômico-social, a Empresa é uma "instituição", um relevante agente social, o real sujeito de direito, um agente personificado que abraça de forma integrada e sistêmica todos os interesses – os perfis – que nela orbitam, que é titular de direitos e de obrigações. A despeito disso, não são poucos os doutrinadores que veementemente negam o reconhecimento de sua personalidade jurídica.

E a negação da personificação jurídica plena da Empresa, em nosso entender, é o cerne do atual divórcio entre tratamento jurídico e realidade social desse fenômeno, o real fundamento do atual estado de perplexidade em que se encontra o próprio Direito Comercial, o próprio Direito de Empresa.

Isso porque, se é verdade que, em termos técnico-científicos, o Direito é um sistema lógico, uma ciência racional, que tem por função organizar a vida em Sociedade, para tanto

aflora que seu instrumental de trabalho consiste na análise das relações humanas, nas quais deve identificar suas **partes** (os sujeitos de direito) e os **direitos e obrigações** nelas discutidas (enfeixadas, em regra, no objeto de direito).

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"**.

Igualmente, como é dotada de forte concreção ("estrutura") e autonomia própria (viés "estruturante"), também não lhe cai a tipificação como uma **mera relação**, como uma atividade que se operacionaliza de forma isenta a relação de outras partes (ex. empresário e Mercado). Despiciendo ressaltar novamente os graves prejuízos para a segurança jurídica da vida em Sociedade que essa indeterminação acarreta.

Mas o que se quer dizer por "personificação jurídica" da Empresa e como isso pode ser útil para o Direito? Para responder a essas questões, mister analisar o debate já duocentenário em torno do relevante instituto jurídico denominado "pessoa jurídica", ao que nos dedicamos no próximo capítulo 3, sendo a utilidade de tal personificação para o Direito objeto da derradeira Parte IV deste ensaio.

CAPÍTULO 3. DAS PESSOAS JURÍDICAS

O processo de personificação de instituições sociais (e os direitos e obrigações daí emergentes) é de vital importância para a manutenção da ordem social e, assim, de especial pertinência para o Ordenamento Jurídico.

As Empresas, como várias outras importantes "instituições-organização" (ou "instituições sociais"), são "pessoas jurídicas".

Como diversas vezes já suscitado neste estudo, tem-se que fundamental para a compreensão de sua linha-mestre o reconhecimento das Empresas como "**instituições-organização**" personificadas (como entes próprios de imputação distintos de seus sócios e de suas demais "partes interessadas").

Para tanto, mister é reconhecer o alcance de sua personificação, questão intimamente ligada ao entendimento do processo de atribuição jurídica da condição de "sujeito de direito" realizado pelo Ordenamento Jurídico às "instituições-organização" (abstrações humanas, como os Estados Nacionais e as fundações), processo analisado à exaustão nas doutrinas que buscaram definir o conceito de "pessoa jurídica" que passaremos a abordar nas próximas linhas.

3.1. Ordenamento Jurídico e Sujeitos de Direito

Antes de enfrentar a questão do instituto da "pessoa jurídica", preliminarmente, pertinente novamente reiterar que, em essência, o Ordenamento Jurídico, ou o Direito, visa a organizar a vida em Sociedade, tutelando direitos e impondo obrigações às **pessoas** (físicas e jurídicas), os sujeitos de direito ou agentes sociais.

Assim é que, por definição, a organização dos comandos – ou normas – que dispõem sobre esses direitos e deveres das pessoas é o que consiste o Ordenamento Jurídico de determinada Sociedade, em seu Direito.

Nas palavras de MESSINEO[449], o Ordenamento Jurídico tem como escopo fundamental (segundo famosa fórmula) garantir e promover a coexistência do máximo de liberdade juntamente com a otimização da convivência humana sob uma estrutura de Sociedade (agregação social, a coletividade em sentido amplo).

Ou seja, o Ordenamento Jurídico serve para garantir a **ordem social –** obtida, por exemplo, pela prática de condutas lícitas por seus sujeitos (assim satisfazendo seus interesses legítimos) e pela certeza da repressão do ilícito (realizada pelo Poder Estatal constituído, consoante as prescrições previstas nesse ordenamento), tudo isso buscando assegurar a consecução de ulteriores objetivos humanos, materiais e espirituais (progresso da civilização, o progresso econômico, cultural e social) [450].

Para tanto, os comandos das normas jurídicas são formulados partindo do conceito das **condutas** das pessoas, das atividades e atitudes desses agentes em suas relações sociais. Dessa forma, tais comandos possuem a função de disciplinar as condutas desses sujeitos de direito (no sentido de induzir e inibir determinadas condutas), mediante a imposição de deveres (obrigações) de comportamento, sob a forma de prescrições (o que deve ser feito) ou de proibições (o que não se deve fazer). Como resultado dessa estrutura normativa, tais comandos (as normas jurídicas) formulados para garantir a ordem social e o interesse de toda a coletividade criam deveres para alguns e direitos para outros[451].

Sob tal perspectiva, observa-se que o Direito apresenta-se como um "fenômeno social óbvio" [452], uma solução, uma abstração, criada para atender necessidades intrínsecas da Sociedade humana e não como um fato arbitrário, imposto a critério de um grupo ou ente: o Ordenamento Jurídico é uma instituição social, uma abstração humana, criada para permitir **a convivência social** que, como já ensinava o Prof. Groffredo Telles Júnior, não é uma criação da vontade humana, e sim "uma imposição de nossa natureza"[453].

Sob outra ótica, SZTAJN[454] (conforme já colacionado anteriormente), referindo-se ao magistério de Rocco, anota que qualquer ato, antes de tornar-se jurídico, é social.

---

[449]MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*: codici e legislazione complementare. 7. ed. agg. e ampl. Milano: Giuffrè, 1947. v. 1, p. 3.
[450]Id., loc. cit.
[451]Id., loc. cit.
[452]Id., loc. cit.
[453]Citando a lição de Aristóteles, "'*o ser humano é um animal político', é um animal feito para viver na "pólis"; um animal feito para viver 'na cidade', ou seja, na sociedade*" *in* TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Saudação*. Texto redigido pelo Professor Goffredo Telles Júnior, lido pelo Prof. Sérgio Resende de Barros, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP, em 26 de fevereiro de 2007.
[454]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 163.

Registra a professora[455] que as tutelas jurídicas[456] dão-se nas pessoas e/ou nas relações das pessoas (convivência social) com seus "bens" e "utilidades". Dessa forma, na convivência social as pessoas praticam condutas (exercem "atividades") resultado das quais são produzidos "bens e utilidades", que merecem tutela jurídica por conta das relações de propriedade dela resultantes ("direitos de propriedade"), instrumentalizadas por meio de "contratos", no sentido dos acordos de vontade firmados entre as pessoas, formalmente (por escrito) ou não.

Portanto, o êxito da vida em Sociedade, ou a melhor governança da convivência social, pressupõem a interação de seus sujeitos de direito, os "agentes sociais", em conformidade com o Ordenamento Jurídico posto.

Todos os agentes sociais devem obedecer aos comandos de tais Ordenamentos, como forma de satisfazer seus interesses respeitando os direitos dos demais "sujeitos de direito", especialmente no que concerne aos "direitos de propriedade" decorrentes dessa inter-relação, em assim permitindo a evolução pacífica da própria Sociedade.

3.2. Os Sujeitos de Direito: pessoas físicas e pessoas jurídicas

Os sujeitos de direito, os agentes sociais, submetidos ao Ordenamento Jurídico são as **pessoas**, os sujeitos das relações jurídicas.

Para GALGANO[457], o sujeito de direito é aquele a quem se atribui, se reconhece no mundo do Direito, como um agente capaz de ser "centro de imputação de direitos e deveres".

Como Galgano, MESSINEO[458] sustenta que, antes de tudo, as **pessoas físicas**, os seres humanos, são os sujeitos clássicos de Direito, condição também atribuída por "assimilação" às **pessoas jurídicas**, entendidas como associações de pessoas voltadas à persecução de determinados fins. Assim, é do reconhecimento de seu *status* como "sujeito de direito", da existência de uma personalidade, que decorre a capacidade de direito e de agir de tais agentes sociais.

---

[455]SZTAJN, Rachel. op. cit., p. 161.
[456]Tutela por parte do ordenamento jurídico, ou os atos objeto das prescrições e proibições dos comandos e das normas jurídicas.
[457]GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. Padova: CEDAM, 1990. v. 1, p. 125.
[458]MESSINEO, Francesco. op. cit., p. 125.

Atualmente, as **pessoas físicas** mesmo antes de nascer (os "nascituros")[459] já são sujeitos de determinados direitos (como o direito à vida), diferentemente, por exemplo, de ordenamentos mais antigos, como o romano, no qual apenas o nascimento com vida permitia que a pessoa física ostentasse o *status* – e gozasse das tutelas pertinentes à sua condição – de sujeito de direito.

Por definição da própria Sociedade (positivada em seus comandos, em suas normas jurídicas), as "pessoas físicas", embora sujeitos de direito, apenas alcançam a plena "capacidade de direito" e "de agir" quando adquirem condições de conscientemente se responsabilizarem nas relações sociais, ou seja, com a "maturidade" – objetivamente entendida com a maioridade civil (no Brasil, ao completar dezoito anos)[460].

Por outro lado, GALGANO[461] registra que o conceito de **pessoas jurídicas**, ou pessoas morais (como os entes públicos, as associações, as fundações, as sociedades, as Empresas, os consórcios e demais entes jurídico-legalmente reconhecidos), são o resultado de elaborado trabalho doutrinário inicialmente desenvolvido no século XIX, que mesmo no século XX ainda estava nos estágios iniciais de compreensão.

Tais entes não-humanos são "considerados" pessoas, equiparados (como dizia Messineo, "por assimilação") às "pessoas físicas" por força da norma jurídica. Já sustentava Savigny que tal imputação não passava de um *fictio iuris*, uma "ficção jurídica", pela qual o legislador "fingia", para satisfazer uma exigência própria do comércio jurídico, que uma entidade diversa do ser humano tenha, como ele, o atributo de pessoa, e assim, de sujeito de direito. Por tal razão Savigny criou a terminologia "pessoa jurídica", ou seja, o ente considerado por força de lei, do Ordenamento Jurídico, como pessoa e, assim, sujeito de direito[462].

---

[459]Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro de 2002) *"Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida;* ***mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro****."* (g.n.)

[460]Até então, paulatinamente o ordenamento jurídico vai atribuindo direitos e deveres aos menores de idade (faculdade de votar a partir de dezesseis anos, responder pessoalmente perante o juízo da infância e da adolescência por delitos a partir dos doze anos etc.).

[461]GALGANO, Francesco. op. cit., p. 171.

[462]"... 'giuridica' - egli precisò – perché 'persona que è ammessa solamente per uno scopo giuridico'; e pur tuttavia 'persona', in quanto 'nuovo soggetto di rapporti giuridici oltre lúomo singolo' " SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad.it., III, Torino, 1900, p.240, *apud* GALGANO, Francesco. op. cit., p. 172.

3.3. As diversas doutrinas acerca do conceito de Pessoa Jurídica

A compreensão do conceito de "pessoa jurídica", desde que reconhecido pela primeira vez na doutrina da "ficção jurídica" de Savigny, tem sido objeto de interpretações extremadas, com tais entes tanto sendo reconhecidos efetivamente como pessoas (ou "seres") autônomos, e assim sujeitos de direito; quanto como um extensão dos "reais" sujeitos de direitos (seus sócios ou administradores), no melhor estilo do "movimento pendular", na expressão cunhada pelo Professor Fábio K. Comparato.

Nesse sentido, GALGANO[463] lembra que a idéia da "ficção jurídica" de Savigny foi superada por doutrina posterior, tal como a esposada por Otto Von Gierke. Para este autor, a pessoa jurídica era um organismo **natural** dotado, como o ser humano, de vontade e interesses próprios, distintos das "pessoas físicas" que a constituíam – conceito este fruto da análise e reconsideração dos dados da própria experiência empírica, qual seja, a constatação de que desde o século XIX já se observava na realidade social (e não apenas no mundo do Direito) que existiam outros sujeitos, outros agentes nela atuantes, além do ser humano.

Na doutrina de Von Gierke, a teoria da pessoa jurídica como uma "ficção" assume um papel meramente **declaratório** da existência na realidade pré-jurídica (ou seja, na realidade empírica) de uma "viventi unitá sociali", de um agente social personificado e não humano, que neste estudo classificamos como "instituição-organização".

Pois bem, na contramão da realidade social, segue o relato de GALGANO[464] registrando que tanto a "Teoria da Ficção Jurídica" de Savigny, quanto a "Teoria da Imputação Social" de Von Gierke, foram colocadas à parte, sob o fundamento de que a "vontade" é um fenômeno "psíquico-humano", e portanto "**inimputável a uma entidade não humana**", da mesma forma que o "interesse" é uma valoração racional, pertinente apenas à capacidade intelectual humana e tão-somente. Tais posições consistiam no repúdio a suposto "antropomorfismo" dos "entes morais" e produziu, como extrema conseqüência, a **negação** da existência da "pessoa jurídica" e o fortalecimento do conceito de que apenas o "homem" é sujeito de direito.

---

[463]GALGANO, Francesco. op. cit., p. 172.
[464]Id. Ibid., p. 173 e ss.

Esta corrente de pensamento anti-antropomórfica, prossegue GALGANO[465], teve relevo durante o final do século XIX e foi objeto de análise por Kelsen (em sua obra "Teoria Geral do Direito e do Estado"), ao sustentar que apenas em um "entender figurado" as Empresas (pessoas jurídicas) praticavam negócios jurídicos, firmavam contratos, moviam ações no Poder Judiciário, enfim, eram titulares de direitos e de obrigações, visto que Ordenamento Jurídico somente poderia impor deveres e conferir direitos ao ser humano, vez que "somente o comportamento do ser humano" poderia, em essência, ser "regulado pelo Direito".

Todavia, registra o jurista italiano[466], essa negação a uma visão antropomórfica das Empresas não é válida, tampouco foi suficiente de *per se* para suplantar a noção de "pessoa jurídica", que sobreviveu em abundante doutrina subsequente (Ferrara, Falzea, Arangio-Ruiz e Scalfi), em uma base de radicalismo ainda maior: **a tais entes se é atribuído um caráter "artificial", de pura criação do Ordenamento Jurídico, parecida à personalidade jurídica do ser humano, sob o fundamento de que o ser humano é "pessoa" em decorrência do Direito, e não da "natureza"**, importando dizer que apenas o reconhecimento pelo Ordenamento do ser humano como "pessoa" (em outras palavras, a atribuição de personalidade jurídica) é que o torna um feixe de direitos e obrigações.

Ato contínuo, o pêndulo novamente oscilou em sentido contrário – e na contramão da própria realidade empírica – indevidamente voltando a prevalecer na doutrina moderna, nas palavras de GALGANO, que a "pessoa jurídica" é um "instrumento de linguagem jurídica, útil para reassumir – insubstituível, antes, em sua função semântica – uma complexa disciplina normativa de reporte intercorrente à pessoa física" [467].

A questão está longe de ter sido encerrada, e no curso das investigações que deram causa a este trabalho, com satisfação foi encontrada em produção pátria, uma corrente inovadora, em nosso entender, mais adequada no registro e interpretação do fenômeno da personificação jurídica do ente moral, das "instituições-organização", a qual é o objeto do subcapítulo a seguir.

---

[465]GALGANO, Francesco. op. cit., p. 173 e ss.
[466]Id., loc. cit.
[467]Id. Ibid., p. 180.

3.4. O conceito de pessoa jurídica na Doutrina brasileira: pessoas jurídicas e instituições sociais

No quesito da conceituação da "pessoa jurídica" como "instituições sociais", na doutrina brasileira merecem destaque as idéias do professor paranaense J. Lamartine Corrêa Oliveira[468], que desde 1962[469] já defendia o conceito de "pessoa jurídica" sob uma visão institucionalista, uma concepção na linha do realismo e de uma noção mais analógica do fenômeno.

Em nosso entender, esse professor em seus estudos[470] já apresentava as sementes do que neste trabalho denomina-se "instituição-organização", conforme se passa a demonstrar.

Nos termos da excelente monografia do também professor paranaense Rodrigo Xavier Leonardo, "Revisitando a Teoria da Pessoa Jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira"[471], para compreender o pensamento inovador do professor Corrêa de Oliveira é necessário conhecer os conceitos basilares de sua tese.

Como nó górdio da problemática do conceito de "pessoa jurídica", XAVIER LEONARDO[472] relembra a advertência do Prof. Corrêa Oliveira em sua tese de doutorado de que a importância da pessoa jurídica na realidade é enorme, pois *"provoca uma reflexão em torno do conceito de direito subjetivo e das próprias noções fundamentais do Direito"* pois, por um lado, "*revela a posição do autor, o ângulo em que se situa, no plano filosófico, e sociológico"* e *"por outro lado, está tão intimamente ligado ao problema da personalidade humana, que de seu exato equacionamento pende uma correta solução do problema das relações entre o Estado e os grupos intermediários existentes na sociedade, de um lado, e entre todas as realidades coletivas e o ser humano, por outro"*[473].

---

[468]Que exerceu a cátedra de Professor Titular de Direito Civil na Universidade Federal do Paraná.

[469]Em sua tese de doutoramento na Universidade Federal do Paraná "O conceito da Pessoa Jurídica".

[470]A citar, (OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979; Personalidade Jurídica da sociedade irregular. *Revista da Faculdade de Direito da UFRP,* Curitiba, v. 10, p. 139-161, 1964; e *in Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 76, 1967 e A personalidade jurídica da família. *Revista do Instituto do Açúcar e Álcool,* Rio de Janeiro, n. 90).

[471]LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a Teoria da Pessoa Jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. *Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira*. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná – OAB/PR, 2005. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/14977/10029>. Acesso em 07 dez. 2009.

[472]Id. Ibid.

[473]OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 5, *apud* Id. Ibid.

Uma grande contribuição do Prof. J. Lamartine Corrêa Oliveira para a matéria foi a de sistematizar 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**"[474], sobre as quais nos deteremos no subcapítulo a seguir.

3.4.1. Conceito de pessoa jurídica nas "Doutrinas Individualistas" segundo J. Lamartine Corrêa Oliveira

Na classificação do professor paranaense, agrupam-se no rol das **doutrinas individualistas** aquelas que reservam *"exclusivamente ao ser humano a verdadeira personalidade e capacidade jurídicas",* centralizando assim *"a real subjetividade do fenômeno jurídico na pessoa humana*" [475].

Nessa corrente, vislumbra-se traços tanto de *individualismo*, pela negação das realidades sociais coletivas, quanto de *voluntarismo*, pela justificação dos direitos subjetivos atribuídos à "pessoa jurídica" pela expressão da vontade humana – *in casu,* do legislador – resultando numa concepção artificial do instituto[476].

Nesse grupo, destaca-se a já citada "Teoria da Ficção Jurídica" de Savigny, que identificava como real sujeito de direito apenas o ser humano e, em não podendo desconsiderar a realidade empírica do impacto e importância dos "agrupamentos humanos" (as "instituições-organização", os entes morais) na Sociedade, que desde tempos remotos agem no convívio social de forma autônoma, **atribuía por ficção**, por "assimilação" (em outras palavras, por extensão da personalidade dos seres humanos), personalidade aos entes morais, às "pessoas jurídicas" [477] (conforme mencionado na transcrição da lição de GALGANO, subcapítulo 3.3 supra).

Além da "Teoria da Ficção Jurídica" de Savigny, sumariza XAVIER LEONARDO[478] que também integram o grupo das "doutrinas individualistas" a teoria de

---

[474]OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica,* op. cit., p. 28. *apud* Id. Ibid.
[475]LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit.
[476]Id. Ibid.
[477]Sustenta essa tese a leitura de que a mesma lei que tinha poderes para retirar dos seres humanos a condição de sujeito de direitos (no caso dos escravos), podia, artificialmente, também atribuir personalidade a organizações sociais (Id. Ibid.).
[478]Id. Ibid.

Vareilles-Sommières (para quem a pessoa jurídica seria uma "ficção doutrinária", ou seja, "*aquela em que a pessoa jurídica não seria uma pessoa, mas um patrimônio destinado a um fim - Brinz, Bekker e Bonelli"*[479]) e a teoria de Ihering (pela qual *"na pessoa jurídica, os titulares da personalidade seriam os destinatários, os verdadeiros interessados em seus benefícios ou em suas ações").*

Prossegue XAVIER LEONARDO [480] indicando como "*herdeiros desta tradição do direito privado europeu"* o professor Orlando Gomes, por aproximar da "Teoria da Ficção Doutrinária" de Vareilles-Sommières, e o professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto, por filiar-se à *"*Teoria da Ficção Legal" de Savigny.

A essas doutrinas individualistas, o professor Corrêa de Oliveira opõe-se, em especial, em razão de ostentarem o "*velho vício do individualismo, de só enxergar duas realidades na sociedade, as realidades extremas – indivíduo e Estado"* o que *"encontra magnífica acolhida em tal doutrina* [individualista] *que, em última análise, deixaria os grupos intermediários* [tais como as Empresas, como também organizações religiosas e afins] *reféns da arbitrariedade estatal pelo sistema da concessão que lhe é decorrente".*

Ainda, critica o professor Corrêa de Oliveira, que em comum todas as doutrinas individualistas comungam como vício de origem o fato de negarem a existência dos "agrupamentos sociais"[481] , intermediários entre o Estado e o indivíduo, assim nenhuma dessas teorias foi capaz de explicar o conceito "pessoa jurídica" [482].

3.4.2. Conceito de Pessoa Jurídica nas "Doutrinas que afirmam a Existência de Realidades Coletivas" segundo J. Lamartine Corrêa Oliveira

Como relatado por GALGANO, em oposição à doutrina ora classificada como "individualista" de Savigny, Corrêa Oliveira colaciona a teoria de Otto Von Gierke, a qual defende serem as associações "organismos vivos", reais e independentes, que emanam uma

---

[479]Vale mencionar a nota de LEONARDO pela qual ressalta que para o Marquês de Vareilles-Sommières a pessoa jurídica não era uma criação da lei, mas de "todo o mundo" é equivocado dizer que a pessoa jurídica é uma criação da lei, pois *"La personnalité civile, n'est pas l'oeuvre spontanée d'un artiste; ele est l'ouevre d'un grand artiste: de tout le monde"* (VAREILLES-SOMMIÈRES, Marquis De. *Les personnes morales.* Paris : LGDJ, 1919, p. 26-27 *apud* Id. Ibid.).

[480]Id. Ibid.

[481]Neste estudo, denominados "instituições-organização".

[482]LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit.

vontade consciente de agir distinta de seus membros, além da vontade desses seus membros, constituindo uma "realidade autônoma supra-individual"[483].

Como expoentes brasileiros dessa corrente doutrinária, XAVIER LEONARDO[484] cita Lacerda de Almeida e Carvalho Santos, que defenderam a tese organicista para explicar a natureza da "pessoa jurídica", e mesmo Clóvis Beviláqua, como filiado às teorias que afirmavam a realidade da "pessoa jurídica" (anotando, contudo, que este doutrinador não chegou a apresentar em sua produção, com clareza, traços organicistas).

Reporta XAVIER LEONARDO[485], contudo, que no entender do professor J. Lamartine Correa Oliveira, se por um lado a teoria de Von Gierke representou um progresso inegável, em razão do reconhecimento da realidade de grupos humanos associados (tais como a Empresa), a idéia do "voluntarismo coletivo" próprio da "pessoa jurídica", ou da vontade do ente emanando do conjunto de seus membros, também seguiu insuficiente para explicar o conceito deste instituto.

3.4.3. Conceito de Pessoa Jurídica nas "Doutrinas Normativistas" segundo J. Lamartine Corrêa Oliveira

Em comum, os doutrinadores dessa corrente normativista buscavam resolver pelo Direito positivo a conceituação de "pessoa jurídica", trabalhando uma definição depurada de elementos metajurídicos.

---

[483]De tão pertinentes, impossível não reproduzir as notas de LEONARDO (op. cit.) sobre a teoria de Von Gierke (grifos nossos): "Segundo explica George Heiman, para Gierke "**the association, or group, is a living entity characterized by the relationship between the unity of the whole and the multiplicity of its parts**. **The relationship is guided by the manifestations of the human will, and an ability to act that are distinct from the lives and wills of its individual members. Thus group-life exists side by side with individual life, not divided into a separete sphere, but inextricably bond to it. An organic tie links the two entities, a tie that is as basic and fundamental as life itself"**. (HEIMAN, George. The nature of associations and fellowships. In: GIERKE, Otto von. *Association and law: the classical and early christian stages.* trad. George Heiman. Toronto: Toronto Press, 1977, p. 7)"

E ainda: "para Gierke, nas associações "**Itself can will, itself can act, in the same way that they will and act. When 100 persons unite to form a group wich wills and acts as one, we must say that there is a real new person present – the hundred and first person, the super-person** (...) **Behind the legal Group-person there is therefore a real Grooup-being, just as there is a real individual human being behind the individual legal person"**. (Apud BAKER, Ernest. Translator's introduction. In: GIERKE, Otto von. *Natural law and the theory of society 1500 to 1800.* trad. Ernest Barker. Boston: Beacon Press, 1957, p. LXVI-LXVII).

[484]LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit.

[485]Id. Ibid.

Essa corrente tem como expoente Francesco Ferrara, que, nas palavras de XAVIER LEONARDO, "*identificava três significados principais para a palavra pessoa: o significado físico-antropológico (homem); o significado teológico-filosófico (o ente racional, consciente, capaz de querer) e o significado jurídico, funcionalizado ao direito. Para se alcançar o conceito jurídico de pessoa seria necessário adotar a exigência metodológica de não misturar estes diversos significados e utilizar para fins jurídicos conceitos e princípios que lhes são estranhos*" [486].

Conforme reportado por GALGANO, segundo essa corrente, à pessoa jurídica é atribuído um caráter "artificial", de pura criação do ordenamento jurídico, parecido à personalidade jurídica do ser humano, sob o fundamento de que o ser humano é pessoa em decorrência do Direito, e não da "natureza", sendo o seu reconhecimento pelo Ordenamento Jurídico como "pessoa" (em outras palavras, a atribuição de personalidade jurídica) que o torna um feixe de direitos e obrigações.

Por conta disso, no entendimento do professor Corrêa Oliveira, o debate sobre a natureza "real" ou "ficta" da "pessoa jurídica" não se justifica, sendo falso em si mesmo, posição reiterada por XAVIER LEONARDO ao transcrever a lição de Pontes de Miranda sobre o assunto: "*a realidade ou a ficção é algo pertinente ao suporte fático, e tanto a pessoa física como a pessoa jurídica pressupõem um suporte fático no qual a norma incide*" [487].

Ou seja, é o Ordenamento Jurídico (uma abstração humana) que atribui às pessoas - físicas e jurídicas – a condição de sujeitos de direito, não a realidade "natural" (todavia, certo é que tal atribuição parte do pressuposto, do suporte fático, em outras palavras, da aderência social – da institucionalização – desse reconhecimento).

Na classificação do professor J. Lamartine Corrêa de Oliveira, também se filia nas "doutrinas normativistas" a "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen (na qual é proposta uma reconstrução do conceito de pessoa e de pessoa jurídica, mediante o esvaziamento da noção de direito subjetivo com sua representação como um mero reflexo do dever jurídico[488]).

---

[486]LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit.
[487]Id. Ibid.
[488]Ou conforme mencionado alhures, a estrutura do ordenamento jurídico, ao dispor prescrições e proibições acerca das condutas humanas, como ato reflexo gera os direitos de alguns, decorrentes dos deveres jurídicos de outros, ou seja, direitos e sujeitos de direitos são resultados da positivação das normas, dos comandos, no ordenamento jurídico.

Desse modo, na interpretação de Corrêa de Oliveira, as teorias normativistas, embora não neguem a existência das "instituições-organização", calcam sua personificação como "puro efeito da técnica do Direito", nas exatas palavras de XAVIER LEONARDO[489].

3.4.4. O conceito de pessoa jurídica para J. Lamartine Corrêa de Oliveira

Corrêa de Oliveira constrói seu conceito de pessoa jurídica com base nessa sua sistematização das correntes de pensamento sobre o fenômeno, basicamente distribuindo as diversas doutrinas naquelas que (i) **reconhecem apenas o ser humano como "sujeito de direito", atribuindo-se tal condição aos entes morais ("instituições-organização") por mera ficção**, ou seja, por assimilação (a corrente "individualista"); (ii) **aquelas que reconhecem como sujeitos de direito tanto o ser humano, quanto os entes morais**, dado seu inegável impacto e atuação na realidade social (a corrente da "existência de realidades coletivas") e (iii) **aquelas que vêem esse debate como inócuo, visto que tanto o ser humano, quanto as pessoas jurídicas, apenas são sujeitos de direito em razão da atribuição realizada pelo próprio Direito, pelo Ordenamento Jurídico** (a corrente "normativista").

Desde já, mister consignar que de uma leitura atenta das diversas teorias colacionadas sobre o instituto da "pessoa jurídica", observa-se que a filiação de cada uma delas às suscitadas três correntes gerais propostas pelo professor Corrêa de Oliveira não se opera com um encaixe perfeito, por diversas vezes determinados aspectos de cada teoria também se identificam com a linha geral de outra doutrina que não aquela em que foram classificadas.

Todavia, a validade da classificação proposta pelo professor paranaense reside em isolar as questões basilares que permeiam a compreensão do fenômeno, a personificação das "instituições-organização" (agrupamentos sociais, na linguagem do jurista), o que o levou a construir sua teoria ontológica-institucionalista do conceito de "pessoa jurídica".

Em sua teoria, **o aspecto ôntico das pessoas jurídicas decorre do substrato real desses agrupamentos sociais**, nas palavras de XAVIER LEONARDO, "*da coletividade*

[489]LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit.

de homens que integram, em unidade, uma existência autônoma [tratando-se] *de uma realidade permanente, individual, completa, incomunicável fonte de atividade consciente e livre, realidade distinta*"[490].

Por esse raciocínio, a diferença entre a "pessoa humana" e a "pessoa jurídica" estaria na **substância**, sendo os seres humanos "seres de forma substancial" que *"seriam aqueles que não necessitariam de fundamentos extrínsecos para sustentar-se, ou seja, existiriam por si mesmos"*[491].

Em contrapartida, as pessoas jurídicas seriam "os seres de forma acidental", ou seja, aqueles que "*não teriam existência em si mesmos, na medida em que seriam dependentes de outros seres de substância*"[492].

Assim, sob o ponto de vista ôntico, para Correa de Oliveira a "pessoa jurídica" é entendida com um "ser acidental" que atua na realidade social.

No aspecto "institucional", a teoria do professor paranaense possui franca inspiração na escola institucionalista francesa, inaugurada por Maurice Hauriou, que adota como premissa metodológica a adoção de uma epistemologia indutiva, rejeitando conceitos abstratos como base para suas conclusões científicas.

O professor Corrêa de Oliveira nutria grande afeição pelo jusnaturalismo, que, em comum com o institucionalismo francês, entende que os comandos jurídicos (as "normas") devem guardar estreito vínculo com a realidade das relações sociais, dos valores da própria essência humana, da qual, em última análise, são resultantes, nas palavras de XAVIER LEONARDO, imunizando-se, desse modo, das "*ilusões racionalistas*" e materialmente orientando seus trabalhos "*para a perspectiva de inserção do homem em seu contexto histórico e social*"[493].

Para Corrêa de Oliveira, as lições essenciais de Maurice Hauriou são aquelas que identificam a "instituição" como uma obra (abstração) que se cria e existe juridicamente

---

[490]LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit..
[491]Id. Ibid.
[492]Id. Ibid.
[493]Conforme registrado por XAVIER LEONARDO, professor J. Lamartine Corrêa de Oliveira sempre teceu severas críticas à falta de maiores estudos de sociologia jurídica brasileira, de pesquisas aplicadas à investigação da natureza pré-jurídica dos fenômenos sociais pátrios, do que resultava ser nosso ordenamento mais uma cópia, um reflexo, do Direito continental europeu, onde tais investigações eram realizadas, interpretadas e das quais decorriam as normas e teorias. Na medida do possível, nesse trabalho, com base na produção de juristas pátrios, no atual código civil, em achados jurisprudenciais e evidências empíricas de organizações sociais, busca-se demonstrar a pertinência para a ordem social brasileira (especialmente para fins de programas de real emancipação desenvolvimentistas) da assunção e encampação do conceito de "Empresa-Instituição", como uma organização personificada e autônoma.

em um ambiente social[494], como uma realidade entre o indivíduo e o Estado (este instituição que atua fruto da organização de um grupo vinculado por manifestações comunitárias – o povo), cuja personalidade moral (reconhecimento no seio social) é distinta de personalidade jurídica, que é decorrente de sua positivação normativa como fato social.

Na teoria do professor paranaense, a realidade social é composta por "seres humanos" e por "instituições". E, se embora sob o ponto de vista ontológico apenas ao ser humano justificar-se-ia a atribuição de *personalidade*, certas instituições por alcançarem um nível tal de complexidade, seja de organização, seja de relevância social, passando a ser um fenômeno reconhecido *erga omnes* na Sociedade, também são consideradas pessoas pela "analogia de atribuição", fundamentando-se, assim, um reconhecimento de personalidade real às pessoas jurídicas, **sempre em mera analogia à personalidade jurídica atribuída ao ser humano**.

3.4.5. O conceito de pessoa jurídica e a dupla crise do instituto: valores e as novas funções das Empresas no final do século XX

Em suma, o Professor CORRÊA DE OLIVEIRA[495] define a **pessoa jurídica** como uma:

> "*realidade acidental e subordinada a valores reitores da ordem jurídica,* [que] *existe em função de determinados fins, considerados humana e socialmente relevantes (...)* [assim sendo uma] *realidade que tem funções – função de tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios isolados de um ser humano; função de limitação de riscos empresariais; função de agrupamento entre os homens para fins religiosos, políticos, educacionais; função de vinculação de determinados bens ao serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes.*"[496]

---

[494]Para Hauriou: *"una istituzione è una idea di opera o di intrapresa, che si realizza e dura giuridicamente in un ambiente sociale; per la realizzazione di tale idea, si organizza un potere che la fornisce di organi; d'altra parte, tra i membri del grupo sociale che è interessato alla realizzazione dell'idea si attuano manifestazioni comunitarie, dirette dagli organi del potere regolate da procedure"*. (HAURIOU, Maurice. *Teoria dell'istituzione e della fondazione.* Milano: Giuffrè, 1967, p.12 *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit.).

[495]OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 608.

[496]Id., loc. cit.

Embora existissem em razão de (pré)determinados fins, Corrêa de Oliveira já vaticinava que:

> *"**tais entidades*** [as pessoas jurídicas] ***são** – em um plano pré-normativo – pela identidade e continuidade que os homens lhe reconhecem, através do tempo, fazendo com que a entidade seja a mesma apesar da mudança de membros; pela formação de um centro autônomo de interesses; pela dotação de órgãos capazes de deliberar de modo vinculante, permitindo que declarações de vontade emanem de tais entidades – **seres**. São distintos de seus membros.*" (g.n.)[497]

Já em sua magistral obra de 1979 ("A Dupla Crise da Pessoa Jurídica"), Corrêa de Oliveira indicava que as razões da percepção da crise na compreensão do instituto até hoje experimentada pela Ciência Jurídica, a saber, que à medida *"que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizadas para outras – não previstas pelo legislador – funções. Se tais funções novas entram em contraste com os valores reitores da ordem jurídica, há uma crise da função do instituto"*[498].

XAVIER LEONARDO[499] 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" [500].

Pela ausência dessa suposta "*substancialidade*", visto que, embora a "pessoa jurídica" fosse uma unidade ontológica, tratava-se de uma "forma acidental" (pois

---

[497]OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 609.
[498]Id., loc. cit.
[499]LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit.
[500]Id. Ibid.

dependia do ser humano para existir), que Corrêa Oliveira alinhava-se com a crítica ao desvio antropomorfista do instituto, já denunciado por Ferrara[501].

Assim, Corrêa de Oliveira defendia que as "pessoas jurídicas", embora fossem um dado da realidade, não lhes poderiam ser atribuídos "valores" ou "dignidade", pois tais atributos seriam exclusivos das pessoas humanas[502].

Dessarte, da mesma forma como se posicionou Asquini com relação ao aspecto institucional da Empresa, em seu emblemático artigo "Dos perfis da Empresa"[503], J. Lamartine Corrêa de Oliveira, também reconhecendo as pessoas jurídicas como instituições, ou "instituições-organização" (visto se tratarem de agrupamentos de pessoas organizados com relações de hierarquia e cooperação voltadas a um determinado fim), como centros autônomos e reais de interesses, era enfático ao estabelecer que esses entes **não eram pessoas** *"de modo idêntico ao modo pelo qual são pessoas os seres humanos,* [por não terem] ***a dignidade da pessoa humana****, são instrumento da realização humana e tem por finalidade servir ao homem e à sua vida em sociedade*" [504].

3.4.6. Revisão Crítica

Embora Corrêa Lamartine com muito acerto posicione o fenômeno da "pessoa jurídica" sob o aspecto ôntico e institucional, com a devida vênia, **as diversas transformações vivenciadas no século XX na realidade social**, notadamente em função dos novos papéis e da evolução na forma de atuação das Empresas, bem como de outras pessoas jurídicas (como o Estado e associações do terceiro setor), **vem na contramão do entendimento esposado por Corrêa Lamartine** - e ao seu tempo, mesmo por Asquini – **no tocante à impossibilidade de atribuição às pessoas jurídicas de "*'valores' ou 'dignidade',*** *pois tais atributos seriam exclusivos das pessoas humanas*" [505].

As "pessoas jurídicas" são entes reconhecidos e identificados não apenas como centros de interesses próprios, **mas como núcleos congregadores de valores institucionais**, valores próprios da "instituição" com os quais pautam sua atividade e são

---

[501]LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit.
[502]OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 609.
[503]ASQUINI, Alberto. op. cit., v. capítulo 2 desta parte III.
[504]OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 609.
[505]Id., loc. cit.

responsáveis para construção de seu "patrimônio ideal"[506], ou seu ativo intangível (sua boa imagem junto às suas "partes interessadas" - acionistas, colaboradores, consumidores etc.).

Influenciando tais valores certamente estão postulados firmados por pessoas humanas, positivados ou não em lei, vez que essas "instituições-organização" são essencialmente criações de engenho humano, e por atribuição a essa criação é que decorre sua personalidade, da mesma forma que em decorrência dos valores que a essas "instituições" são atribuídos, que decorre, por atribuição e analogia, o reconhecimento da existência de seu "patrimônio ideal", ou de sua "dignidade".

Por tais motivos, não há como se falar em "pessoa jurídica" sem o reconhecimento amplo de seus direitos de personalidade.

3.4.6.1. O conceito amplo de personificação dos entes morais e sua fundamentação no Ordenamento Jurídico brasileiro

No caso brasileiro, é curioso notar que na redação do atual Código Civil de 2002, como já se dava no revogado Código Civil de 1916, no título das "Pessoas Jurídicas", está claramente definido que esses entes podem ser de direito privado ou público (com o Estado figurando no rol das pessoas jurídicas de direito público).

Na lição de todos os supramencionados doutrinadores individualistas (Savigny, Vareilles-Sommières, Ihering), ilustrando esse raciocínio com a mais clássicas das "instituições-organização", tem-se que em nenhum momento se questiona ser o Estado "sujeito de direito" *per se*, ou seja, não se discute que o Estado não possua direitos ou valores próprios.

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")[507].

---

[506]Na expressão de SILVA, Wilson de Melo da. *O dano moral e sua reparação.* Rio de Janeiro: Forense, 1995. n. 1.

[507]Os quais devem pautar sua conduta conforme os valores e princípios do Direito Administrativo, não segundo seus próprios interesses, mas o "interesse público" – com relevo aos princípios da legalidade (ou seja, o agente público apenas pode agir dentro do que expressamente permitido em lei) e o da impessoalidade (que tanto se refere à prevalência do interesse público sobre o interesse particular do agente na motivação de seus atos, quanto ao fato de que age o agente como uma *longa manus* do ente público, o qual se responsabiliza pelos atos do dito agente).

De se lembrar a lição de MARTINS, com maestria que lhe é peculiar, sintetiza que:

> "***é a pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos*** *(...)* ***não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas, as quais deram lugar ao seu nascimento****; ao contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio* (...)
>
> *Em razão disso, as pessoas jurídicas têm nome particular, como aquelas físicas, domicílio, nacionalidade; podendo estar em juízo, como autoras, ou na qualidade de rés, sem que isso reflita na pessoa daqueles que as constituíram,*(...)
>
> *Por último,* [**as pessoas jurídicas]** ***têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram****; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não irradia efeitos na estrutura das pessoas jurídicas, de molde a variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que tal fato incida no seu organismo. É o que ocorre via de regra com as sociedades ditas institucionais ou de capitais, cujos sócios podem mudar de Estado ou ser substituídos sem que se altere a estrutura social.*"[508]

Ora, se na lei a "instituição-organização" Estado é regulada no mesmo título que regula os *"agrupamentos sociais intermediários"* (na expressão cunhada por J. Lamartine Corrêa de Oliveira), ou seja, as demais "pessoas jurídicas" de direito privado (Parte Geral, Livro I, Título II do Código Civil Brasileiro), como é possível reconhecer o status de "pessoa jurídica" pleno apenas ao primeiro?

Se essas "instituições-organização" são fenômenos sociais, abstrações resultantes do engenho humano, que ao ganhar concreção com seu reconhecimento social e com a consolidação de valores próprios (quando se institucionalizam), tornam-se independentes e autônomos em relação a seus fundadores, por que se questiona a personalidade jurídica das pessoas jurídicas, notadamente a amplitude da personalidade jurídica da Empresa?

De se ressaltar que o elemento caracterizador de vida própria da "pessoa jurídica", independente das pessoas físicas que as formaram, é conceito que tem sido bastante explorado na doutrina penalista, por exemplo, na construção da "Teoria da Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas", que conta com respeitável doutrina favorável, da qual fazem parte os professores Sérgio Salomão Shecaira e Ataides Kist, sob o fundamento de que as "pessoas jurídicas" se adequam perfeitamente à culpabilidade, pois

---

[508]MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 31. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 184.

tais entes possuem capacidade de ação e capacidade de discernimento, esta residindo no momento de construção de sua vontade coletiva nas instâncias internas da organização[509].

Ilustrando esse entendimento, pertinente colacionar a reflexão de Ataídes Kirst, que ao discorrer sobre a aplicação da culpabilidade às pessoas jurídicas ressalta que:

> "*as dificuldades dogmáticas tradicionais para acolher penalmente a criminalidade das agrupações reside no contido das noções fundamentais da doutrina penal: ação, culpabilidade e capacidade penal.* ***Se a pessoa moral pode concluir um contrato, por exemplo, de compra e venda, ela é que é sujeito de obrigações que se originam destes contratos e ela é quem pode violar essas obrigações****. Isso quer dizer que a pessoa moral pode atuar de maneira antijurídica.*" (g.n) [510]

Tais exemplos práticos da plena personalidade da pessoa jurídica (em especial da Empresa) estão perfeitamente alinhados com a atual sistematização da matéria presente no Código Civil Brasileiro de 2002. Explica-se.

O artigo 45 [511] do atual Código Civil claramente pontua que o início da existência legal das "pessoas jurídicas" dá-se com a inscrição de seu ato constitutivo no registro próprio.

Na sequência, o artigo 52[512] do mesmo diploma legal reconhece às "pessoas jurídicas", no que couber, a proteção dos direitos de personalidade – os quais não se devem restringir aos positivados nos artigos 11 a 21[513] da mesma Codificação Civil, mas abranger também os demais direitos aplicáveis previstos na Constituição Federal.

---

[509]MENEZES, Matheus. A culpabilidade face às pessoas jurídicas: uma visão crítica. *Revista Jurídica FACS*, jan. 2006. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2006>. Acesso em: 09 nov. 2009.

[510]KIST, Ataides. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 1999 *apud* MENEZES, Matheus. Op. cit.

[511]Código Civil Brasileiro de 2002. *"Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo."*

[512]Código Civil Brasileiro de 2002. "*Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade."*

[513]Apenas colacionando alguns exemplos de direitos da personalidade aplicáveis às pessoas jurídicas: Código Civil Brasileiro de 2002. *"Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."*; "*art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. (...)"* e "*art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória."*; *"art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.*" e *"art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. (...)"*

Dentre os direitos das "pessoas jurídicas", encontra-se o "direito de ação", exercível – ativa ou passivamente – mediante a devida representação (consoante estabelecido pelo artigo 12[514] do Código de Processo Civil), nesse quesito aplicando-se perfeitamente a lição de Pontes de Miranda de "não haver representação sem haver pessoa que se represente e pessoa que represente", portanto, inegável que as "pessoas jurídicas" detêm, por certo, personalidade jurídica (são representadas e possuem quem as representem).

Destaque-se que o reconhecimento da personalidade às pessoas jurídicas não tem por condão imunizar ou proteger eventuais "partes" que se utilizem da vestimenta jurídica (do véu) da "instituição" para perpetrar fraudes e outros ilícitos.

Tal circunstância foi expressamente prevista na novel Codificação Civil em seu artigo 50[515], ao dispor que em caso de "abuso da personalidade" – caracterizado pelo desvio de finalidade da "instituição" ou pela confusão patrimonial – o Poder Judiciário pode determinar a desconsideração da personalidade jurídica e da separação patrimonial entre a "pessoa jurídica" e a "pessoa física" do agente do desvio[516].

De se registrar que a primeira legislação brasileira a versar expressamente sobre a questão da "desconsideração da personalidade jurídica" foi o Código de Defesa do Consumidor de 1990 (nos casos de abuso de direito, de poder, ilícitos, desvio de finalidade social, dentre outros), seguida pela lei antitruste de 1994, ensejada por motivos similares aos positivados na codificação consumeirista, e também pela legislação de crimes ambientais de 1998 (esta limitando-se aos casos de a personalidade ser obstáculo ao ressarcimento do dano ambiental)[517].

---

[514]Lei 5.869/1973. *"Art. 12. **Serão representados em juízo**, ativa e passivamente: I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II - o Município, por seu Prefeito ou procurador; III - a massa falida, pelo síndico; IV -.... V - ...., VI - **as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;** VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); IX – (....)"*

[515]Código Civil Brasileiro de 2002. *"Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."*

[516]Como é de conhecimento, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi trazida para a doutrina pátria por Rubens Requião, e em sua origem tinha por viés o afastamento excepcional da proteção conferida pela personalidade jurídica para fins de se punir fraudes praticadas por sócios. A ênfase na utilização excepcional deste instituto sempre residiu no sentido de justamente se evitar o descrédito e inutilização da figura da "pessoa jurídica", que principalmente pela conferência do direito da separação patrimonial, tem grande importância no incentivo à atividade empreendedora.

[517]A respeito, v. MOREIRA FILHO, Francisco de Assis dos Santos. op. cit.

Por todas essas razões, a figura da "pessoa jurídica" é instituto positivado em nosso Ordenamento, personificado e reconhecido como centro de imputação de direitos e deveres próprios, sendo certo que, tal ficção legal não tem por condão tolerar abusos de direito, ou imunizar fraudes e desvios de finalidade, casos em que, em prol da convivência social e da boa-fé, é permitida a desconsideração da personalidade atribuída.

3.4.6.2. O conceito amplo de "pessoa jurídica" e as "instituições-organização"

Note-se que as "pessoas jurídicas" são em regra "instituições-organização", ou seja, são abstrações formuladas pelo engenho humano para atender a determinada finalidade, nelas se observando a presença de elementos típicos de organização, a saber, planejamento e coordenação de relações entre as suas diversas "partes interessadas" de forma cooperativa ou hierárquica.

Embora uma vez "organizadas", tais "instituiçõs-organização" tendam a se emancipar dos seres humanos que lhe deram origem, essas mantêm-se vinculadas ao reconhecimento humano de sua existência, o qual é calcado na manutenção de sua utilidade (o adimplemento de sua finalidade em conformidade com o atendimento dos diversos interesses nela atuantes).

Por tais motivos, por sua institucionalização (reconhecimento social coroado com a personificação jurídica) ser decorrente do atendimento de necessidades e interesses fundamentalmente humanos (mesmo que de forma indireta), não há porque se falar, ou mesmo temer, uma eventual "antropoformização" desse ente, como forma de opressão do ser humano, do indivíduo.

A Sociedade, portanto, os seres humanos, **apenas reconhecem por atribuição a personalidade jurídica de tais entes porque tais instituições exercem função social relevante.**

E lhes reconhecem personificação como forma de lhes inserir dentro de sua matriz de valores, de fazer com que sua conduta se paute pelos princípios que são comuns às relações sociais – humanas – tais como o dever de boa-fé, de solidariedade e de respeito – na condição de iguais, não em posição privilegiada, opressora.

CAPÍTULO 4. CONCLUSÃO: A EMPRESA PERSONIFICADA

Após a atenta análise das diversas teorias jurídicas sobre a Empresa, com as quais se buscou retratar o tratamento jurídico desse fenômeno ao longo do século XX e pós-Código Civil Brasileiro de 2002, nota-se que desde o paradigmático artigo de Asquini de 1943 todas elas reconhecem a Empresa como um fenômeno uno na seara econômica, embora discordando e relutando na forma de sua assimilação jurídica.

Conforme salientado, tal confusão deriva da intrínseca complexidade do fenômeno, que espraia seus atos por diversas searas jurídicas – das relação entre sócios (Direito Societário), às relações patrimonialistas (Direito Real), trabalhistas (Direito do Trabalho), consumeiristas (Direito do Consumidor), com outras empresas (Direito das Obrigações), com a Sociedade (Direito Ambiental, Concorrencial) etc.

E isso porque, na conformação da atuação social da Empresa atuam diversos interesses, internos (sócios, trabalhadores etc.) e externos (consumidores, fornecedores, etc.), o que demonstra o acerto em considerar tal fenômeno como um feixe de contratos, ou um feixe de relações jurídicas, um verdadeiro poliedro, visto serem diversos os interesses e os agentes envolvidos e que formam essa "instituição".

Em assim considerando a Empresa como o resultado do embate e conciliação dos diversos interesses nela envolvidos, carece de lógica e mesmo de sustentabilidade a atribuição apenas e exclusivamente ao "empresário" da responsabilidade e da decisão pela conduta "moral" que marcará o comportamento desse ente, sua "atividade empresarial", por ser este é o caminho mais seguro para – legitimamente –fazer preponderar os interesses dessa parte interessada (o "empresário") em detrimento dos demais atuantes na Empresa (sem esquecer o estímulo a comportamentos fraudulentos "autoprotetivos" que essa posição acarreta).

Isso prova que a visão segregada e estanque da Empresa, sob a ótica dos direitos e obrigações do "empresário", da "atividade empresarial", do "estabelecimento" e da "instituição" de forma apartada, 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" pela Sociedade.

A solução para essa problemática, em nosso entender, reside no reconhecimento da Empresa como um centro de imputação próprio, uma "instituição" que emerge da inter-relação de diversos interesses, que em conjunto criam uma ética particular deste ente, por vezes diferente e não-perfeitamente alinhada com o principal interesse de cada uma de suas "partes interessadas", mas que possuem o condão de conciliar e compor essas vontades, em torno de um "fim comum", a saber, sua viável (rentável) continuidade (preservação). Em outras palavras, decorre de seu reconhecimento como uma "pessoa jurídica" plena.

O reconhecimento da personificação da "Empresa-Instituição", não no mero sentido antropomórfico, mas como efetivo, sistêmico e integrado "agente social", como uma abstração humana, uma "instituição", portanto alvo de uma personificação por atribuição, é o que permite sua plena inserção como **sujeito de direito** dentro de uma matriz **valorativa** de direitos e obrigações comum aos demais agentes sociais (como os próprios seres humanos), matriz esta composta de princípios como da função social, da boa-fé, da solidariedade e da cooperação pelo desenvolvimento de todo o tecido da Sociedade.

Nesse sentido, de se destacar que dentro do atual sistema lógico-racional do Direito brasileiro, já encontra devidamente positivado o reconhecimento tanto da "pessoa jurídica" e da Empresa.

Nessa sistematização, o reconhecimento jurídico da existência da "pessoa jurídica" e da Empresa opera-se mediante a inscrição formal perante o registro ("fólio") competente do ente. Uma vez devidamente constituída, esse ser passa a gozar de obrigações e direitos, como o direito de ação, direitos de personalidade, direito de propriedade dentre outros tutelados pelo Ordenamento Jurídico – nas palavras do professor SALOMÃO a "*atribuição de capacidades ao ente personificado e a conseqüente caracterização da pessoa jurídica como centro de imputação de direitos e deveres é mera decorrência do reconhecimento da organização*"[518], o que se opera com o seu registro.

Aflora, então, a importância do tipo societário escolhido para a efetivação da aquisição de personalidade jurídica, bem como da forma de planejamento e coordenação ("organização") dos diversos interesses nela envolvidos.

Por oportuno, de se registrar que na concepção moderna da Empresa (dentro de um quadro de cooperação e busca de sua preservação, dada a importância de suas externalidades para a Sociedade), não procede defini-la meramente com uma organização

[518]SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 48.

dos fatores de produção atividade, tomando-se "risco" com fito de "lucro" (tanto o é que a própria definição da *fattispecie* no artigo 966 do Código Civil[519] não contempla nenhum desses dois elementos – risco e lucro).

O que faz todo o sentido, visto que ASQUINI[520] em seu afamado artigo "Os perfis da Empresa" já observava que mesmo a Codificação italiana não vinculou o exercício da atividade empresarial à finalidade do "***lucro***", visto que sua persecução aflora mais como um elemento "***natural***" da "**profissionalização**" da atividade, e não como um elemento "***essencial***"[521], em verdade, condição de viabilidade (sustentabilidade) da própria Empresa.

Igual raciocínio se aplica a questão do "risco", que não se trata de uma "opção", mas de característica intrínseca de qualquer empreendimento humano, com relação ao qual é uma das funções do Ordenamento Jurídico refletir e criar soluções na medida do possível preventivas, ou ao menos mitigadoras, de seus efeitos.

No tocante à natureza da "organização" da Empresa, é de se notar que essa característica se traduz no exercício **planejado** e **coordenado**, de forma contínua e profissional, da produção e troca de bens e serviços voltados para a economia, para atender às demandas da Sociedade.

Tal exercício **planejado** e **coordenado** da atividade produtiva não impõe a necessidade da presença compulsória de relações de hierarquia, da gestão de mão de obra própria, ou mesmo na existência compulsória da "gestão de capital alheio" ou mesmo "capital relevante", do que são exemplos clássicos as microempresas.

Por fim, de se registrar que a plena personificação jurídica da instituição Empresa não importa o enfraquecimento do "ser humano" como sujeito de direito, ou mesmo o "antropomorfismo" ilimitado desse ente jurídico, visto que tal personalização dá-se por atribuição, por um ato volitivo humano, decorrente do reconhecimento geral de que tal ente atende a necessidades e interesses fundamentalmente humanos e sociais (mesmo que de forma indireta).

Inexistentes o atendimento a esses interesses humanos (por exemplo, no caso da Empresa inativa que tem contra si ajuizado pedido de falência), não subsiste qualquer

---

[519]Código Civil Brasileiro de 2002. *"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."*
[520]ASQUINI, Alberto. op. cit., p. 116.
[521]v. Parte III, subcapítulo 2.1.1.

interesse na continuidade da existência dessa “pessoa jurídica”, passível, portanto, de ser decretada sua “morte”.

Assim é que a Sociedade, e dessa feita os seres humanos, apenas reconhece as “instituições-organização” (como a Empresa) o direito à atribuição de personalidade jurídica porque elas exercem uma função social relevante. E lhes reconhecem tal personificação como forma de lhes inserir dentro de sua matriz de valores, de fazer com que sua conduta se paute pelos princípios que são comuns às relações sociais – humanas – tais como o dever de boa-fé, de solidariedade e de respeito – na condição de uma igual, não em posição privilegiada, opressora.

Feitas essas reflexões acerca do porquê da personificação da Empresa-Instituição, na próxima e última parte desse estudo analisaremos a utilidade desse entendimento para o Direito, para as relações sociais e para a Sociedade.

PARTE IV

A EMPRESA-INSTITUIÇÃO NA REALIDADE SOCIAL

"A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida". Pontes de Miranda

CAPÍTULO 1. A QUESTÃO DE INÍCIO: O RISCO, A INTERNALIZAÇÃO DO RISCO E A VIABILIZAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A idéia de se defender e demonstrar a "Empresa-Instituição" plenamente personificada como o "conceito jurídico de Empresa", que deu origem ao presente ensaio, surgiu inicialmente como solução capaz de viabilizar a construção de um tratamento jurídico mais adequado às situações de desequilíbrio dos contratos empresariais, por assim permitir a elaboração de uma estrutura que melhor harmoniza e valoriza hierarquicamente os diversos interesses e valores envolvidos nessas situações de conflito.

1.1. Da questão de início: contratos empresariais e desequilíbrios

A situação de "desequilíbrio contratual"[522] a que nos referimos decorre da observação de que frequentemente na atividade empresarial os contratos firmados (sejam de fornecimento, de trabalho, de parceria etc.) **não surtem os efeitos desejados** pelas partes contratantes, seja porque (i) a prestação não chega a ser cumprida ("inadimplemento") pela emergência de uma situação não necessariamente imprevista; seja porque (ii) o resultado obtido com a devida realização da prestação não é aquele originalmente esperado (a prestação resulta mais "onerosa" ou mesmo "distinta" do que o originalmente previsto). De tal *frustração de expectativas* decorrem diversas conseqüências juridicamente relevantes, sobretudo em matéria patrimonial[523].

---

[522]Aqui "desequilíbrio contratual" entendido no sentido "sinalagmático" (equilíbrio entre prestações e expectativas), não apenas no sentido econômico puro do prejuízo financeiro de uma das partes, mas no sentido do desequilíbrio entre o esperado e o obtido.

[523]Na formulação dessa premissa, por uma questão de metodologia e validação da tese a ser proposta, parte-se do pressuposto de uma relação entre dois agentes neutros, que licitamente celebraram o contrato visando à realização de interesses legítimos, cujas expectativas não se concretizam em razão de fatos objetivos alheios (ou não) à governança das partes. Para ampliar a abrangência da proposta, não se considera os casos em que o elemento ensejador do reequilíbrio do contrato foi a "má-fé" da parte que se beneficiou da situação, porque, parece-nos, utilizar o aspecto de "boa-fé/má-fé" como principal justificativa para reequilibrar um contrato, embora em alguns casos seja necessária e inescapável, é sob a ótica jurídica uma solução "eficaz, mas ineficiente" e sob a ótica econômica, "eficiente, mas ineficaz". Do latim, *efficacia* quer dizer a '*propriedade que tem um ato ou fato para produzir o resultado desejado*' (SANDRONI, Paulo (Org.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1999. p. 302), sendo o conceito de 'eficiência' *"distinto do de eficácia por se referir à forma de realizar uma tarefa. (...)* ***No conceito de eficiência, não se examina se aquilo que foi produzido com eficiência é eficaz****, isto é, se o produto ou o*

Registre-se que em matéria de "contratos", a atual legislação civil e comercial brasileira (sob a ótica da unificação do Direito Privado) protege **expressamente** o reequilíbrio das condições contratuais apenas em dois casos: (i) quando decorrente da má-fé de alguma das partes contratantes (art. 138 e seguintes do Código Civil) ou (ii) quando decorrente de um evento imprevisível, que enseja a onerosidade excessiva para alguma das partes (art. 478 e seguintes do Código Civil).

Todavia, nem todos os desequilíbrios são decorrentes de má-fé ou de eventos totalmente imprevistos. Em verdade, significativa parte dos desequilíbrios contratuais é decorrente da efetivação de um *risco* que, muito embora fosse conhecido e previsível à época da contratação, julgou-se que não viria a ocorrer ou mesmo, dada sua alta improbabilidade, julgou-se que sua internalização no preço do negócio inviabilizaria desnecessariamente a troca social almejada.

Na ocorrência do dito *risco*, a parte contratante enfrenta o difícil dilema de honrar o contratado, mesmo isso importando em severos prejuízos, como, em última instância, sua falência.

As tentativas jurídicas de equacionar tal solução alegando a "*teoria da imprevisão*" e a "*boa-fé*" da parte contratante são acolhidas de forma demorada, tormentosa e incerta em nossos tribunais, carecendo, portanto, de uma resposta social adequada, uma resposta capaz de conferir às relações contratuais a almejada segurança jurídica.

De se destacar que no estágio de desenvolvimento das atividades empresariais em que nos encontramos hoje, em especial face ao reconhecimento da importância e do

---

resultado do trabalho eficiente está adequado à finalidade proposta" (*Novíssimo dicionário de economia*, cit., p. 198). Explica-se: o operador do Direito utilizando o conceito de "boa-fé" (e suas variações: confiança, lealdade, probidade etc.), após um trabalho *artesanal* de análise e interpretação, consegue solucionar diversos casos de desequilíbrio, entretanto faz isso sem a padronização de uma forma, sem um método universal e neutro, com a norma sendo adaptada subjetivamente caso a caso, tomando tempo e não conferindo a segurança *a priori* do resultado que será obtido, segurança e previsibilidade estas essenciais para as relações de troca (embora alguma resposta, mesmo que tardia, seja melhor que nenhuma resposta, isso não quer dizer ser ela a melhor resposta). Por seu turno, para a Economia, embora se reconheça que o comportamento de boa-fé é uma forma de conduta altamente desejada (se todos os agentes agissem com boa-fé – conseqüentemente, fossem confiáveis – as relações de troca seriam imensamente facilitadas, visto que os "custos de transação" diminuiriam significativamente – v. como exemplo o caso objeto do artigo "Mercado de Diamantes de Nova York", de Lisa Bernstein). Todavia, nas relações econômicas, dada a própria assimetria de informações e poder a ela inerentes, o próprio conceito fluído de "oportunismo" (a definição econômica de 'conduta dolosa' do agente econômico), a adoção do conceito de "boa-fé" para tutelar os desequilíbrios econômicos não é eficaz, pois não surte o resultado desejado (diminuir os custos de transação) por, em quase todos os casos, se tornar necessário empregar muito mais esforço ("custos") em definir e assegurar o cumprimento da conduta "de boa-fé" (notadamente por tornar necessário para efetivar tal controle a fixação rígida de padrões de conduta que por essência devem ser dinâmicos, intimidando e obstaculizando o próprio desenvolvimento da atividade econômica).

impacto dos efeitos da atividade empresarial (a sua "função social") sobre toda a Sociedade (todas as "partes interessadas"), não possui qualquer coerência acreditar que a assunção do *risco* é ônus a ser suportado unilateralmente pelo "empresário" (seja ele pessoa física ou jurídica) e que sobre ele recairá isoladamente todas as suas conseqüências[524].

Um desequilíbrio contratual que enseje a descontinuidade da atividade empresarial, ou mesmo a alteração significativa de seu modelo de negócio em operações futuras (por exemplo, mediante a inserção de salvaguardas mais onerosas, como a plena inclusão do "custo" do "risco" no preço), tem por condão impactar – negativamente – toda a cadeia produtiva e assim todo o Mercado, consequentemente toda a Sociedade, mediante desde a eliminação de postos de trabalho até o incremento da onerosidade do preço/serviço ao consumidor.

Nesse quadro, tem-se que o desafio para o operador do Direito é conciliar o melhor interesse da Sociedade e das partes contratantes, trabalhando basicamente com a hierarquia (preponderância) entre princípios como o da "preservação da empresa", o do "*pacta sunt servanda*" [525] e o da "tutela do crédito público", de forma a **harmonizá-los**, não eliminá-los ou subjugá-los.

1.1.1. Do adequado tratamento legal a ser atribuído à Empresa

Sempre foi nosso entender que a correta abordagem na análise dos casos de "desequilíbrio contratual", sob a ótica da unificação do Direito Privado e, portanto, do Direito das Obrigações operada com o novo Código Civil, deveria focar mais na **conduta esperada** da pessoa do agente e na **essência da expectativa** gerada na relação, do que nos aspectos formais (instrumentais) que margeiam a troca social.

Para tanto, fundamental a clara identificação do agente, do sujeito de direito da relação contratual empresarial – por clara identificação entendendo-se tanto a **matriz valorativa** que norteia a conduta desse agente, quanto o **leque de direitos e obrigações** a que ele está submetido.

---

[524]Mesmo porque, seus prestimosos advogados legitimamente envidarão todos os seus melhores esforços para legalmente mitigar ao máximo tais efeitos.

[525]Do latim "Os contratos devem ser fielmente cumpridos" (tradução livre)

Assim, para a formulação de uma resposta adequada à questão inspiradora deste estudo (o reequilíbrio de contratos empresariais), apresentou-se como premente a necessidade de uma conceituação jurídica do agente (a Empresa) plenamente personificado. Isso porque, nos processos de desequilíbrio, múltiplos são os interesses envolvidos e impactados, os interesses que agem e se inter-relacionam com a "Empresa-Instituição" (interna e externamente), que não podem ser isolados de forma estanque em si, sob pena da resposta ser sempre incerta, vez que influenciada pelas posições de poder de suas "partes interessadas" em cada uma das circunstâncias.

A personificação legal da Empresa é plenamente aderente com a percepção do fenômeno nas relações econômicas, como já observado por diversos doutrinadores (Asquini, Bulgarelli, Cristiano, Sztajn, Salomão, dentre outros)[526], de longa data reconhecido como um "fenômeno econômico *uno*".

Assim, embora empiricamente tenha-se que nas relações empresariais as Empresas são os agentes ("sujeitos de direito") "de fato", a plena assimilação desse fenômeno pelo Direito – não só pátrio, mas também estrangeiro – sempre foi bastante controvertida. Como consequência, a conceituação jurídica da Empresa sempre se ressentiu pela carência no Direito Brasileiro de uma definição positivada, clara e jurídica do fenômeno.

Dada a ausência de tal conceito, nos últimos séculos (XIX e XX), a doutrina buscou se socorrer de outros conceitos jurídicos **tangentes** ao fenômeno, como do "empresário" (o empreendedor e, às vezes, o investidor, o sócio capitalista), da "sociedade" (o formato eleito pelo "empresário" de como e sob que condições realizará a administração do ente), do "estabelecimento empresarial" (o aspecto concreto da empresa, seu ativo tangível e intangível).

Conforme se observou na análise das "Teorias Jurídicas da Empresa" [527], operada no capítulo 2 da Parte III deste ensaio, tais conceitos tangentes não são suficientes para a compreensão adequada do fenômeno Empresa, tampouco se mostram suficientes para propiciar as respostas sociais requeridas com relação às diversas questões com que se depara diariamente este fenômeno.

Assim, considerando que é premissa inconteste que a Empresa é um fenômeno econômico "uno" e que exerce relevante "função social" – função esta entendida como o

---

[526]V. Parte III, capitulo 2.

[527]Que, em nosso entender, por não tratarem a questão da síntese empírica do fenômeno, são mais aderentes com a terminologia de "tratamento" jurídico atribuído à Empresa.

papel moderno dessa "instituição" de servir como força motriz para o desenvolvimento socioeconômico da Sociedade em que está inserida (seja por gerar empregos, produzir e circular riquezas - bens e serviços)[528], **buscou este estudo apresentar a adequação jurídica do conceito de Empresa compreendido de forma sistêmica e integrada, como uma "instituição social personificada", inserida dentro do subtipo aqui denominado "instituição-organização"**, não se limitando sua conceituação jurídica ao aspecto de sua atividade, ou à organização de fatores de produção por um "empresário" visando "lucro" e para tanto assumindo "risco", tampouco se limitando a um "arranjo contratual" visando à redução de custos de transação (ótica coasiana) – mesmo porque, tais aspectos são **facetas** do fenômeno, que com ele não devem se confundir, notadamente porque *per si* não são capazes de explicar a existência e a atual dinâmica social desse ente, consequentemente, sua atuação, sua conduta.

1.2. O imprevisível e a Ciência Jurídica

Por óbvio, em uma realidade vibrante como a brasileira, sempre há espaço para a ocorrência de alguma *álea* absolutamente "imprevisível", seja de natureza "econômica" (variação dos insumos, variação cambial, "inovação" tributária), de natureza "técnica" (falhas geológicas, atraso na liberação de licenças administrativas, inadequação da solução técnica projetada para a situação fática) ou ainda natureza "social" (greve de empregados ou de funcionários públicos, invasões de movimentos sem-terra).

Enfim, **sempre existe a possibilidade do advento de alguma situação passível de ser utilizada para justificar a alteração das *expectativas* no adimplemento de um contrato empresarial** (seja a alteração do cronograma, a forma de execução e a qualidade), consequentemente impactando negativamente e além do previsto a equação econômico-financeira do contrato, em outras palavras, sempre existe o risco do advento de alguma situação "imprevista" capaz de impactar adversamente os interesses das partes na contratação.

---

[528]Não foi por outra razão, que não o reconhecimento da sua relevância desenvolvimentista para a Sociedade da Empresa, o que levou a nova Lei de Falências (Lei Federal n° 11.101/2005) a inserir no Ordenamento Jurídico brasileiro o princípio da *preservação da empresa*, em nosso entender, um desdobramento, um reforço, ao próprio reconhecimento do princípio da "função social" desse ente.

Um evento *imprevisto* na "proposta" (ou na "formação do contrato") não quer dizer necessariamente um evento *imprevisível* ao tempo da "formulação da proposta" (ou ao "tempo da contratação"). Isso porque, quanto mais especializada é a relação contratual (como são as relações nos contratos empresariais), mais especializadas também são as partícipes da relação, dificilmente havendo como alegar desconhecimento dos riscos passíveis de incidir na operação.

É, por exemplo, a clássica situação das Empresas brasileiras tomadoras de empréstimos estrangeiros que celebram com Bancos contratos de *swap* a termo[529] que, na ocorrência de variação cambial superior à esperada quando da contratação, se socorrem ao Poder Judiciário alegando a "imprevisibilidade" de tal evento e em assim não sendo justo arcarem com tamanha "onerosidade excessiva".

Em um país com uma história de maxidesvalorizações como o Brasil, ocasionada pelos mais diversos fatores (crises externas e internas), sustentar a total "imprevisibilidade" de eventos de maxidesvalorização como a principal justificativa para a repactuação do contrato não é de todo coerente, parecendo-nos muito mais adequado fundamentar o direito à repactuação da obrigação na própria concepção de Empresa e na relevância de sua atuação para a Sociedade, ponto central do presente estudo.

Nesse sentido, vale destacar as conclusões do estudo realizado pelo escritório de advocacia Rosenbaum Advogados[530] sobre o tratamento **jurisprudencial** dado a casos em que investidores saíram prejudicados em função de desvalorizações cambiais operadas no final dos anos de 1990. Em tal estudo, foram analisadas 47 ações já julgadas no mérito pelos tribunais de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Distrito Federal, sendo observado que, na média, 60% das ações tiveram decisões favoráveis ao investidor, o que demonstraria a divisão dos tribunais brasileiros quanto à matéria (o universo de ações analisado pelo estudo referiu-se a feitos movidos sob a égide do Código Civil de 1913 – portanto, do princípio da "autonomia da vontade", do puro "*pacta sunt servanda*", ou do dever de se cumprir fielmente ao acordado – e em grande parte foram movidas por investidores "pessoas físicas").

Nas sentenças em que os **investidores** obtiveram êxito, frequentemente os julgadores socorram-se ao Código de Defesa do Consumidor, em especial ao caráter de

---

[529]Simplificando, "*hedge*" feito para o agente se prevenir do risco da oscilação do dólar em seus contratos de exportação.

[530]ROSENBAUM Avocacia. Disponível em: <http://www.rosenbaum.adv.br/index2.php>.

relação de consumo e à "hipossuficiência" do consumidor/investidor/pessoa física, sendo considerado, em regra, como "dolosa" a forma de fixação das condições contratuais por parte da instituição financeira, caracterizada como "má-gestão" por parte desta.

Por seu turno, nas sentenças em que as **instituições financeiras** saíram vitoriosas, em geral foi afastada tanto a imprevisibilidade quanto a assimetria de informações entre investidores (estes, em regra, **pessoas jurídicas**) e bancos, prevalecendo a lógica de que o investimento em bolsas era como um "jogo, uma aposta", em detrimento dos reflexos de tais perdas para a Sociedade.

Ambas vertentes jurisprudenciais são passíveis de crítica, com relação aos respectivos impactos tanto na atividade econômica, quanto na vida em Sociedade. O dilema enfrentado, em apertada síntese, sempre consistiu em avaliar até que ponto cada uma das partes – se investidores (pessoas físicas ou jurídicas) ou se instituições financeiras – deveriam, ou melhor, mereciam ser protegidas ("tuteladas") pelo Sistema Jurídico.

As instituições financeiras eram protegidas na relação – com a aplicação mais pura do princípio do *pacta sunt servanda* – em função daquele ser seu próprio *modus operandi,* a própria característica do sistema, ao que o investidor que nele entrava assumia (e tinha o dever de assumir) como as "regras do jogo".

No tocante aos investidores, o fiel da balança que determinava seu "merecimento" de proteção estava mais em caracterizar se esses eram ou não "hipossuficientes" em relação às instituições financeiras, se possuíam ou não todas as informações necessárias ao tempo da contratação, se foram (ou não) induzidos a erro ou se as instituições financeiras agiram ou não com probidade e boa-fé – se não assumiram riscos desproporcionais, abusando ou não da confiança que lhes foi depositada por tais investidores.

Tais fundamentos, tanto em prol das "instituições financeiras", quanto em prol dos "investidores", não parecem ser os mais adequados para a solução do problema, porque não são calcados nos motivos sociais corretos.

A defesa de uma "instituição financeira" não deve se dar simplesmente por que o "pacto deve ser fielmente cumprido", mesmo porque a importância para a Sociedade de "instituições financeiras" lucrativas e operantes, capazes de dar liquidez a todo o sistema e viabilizar investimentos em novos e antigos negócios, é um valor muito mais relevante do que esse.

Da mesma forma, a defesa dos "investidores" não deve se calcar em sua suposta hipossuficiência, porque seu papel na Sociedade não comporta tal tipo de pressuposto e em razão de sua própria e relevante "função social", como empreendedores e fomentadores da própria atividade econômica.

Assim, "instituições financeiras" e "investidores" são igual e socialmente significantes por propiciarem créditos para as atividades e relações produtivas do mercado.

Coadunando com esse espírito, vale destacar a decisão salomônica de nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ) nas ações movidas por consumidores em contratos de *leasing* atrelados ao dólar por conta da maxidesvalorização do real em razão da crise asiática em 1999. Naquela oportunidade, o STJ decidiu pela divisão dos prejuízos entre as partes, muito embora utilizando como fundamentação legal a "teoria da imprevisão", a "função social do contrato", a "boa-fé objetiva" e o "equilíbrio econômico" (princípios legais esses que não eram sequer **expressos** no Código Civil de 1913, então em vigor). Em verdade tal decisão visou mesmo a acomodar uma situação social, observando a importância da proteção dos interesses de cada uma das partes para a Sociedade.

Certo é que na atual sistemática legal, a análise de cada caso de desequilíbrio estará condicionada às especificidades de cada uma das transações, por assim dizer à conduta e ao grau de assunção de obrigações havida por cada uma das partes. Assim, como lição desses episódios vislumbra-se que o melhor tratamento para a repartição dos riscos entre as partes passa necessariamente pela compreensão da natureza dos riscos envolvidos e esperados na contratação e das formas de sua eliminação, mitigação e prevenção.

1.2.1. Construindo a Matriz de Riscos: definindo os custos da transação

Tem-se que comumente quando da formação do contrato, cada um dos agentes constrói seu preço considerando – de forma simplificada – seus custos, lucros e a expectativa dos riscos envolvidos.

Os riscos envolvidos em qualquer transação abrem-se em um leque variado, que podem ser divididos, *lato sensu,* em riscos *comerciais, políticos, financeiros, ambientais* e *sociais*, para citar os mais relevantes.

Por **risco comercial** é considerado o ambiente dos negócios, a relação entre clientes e fornecedores. Um aquecimento do mercado pode levar a uma maior procura por algum insumo (aço, petróleo etc.) que leva ao aumento de seu preço, seja em razão da diminuição da oferta, seja pelo legítimo aproveitamento da situação de Mercado pelo fornecedor. Por seu turno, uma eventual desaceleração econômica pode levar aos clientes a legitimamente reprogramarem suas compras, suas aquisições, suas contratações, ensejando uma ociosidade da estrutura mobilizada pelas Empresas.

Por **risco financeiro**, toma-se o próprio acesso ao crédito e a saúde financeira da Empresa, que pode ser impactada tanto por fatores exógenos (uma crise) ou endógenos (um mau-negócio, uma autuação fiscal ou ambiental, uma perda judicial que descapitalize a instituição).

Por **risco político**, e em um país em desenvolvimento como o Brasil isso é relevante, tem-se o próprio ambiente institucional governamental, a clareza e certeza da política cambial, tributária, econômica, trabalhista e de investimentos a serem realizados pelo próprio Estado. Resume-se na confiança e certeza – ou não – de que novas leis serão criadas, de que os ônus ao Setor Produtivo serão ampliados ou racionalizados, a confiança (ou não) no Governo e na manutenção de suas posições e do ambiente normativo existente.

Por **riscos ambientais** é entendido o impacto negativo que pode decorrer da atuação da Empresa, a poluição – por qualquer de suas formas: sonora, do ar, dos rios, da terra etc. – resultante da forma como o agente implementa sua atividade econômica.

Enfim, por **risco social**, é possível abranger desde uma greve de trabalhadores até o impacto de um movimento social na Empresa, seja em sua imagem e/ou em suas instalações, a ocorrência de um determinado evento que impacte a credibilidade da Empresa junto à Sociedade ou mesmo uma eventual comoção da comunidade que inviabilize ou prejudique a produção.

Identificando os riscos a que está sujeita (o que é feito por meio da combinação de técnica e experiência), a Empresa é capaz de quantificar seus riscos em uma matriz, estimando e calculando a **possibilidade** da ocorrência do evento negativo (seja a variação do preço, a possibilidade de greve e turbação social, o risco de dano ambiental, mudança de governo etc.).

Óbvio que se todos os riscos fossem precificados e internalizados no preço, as contratações e os produtos seriam extremamente mais onerosos (visto que contemplariam

cobertura de eventos que possivelmente nunca ocorreriam), o que diminuiria o número de contratantes e consumidores capazes de pagar pelo serviço/fornecimento, diminuindo a própria atividade econômica, em detrimento do fornecedor, do tomador-consumidor, em última instância, da própria Sociedade.

O impacto indesejável da internalização de todos os riscos no preço final não é novidade e já foi objeto de reflexões por diversos economistas (exemplo típico é a Teoria dos Custos de Transação) e juristas, estes em especial no âmbito das contratações públicas, como realizado por diversos e notórios administrativistas à luz da Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/1994).

Assim, com vistas a se resguardar e ao mesmo tempo manter suas operações no Mercado, com o auxílio de modernas técnicas de estatística e econometria, a Empresa imputa em seu preço apenas os **riscos** que naquele momento entende como os mais prováveis, ou aqueles **esperados**. Não realiza a imputação de todos os riscos possíveis para fins de não inviabilizar sua própria atividade e o atendimento da demanda social.

Tal julgamento, como todo e qualquer outro julgamento corporativo, é realizado por um agente econômico de "racionalidade limitada". Ou seja, sempre está sujeito a erros, portanto, a hipóteses de ocorrência fática de riscos não internalizados no contrato. **É nesses erros de cálculo que o Direito tem seu campo de ação, especialmente nas situações de conflito deles emergentes.**

1.2.2. Gerenciando com expectativas: conciliando as frustrações dos agentes, os conflitos de interesse

Toda Empresa opera na Sociedade gerenciando **expectativas**. Espera-se um determinado desejo de seu cliente, uma determinada aceitação social de seu produto, uma determinada política por parte do Estado, uma determinada qualidade dos seus fornecedores, um determinado comportamento de seus funcionários, um determinado modelo ideal de concorrência e por aí afora.

Essas expectativas ancoram-se mormente na pré-concepção da atuação de agentes sociais (das "partes interessadas", como consumidores, Sociedade, Estado, outras

empresas), que trazem consigo a inerente volatilidade de suas "preferências"[531] (consumo e interesse), em muito impactadas pela própria possibilidade da ocorrência de riscos empresariais (capazes de abalar a confiança e a decisão de consumo). **A realidade social não é estática e é nela que a Empresa tem que operar.**

Dessa forma, os exercícios estatísticos de riscos realizados no ato da formação do contrato são corretos e úteis em muitas situações, mas não exaurem todas as possibilidades, em muitas vezes não são capazes de contemplar nem a maioria delas.

E em todas as situações em que a estatística não "performa", ou seja, a expectativa não se concretiza, tem-se uma situação de **conflito**, perniciosa a toda atividade econômica e social. Explica-se: sendo a experiência social cumulativa e pautada na observação, uma determinada situação de conflito sinaliza para os demais agentes em condições similares a necessidade de ajustes em suas contratações, seja o incremento do preço, seja a alteração do modelo de negócio.

Tomemos como exemplo a contratação de mão-de-obra terceirizada no Brasil, em especial por meio de cooperativas (Lei Federal nº 5.764/71). Especialmente na década de 1990, com a sinalização dada pelo Poder Público com a reformulação da figura jurídica das "cooperativas sociais" (Lei Federal nº 9.867/99)[532].

Apregoava-se que o modelo cooperativista seria o novo modelo de organização do trabalho, com o indivíduo concorrendo com os demais cooperados para a consecução de um interesse comum a todos, a geração de renda, sem a instabilidade e a sujeição a uma relação "opressora" de trabalho "empregado-patrão". Todos os cooperados seriam donos da cooperativa ("empreendedores") e aproveitar-se-iam da "mais valia" de sua própria força de trabalho, com rendimentos superiores aos salários praticados em situações análogas.

Em diversos setores da economia, como no do agronegócio, tradicionalmente a constituição de cooperativas foi extremamente benéfica e surtiu salutares resultados

---

[531]Alusão à teoria dos "sistemas de preferências" do prêmio Nobel de Economia de 2008, o economista Paul Krugman.

[532]Lei 9.867/99 "Art. 1º As Cooperativas Sociais, constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, fundamentam-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos, e incluem entre suas atividades: I - a organização e gestão de serviços sociossanitários e educativos; e II - o desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços."

socioeconômicos[533]. Por seu turno, a ideia outrora universal e libertadora cooperativista não se concretizou em todos os campos nos quais foi aplicada.

No setor da construção civil, por exemplo, as Empresas que acreditaram que ao contratar tais cooperativas estavam realizando "negócios jurídicos perfeitos", plenamente amparados em lei, foram sorrateiramente surpreendidas por reclamações trabalhistas de "cooperados", que com o agasalho das decisões judiciais[534] não só desconstituíam tais contratos Empresa-cooperativa, como ainda faziam surgir uma relação de emprego entre cooperados e suas contratantes. Diversas cooperativas e Empresas-contratantes quebraram ou passaram por severos períodos de descapitalização por conta disso. Com a quebra da expectativa, instaurou-se a crise do modelo.

Sem adentrar no mérito dos princípios da "boa-fé", da "probidade" e da "vinculação do contrato entre as partes", tal "crise" sinalizou a todo o Mercado uma profunda mudança de conduta: ou assumir o risco de contratar cooperativas, com o incremento dos "custos de transação" nessa operação, de forma a criar garantias na hipótese de reclamações trabalhistas; ou simplesmente extirpar tal modalidade de contratação de seu modelo de negócios.

Nessa mudança da conduta, difícil apontar vencedores. Certamente não foram os cooperados, tampouco foram as relações sociais. Mais certamente ainda não foi o Estado, com a quebra de **confiança** das Empresas na capacidade dele de conferir a devida segurança jurídica às leis por ele emanadas para modernizar as relações da Sociedade[535].

1.2.3. Confiança, certeza e segurança: pressupostos para planejamento de longo prazo e para a consecução dos objetivos das relações sociais

Se é verdade que ao economista compete desenhar o ambiente de negócios (o sistema econômico[536]) e ao administrador de empresas operacionalizar tal ambiente,

---

[533]FUNDACE. *Programa de Estudos e Pesquisas em Cooperativismo*. Disponível em: <http://www.fundace.org.br/cooperativismo>.

[534]Diversas são as decisões judiciais que calcadas em um caráter estático da lei, em especial no artigo 4° da CLT, nas quais é desconsiderado todo o contexto histórico e social das relações contratuais firmadas.

[535]Endossando a relevância social dessa questão, além do mencionado projeto de lei recém-finalizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, também tramita no Congresso nacional o Projeto de Lei 1621/2007 sobre a matéria, buscando criar um ambiente institucional adequado para a realização da terceirização de serviços. Vale a reflexão se e o quanto o setor produtivo depositará sua confiança nesse novo modelo.

[536]Alusão à teoria de "Desenhos de Mecanismos", vencedora do prêmio Nobel de Economia de 2007.

compete ao operador do Direito garantir condições **ideais** e **seguras** de existência e transação.

Por mais que seja um lugar comum, certo é que um **ambiente de negócios confiável** – em todos os aspectos – permite que a Sociedade prospere. E nesse quesito, o conceito de **confiança** está intrinsecamente ligado a **segurança jurídica**, o que permite que as relações sociais de troca se multipliquem[537].

Segurança jurídica pode ser definida como a certeza de que as partes terão seus direitos respeitados e que suas obrigações não serão incrementadas injustificadamente, assim gerando as condições necessárias para o planejamento de longo prazo por parte dos agentes do sistema, fundamental visto que a criação, geração, produção e circulação de riquezas é um processo que leva tempo e requer organização[538].

Ao ordenamento jurídico compete disponibilizar as normas legais – e sua interpretação – que proverão a "segurança jurídica" necessária para amparar as trocas sociais. Portanto, **para o ambiente de negócios, regras claras e sólidas, associadas a interpretações racionais e coerentes, são essenciais.** Sem isso não há segurança, sem a qual não há confiança, sem o que não há planejamento de longo prazo, comprometendo a produção e daí por diante.

1.2.4. Segurança e Previsibilidade: sua percepção social e o papel do Direito

Certo é que "segurança" e "previsibilidade" não afetam apenas as relações empresariais, sendo conceitos que interferem em todas as relações sociais, em todos os planejamentos de longo prazo.

Para ilustrar essa assertiva (segurança e previsibilidade e sua relação com o planejamento de longo prazo) prestam os estudos de início de carreira de Bourdieu, como, por exemplo, o modelo proposto por esse sociólogo e por Darbel sobre o "*custo marginal*

---

[537]Conforme já ensinavam diversos doutrinadores, tais como Visconde de Cairu, Waldemar Ferreira dentro outros.

[538]"*Alguém está sentado na sombra hoje, porque alguém plantou uma árvore tempos atrás.*" Warren Buffett (BUFFET, M.; CARK, D. *O Tao de Waren Buffett*. Rio de Janeiro: Sextante, 2007). Warren Buffett, considerado um dos grandes investidores da história, sempre teve como lema tomar suas decisões longe de Wall Street, defendendo que investir é mais do que especular, mas ganhar com empresas com bons fundamentos econômicos no longo prazo. Aos 79 anos, um dos homens mais ricos do mundo e maior filantropo da história, parece que essa estratégia tem dado certo.

de uma criança", no qual traçam um paralelo entre número de filhos e renda e demonstram que a decisão pelo número de filhos não é condicionada simplesmente pela "*aptidão para o cálculo racional e a habilidade para controlar o futuro utilizando o cálculo racional e a previsibilidade*" [539], capacidades que **não** se encontram presentes de forma uniforme entre os seres humanos, mas sim em decorrência de determinadas condições, das quais se destaca a **certeza da segurança material**[540].

Nesse sentido, outro exemplo que pode ser extraído dos estudos de Bourdieu decorre de sua análise da forma de vida e decisões das camadas sociais urbanas e rurais mais pobres na Algeria (cujas conclusões podem ser aplicadas a qualquer país em intensa crise institucional e econômica), onde ele se deparou com um jeito para lidar com o futuro que difere radicalmente do postulado econômico da "previsibilidade racional" ("*rational forecasting"*): a **falta de um mínimo de segurança financeira** conduz às camadas mais pobres a um "*total abandono do presente*", dado que "***quando todo controle prático do futuro é impossível, o comportamento reage à situação presente sem qualquer consideração (preocupação) com as conseqüências futuras***" [541].

Não só na Sociologia Econômica, mas também na História do Direito a estreita co-relação entre **segurança** e **manutenção da vida social** a longo prazo pode ser observada, especialmente na evolução do Direito Penal[542] (sempre tendo em mente que o próprio Direito nasceu da primordial necessidade social de proteção da segurança física humana da agressão por parte de seus semelhantes), de um início calcado na própria noção de "vingança privada", com total desproporcionalidade entre a conduta ofensora e a "retorsão desencadeada" (um tapa podendo justificar um homicídio, alcançando membros da família que sequer tiveram relação com os fatos), evoluindo para a sistemática de Talião ("*olho por olho, dente por dente"*), seguida pelo Código de Hamurabi (com os primeiros indícios da utilização da "composição" – substituição de penas físicas por indenização) e pelas contribuições gregas (pelas quais, o Direito assume o papel de regular a conduta humana, bem assim se tem os primeiros indícios da vinculação da idéia de "culpabilidade" por meio

---

[539]CONVERT, B. Bourdieu: Gary Becker's critic. *Economic Sociology - European Electronic Newsletter*, v. 4, n. 2, Mar. 2003.
[540]Id. Ibid.
[541]Id. Ibid.
[542]Segundo as palavras de Edgar de Magalhães Noronha, "*a história do Direito Penal é a história da humanidade*"*apud* FALCONI, R. *Lineamentos de direito penal*. São Paulo: Icone, 1994. p. 37.

do "livre-arbítrio", ensejando a adequação da entre o crime e a pena – conforme lição de Aristóteles)[543].

Todo o desenvolvimento da Ciência Jurídica Penal sempre teve como preocupação oferecer a **segurança jurídica necessária** (i) aos membros da Sociedade com relação à sua integridade física, mediante a aplicação da pena (sanção) àqueles que violassem suas regras de convivência, e (ii) assegurar a permanência e estabilidade do próprio sistema, preservando os direitos humanos dos próprios criminosos, visando à proporcionalidade da pena, evitando os "abusos" e mesmo os "exageros" que pudessem levar o agente criminoso a considerar-se definitivamente excluído da tutela estatal, em uma situação de falta de "futuro", modernamente apelida pela "Teoria dos Jogos" de "fim-de-jogo".

Considerando que o elemento central de toda atividade econômica é propiciar o atendimento da demanda por bens e serviços dos indivíduos, e que esses indivíduos tomam suas decisões (incluindo consumir) como resultado de um "cálculo racional econômico" (**não-uniforme** e **limitado**) combinado com sua "percepção de possibilidades futuras", tem-se que tal percepção está associada à **confiança** do agente no ambiente e à coerência das "regras do jogo", portanto, na **certeza** de que suas decisões terão a **segurança jurídica** necessária para se concretizarem e que às sanções a que eventualmente estará sujeito são compatíveis com sua conduta como agente social.

Depreende-se, portanto, que, aplicando tais conclusões à esfera das relações empresariais, visto serem tais relações igualmente uma modalidade de troca socail, tem-se que a **importância do Direito (da atuação legal) reside em outorgar a devida segurança aos instrumentos de trocas (escritos, verbais e não-verbais[544]), denominados "atos" e "negócios" jurídicos, de forma que previnam e mitiguem os riscos dos negócios (aproximando o resultado da transação à expectativa *ab initio* das**

---

[543]FALCONI, R. op. cit.

[544]A idéia da classificação de instrumentos de troca (contratos) em escritos, verbais e não-verbais surgiu do debate realizado entre os Professores Natalino Irti, Ejan Mackay, Fernando Madeira e Elisabeth Farina, no evento intitulado "Diálogos FEA/São Francisco", ocorrido no dia 30 de outubro de 2008, na Faculdade de Direito da USP. Em sua exposição, Prof. Irti ressentiu a cada vez mais marcante despersonalização das relações contratuais (caso da compra silenciosa nas lojas de varejo atuais), caracterizada pela falta do "diálogo" entre as partes contratantes. Prof. Mackay, por seu turno, pontuou que o problema não estava no (ou falta de) diálogo, mas no aspecto fático da própria transação, a saber, se as partes contratantes haviam chegado ao resultado desejado. Esse "resultado desejado" que neste estudo é denominado "expectativas das partes", que embora parecido conceitualmente, não se confunde com o instituto da "expectativa de direito", visto que esse instituto não cria a figura do "direito adquirido". A mensuração das expectativas pode ser realizada com base em contratos similares já realizados pela parte ou por seus concorrentes, bem como com a análise da expectativa de ganho de cada qual ao início do contrato (a equação econômico-financeira original da avença).

partes), bem como positivem e gerem incentivos a condutas socialmente desejáveis, possibilitando o planejamento e desenvolvimento de longo prazo das relações de trocas sociais e da própria Sociedade.

Nesse sentido, vale o paralelo como o próprio "Teorema de Coase" cunhado por Stigler, pelo qual se tem que sendo os "direitos de propriedade" bem definidos pelo Estado, idealmente é possível equacionar a questão das externalidades e ineficiências econômicas mediante sua internalização na própria transação (desde que seja possível tal negociação sem incremento dos "custos de transação").

Novamente, **em termos econômicos** tal solução aparentemente é **eficiente e eficaz**, mas, **em termos jurídicos e sociais**, trata-se de uma clássica solução **eficiente, mas ineficaz,** como já reconhecido pelo próprio Coase, que em seus estudos sempre considerou presentes as externalidades (os riscos não internalizados na transação, para fins de não inviabilizá-la), ou seja, dificilmente é possível internalizar todos os riscos e ineficiências na própria transação, sob pena de comprometer a própria troca social.

Tal solução é jurídica e socialmente ineficaz porque, e qualquer operador do Direito vivencia isso diariamente, o Estado (também um agente com racionalidade limitada) não é capaz de estabelecer de forma clara e simples os "direitos de propriedade" (ou a solução – hipóteses normativas – mais adequada para todas as situações fáticas), tampouco (por meio de sua faceta Estado-juiz) é capaz de dar a necessária e tempestiva executabilidade ao direito de propriedade por ele estabelecido[545]. Por conta dessas duas e essenciais indeterminações, a internalização das soluções paras as externalidades e ineficiências na própria transação fica severamente comprometida.

Assim, **resta e compete aos operadores do Direito interpretar e operacionalizar os valores e dispositivos do Ordenamento Jurídico e dessa forma fornecer e propiciar as condições seguras (legítimas e, na medida do necessário, estáveis) para que as relações de troca se realizem, não necessariamente em sede de ações judiciais, mas principalmente na estruturação jurídica das transações entre as Empresas, por exemplo, na forma da estruturação das "garantias contratuais" ou mesmo na**

[545]De se registrar que tal ineficácia do Estado em positivar e assegurar os "direitos de propriedade", além da racionalidade limitada do próprio agente, é também decorrente das interferências típicas no processo legislativo que estabelecem os conceitos de "direitos de propriedade" (a escola da "Public Choice" aborda bem essa questão), quanto pelos próprios aspectos de controle interno e externo (o dever de cumprir o "devido processo legal", as limitações orçamentárias e a própria filosofia do setor público), que impactam substancialmente a própria capacidade do Estado de fornecer com a presteza necessária a prestação jurisdicional requerida.

antecipação da decisão quanto às obrigações alternativas passíveis de prestação na hipótese do advento dos riscos, das externalidades.

Em termos de **valores sociais** que devem ser considerados pelo operador do Direito, demonstrou-se que para o ambiente de negócios é extremamente importante a presença de elementos como a "perspectiva de longo prazo", "ambiente confiável", "segurança jurídica" e "centralização da atividade econômica em prol do indivíduo (consumidor e produtor de bens e riquezas) e da coletividade".

Esses elementos são temáticas centrais do "Paradigma da Sustentabilidade"[546], que nas últimas três décadas vem influenciando a produção legislativa dos países ditos desenvolvidos e a própria forma como a atividade empresarial é desenvolvida, impactando fundamentalmente a **conduta** de seu núcleo duro: **a instituição Empresa**.

Com o conhecimento e domínio desses elementos, o operador do Direito aproxima-se da realidade por ele tutelada, e consegue cumprir a sua própria "função social" de propiciar as ferramentas e o ambiente institucional necessário para amparar as trocas sociais[547].

1.3. Quem ou o que é determinante: os sujeitos (agentes) ou a natureza das relações de troca?

No início deste capítulo foi apresentada a questão de início, a problemática do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos empresariais nos casos de frustração das expectativas de seus agentes. Procuramos demonstrar que tentar resolver tal problema calcando na "imprevisibilidade" do fato ensejador do desequilíbrio quase nunca é adequado, quer porque o "elemento ensejador do desequilíbrio" em geral nunca é totalmente imprevisto e sim um dos "riscos" que no "cálculo racional limitado", associado à percepção da "possibilidade futura" (expectativa), julgou-se que não ocorreria (mesmo existindo a possibilidade de ocorrência), não sendo lógico – ou recomendável – sua incorporação no preço da relação de troca, sob pena de inviabilizá-la ou onerá-la desnecessariamente.

---

[546]GLADWIN, T. N.; KENNELLY, J. J.; KRAUSE, T. S. op. cit., p. 874-907.

[547]No capítulo 2 desta Parte IV deitaremos algumas linhas mais detidas sobre o que se entende por esse "Paradigma da Sustentabilidade".

Evidenciou-se que diversos são os "riscos" aos quais um contrato, notadamente o de natureza empresarial, está sujeito, riscos esses resultantes da própria dinâmica das relações sociais, do que resulta que toda Empresa (todo agente, todo sujeito de direito) opera gerenciando **expectativas**.

Toda vez que essas **expectativas** são quebradas, emerge a "crise", o conflito de interesses, o litígio social. A primeira reação à "crise" é o abandono do modelo e o enfraquecimento das instituições sociais que fundamentaram as expectativas quebradas.

Visto que a segurança jurídica para o agente (ou a confiança e certeza na "tutela" dos direitos e na sistemática de "cobrança" das obrigações de que é sujeito) é elemento essencial para o desenvolvimento de longo prazo das relações sociais[548], **tem-se que o cerne da questão da segurança jurídica desloca-se para tutela da concretização das expectativas** (*positivas* – direitos esperados – e *negativas* – obrigações presumidas) **dos sujeitos**[549]**.**

Dessa reflexão sobre o reequilíbrio econômico-financeiro das relações de troca decorrem diversas indagações: deve o Direito tutelar "expectativas de direitos"? Quando o ordenamento jurídico deve tutelar expectativas positivas (direitos esperados)? Até que ponto deve o sistema legal tutelar às expectativas? Quem deve ter suas expectativas tuteladas pela Sociedade?

Apenas é possível responder a tais questionamentos considerando a <u>essência dos próprios "sujeitos de direito" da relação de troca</u>. Isso porque, apenas conhecendo os "sujeitos de direito" é possível compreender sua relevância social, sua capacidade de lidar com o risco e suas conseqüências, e – principalmente – o grau de responsabilidade (subjetiva) de sua conduta para o desfecho – o desequilíbrio.

---

[548]Consideradas não apenas as relações contínuas e duradouras, mas as transações sociais de uma forma geral.

[549]A observação empírica corrobora esse entendimento, como indica as ações judiciais movidas por investidores em razão dos prejuízos decorrentes de crises e mudanças econômicas (1999, 2002, 2008) mencionadas anteriormente (v. Parte IV, subcapítulo 1.2). Sob os mais diversos fundamentos de Direito (mesmo sendo possível que o advento do risco, a parte *'não o esperava'* – teoria da imprevisão; ou *'foi enganado'* – dolo; *ou 'esperava e tomou as providências possíveis que não foram suficientes'* – onerosidade excessiva – etc.), a mensagem clara de todos os pleitos pode ser resumida em "*este autor* (pessoa jurídica ou física) *não consegue suportar a ocorrência desse risco sem arcar com um grave prejuízo capaz de colocá-lo fora do jogo* (das relações sociais) *temporária ou definitivamente*" (no caso dos consumidores, "sem inadimplir as parcelas assumidas", acarretando toda a problemática de liquidez daí decorrente, e no caso das Empresas, "sem ir a falência ou diminuir consideravelmente sua atividade", ensejando diminuição na geração de riquezas, desemprego e inadimplência dos compromissos assumidos e a mencionada problemática de liquidez.

O valor dessas considerações reside no fato de que o Direito e a Sociedade existem para permitir a coexistência (pacífica) do *zoo politicum*[550] com seus semelhantes. Para garantir essa coexistência, por séculos o Direito e as demais ferramentas sociológicas de "comando e controle" vêm sendo desenvolvidos.

A **credibilidade** dos princípios de "comando e controle" (matrizes do próprio sistema social e, por sua natureza coercitiva, do próprio Sistema Jurídico) está em um primeiro momento relacionada à sua **estabilidade operacional**, definição **estática** de "segurança jurídica".

É inegável a importância para a segurança jurídica (assim para a própria vida em Sociedade) da certeza conferida por seu aspecto **estático**, consubstanciado na **estabilidade operacional** das relações sociais, o que por longo tempo serviu – e bem – aos propósitos de possibilitar a convivência social.

Note-se que não é outro o fundamento do princípio "*pacta sunt servanda"*: conferir a **certeza** dos direitos e das obrigações das partes contratantes, independente de interferências futuras. Isso é em essência o que se pode chamar de **estabilidade operacional**, regras e respostas positivadas *ab initio*.

Todavia, especialmente nas últimas décadas, a **estabilidade operacional** (consubstanciada no próprio princípio do *pacta sunt servanda*), não tem sido suficiente para conferir a necessária **credibilidade** ao sistema.

A razão para isso decorre de que, como aspecto **estático** da segurança jurídica, à exceção das relações de trocas instantâneas[551], nos contratos de prazo diferido, ou que estão sujeitos à intensa incidência de riscos[552], a imposição da execução de uma prestação acordada em uma realidade social diferente daquela da época de sua execução gera no contratante que arcará com o ônus decorrente do risco realizado o ensejo a "desacreditar" a avença firmada.

Isso seja porque o contratante sobre quem se impor o ônus absorverá os prejuízos daí decorrentes comprometendo sua própria atuação social, seja afastando-o de outras contratações similares que não contemplem o ônus de tal risco, seja porque não honrará o acordado, preferindo arcar com as conseqüências. Qualquer das duas condutas acarreta

---

[550]Platão: "o homem é um animal político"
[551]Por exemplo, os contratos de fornecimento com entrega imediata
[552]Riscos financeiros (Variação cambial), políticos (variação tributária), comerciais (aquecimento da demanda) – por exemplo, os contratos de venda e compra de *commodities*

significativos prejuízos sociais. Em ambas as situações, a credibilidade do próprio sistema social de trocas fica comprometida[553].

O Direito sempre foi sensível a tal ameaça, não por acaso albergando o princípio da cláusula "*rebus sic stantibus*"[554], cláusula implícita em todos os contratos, pela qual é admitida como "*condição tácita subentendida em todo negócio jurídico sinalagmático de cumprimento diferido ou de prestação sucessiva, que faz deduzir que seu cumprimento se subordina à vontade das partes ao ajustá-lo*"[555].

A formulação moderna deste postulado foi consubstanciada na "Teoria da Imprevisão", pela qual a revisão das obrigações pode ocorrer pela superveniência de fatos *imprevistos* ou *imprevisíveis*[556].

Portanto, além do elemento "estático" conferido pela estabilidade operacional, a credibilidade do sistema social (e assim do respectivo sistema jurídico) depende da **legitimação** conferida por um **elemento "dialético" que corresponde à compreensão das partes quanto à <u>utilidade</u> e <u>eqüidade</u> resultante da avença**[557], o que importa dizer o **elemento moral** da relação social.

O Ordenamento Jurídico[558] assim internaliza esse duplo aspecto da credibilidade do sistema (estático e dialético), graças ao seu caráter de sistema "completo, <u>coerente</u> e aberto"[559].

---

[553]Há que defenda que dando ao contratante ora em prejuízo a certeza do que em outra situação o ônus recaia à outra parte (ele terá o contrato honrado) como suficiente para motivá-lo a permanecer na avença e no jogo. Na prática, tal comportamento *altruísta* não se observa. Na iminência do prejuízo, exceto se a possibilidade de ganho futuro for certo ou altamente possível e compensadora (percepção de futuro – conforme Bourdieu), a tendência do agente é de toda forma esquivar da obrigação (inadimpli-la) ou cumpri-la de forma menos onerosa (reduzindo seus custos marginais). Servem de exemplo as diversas contratações de fornecimento continuados da administração pública, como uniformes e refeições. Sempre que o preço acordado originalmente passa a se distanciar do de mercado, ou os fornecimentos são interrompidos ou a qualidade do fornecimento cai proporcionalmente de forma a garantir a entrega do fornecimento (ex. refeição), com qualidade inferior (substituindo o tipo de alimento, por exemplo).

[554]"Forma resumida da frase atribuída a Bartolo de Sassoferrato (1314-1357): '*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*'. À letra: 'Os contratos que têm trato sucessivo e dependem de (cumprimento) futuro, entendem-se as coisas assim permanecendo. " (SIDOU, J. M. O. *Dicionário jurídico:* Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1997. p. 664).

[555]Id. Ibid., p. 141.

[556]Vale notar que em paralelo à "Teoria da Imprevisão", amplamente agasalhada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, também foi desenvolvida a "Teoria da Superveniência", pelo jurisconsulto italiano Giuseppe Osti (1908), pela qual é autorizada "*a revisão contratual em face de fatores supervenientes à <u>vontade</u> no ato do ajuste*" (SIDOU, J. M. O. op. cit., p. 774).

[557]Em outras palavras, a sensação de "justiça" e de tutela de seus interesses e direitos.

[558]No caso brasileiro, desde o sistema anterior pela própria *cláusula rebus sic stantibus* e no atual acrescendo a positivação da teoria da imprevisão e da vedação ao enriquecimento indevido e à onerosidade excessiva, p.ex.

[559]Ilustrando esse ponto de vista, vale analisar o arquétipo trazido pela peça "Mercador de Veneza", obra clássica de W. Shakespeare, sempre lembrado como paradoxo do *pacta sunt servanda*, ou da necessidade da estabilidade estática do sistema, pelo que o contrato firmado entre o mercador e o judeu deveria ser

Na realidade prática, como nos julgados dos tribunais brasileiros mencionados anteriormente[560] (relativamente aos desequilíbrios econômicos decorrentes das crises financeiras), **a condição da parte contratante (agente) é prioritária em relação à própria natureza, licitude e validade da avença que deu origem ao prejuízo**.

Contratos, avenças e acordos são ferramentas desenvolvidas com o intuito de **amparar** determinada relação jurídica entre as partes contratantes. Tais ferramentas (relações de trocas) não se confundem com o fim que encerram (**a consecução das expectativas dos agentes**), da mesma forma que os direitos e interesses das partes contratantes não podem se restringir a uma interpretação estanque e segredada da realidade social dos clausulados consubstanciados na ferramenta (no contrato), sob risco de comprometer a própria credibilidade de todo sistema social. **Assim, o papel dos agentes é determinante na análise de qualquer relação de troca, não o inverso.**

1.3.1. A solução do desequilíbrio contratual em função do agente ("parte contratante")

Quando se trata de desequilíbrios havidos em contratações mercantis envolvendo partes "pessoa física", o Código de Defesa do Consumidor emerge fulgurantemente, simplificando bastante (vez que não é o objeto do presente estudo) com a solução da hipossuficiência, da "fragilidade" da pessoa física associada à assimetria de informação em que "naturalmente" ela se encontrava na avença.

E quando se tratam de relações entre Empresas?

---

cumprido, a saber, o mercador deveria dar uma libra de sua carne próxima ao coração ao judeu em sanção ao inadimplemento tempestivo do empréstimo que lhe havia tomado. Embora este seja considerado o "clímax" da obra por muito de seus leitores, dada sua crueldade e riqueza estética, vale notar que (em termos jurídicos) o verdadeiro ponto alto da peça é o discurso de Pórcia (travestida de jurisconsulto) pelo qual com base nos próprios dispositivos legais internos ao sistema social e legal em questão, não só impede o sacrifício do mercador, como ainda o faz receber metade da fortuna de seu outrora credor em indenização. A mensagem da peça não poderia ser mais clara: desde a época dos mercadores, o sistema social (instrumentalizado pelo sistema jurídico vigente) valida as contratações desde que observados os interesses próprios dos agentes envolvidos. A lei de Veneza não impedia a contratação que tivesse por objeto a dação de pedaço de carne humana, todavia proibia o derramamento de sangue de cidadão veneziano. A lei de Veneza não dava direito ao devedor de receber indenização de credor que lhe cobrasse obrigação, mas punia com o perdimento da própria fortuna aquele que atentasse contra a vida de cidadão veneziano. Na solução jurídica da situação propiciada por Pórcia ao Doge, não se discutiu a validade da avença em si, mas tão somente a condição da parte devedora, a condição daquele ***agente*** **e a matriz valorativa e principiológica a ele aplicável**.

[560] v. Parte IV, subcapítulo 1.2.

Expressamente, o Código Civil Brasileiro de 2002 apenas confere a Empresas o direito ao reequilíbrio quando decorrente de eventos "imprevisíveis" ao tempo da contratação[561] e quando se tratar de enriquecimento indevido da outra parte[562].

Todavia, tecnicamente uma parte que "enriquece" em decorrência de um contrato lícito e celebrado de "boa-fé", não enriquece indevidamente: faz um "bom-negócio". Isso porque, como já analisado anteriormente, atualmente quase nenhum evento pode ser considerado "imprevisível", em grande parte das vezes trata-se de um risco cuja "percepção de futuro" do contratante sugeria que não ocorreriam.

Visto que a extensão da interpretação de hipossuficiência da sistemática consumeirista para as Empresas encontra forte resistência, principalmente no meio jurídico[563], calcada na compreensão de que esse agente social "não é hipossuficiente, porque não se trata de pessoa física" e necessariamente tal agente "deve deter a expertise necessária para organizar os meios de produção na seara em que atua", por conta do que "ao atuar, assume os 'riscos' da atividade em troca da perspectiva de lucro", dessa forma "não havendo que se falar em assimetria de informações".

De se registrar que vem ganhando espaço a tese da desigualdade de posição entre Empresas[564], no sentido da existência de algumas delas são mais "fracas" ("hipossuficientes") que outras, motivo pelo qual devem contar com uma tutela especial por parte do sistema social, tendência essa evidenciada pelo atual e diferenciado tratamento legal dado às pequenas e micro Empresas e Empresas individuais[565], lhes conferindo diversos benefícios. Entretanto, muito embora importante e útil tal corrente, ela não consegue se aplicar a todos casos, especialmente quando se trata de Empresas de médio porte.

Sendo uma tendência "natural" de toda Empresa o objetivo de crescer e se consolidar economicamente (ganhar mercado), se é verdade que o tratamento diferenciado

---

[561]Código Civil Brasileiro de 2002. *"Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."*

[562]Código Civil Brasileiro de 2002. *"Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."*

[563]Curiosamente, em diversas ações judiciais é comum o intento de diversas Empresas de requerer a aplicação de alguma proteção específica do Código de Defesa do Consumidor à sua atividade, em especial no que diz respeito à sua condição hipossuficiente perante um agente com maior musculatura econômica e poderio de mercado.

[564]SZTAJN, Rachel. op. cit.

[565]Lei Complementar nº 123/2006 – Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, Lei de Falências, Capítulo III, Seção V.

trazido pela Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas cria um ambiente propício para seu surgimento, igualmente é verdade que ao outorgar tratamento especial apenas às instituições de menor porte gera um incentivo negativo, seja de desestimular o crescimento do empreendimento (sob pena de perder as vantagens atribuídas pelo próprio sistema social), seja de incentivar a perpetração de fraudes de informação e toda sorte de manobras similares que Empresas que já possuem porte médio realizam para se manter nas vantagens outorgadas às pequenas e microempresas.

Dados os revezes que a polarização entre Empresas "fracas" (pequenas e micro) e Empresas "fortes" (médias e grandes) acarreta ao tecido social, **mister é revisitar a solução, considerando o seu próprio âmago, ou seja, a matriz valorativa a que estão sujeitos seus agentes.**

1.3.2. A Empresa e seus interesses

A evolução do fenômeno socioeconômico da Empresa, com seu reconhecimento generalizado e crescente importância de sua função para Sociedade fez surgir novas questões e novas demandas sociais envolvendo esta "instituição", materializadas em novos conflitos, todos orbitando principalmente a questão de sua forma de atuação e sua preservação.

Como já reiterado diversas vezes nas partes anteriores deste ensaio, julgamos correto entender a Empresa como uma criação, uma abstração, eminentemente humana, uma "instituição" aperfeiçoada ao longo do tempo para equacionar os problemas de produção e circulação de bens e serviços pertinentes à vida em Sociedade.

Conforme relatado anteriormente[566], há quem sustente que a figura da Empresa aflorou definitivamente como "sujeito jurídico" quando os antigos comerciantes decidiram verticalizar sua cadeia produtiva, deixando de atuar apenas como intermediários entre produtores e consumidores, quando se sucedeu a ampliação do conceito de "comerciante" e de "atos de comércio", que paulatinamente evoluíram para moldar o conceito de "empresário" (que na atual sistemática brasileira é assim considerado qualquer

[566]Parte II, Capítulo 3.

empreendedor que registre – a si ou ao seu arranjo societário – como empresário, a despeito de qual seja sua atividade).

Há, contudo, quem sustente que mesmo **no princípio da atividade comercial**, os elementos de Empresa já poderiam ser identificados, tornando o fenômeno ainda mais antigo – sendo os antigos "comerciante", em verdade, "empresários".

Seja como for, com o passar do tempo e o aprimoramento de sua organização como instituição social, a Empresa assumiu uma posição central na Sociedade contemporânea, a si vinculando-se, direta ou indiretamente, praticamente todos os indivíduos da Sociedade[567].

Fruto de sua própria evolução histórica, diversos interesses passaram a coexistir no centro dessa instituição (de suas "partes interessadas", com os interesses "internos" – como dos sócios, investidores e trabalhadores – e interesses externos – como dos consumidores, dos fornecedores, da comunidade em que está inserida), impactando de forma cada vez mais intensa e determinante como é conduzida sua atividade.

A atuação da Empresa na Sociedade tem por finalidade precípua a organização dos meios de produção para fins da circulação de bens e serviços no intuito de atender à demanda social, gerando riquezas, renda e trabalho, de forma sustentável econômica, ambiental e socialmente.

Conforme também discutido anteriormente[568], para tanto, a Empresa necessita ser **sustentável**, do que surge a premissa do **lucro ser muito mais do que uma de suas finalidades, mas um desdobramento natural e essencial da própria atividade, consistindo na condição de sua própria viabilidade**[569], tanto para a manutenção da forma de produção de Mercado hoje adotada, quanto de próprio sistema de trocas sociais como conhecido e praticado [570].

---

[567]Os indivíduos vinculam-se diretamente à Empresa como proprietários, empregados, prestadores de serviços, consumidores etc. Os indivíduos vinculam-se indiretamente quando, por exemplo, adquirem bens e produtos por elas produzidos, usufruem de serviços públicos (prestados por concessionárias empresas privadas ou públicas) ou são beneficiários de programas estatais, cuja arrecadação de tributos tem como principais contribuintes as Empresas (incidentes diretamente sobre sua renda - IRPJ, CSLL; sobre os meios de sua produção, sua atividade - ICMS, ISS; sobre seu faturamento bruto - PIS, COFINS; sobre a folha de pagamento - INSS, FGTS; sobre seu estabelecimento comercial - IPTU, ITR, TFLI; ou por meio da retenção dos tributos na fonte de seus prestadores, fornecedores, funcionários).

[568]Parte III, Subcapítulo 2.1.

[569]Tal conceito de lucro como condição de viabilidade já havia sido detectada e desenvolvida por Sombart em 1913 (na obra *Él burgués*).

[570]Nesse sentido, TIGRE já ponderava na evolução empírica das Empresas observa-se que *"a questão dos **objetivos da firma ganha interpretações alternativas ao enfoque estático da maximização de lucros a***

Assim, é o lucro mais que finalidade ("fim", "objetivo") é o próprio elemento que permite a **permanência** (a própria sobrevivência) do agente no jogo e a consecução de sua **função social**, em termos atuais, é a condição intrínseca de sua **sustentabilidade**.

Assim, fundamentando a idéia de viabilidade da atividade justificando o próprio lucro está o interesse particular da "Empresa-Instituição" de se perpetuar, de permanecer no Mercado no longo prazo, o que nem sempre se identifica com o interesse, por exemplo, de alta taxa de retorno no curto prazo do "empresário"[571].

Igualmente, a demonstração da desvinculação dos interesses da "atividade empresarial" do interesse da Empresa em se perpetuar dá-se, por exemplo, quando ela se reinventa, modificando sua atividade empresarial ou mesmo ampliando as atividades em que atua[572].

1.3.2.1. A Empresa e sua relevância social: a personificação do ente para a consecução de seu interesse à preservação

Nos últimos anos, já se salientou que além do advento do Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei Federal nº 10.406/2002), incorporou-se no Direito brasileiro a novel legislação falimentar e de recuperação de Empresas (Lei Federal nº 11.101/2005), a qual, dentre outros avanços, positivou no ordenamento jurídico brasileiro o **princípio da**

---

curto prazo. *As contribuições de Sylus-Labini (maximização de lucros a, longo prazo), Baumol (maximização das vendas globais), Marris (maximizar taxa de crescimento das vendas), Joan Robinson (sobrevivência), Galbraith (manutenção do poder da tecnoestrutura), entre outros, abrem espaço para o reconhecimento de que os objetivos da firma podem variar de acordo com os objetivos de seus controladores, sem que se possa imputar uma regra universal.* ***O comportamento único e maximizador foi mais tarde rejeitado pelos novos institucionalistas e autores evolucionistas que concluíram****, segundo Pondé (1996),* ***'que a racionalidade substantiva ou maximizadora constitui um suposto irreal e incapaz de modelar sem distorções o comportamento dos agentes econômicos, na medida em que os resultados das ações e decisões dependem de eventos futuros que não podem ser antecipados de maneira probabilística'****" (g.n.)(* TIGRE, Paulo Bastos. op. cit., p. 15).

[571]Exemplo da desvinculação entre o interesse de "continuidade, sobrevivência e/ou preservação" (como se prefira) da Empresa com o interesse de "realização de resultados no curto prazo" do "empresário" dá-se, por exemplo, quando este vende sua participação na empresa a um terceiro, que continua a própria empresa.

[572]Notórios são os casos de empresas brasileiras que no processo de crescimento e preservação passam a atuar em setores totalmente diferentes daquele no qual surgiu, com empresas de engenharia que vendem sapatos ou produtos químicos, com empresas de cimento que investem em transgênicos, ou mesmo de escolas particulares ou cursos preparatórios que passam a atuar no ensino superior ou mesmo no setor de editoração de livros.

preservação da Empresa[573], que é decorrente do reconhecimento (de longa data constitucional) da relevante **função social** que tal ente exerce na Sociedade.

Isso porque, como já suscitado inúmeras vezes, a influência da Empresa na Sociedade não se limita à sua atividade ou à sua organização interna, sendo ela uma "instituição" que congrega diversos interesses que vão muito além do "empresário", de seus acionistas e de seus funcionários, abrangendo também os interesses de seus clientes, seus fornecedores, da própria comunidade em que está inserida e, em última e consequente instância, do próprio Estado[574].

Como já se discutiu anteriormente[575], como resultado das "interações" dessas diversas "partes interessadas", a Empresa moderna adquiriu uma personificação própria, visto que desenvolveu interesses particulares (resultado dos embates entre as "partes interessadas"), que lhe alçaram à condição de "sujeito de direito".

Ainda que indiretamente, tal assertiva já foi objeto de constatação por diversos doutrinadores, tais como Asquini, com sua "Teoria dos Perfis da Empresa", na qual se nota a diferença dos interesses de cada perfil (e o reconhecimento pelo autor da apresentação "una" do fenômeno na seara econômica); Despax, em sua obra "*L´enterprise e Le Droit*", com a demonstração da necessidade (e utilidade, apesar da dificuldades) da dissociação da figura do empresário e da Empresa; Endemann, ao expressamente considerar a Empresa como sujeito de direito; ou mesmo Orlando Gomes, ao negar à Empresa a condição de objeto de direito visto que seu conceito não se confunde com o de "azienda" (vulgo, "estabelecimento"), este, para ele, o objeto de direito do "empresário".

---

[573]Lei 11.101/2005. "*Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim,* ***a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica***." (g.n.)

[574]Desde a primeira metade do século XX, já existem estudos organizacionais que concluem nesse sentido, trazendo para a análise científica o papel de todas as partes interessadas *("stakeholders")* na Empresa.

[575]Em especial, v. Parte III, capitulo 2.4.2.

1.4. Da influência do ambiente institucional-legal no ambiente econômico

A "Teoria Institucionalista" concebida por Douglas North parte da premissa de que o ambiente institucional influencia o desempenho econômico, e vice-versa, que o desempenho econômico influencia o próprio ambiente institucional[576].

Também reconhecendo essas influências recíprocas entre o ambiente econômico e o institucional, ALCOFORADO[577], por seu turno, defende que o desempenho econômico de uma Empresa decorre do arranjo entre o instrumental proposto pela "Economia dos Custos de Transação" e a "Análise Econômica do Direito", portanto com o desempenho econômico sendo:

(i) decorrente dos "custos de transação" no ambiente (Mercado), estes resultantes do arranjo institucional (estrutura do fluxo de relações – verticalizado ou não) e do arranjo organizacional (estrutura burocrática da Empresa), e

(ii) associado com o aspecto redesenhável das instituições (institutos, normas, processos e organizações), pelo que é possível não apenas criar e adaptar condições e procedimentos para acentuar a redução dos custos de transação, mas também sendo possível por meio do redesenho de instituições motivar os agentes a agirem no interesse próprio e na direção da maximização da riqueza social.

Ora, a positivação por meio de normas de costumes, moral e crenças ("instituições-normas"), visando ao incentivo e sanção de comportamentos, bem como dotar as relações sociais de um mínimo de certeza e segurança (ainda que no plano abstrato), é a base de atuação do Direito, que vem ao longo da própria história humana desenvolvendo mecanismos (instituições, tais como as normas e o próprio sistema judiciário) para atingir tal fim, proporcionando a tão almejada "segurança jurídica".

Considerando que a questão que se apresenta hoje na Economia para a compreensão da realidade social, segundo a corrente do Novo Institucionalismo, é justamente o desenvolvimento de **instituições** (soluções) que propiciem um maior grau de

---

[576]No mesmo sentido já se posicionaram ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA, afirmando que da mesma forma que a Economia influencia o Direito, o Direito também influencia a Economia (v. Parte II, Capítulo 2)

[577]ALCOFORADO, Ihering Guedes. Mercado, ambiente e arranjo institucional: a contribuição neo istitucionalista. *Banco do Nordeste*. Disponível em: <www.banconordeste.gov.br/content/aplicacao/ETENE/Anais/docs/mercado-ambiente.pdf>.

certeza e previsibilidade às relações de trocas, **tem-se que, na verdade, o que se busca é o aprimoramento do respaldo jurídico-legal para as relações econômicas.**

Tal busca não se confunde com um maior intervencionismo estatal, tratando-se, sim, da persecução de mecanismos democráticos e éticos de redução de riscos e de práticas protetivas de direitos e interesses, cuja solução econômica ideal encontra-se fortemente calcada na **cooperação** e **confiança** entre os agentes.

Isso porque, ao contratarem entre si, todos os agentes buscam sair da transação melhor do que entraram. **É a quebra dessa expectativa que enseja o conflito.** A prevenção, eliminação ou ao menos a mitigação do **risco** de frustração de suas expectativas é o fundamento precípuo da intervenção do operador do Direito nos contratos empresariais, que mediante a utilização das "instituições-norma" (leis e outros mecanismos indutores de comportamentos) atuam na proteção dos interesses desses agentes.

Partindo para a solução possibilitada com a assimilação da Empresa como uma "instituição social personificada", o operador do Direito passa a dispor de um amplo leque de ferramentas que lhe possibilitam propiciar uma resposta socialmente mais adequada (ou seja, mais legítima) ao conflito, com elementos que oferecem muito mais segurança e previsibilidade.

Em especial, **ao ser reconhecida autonomamente como um agente social próprio (sujeito de direitos), a conduta da própria Empresa passa a se inserir e ser regida por matriz valorativa própria, que deve, como de todos os outros agentes sociais, estar em consonância com a matriz valorativa da própria Sociedade**.

Ao se exigir da Empresa, cuja conduta é resultado dos conflitos e das composições dos interesses de suas diversas "partes interessadas", a observância a valores específicos e próprios (como, por exemplo, sua responsabilidade socioambiental), é criado espaço para a construção de soluções **cooperativas** e **responsáveis** para os diversos conflitos nos quais ela se envolve, em especial nos casos de desequilíbrio contratual.

Frise-se que tais valores da Empresa não se vinculam diretamente ao de seu "empresário", ao de sua "atividade" e ao de seu "estabelecimento", vinculam-se à própria essência da "instituição", e daí influenciam e moldam os seus demais elementos, dentro de uma perspectiva sistêmica e integrada do fenômeno.

Notadamente em se alinhando as diversas Empresas atuantes no Mercado a um quadro de valores próprios (por exemplo, de "boas práticas") e almejados pela

Sociedade – valores capazes de serem harmonizados com os diversos interesses (internos e externos) nela atuantes – é possível se incentivar e, mesmo, induzir a um ambiente econômico mais colaborativo e solidário, como menores "custos de transação" e maior grau de satisfação por parte de seus distintos agentes.

A criação das condições para a criação desse novo ambiente econômico passa necessariamente pela lavra do operador do Direito, que atento às mudanças institucionais informais (na "**doxa**"[578] do "campo social" que é a Sociedade), pode elaborar soluções valorativas, eficientes e eficazes para a diminuição dos conflitos e resolução das frustrações das expectativas incidentes nas relações empresariais.

Como exemplo de uma nova corrente de pensamento ideológico que está em franco desenvolvimento na realidade social ("**doxa**"), impactando severa e **positivamente** as relações empresariais e a conduta individualizada de cada um de seus agentes, compete tecer alguns comentários sobre o "Paradigma da Sustentabilidade" e seus impactos na matriz valorativa das Empresas e da própria Sociedade, bem como sua grande utilidade para minimizar e mitigar os conflitos decorrentes das relações sociais.

[578]v. Parte III, Capítulo 2.4.2.3.1.

CAPÍTULO 2. A REDEFINIÇÃO DOS PAPÉIS DOS AGENTES SOCIAIS NO SÉCULO XX: O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE

No conturbado século XX diversos paradigmas foram quebrados e o papel de diversos agentes sociais, como a Empresa, o Estado e a Sociedade passaram – e ainda passam – por um processo profundo de redefinição.

Conforme salientado, o modelo de produção calcado na "economia de escala"[579] sofreu diversas alterações e críticas durante o século XX, em especial por não ter sido plenamente exitoso em garantir o bem-estar geral da Sociedade, não sendo capaz de propiciar seu pleno desenvolvimento[580].

Isso porque, para garantir o "ganho de e em escala", o modelo trabalhava, dentre outras, com duas premissas que deveriam ser estáveis é perenes: (i) a existência de um ávido, acrítico e ilimitado mercado consumidor e (ii) fontes de matéria-prima inesgotáveis. Contudo, nenhuma dessas duas premissas mostraram-se possíveis de serem mantidas inesgotavelmente.

Sucedeu-se a crise desse modelo de produção, resultado direto desse próprio quadro econômico – caracterizado pelo aumento da produção[581], exaurimento e escassez dos recursos naturais, desequilíbrio na distribuição de renda (extremamente concentrada) e

---

[579]Para efeito deste estudo, amparou-se o conceito de Economia de Escala nas seguintes definições: "'*Existe economia de escala quando a expansão da capacidade de produção de uma firma ou indústria causa um aumento dos custos totais de produção menor que, proporcionalmente, os do produto. Como resultado, os custos médios de produção caem, a longo prazo (Bannock et alii, 1977).' 'Aquela que organiza o processo produtivo de maneira que se alcance, através da busca do tamanho ótimo, a máxima utilização dos fatores que intervêm em tal processo. Como resultado, baixam-se os custos de produção e incrementam-se os bens e serviços (SAHOP, 1978).' 'Ganhos que se verificam no produto e/ou nos seus custos, quando se aumenta a dimensão de uma fábrica, de uma loja ou de uma indústria (Seldon & Pennance, 1977).*'" Fonte: VOCABULÁRIO Básico de Meio Ambiente – FEEMA. 2. ed. Rio de Janeiro: FEEMA, 1990. 246 p. Disponível em: <http://portalgeo.rio.rj.gov.br/mlateral/glossario>. Acesso em 20 jun. 2007.

[580]Tal modelo, calcado no crescimento econômico quantitativo e acumulativo, com o agigantamento da produção de forma a obter a máxima utilização dos fatores que intervêm no processo produtivo e assim um custo mínimo por produto (o modelo das grandes corporações) gerou severos custos sociais, decorrentes tanto da concentração do mercado, quanto da forma de produção, com passivos ambientais e desrespeito sistêmico aos direitos dos trabalhadores.

[581]Decorrente tanto das inovações tecnológicas, quanto da acentuada (re)industrialização de países após a segunda guerra mundial (tanto países europeus, como ex-colônias, como o Brasil e a América Latina) pelos mais diversos motivos (política de substituição de importações, programas de reconstrução do país - Plano Marshall: programa de recuperação européia); bem como, especialmente no último quarto do século, do ingresso na mercado global de fornecimento de bens e serviços de países asiáticos como China, Índia e os tigres asiáticos.

consequente não-crescimento proporcional do mercado consumidor, entendido como a população com **rendimento capaz** de adquirir bens e serviços[582].

Ao mesmo tempo, contudo, em razão das evoluções tecnológicas, assistiu-se a uma revolução na forma do acesso à informação pelos agentes social, que somada à escassez de matéria-prima (exaurimento de diversos recursos naturais, em grande parte resultado da exploração mal-planejada) e às alterações climáticas (tudo indicando ser resultante da intensa atividade humana), possibilitou **a criação de um ambiente socioeconômico propício para o surgimento de novas visões de mundo e de novas soluções para se alcançar e manter o desenvolvimento da Sociedade**.

2.1. Preservação da Empresa e Sustentabilidade

A idéia de sobrevivência (preservação) ou de sustentabilidade (viabilidade com rentabilidade) da Empresa atualmente se confundem cada vez mais, seja porque a expressão "**sustentabilidade**" paulatinamente amplia seu espectro para além do que tradicionalmente seria reconhecido como "responsabilidade ambiental", passando a atingir "compromissos sociais" e mesmo a questão da "rentabilidade" da própria Empresa como um todo.

Nessa premissa de "sustentabilidade", o conceito de **eficácia econômica** para uma Empresa (principalmente uma que atua na Economia real) não se reduz mais, tampouco se coaduna, com o lucro de curto prazo[583].

Ainda, nessa lógica de "sustentabilidade econômica", a necessidade de agir de forma ambiental e socialmente responsável emerge como uma das novas exigências do

---

[582]Pertinente notar que aqui não se fala em *demanda* (essa cada vez mais existente), mas em *capacidade para consumir*. Isso porque, muito embora a população tenha experimentando um crescimento exponencial, em um primeiro momento algo benéfico que pode ser traduzido como aumento de demanda, os desequilíbrios de renda, decorrente da concentração de recursos na mão de uma minoria, prejudicaram a capacidade de acesso ao consumo e a própria vitalidade da indústria de bens e serviços. Surgem assim dois algozes: (i) da *Sociedade:* a figura da "demanda reprimida", que neste caso reflete o próprio conceito de pobreza, podendo gerar severos desequilíbrios – por exemplo, nos momentos em que lhe é dado acesso ao consumo o faz de forma voraz e destrutiva do equilíbrio do sistema (inflação); e (ii) da *Economia*, na figura dos "Mercados Saturados", que levam diversas Empresas à falência (recessão) e incentivam a outras (as mais fortes) a práticas predatórias de Mercado de forma a salvaguardar sua existência, cooptando mercados consumidores, oferecendo bens baratos e de qualidade duvidosa, optando por matérias-primas mais baratas, a despeito de serem poluentes etc.

[583]Notadamente quando, por exemplo, importa um pesado passivo futuro – seja ambiental ou trabalhista, seja para com parceiros ou mesmo com clientes.

Mercado, portanto, uma das exigências para a "sobrevivência" da Empresa, de forma que a definição de "ação eficaz" também amplia seu horizonte (a análise dos reflexos da conduta, a análise da **eficiência** do processo), não se restringindo mais ao resultado nominal na coluna de "ativos", mas computando também os lançamentos a serem apropriados em seu "passivo", em outras palavras, atualmente **é eficaz a ação que gera resultados positivos no curto, médio e longo prazo, coletivamente**.

Assim, se entendida a importância da "Empresa-Instituição" em razão do impacto que ela produz na Sociedade[584], não é difícil inferir que ao tutelar a "função social" desse ente e das relações contratuais nas quais ela é partícipe[585], garantindo-lhe condições de sustentabilidade (viabilidade e rentabilidade), em outras palavras, tutelando seus interesses de **preservação** e, consequentemente, **lucratividade**, vem a Sociedade, em verdade, estabelecer um verdadeiro sistema de *hedge* coletivo para assegurar a manutenção, harmonização e pacificação de significativas relações sociais.

Diversos estudos da área da Administração, Economia e da própria Sociologia Econômica, desde os anos de 1970, indicam isso, evidências essas que se acentuaram na década final do século XX, quando passou a se revelar em toda a sua intensidade, por exemplo, na importância para o Mercado (logo, para a Sociedade) de questões como a preocupação com a sustentabilidade dos interesses de suas diversas "partes interessadas"[586], nos termos do "Paradigma da Sustentabilidade", conforme cunhado por Gladwin *et al.* em 1995, paradigma este que caminha a passos largos para sua consolidação, tendo angariado as principais e maiores empresas nacionais e mundiais em suas fileiras[587] [588].

---

[584]Nesse sentido, importante registrar que dizer que uma Empresa desaparece quando deixa de explorar sua atividade é o mesmo que dizer que um ser humano morre quando pára da respirar. Os espólios de ambos, após as respectivas "mortes", continuam a ser titulares de direito e obrigações, possuindo um papel social para com seus credores e sucessores.

[585]Note-se que o próprio Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe que os contratos possuem e devem exercer sua *função social* (art.421).

[586]Como a "Teoria das Redes Sociais", da "Teoria do Campo Social".

[587]V. o caso do Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (Disponível em: <www.cebds.org>), que fundado em 1997, trata-se de uma coalizão dos maiores e mais expressivos grupos empresariais do Brasil, com faturamento anual correspondente a 40% do PIB nacional, vinculado ao World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), que conta com a participação de 185 grupos multinacionais, que faturam anualmente US$ 6 trilhões e geram 11 milhões de empregos diretos. Partindo do "*consenso que tanto do ponto de vista ético, como do ponto de vista pragmático, o desenvolvimento sustentável representa a única saída para conciliar produção de riqueza e bem estar para a sociedade sem comprometer a sobrevivência do planeta e da espécie humana*", os membros do CEBDS assumiram o desafio de "*criar condições no meio empresarial e nos demais segmentos da sociedade para que haja uma relação harmoniosa entre essas três dimensões da sustentabilidade - econômica, social e ambiental*".

[588]Outro indicador relevante da assunção do "Paradigma da Sustentabilidade" pelo Mercado brasileiro é o Índice de Sustentabilidade Empresarial ("ISE") da BM&F-BOVESPA, indicador criado em 2005 pela

Tal movimento não foi à toa. Diversos estudos empíricos demonstram que as Empresas que adotam políticas ditas "sustentáveis" e que levam em consideração os interesses de suas "partes interessadas", baixam seus custos fixos com o uso mais racional de seus recursos, como também reduzem sensivelmente (ou mesmo eliminam) grande parte de seus riscos e de seus passivos sociais (ambientais, trabalhistas etc.)[589].

Os reflexos sociais – e logo jurídicos – dessa mudança no ambiente dos negócios são brutais, visto que, por um lado, passar a Empresa a ter uma política sustentável é fator determinante para mitigar e prevenir os diversos riscos do negócio (logo, de seus contratos)[590].

Por outro lado, assim agindo, a Empresa encampa definitivamente o autêntico papel de uma "instituição social", servindo como solução racional para resolver diversos problemas que afligem a Sociedade, tais como a dignidade das condições de trabalho, a produção econômica combinada com a proteção ao meio ambiente, citando apenas alguns.

Bovespa (Bolsa de Valores de São Paulo) em conjunto com outras instituições como a ABRAPP(Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar), ANBID (Associação Nacional dos Bancos de Investimento), APIMEC (Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais), IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa), IFC (*International Finance Corporation*), Instituto ETHOS e Ministério do Meio Ambiente e recentemente mesmo o PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente). O ISE foi criado com o objetivo de demonstrar o resultado das ações de Empresas que atuam comprometidas com a responsabilidade social e a sustentabilidade empresarial, e também com o intuito de – por meio da indução de práticas isomórficas (miméticas e normativas) – atuar como promotor das boas práticas no meio empresarial brasileiro. A criação desse índice é resultado da tendência mundial observada já há alguns anos dos investidores procurarem empresas socialmente responsáveis, sustentáveis e rentáveis para aplicar seus recursos, por consideram que empresas sustentáveis geram valor para o acionista no longo prazo, pois estão mais preparadas para enfrentar riscos econômicos, sociais e ambientais. Outro pontointeressante é que para fazer parte do ISE, não basta a Empresa preencher apenas os três quesitos básicos da sustentabilidade (econômico, social e ambiental), mas devem também estar comprometidas com o combate à corrupção, com a qualidade de seu produto ou serviço (se causa dependência química ou morte, por exemplo) e com boas práticas de governança corporativa. (mais informações: BOVESPA. ISE - Índice de Sustentabilidade Empresarial. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/Pdf/Indices/ISE.pdf>).

[589]Parafraseando a conclusão do comerciante de diamantes do estudo de Bernstein (1992), tem-se observado que, de fato, agir "eticamente" (no sentido de sustentabilidade ambiental, econômica e social) hoje é a melhor forma se fazer negócios.

[590]No tocante aos riscos de natureza ambiental - e a responsabilização (independente de culpa) de todos os envolvidos na cadeia – ensejou a confecção em 04 de junho de 2003 da primeira versão do documento denominado "Princípios do Equador", no qual grandes instituições financeiras mundiais (capitaneadas pela *International Finance Corporation – IFC*, braço de atuação privada do Banco Mundial) acordaram um núcleo mínimo de requisitos ambientais a serem observados pelos empreendimentos para a concessão de financiamentos em valor superior a US$ 50 milhões. Em 06 de julho de 2006 foi aprovada uma nova versão desse protocolo foi aprovada, ampliando o rol de projetos sujeitos a tal análise (para financiamentos a partir de US$ 10 milhões) e incluindo na análise além dos impactos ambiental, também os impactos sociais do empreendimento, por exemplo, demonstrando ainda o adimplemento da legislação local e dos princípios de boas práticas do IFC, a interação com a comunidade local, a apresentação do plano de mitigação e prevenção desses impactos e o compromisso de auditagem e de confecção dos relatórios de andamento (THE EQUATOR Principles. Disponível em: <http://www.equator-principles.com/>). Voluntariamente seguem os princípios deste protocolo 68 dos maiores grupos financeiros mundiais, dentre os quais o Banco do Brasil, o Bradesco e o Banco Itaú Unibanco.

2.2. O século XX e os atores sociais: Crise epistemológica

A crise do modelo de desenvolvimento utilizado no século XX (de crescimento econômico quantitativo e acumulativo), que gerou a necessidade de redefinição dos papéis dos agentes sociais, foi noticiada em países desenvolvidos e compreendida por estudiosos como GLADWIN *et al.* (1995)[591] como resultado de uma profunda crise epistemológica, percebida por alguns como decorrente da divisão e da conseqüente dissociação entre a humanidade (Sociedade), suas organizações e o Meio Ambiente.

Em países subdesenvolvidos, a percepção de tal crise é mais grave, sentida principalmente no desencontro entre os interesses da Sociedade (nestes incluídos a preocupação ambiental e do bem-estar de todos os seus membros) e os de suas principais instituições, especificamente o Estado (muitas vezes contaminado com práticas corruptas ou anacrônicas) e suas Empresas (exclusivamente focadas no resultado econômico de curto prazo).

Para o entendimento dos impactos e razões dessa crise epistemológica, necessário delinear os modelos filosóficos que inspiraram o pensamento humano no século XX. Como a proposta deste ensaio não é exaurir as diversas nuances dos modelos filosóficos da tal século (o qual foi bastante fecundo em produções nesse sentido), lançar-se-á mão dos três grandes paradigmas indicados por GALDWIN *et al.*[592], os quais, de uma forma ou outra, acabam abrangendo todas as principais teorias filosóficas então produzidas e adotadas.

2.2.1. Crise epistemológica: paradigmas explicativos e modelos de pensamento

GALDWIN *et al.*[593] propõem interessante modelo para a compreensão da alteração de visão de mundo havida no século XX: partindo do que eles denominaram tradicional visão de mundo **antropocêntrica** (*tese*), por eles denominada "tecnocêntrica" (*technocentric*), em contraposição a alternativa **altruísta-ecológica** (*antítese*), mais focada no Meio Ambiente, por eles denominada "ecocêntrica" (*ecocentric*), surge uma nova

[591]GLADWIN, T. N.; KENNELLY, J. J.; KRAUSE, T. S. op. cit.
[592]Id., loc. cit.
[593]Id., loc. cit.

percepção de mundo, resultado da integração das desses dois modelos (*síntese*), por eles denominada "sustencentrista" (*sustaincentric*), ou o "Paradigma da Sustentabilidade"[594].

Em linhas gerais, o modelo do **tecnocentrismo** remontaria à Revolução Científica do século XVII, com o advento da "Teoria Social Liberal" e a "Racionalidade de Mercado" ("mão invisível"), com a convicção do domínio da natureza pelo ser humano. Neste modelo, a Economia é considerada um sistema linear fechado, apartado do meio ambiente, com a renda circulando entre Empresas e os cidadãos, no qual tudo é exógeno.

Nesse "**Paradigma Tecnocêntrico**", o objetivo principal é a eficiente alocação de recursos, sendo as vontades humanas centralizadas e ilimitadas, imperando a visão secular materialista, amparada no modelo de **pensamento mecanicista** (resultado do atomismo e reducionismo científico). O comportamento é individualista, sempre buscando maximizar os benefícios de curto-prazo, e a estrutura econômica ótima para este modelo é o capitalismo *laissez-faire* (o "livre mercado"), que parte do pressuposto de que com crescimento econômico, a renda chegará a todos os membros da Sociedade, com a pobreza sendo naturalmente contornada.

O "**Paradigma Ecocêntrico**", ao contrário, centra as preocupações da humanidade no meio ambiente e em sua conservação[595]. Os recursos naturais são finitos e a pobreza de alguns de seus membros somente pode ser contornada com a redistribuição da riqueza e o controle populacional. As premissas deste sistema ampararam regimes de economias planificadas no início de sua implantação. Muito embora este modelo não tenha necessariamente prosperado empiricamente, academicamente sempre é visto como a contrapartida ao modelo tecnocêntrico vigente.

Todavia, tanto o modelo "tecnocêntrico", quanto o modelo "ecocêntrico", não se mostraram adequados para conduzir a Sociedade para um desenvolvimento pleno e duradouro (estável), por assim chamado **sustentável**. Ambos os sistemas não foram capazes de gerar o bem-estar almejado, garantindo devidamente os valores de liberdade e dignidade da pessoa humana, falhas estas que levaram a conformação do "**Paradigma do Sustencentrismo**" (ou da **Sustentabilidade**), com base no qual o Desenvolvimento Sustentável pode ser atingido.

---

[594]Diversos estudos sobre os paradigmas do tecnocentrismo, sustencentrismo e ecocentrismo existem disponíveis para consulta. O artigo da GLADWIN *et al.* contudo, é utilizado como referência em grande parte deles, razão pela qual se optou por sua adoção.

[595]Conceito diferente de preservação, que pressupõe a manutenção intocada dos recursos naturais.

Em essência, o "**Paradigma Sustencêntrico**" é pautado pela **visão integrada** e **sistêmica**, na interdependência dos diversos atores sociais. Neste sistema, o bem-estar e a qualidade de vida dos membros é elemento essencial, sendo que a superação das desigualdades sociais dá-se pela prospecção e fomento de oportunidades iguais a todos.

No "sustencentrismo", a visão é **homocêntrica** e nele se destaca o **revigoramento de padrões morais pautados na igualdade e dignidade da pessoa humana**, com orientação econômica "verde"[596] e preocupada com a preservação[597] dos recursos naturais e a perpetuidade da atividade, para o qual é premente a existência de um **Estado fiscalizador** (**regulador**), capaz de estabelecer por meio de instrumentos políticos e iniciativas econômicas que limitem e previnam a sobreposição da satisfação dos interesses do Mercado sobre a preservação dos recursos naturais e a satisfação das necessidades humanas.

Para efeito de facilitar o entendimento da alteração do paradigma (ou "visão de mundo") que a Sociedade hoje vivencia, bem como pavimentando caminho para a melhor compreensão do conceito de Desenvolvimento Sustentável, mister ter em mente a transformação do modelo de pensamento que a revolução tecnológica e principalmente cultural do século XX propiciou foi focada especialmente na consolidação da Teoria do Pensamento Sistêmico[598].

2.2.2. O paradigma do século XXI

Dentro do contexto de mudança no quadro econômico e social, compreendidos à luz dos modelos de pensamento acima indicados, e considerando a prevalência do "paradigma sustencêntrico", é perceptível neste *début* do século XXI o paulatino retorno do Estado ao comando da Economia, principalmente nos países ditos em desenvolvimento por meio do ensaio de medidas intervencionistas em seus Mercados[599].

---

[596]Definição que engloba conceitos de ecoeficiência, limitação/mitigação/eliminação de impactos ambientais da produção e preservação de recursos. Estes pontos serão abordados mais detalhados a seguir.

[597]Entendida como a exploração não-predatória, planejada, passível de manter a regeneração e recuperação do recurso. Opõe-se ao conceito de *conservação*, que consiste na não-intromissão e não-utilização do recurso pelo homem.

[598]v. Parte I, subcapítulo 2.1.

[599]Vejam-se os exemplos de países como a Venezuela e a Bolívia, com a progressiva re-estatização de setores da economia, ou mesmo o Brasil, este com o afamado Decreto nº 6.062/2007.

Em contrapartida, observa-se o setor produtivo, na figura das Empresas, outrora plenipotenciário na condução de seus objetivos, passando a ser cada vez mais cobrado pela Sociedade, em especial no tocante ao **equilíbrio** de sua performance econômica com **posturas responsáveis** do ponto de vista ambiental e social[600], bases do tripé de compromissos que traduzem a idéia de sustentabilidade, núcleo do conceito de **desenvolvimento sustentável** (o qual será detalhado no próximo subcapítulo 2.2.3.)[601].

Graças aos avanços nos meios de comunicação sociais, cada vez mais as Empresas são julgadas socialmente pelo que realmente fazem e não pelo que alegam defender e praticar. Para sobreviver no Mercado contemporâneo, esses agentes sociais têm que contar com a capacidade de seus executivos em posição de liderança de administrar essa nova dinâmica corporativa, de forma a não sucumbirem no processo. Daí emerge outra premissa fundamental do mundo corporativo moderno: as Empresas cada vez mais são as pessoas (as "partes interessadas") que as compõem (sócios, acionistas, investidores, trabalhadores, parceiros etc.).

Diante desse novo quadro sócio, econômico e cultural, que cobra de todos os agentes sociais, em especial da Empresa, o equilíbrio entre os aspectos econômicos, ambientais e sociais (interna e externa *corporis*), hoje em dia não há como se falar em prosperidade econômica e bem-estar social – e assim em desenvolvimento da Sociedade – sem se falar em **Desenvolvimento Sustentável**.

---

[600]Tais posturas mais responsáveis podem ser traduzidas como o exercício ético nos negócios, a adoção de princípios de governança corporativa e, especialmente, no respeito e preservação dos recursos naturais existentes, sem o que não há como se falar em atividade sustentada de fato.

[601]As conseqüências da mudança do nível de exigência da Sociedade são perceptíveis, sobretudo, pelo grau de estrago que recentes deslizes corporativos trouxeram às suas Empresas: percebidos como "traição" à confiança de consumidores e parceiros de negócios, derrubam vertiginosamente o valor das ações e aniquilam reputações que diversas vezes levaram décadas para serem construídas. Vejam-se os exemplos da Parmalat Itália, ENRON e WorldCom, estes dois últimos chegando a motivar a edição do célebre *Sarbannes-Oxley Act of 2002* (SOX), ou como também é conhecido *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002 (o SOX Act* consiste em uma legislação abrangente que regula a atividade das empresas estadunidenses de capital aberto, sua administração e as empresas de contabilidade que as auditam. Em suas 11 seções, a legislação enrijece bem como cria novos padrões a serem observados por tais entes, tornando mais severas as sanções penais por infrações, criando novas responsabilidades para os conselhos de administração, entre outras disposições, designando a *Securities and Exchange Commission (SEC)* como responsável por implementar os regulamentos necessários para a observância dos dispositivos desta nova lei. De todos os dispositivos, certamente os mais polêmicos são os previstos na *Section 404,* que dentro do conceito "*top-down risk assessement*", gera a obrigação pessoal para a alta administração e para auditoria externa das companhias pelas informações publicadas concernentes à Empresa).

2.2.3. O Conceito de Desenvolvimento Sustentável

A Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), criada em 1983, lançou em 1987 um relatório intitulado NOSSO FUTURO COMUM, também conhecido como Relatório Brundtland[602]. Tal relatório recomendou a realização de uma conferência mundial para direcionar os assuntos ambientais[603], bem como definiu o conceito de **Desenvolvimento Sustentável**, inicialmente como sendo o "desenvolvimento" que "*atende às necessidades atuais da humanidade sem comprometer a possibilidade das gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades*".

Esta definição de **Desenvolvimento Sustentável** partiu do conceito de "ecodesenvolvimento"[604] formulado nos anos de 1970 por Maurice Strong e Ignacy Sachs [605], apresentado durante a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (realizada em Estocolmo, em 1972)[606], que deu origem ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA.

Extremamente pertinente destacar que a definição original do conceito de "Desenvolvimento Sustentável" partiu do embate entre "crescimento econômico" *versus* "preservação ambiental", com a preocupação com o aspecto "social" do conceito apenas sendo definida recentemente, na Conferência de Joanesburgo-2002 (a ser discutida adiante, no subcapítulo 2.2.2.3).

---

[602]Nome da presidente da Comissão, Gro Harlem Brundtland, na época primeira-ministra da Noruega.

[603]A "Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento", a " Cúpula da Terra de 1992" realizada no Rio de Janeiro, conhecida também como RIO-92 ou Eco-92.

[604]Por ecodesenvolvimento, entenda-se o desenvolvimento resultado de uma combinação de crescimento econômico, com aumento igualitário do bem-estar social e preservação ambiental.

[605]Ignacy Sachs é referido como "ecossocioeconomista" por sua concepção de desenvolvimento como uma combinação de crescimento econômico, aumento igualitário do bem-estar social e preservação ambiental. O termo ecossocioeconomia foi cunhado por Karl William Kapp, economista de origem alemã e um dos principais defensores da ecologia política nos anos 1970. Há mais de trinta anos, Ignacy Sachs lançou alguns dos fundamentos do debate contemporâneo sobre a necessidade de um novo paradigma de desenvolvimento, baseado na convergência entre economia, ecologia, antropologia cultural e ciência política. Suas idéias são hoje mais claramente compreendidas, no cenário das mudanças climáticas e da crise social e política mundial.

[606]Também conhecida como Estocolmo-72.

2.2.3.1. Razões do Conceito de Desenvolvimento Sustentável

Conforme analisado anteriormente, a crise do modelo de desenvolvimento adotado no século XX deveu-se a não-concretização de suas duas premissas básicas: a existência de um ávido, acrítico e ilimitado Mercado consumidor e de fontes de matéria-prima inesgotáveis.

Nos ditos países desenvolvidos, mais estruturados economicamente e com renda distribuída de forma mais equânime entre seus membros[607], a problemática do Mercado consumidor foi inicialmente gerenciada com a adoção de inovações em seus produtos e linha de produção que permitiram manter os ganhos na atividade produtiva, tais como: a redução dos custos de produção[608], obtida notadamente com a otimização da mão-de-obra ("*downsizing*"); a criação de novos produtos, estimulando assim novas demandas[609], e a melhora da qualidade de seus bens e serviços, de forma a agregar valor aos seus bens.

Contudo, lidar com a questão da escassez de fontes de matéria-prima mostrou-se muito mais complexo. Isso porque, a despeito dos avanços tecnológicos, a falta de soluções disponíveis somada aos custos de desenvolvimento e de implementação de novas tecnologias, não viabilizou a substituição dos recursos necessários para a manutenção da produção econômica de curto prazo, mediante, por exemplo, a substituição das fontes da matriz energética (carvão, petróleo) e dos principais insumos de produção (ferro, bauxita, outros minerais).

Diante dessa realidade de escassez, foi até instintivo o início da discussão nos países ricos do uso mais racional e planejado dos recursos naturais, bem como a intensificação da discussão da manutenção daqueles recursos ainda existentes, com o efeito (à época secundário) de nesse processo terem de ser considerados os anseios e interesses dos países em desenvolvimento, nos quais ainda havia a disponibilidade de tais riquezas.

---

[607]Fruto de políticas que garantiram a sustentabilidade de sua performance econômica, mormente obtidas por meio de medidas implementadas pelo modelo de *Welfare State* que vigorou na primeira metade do século XX, que proporcionou e assegurou direitos básicos a sua população – em especial acesso à educação – e regimes de ocupação profissional (emprego), tudo isso tutelado, em especial, pelo advento de forte legislação trabalhista (caso europeu).

[608]Observado nos modelos de produção, como o fordista, taylorista, culminando nos sistemas de qualidade (5s, 6sigma, qualidade total) que se intensificaram nos anos 1990 e se propagam até os dias de hoje.

[609]Dentro do contexto de divisão do ato de consumo naquele "por necessidade" e no ato realizado "por desejo", foco das ações de marketing que ganharam grande relevância no século XX.

Portanto, de início, na visão das economias ditas centrais a discussão do conceito de Desenvolvimento Sustentável tem como um de seus pontos críticos a questão dos recursos naturais e sua escassez, com as demais problemáticas orbitando em torno deste aspecto.

Com o passar dos anos, contudo, o conceito foi se configurando melhor, até tomar as linhas gerais hoje adotadas, com diversos autores, como GERALDES et al.[610], CUNHA[611], entre outros, apontando avanços na compreensão do significado do Desenvolvimento Sustentável desde a definição apresentada pela Comissão Brundtland, que, alinhada com a problemática ecológica dos países centrais, apresentava como diretriz principal a manutenção dos recursos naturais para a presente e futuras gerações.

Tal dinâmica evolutiva experimentada na construção e compreensão do conceito de Desenvolvimento Sustentável é bem sintetizada por NOBRE *et al.*, a saber:

> "Q*ualquer um que se proponha a entender a noção de 'desenvolvimento sustentável' (DS) encontrará de saída os seguintes elementos característicos fundamentais: a) a aceitação universal do conceito; b) a dificuldade em saber exatamente o que é o DS, ou seja, o problema de sua definição e operacionalização. Estas duas marcas características da noção de DS são, à primeira vista, contraditórias e até mesmo inconciliáveis. Afinal, como todos podem ser a favor de algo que não se pode explicitar sem que surja o conflito? (...)*
>
> *Este estado de coisas nos levou a adotar uma perspectiva diferente dessas duas vertentes* [de busca de uma definição abrangente e de definição do catálogo de imprecisões e contradições encontradas na definição de DS]. *A primeira tese de nosso trabalho pode ser enunciada assim: são justamente as fraquezas, imprecisões e contradições da noção de DS as razões de sua força e aceitação geral. Dito de outra maneira, a noção de DS só conseguiu se tornar pervasiva e universalmente aceita, há pelo menos dez anos, porque conseguiu reunir sob si posições teóricas e políticas contraditórias e até mesmo opostas. Isto só foi possível exatamente porque a noção de DS não nasceu definida:* ***a sua definição e o seu sentido são decididos no debate teórico e na luta política***." (g.n.)[612]

[610]GERALDES, Eduardo A. Simões; DUDZJAK, Elisabeth A. Cultura, meio ambiente e desenvolvimento sustentável. In: ENCONTRO NACIONAL SOBRE GESTÃO EMPRESARIAL E MEIO AMBIENTE, 7. Coords. Eduardo A. Simões Geraldes; Elisabeth A Dudzjak. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

[611]CUNHA, I. O jogo da sustentabilidade. In: ENCONTRO NACIONAL SOBRE GESTÃO EMPRESARIAL E MEIO AMBIENTE, 7. Coords. Eduardo A. Simões Geraldes; Elisabeth A Dudzjak. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

[612]NOBRE, M.; AMAZONAS M. C.; JAHN, R.; STÖR, A.; LIMA, G. T. *Desenvolvimento sustentável*: a institucionalização de um conceito. Brasília: IBAMA, 2002. p. 7 e ss.

2.2.3.2. Agenda 21 e o amadurecimento do conceito de Desenvolvimento Sustentável

De toda sorte, a adoção do conceito de **Desenvolvimento Sustentável** do Relatório Brundtland como princípio em 1987, ratificado em 1992 na "Cúpula da Terra"[613], serviu como base para a formulação da **Agenda 21**, documento que estabelece a importância de cada país aderente refletir, global e localmente, sobre a forma como seus governos, Empresas, organizações não-governamentais e todos os setores da Sociedade podem cooperar no estudo de soluções para os problemas socioambientais.

Cada país[614] desenvolve sua própria **Agenda 21** com base na diretriz geral de contribuir para o redirecionamento da Sociedade rumo ao novo paradigma econômico e civilizatório, sintetizado nas premissas do "Paradigma da Sustentabilidade"[615]. Para o sucesso de tal empreitada, é necessária a reinterpretação do conceito de "progresso" que cada Nação possui, que deve ser capaz de proporcionar o bem-estar a todos os membros da Sociedade, de preferência obtido por meio de crescimento econômico qualitativo, e não meramente quantitativo.

Com a Declaração de Política de 2002 da "Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável", realizada em Joanesburgo[616], consignou-se a evolução do conceito de **Desenvolvimento Sustentável**, hoje compreendido como assente sobre "três pilares interdependentes e mutuamente sustentadores", a saber, o **desenvolvimento econômico**, **desenvolvimento social** e **proteção ambiental**, premissas do "Paradigma da Sustentabilidade".

Na conferência sulafricana foi reconhecida a complexidade e o inter-relacionamento de questões críticas como pobreza, desperdício, degradação ambiental, decadência urbana, crescimento populacional, igualdade de gêneros, saúde, conflito e violência aos direitos humanos. Bem assim, **foi ratificada a necessidade da redefinição dos papéis dos agentes sociais (a Sociedade, as Empresas e o Estado), especialmente**

---

[613]Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro. Também conhecido como ECO-92 e Rio-92.

[614]No Brasil as discussões são coordenadas pela Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional (CPDS) As ações prioritárias da Agenda 21 brasileira são os programas de inclusão com o acesso de toda a população à educação, saúde e distribuição de renda), a sustentabilidade urbana e rural, a preservação dos recursos naturais e minerais, o planejamento de sistemas de produção e consumo sustentáveis contra a cultura do desperdício, bem como a ética política.

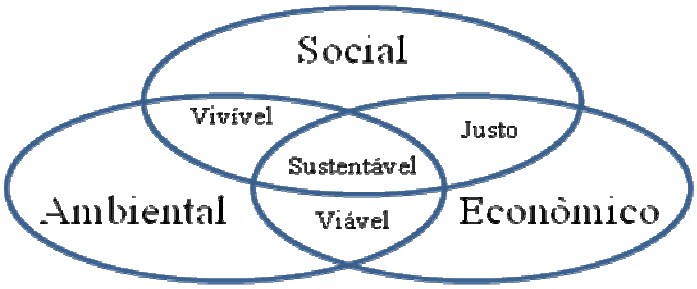
[615]V. Parte IV, subcapítulo 2.2.2. supra.

[616]Também conhecida como Joanesburgo-2002.

no tocante ao nível de consumo e seu impacto no Meio Ambiente e, conseqüentemente, na própria Economia.

Pode-se representar graficamente o atual conceito de Desenvolvimento Sustentável na figura abaixo:

Figura 01: Inter-relação entre os pilares do Desenvolvimento Sustentável[617]

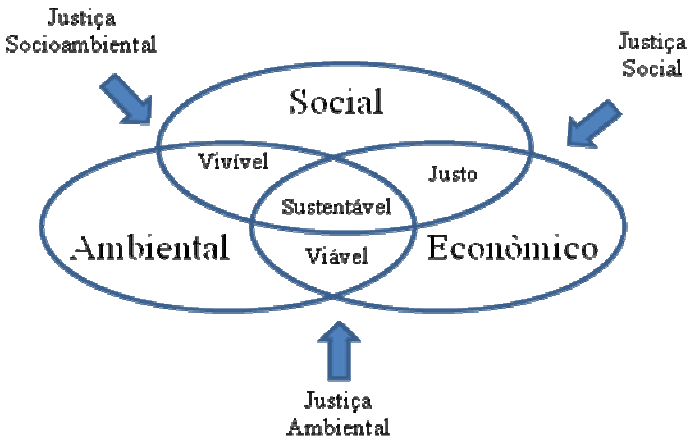


A interpretação das intersecções dos três pilares da sustentabilidade (Social, Ambiental e Econômico) consiste que, nos países onde o desenvolvimento dá-se com políticas econômicas e ambientais compatíveis, tem-se uma realidade de **viabilidade econômica**; naqueles em que se encontra compatibilidade entre o desenvolvimento econômico e o social, tem-se uma realidade de **igualdade social**, e nos países onde o as políticas sociais e ambientais são bem orquestradas, tem-se uma realidade que permite a **sobrevivência do ser humano**. Contudo, a **sustentabilidade**, ou estabilidade, de qualquer forma de desenvolvimento (ou progresso) apenas é possível mediante a combinação dessas três esferas de desenvolvimento conjuntamente.

Na figura a seguir, apresenta-se outra sistematização do conceito, mais jurídica:

[617]Fonte desconhecida.

Figura 02: Desenvolvimento Sustentável e Justiça[618]



Nessa figura é possível observar que na coexistência entre políticas de cunho econômico e protetivas do meio ambiente, tem-se uma realidade de **justiça ambiental**, que possibilita o **crescimento sustentado**, em outras palavras, um ambiente propício para a continuidade da atividade produtiva, com a presença, por exemplo, de medidas de tutela da concorrência e da exploração dos recursos naturais. Por seu turno, nas conexões entre políticas públicas de cunho sociais e econômicas, tem-se a realização de **justiça social**, na qual podem servir como exemplo as **políticas redistributivas** de renda e os direitos sociais. Por fim, na conexão de políticas de cunho social e ambiental, vislumbra-se a concretização daquilo que se denomina **justiça socioambiental**.

De igual forma, contudo, a sustentabilidade do sistema apenas ocorre na co-existência dos três pilares. Isso porque, uma realidade de **justiça social** não se sustenta **sem justiça ambiental**, em razão de uma política poluidora inevitavelmente conduzir à problemática de escassez de recursos e da destruição das condições de vida (ar, água etc.), bem como de empregabilidade e consumo.

Por seu turno, de nada adianta uma Sociedade em que haja **justiça ambiental sem justiça social**, visto que o objetivo da Sociedade é o bem-estar de todos os seus membros, e não de uma minoria, o que leva a diversas tensões sociais – extensamente registradas na história – que igualmente atentam contra a estabilidade do sistema.

Por fim, pensar em uma realidade que foque essencialmente a **justiça socioambiental**, se descuidando do desenvolvimento de sua Economia, é igualmente

[618]Fonte desconhecida.

insustentável, vez que a forma atualmente operada pela Sociedade de produção, distribuição e circulação de bens e riqueza é por meio do Mercado e da interação das Empresas que nele coabitam, sendo daí retirado os elementos (representado nos tributos, empregos, produtos e tecnologias que trazem bem-estar à sociedade) que viabilizam a realização de políticas sociais e protetivas do meio ambiente.

2.3. Algumas conclusões importantes sobre modelos de Desenvolvimento Sustentável e seu impacto na personificação moderna da Empresa

A Sociedade pode ser descrita pela inter-relação dinâmica e sistêmica entre seres humanos, organizados em instituições, tais como a Família, a Empresa, o Estado, associações civis, movimentos organizados, dentre tantas outras. Os seres humanos se agregam a tais "instituições" por meio de laços de interesses - materiais (os interesses econômicos) ou morais (os interesses sociais – sangue, valores etc.).

A diversidade e representatividade de cada "instituição" no meio social em que se encontra é fortemente marcada pelo nível cultural e pelo histórico dos membros de tal meio[619]. Isso porque, quanto mais laços uma "instituição" possui com outras "instituições" da Sociedade, mais influente e importante ela é.

Tem-se, ainda, que quanto mais sistêmica e integrada é uma determinada política governamental, em outras palavras, quanto mais aberto for o nível de planejamento do Estado, contemplando um justo modelo de partidas e contrapartidas entre Estado, Empresas e associações civis (quanto mais "laços")[620], maiores são suas chances de **eficiência**, **eficácia** e **sustentabilidade**.

Nesse contexto, a Empresa, como uma das mais importantes "instituições-organização" da atualidade, possui relevante papel na consecução de políticas de desenvolvimento, sendo especialmente capaz de modificar a realidade de países em desenvolvimento, razão pela qual mister o seu reconhecimento jurídico como ente próprio, personificado, com interesses e valores específicos.

---

[619]Nesse sentido, a teoria de Granovertter de "laços fortes" e "laços fracos", por analogia, é extremamente útil para justificar tal influência.

[620]Bourdieu já sustentava que os seres humanos (por meio da *illusio*) são capazes de criar uma realidade não-natural, ou seja, são capazes de modificar a realidade em que vivem para adequá-la aos seus interesses (materiais **e** morais).

2.3.1. Desenvolvimento Sustentável e Atividade Empresarial

À vista de que o conceito de Desenvolvimento Sustentável encontra-se em fase de consolidação de sua aplicação à atividade empresarial, pertinente colacionar as definições de como se instrumentaliza esse conceito para as Empresas.

Nesse sentido, tem-se a definição de ALMEIDA[621], que pontuou que a **sustentabilidade empresarial** é alcançada com políticas e mecanismos que visem à busca de **ecoeficiência** (gestão ambiental associada aos objetivos econômicos) e o exercício da **responsabilidade social**, ressaltando ainda que o excessivo uso dos recursos naturais rompe com o equilíbrio do sistema ambiental e social, ocasionando a quebra do sistema econômico.

Por seu turno, BOECHAT *et al.*[622] acrescentam que a **sustentabilidade das Empresas** depende da sustentabilidade dos demais agentes que com elas se relacionam (agentes sociais, as "partes interessadas"). Tais autores também evidenciaram em sua pesquisa que não há um conceito uniforme de sustentabilidade nas empresas, isso porque na condução de suas atividades co-existem relações de competição (com os concorrentes de mercado) e de cooperação (com a Sociedade).

De todos esses aspectos, **certo é que se conscientizando dos impactos que a mudança de paradigma experimentado pela Sociedade acarreta em seu resultado econômico e na continuidade de sua própria atividade, as Empresas têm criado programas destinados a melhorar suas práticas e sua imagem**[623]. Como se comentou há pouco, a tendência atual de busca da sustentabilidade – que deve ser reforçada e

---

[621]ALMEIDA, Fernando. O mundo dos negócios e o meio ambiente no século XXI. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio ambiente no século XXI*: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 123-142.

[622]BOECHAT, Cláudio; MARQUES, Maria Raquel; HORTA, Paulo. Estratégias empresariais brasileiras à luz da sustentabilidade. In: ENCONTRO NACIONAL SOBRE GESTÃO EMPRESARIAL E MEIO AMBIENTE, 8. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2005.

[623]Tais estratégias de sobrevivência abrangem diversas medidas, como a (i) adoção de novas tecnologias, com produtos inovadores rotulados como "*verdes*" (*ecoeficiência*); (ii) a adoção de novos processos produtivos, com a implementação de sistemas de gestão integrada HSEQ (Saúde, Segurança, Meio Ambiente e Qualidade, do inglês *Health, Security, Environment and Quality*) que minimizem o impacto ambiental de sua linha de produção (p.ex. controlando ou evitando a liberação de resíduos e efluentes, diminuindo o consumo de matéria-prima e/ou energia), melhorem a saúde e o meio ambiente do trabalho de seus funcionários, entre outras medidas; (iii) bem como a adoção de políticas e programas ambientais e sociais voltados à coletividade ou à comunidade por ela atingida, obtido especialmente com o estabelecimento do diálogo entre tais agentes sociais (audiências públicas, CC – Conselhos Comunitários etc.), dentre outras.

especialmente tutelada pelo Direito – faz com que as Empresas sejam julgadas eticamente pelo que fazem, devendo demonstrar e criar evidências disso[624].

A implantação desses modelos de desenvolvimento sustentáveis e éticos tem seu custo, não apenas econômico, mas também o custo social implícito em alterar práticas e costumes arraigados nas "partes interessadas" na Empresa.

Isso porque, **por diversas vezes essas mudanças impactam frontalmente com o interesse de determinado grupo**, determinado agente (no caso do "empresário", a necessidade de diminuição de dividendos por conta da necessidade de investimento em novas tecnologias, no caso dos "trabalhadores", a exigência de um maior nível técnico e de comprometimento, no caso da "Sociedade", a mudança de determinado produto e de determinado hábito de consumo).

Todavia, **tais mudanças são essenciais para a preservação do negócio, a continuidade no longo prazo da "instituição**", e assim a manutenção do emprego dos trabalhadores, a manutenção do valor de mercado da Empresa para o "empresário", a certeza de recebimento pelos "investidores" e da produção de riquezas para usufruto das presentes e futuras gerações da Sociedade.

A encampação desses valores sustentáveis, dessa <u>matriz valorativa</u>, na "Empresa-Instituição" confunde-se, assim, com a efetiva titulação por parte desta instituição do direito à preservação, c**onfunde-se, portanto, com o seu reconhecimento como um ente personificado, pleno sujeito de direito.**

2.4. O papel da Ciência Jurídica no incentivo a comportamentos empresariais sustentáveis

O Direito, como Ciência Social Aplicada que por natureza é, não está alheio a este processo, buscando atender a demanda por soluções que outorguem conformidade legal a tal realidade (principalmente ao pacificar e prevenir litígios, estabelecendo regras claras de condutas às "partes interessadas").

---

[624]Para tanto, o próprio mercado desenvolveu o expediente da *certificação* (tais como a ISO 9001, 14001 etc.) de seus processos, produtos e práticas empresariais. Nesse caso, a presença de uma certificação vale mais que mil palavras.

Para obter tal fim, seus diversos ramos atuam de forma sistêmica, com a interação cada vez maior do que se denomina das áreas de Direito Público e Direito Privado, numa busca cooperativa em prol dos interesses da Sociedade como um todo.

Para a consecução do desenvolvimento sustentável – sócio, econômico e ambientalmente responsável – é necessária a implementação de medidas tanto por parte dos particulares (Sociedade e suas instituições, tal como a Empresa), quanto do Poder Público, em suas distintas esferas.

Resultado de todas essas discussões, desponta **um novo modelo de relações sociais**, calcado em valores e instituições incutidos em teorias e preceitos que chamam a atenção pela sua interdisciplinaridade, presente não apenas na interação entre os pilares social, ambiental e econômico do desenvolvimento sustentável, mas **principalmente pelo inter-relacionamento dos agentes sociais**, representados sobretudo nas figuras da Sociedade, das Empresas e do Estado[625].

Nesse sentido, professor SALOMÃO já sustentou que:

> "O ***fundamento da organização social é jurídico****, baseado, portanto, em* ***valores****, e não econômico, baseado em feitos ou resultados* (...).
>
> *O desenvolvimento, antes um valor de crescimento ou mesmo um grupo de instituições que possibilitem determinado resultado,* ***é um processo de autoconhecimento da sociedade*** *(...)* [e] *nesse processo a sociedade passa a descobrir seus próprios valores aplicados ao campo econômico (...) dar privilégio aos valores não significa substituir o determinismo de resultados da teoria econômica por um determinismo de valores pré-estabelecidos* (...) *significa, isso sim, dar* ***prevalência à discussão sobre as formas específicas para cada sociedade de autoconhecimento e autodefinição das instituições e valores mais apropriados ao seu desenvolvimento econômico-social*** (...)
>
> [De forma que o] *conceito de desenvolvimento passa a identificar-se a um processo de conhecimento social que leve à maior inclusão social possível, caracterizando-se, portanto, como algo que se poderia apontar como democracia econômica*"[626].

Para alcançar a "democracia econômica", sugere o professor que é "*preciso cogitar de princípios e valores que permitam controlar a esfera econômica sem depender necessariamente dos influxos da esfera política*", o que apenas seria possível caso a esfera econômica fosse capaz de sozinha identificar seus problemas e mudar seus destinos, o que

---

[625]Isso nada mais é do que a constatação já propalada por SALOMÃO de que "(*h*)*oje não há mais dúvida (...)*(de) *que processos desenvolvimento dependem de instituições e valores*". (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento***.** São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 31 e ss.).

[626]Id., loc. cit.

"*só pode ser obtido em presença de um princípio de democracia econômica onde todos conhecem suas preferências e tem igual "direito de voto" no campo econômico*", salientando ainda que "*isto é tudo que não ocorre nas economias subdesenvolvidas. Isso é tudo que a regulação da atividade econômica deve buscar*" [627].

Iniciativas com a certificação ISO e os "Princípios do Equador" acenam com uma organização dos agentes da esfera econômica nesse sentido – sendo certo que impulsionados pela meta de redução de custos e prevenção e mitigação de riscos e passivos, em grande parte atualmente lhe imputados pelas modernas legislações dos Estados nos quais atuam.

Outrossim, o conceito de "Desenvolvimento Sustentável", especialmente quando aplicado na atuação empresarial, apresenta-se como meio eficaz de concretização desse ideal de democracia econômica a que alude SALOMÃO. Novamente serve como exemplo a questão das certificações (ISO, ABNT etc.) que, muito embora sejam de adesão voluntária, têm transformado o método produtivo muito mais que as "Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho" (as "NR's"), cuja observância é de longa data obrigatória[628].

Por oportuno, vale traçar um paralelo entre o "Paradigma da Sustentabilidade" e os princípios propostos por SALOMÃO em seu artigo "Regulação e Desenvolvimento" [629], no qual sustenta que qualquer modelo jurídico de desenvolvimento deve se amparar no: (i) *Princípio Redistributivo:* que consiste em visar formas de distribuição de renda que eliminem as ineficiências alocativas da concentração do conhecimento; (ii) *Princípio da Diluição de Centros de Poder econômico e político*: que consiste na difusão das informações e do conhecimento por toda a sociedade; e (iii) *Princípio do Estímulo da Cooperação*: que consiste na introdução dos princípios cooperativos na esfera econômica, com a eliminação do individualismo exacerbado.

No contexto do "Paradigma da Sustentabilidade", com a adoção do conceito de Desenvolvimento Sustentável pelas Empresas, o "**princípio da cooperação**" apresenta-se com a política de melhoria contínua das condições e produtividade de seus funcionários, no qual o diálogo e a comunicação "*bottom-up*" (do "chão da fábrica" à "alta direção") são ferramentas essenciais para a detecção e análise de inconformidades.

---

[627]SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento,* cit., p. 31 e ss.
[628]V. nota 29
[629]SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*, cit., p. 31 e ss.

Como concretização do "**princípio redistributivo**", serve a cada vez mais freqüente política de agregar valor à cadeia de fornecedores, por exemplo, por meio da disseminação das "boas práticas" (práticas ecoeficientes, gestão ambiental etc.)[630] e da discussão de bônus e prêmios pela produtividade (diminuição de peças defeituosas ou de inconformidades).

Como concretização de ambos os princípios ("cooperação" e "redistributivo"), pode-se citar ainda as intervenções e ações realizadas junto à comunidade para prevenir e mitigar os impactos da atividade[631].

Com a maior cooperação e redistribuição alocativa dos benefícios da atividade entre as diversas "partes interessadas" (empregados, fornecedores, comunidade), além de se contribuir com a melhora da condição de vida geral, com renda e emprego, fomenta-se o diálogo e a troca de informações entre todos os "agentes sociais", em outras palavras, tais ações figuram como uma importante estratégia para se atender ao "**princípio da diluição dos centros de poder**" e democratização das decisões.

Pois bem, o Direito tem a função precípua de propiciar, de forma harmônica, as relações sociais, mediante a tutela de valores, direitos e obrigações que prestem para a consecução do interesse comum da Sociedade, dentro do quadro valorativo por essa reconhecido e positivado.

Pelas razões expostas neste estudo, difícil não traçar o paralelo entre o "Paradigma da Sustentabilidade" e diversas inovações legislativas observadas em anos recentes, como os princípios norteadores da novel Codificação Civil Brasileira e da novel Legislação Falimentar e de Recuperação de Empresas e da própria Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas – apenas para citar aquelas que foram objeto de análise anteriormente.

Difícil não vislumbrar nos recém-positivados princípios da "boa-fé", da "probidade", da "preservação da Empresa" e da "função social do contrato" reflexos dessa **mudança da matriz de pensamento e de valoração operada intensamente no final do século XX,** a qual vem, em verdade, apresentar uma nova ordem, calcada em uma ótica de responsabilidade social, econômica e ambiental para com todas as "partes interessadas",

---

[630]O caso da Toyota no Brasil é um exemplo clássico dessa prática. Dada a decisão de ampliar a linha de fabricação brasileira, a Toyota pôs em prática agressivo programa de capacitação e modernização das linhas de produção de seus fornecedores locais, realizado auditorias e consultorias nesses parceiros com vistas a reduzir custos e aumentar a qualidade e produtividade. Os resultados divulgados desse programa tem sido extremamente satisfatórios, para todas as partes.

[631]ex. projeto TEAR do Instituto Ethos (Disponível em: <www.ethos.org.br>).

em um novo quadro valorativo imbuído em preceitos **cooperativos**, **solidários** e **colaborativos**, que possuem como razão de ser garantir a própria sobrevivência da Sociedade e do modo de vida atualmente valorizado (democrático e livre, que almeja a plena realização de seus membros), mediante os ajustes necessários em sua forma de produção e inter-relação econômica.

As Empresas modernas, como principais agentes sociais que atuam na Economia e na Sociedade, têm sido paulatinamente capturadas nesse novo paradigma[632], não necessariamente apenas imbuídas do espírito altruísta em prol da coletividade, mas muito mais porque esse novo modelo reduz custos e mitiga substancialmente os riscos de suas atividades, o que é essencial para a própria preservação dessas instituições e para a consecução, em última instância, dos interesses de suas diversas "partes interessadas".

Assim, tem-se que o Direito tem papel fundamental no **incentivo**, mediante regulação, desses comportamentos empresariais sustentáveis, em especial para que com base neles seja possível elucidar as principais situações de conflito entre os agentes sociais, tais como, mas não se limitando, nos casos de desequilíbrios contratuais.

[632] v. o caso do Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (Disponível em: <www.cebds.org>) e do *World Business Council for Sustainable Development* (WBCSD), anteriormente mencionado.

CAPÍTULO 3. A EMPRESA PERSONIFICADA COMO INSTITUIÇÃO SOCIAL E SUA UTILIDADE

COMPARATO, ao tratar da questão da "Macro-Empresa", sustenta que "*urge aperfeiçoar os instrumentos de observação dessa realidade dos fatos* [a análise da vida jurídica em sua evolução fática], *buscando o conhecimento do direito efetivo e não apenas do direito ideal, enunciado em lei*" [633].

Conforme exaustivamente discutido nas partes e nos capítulos anteriores deste estudo, parece-nos impossível realizar o intento de aproximar o "direito efetivo" do "direito ideal" sem conhecer a essência jurídica do principal agente da vida econômica moderna, essa "instituição-organização" que é a Empresa, ou conforme a denominação que adotamos nesse trabalho, a "Empresa-Instituição".

3.1. A "Empresa-Instituição" e de sua personificação

3.1.1. Instituições Sociais

Conforme salientado, a corrente institucionalista espraia-se pelos mais diversos campos de estudos das Ciências Sociais, desde a Economia, passando pela sociologia chegando até à Psicossociologia. Na doutrina jurídica, foi, por exemplo, objeto de estudo de Hauriou dentre tantos outros.

Os diversos conceitos de "instituições sociais" possuem como elemento de liga se tratarem de **abstrações** dotadas de **reconhecimento social**.

As "instituições sociais" são **abstrações** dado que são produtos do engenho humano, não existem "naturalmente" (como ocorre o são as regras, normas, usos, hábitos, preferências, procedimentos, organizações), ou ainda, como definia REQUIÃO[634], são entidades abstratas, entidades jurídicas.

---

[633]COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, cit., p. 3.
[634]REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 49.

Para fins metodológicos, foi adotada neste trabalho a sistematização das correntes institucionalistas não como o faz a "Nova Economia Institucional" ou a "Sociologia Econômica", mas em três grandes categorias sociais: as "**instituições-norma**" (as regras e padrões de conduta positivadas e não-positivadas), "**instituições-organização**" (as organizações, agrupamentos humanos, como o Estado, Mercado, Sociedade, Religião e Empresa) e "**instituições-símbolo"** (de cunho eminentemente cultural, como as instituições culturais brasileiras: futebol, carnaval; alemãs: pontualidade e eficiência etc.), interessando ao presente estudo as duas primeiras.

Dessa forma, compreendendo a Empresa como uma **instituição social,** não como mera "organização de capital e fatores de produção com finalidade de lucro", mas como **ente personificado com interesses próprios** que atua na Economia e no qual interagem diversas "partes interessadas" (cujos interesses não necessariamente se alinham com o interesse da instituição, mas que dela dependem para a sua respectiva consecução), tornando-a, pois, um sujeito de direito, obtém-se um **conceito jurídico** e **socialmente mais eficaz para a solução dos conflitos** (por exemplo, aqueles oriundos das quebras de expectativas de contratos, que ensejam desequilíbrios econômicos).

A Empresa personificada é conceito mais eficaz para lidar com situações de conflito social, no aspecto **jurídico,** porque se apóia na própria noção positivada de "função social" da Empresa (e do próprio "contrato") e, no aspecto s**ocial**, porque cria uma base sólida para a consolidação de uma Sociedade mais solidária, mediante a clara 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.

3.1.2. A Empresa como instituição e sua personificação

Conforme se depreende da evolução da própria atividade econômica (objeto de análise no capítulo 3 da Parte II deste estudo), a construção dessa solução social denominada Empresa vem se desenhando de longa data na história da humanidade.

No curso desse processo de criação e construção, notadamente no século XIX e XX, esse fenômeno se institucionalizou, sendo pacificamente reconhecido na realidade metajurídica como um fenômeno uno, como um agente econômico próprio.

Como toda instituição, a Empresa possui valores, interesses e regras ("**doxas**"[635]) particulares que não se confundem com os interesses de suas partes e de seus componentes, tais como o interesse em sua própria perenização ("preservação"), o que motiva a sua própria atuação sustentável (planejada e rentável) [636].

Admitida a Empresa como uma instituição, uma "pessoa jurídica integrada", o conceito se enriquece com o vasto instrumental já produzido pelas Ciências Sociais a respeito, especialmente pela Nova Economia Institucional (auxiliada pelas ferramentas oferecidas pela Análise Econômica do Direito) e também pela Sociologia Econômica (com os conceitos e postulados da "Teoria de Redes Sociais" e da "Teoria do Campo Social"), ideias extremamente pertinentes e úteis ao operador do Direito para a solução de diversos problemas que lhe são corriqueiros, como o do desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos empresariais.

Ainda dentro dessa ótica institucional, sob o aspecto da construção da **matriz valorativa** aplicável a tais entes, é de grande valia para o operador do Direito a base principiológica oferecida pelo "Paradigma da Sustentabilidade", que tem como corolário o conceito do Desenvolvimento Sustentável", cada vez mais presente nos debates empresariais e mundiais.

Nas partes anteriores deste ensaio, realizou-se a apresentação dos achados e dos conceitos produzidos por renomados doutrinadores e pensadores, de diversas áreas das Ciências Sociais (do direito, da Economia, da Sociologia, da Administração), objetivando a demonstração da Empresa como uma instituição personificada (uma "pessoa jurídica"), no sentido da **revelação** e **compreensão** de um fenômeno posto, não objetivando a apresentação de um conceito "inovador".

---

[635] V. Parte III, subcapítulo 2.4.2.3.1.

[636] Ao se considerar a empresa uma instituição, é possível bem entendê-la como um agente com imputabilidade própria, reconhecendo-lhe interesses distintos de seus membros, sendo possível estabelecer um padrão médio, esperado, para sua conduta (o que nas pessoas físicas se denomina o comportamento do "homem médio"), inclusive com o auxílio da Teoria do Isomorfismo (v. Parte II, capítulo 4). De igual sorte, quando necessário, é possível identificar a boa-fé ou má-fé estrutural, que parte da própria base principiológica da Empresa (seus valores e missões), que sob uma outra análise – apenas da conduta de seu administrador – poderia conduzir a uma resposta totalmente distinta da realidade. Exemplos: o banco que apresenta prospecto explicativo de riscos de uma determinada operação financeira (conduta percebida como de "boa-fé legal", visto que cumprido o dever de informar), cuja repartição do *risco* entre as partes é absolutamente distinta, o qual se consumado leva à eliminação do contratante ("má-fé estrutural"); o caso da Empresa que não efetua o desconto da contrapartida do vale transporte de seus funcionários que recebem até três salários mínimos ("má-fé legal", visto que em descumprimento à lei), para não onerá-los dado a modicidade de seu provento ("boa-fé estrutural") e é autuada pela Delegacia Regional do Trabalho para incorporar a integralidade do valor do transporte ao salário dos funcionários, com os respectivos reflexos legais (FGTS, PIS, férias, DSR etc.).

Fruto dessas análises foi possível se chegar ao conceito da "Empresa-Instituição", em outras palavras uma "instituição-organização", uma pessoa jurídica plena, personificada por **atribuição** da Sociedade, visto ser reconhecida socialmente como uma abstração útil – de criação essencialmente humana – que tem por finalidade possibilitar as relações de trocas e produção de bens e serviços na Sociedade.

No capítulo 4 da Parte II deste estudo, apresentamos como definição de "instituição" todo fenômeno social no qual estão presentes: (i) ser uma **abstração**, criação do engenho humano[637], 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) **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 do 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 finalidade.

Ato seguinte, definimos as "instituições-organização" – nas quais se enfileira a Empresa – como instituições que decorrem do engenho humano, são reconhecidas no seio social e voltadas a determinado fim[638], para o qual utilizam os meios objetivos disponíveis (ativos materiais e imateriais) e, como "organizações", utilizam-se de arranjos que observam relações de hierarquia e cooperação previamente estruturadas com as pessoas (físicas e jurídicas) com quem interagem, sejam elas partes do agrupamento de pessoas que eventualmente lhe constituem (ex. sócios, colaboradores), sejam elas pessoas com as quais se inter-relaciona na consecução de sua finalidade social (ex. consumidores, concorrentes, agentes públicos etc.).

---

[637]Nesse sentido, pertinente lembrar as posições de Bourdieu, tais como a de que os seres humanos por meio da *illusio* são capazes de criar uma realidade não-natural, ou seja, são capazes de modificar a realidade em que vivem para adequá-la aos seus interesses (materiais **e** morais). (Pierre Bourdie é considerado um dos expoentes da Sociologia Econômica. Com seus estudos, juntamente com outros pesquisadores, trouxe a Economia ao estudo de condicionantes sociais até então desconsideradas pelo *mainstream.* Com relevantes contribuições para conceitos como capital cultural e para a teoria do campo – conceitos essenciais para a compreensão do pensamento institucionalista).

[638]No caso das empresas, fim (ou "objeto social") este inicialmente decorrente do engenho e do *animus* de seus fundadores (os empreendedores); exemplificativamente, no caso de outras instituições-organização, como os Estados Nacionais, no tocante a sua forma e constituição original, do engenho daqueles que constituíram suas primeiras dinastias reais; no caso das religiões, de seus principais profetas, e assim sucessivamente.

Em comum ainda, como todas as instituições, as Empresas possuem **valores** e **interesses** próprios que não se confundem com os valores e interesses de suas diversas "partes interessadas", mas são resultado da interação do embate entre tais partes e que visam a preservação viável do ente, como forma de atender aos interesses individualizados de cada uma delas. **Nessa matriz valorativa e em seus objetivos próprios que reside a essência da personificação desse agente social, a Empresa**.

3.2. Por que preservar as Empresas, independentemente de seu tamanho?

Conforme analisado, a personificação da Empresa – ou mesmo seu reconhecimento como uma autêntica "instituição-organização" – não se vincula ao seu tamanho, visto que sua relevância social não está atrelada a isso, mas sim ao papel que de fato desempenha no contexto integrado da Sociedade.

Isso porque, a Empresa **realiza** sua **função social**, em síntese, por meio da organização da atividade produtiva, da geração de empregos, da produção e circulação de riquezas (bens e serviços), do pagamento de impostos etc., e nesse quesito tanto micro, pequenas, médias e grandes Empresas em muito contribuem para com a Sociedade[639].

A idéia central por trás de se defender a **preservação** das Empresas, independentemente de seu tamanho, é pelo seu impacto social de geradoras de emprego e renda e por se tratarem de relevantes agentes dinamizadores e ensejadores de desenvolvimento em diversas comunidades, o que também é – e muito – realizado pelas micro e pequenas Empresas, conforme demonstram diversas pesquisas promovidas pelo Sebrae[640]. **Assim, a busca pela "preservação da empresa" não se limitada ao seu porte, e sim esta vinculada à sua intrínseca "função social".**

---

[639]V. Parte III, subcapítulo 2.2.2.2.

[640]SEBRAE. Global Entrepreneurship Monitor. *Empreendorismo no Brasil* – 2007: relatório executivo. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/customizado/estudos-e-pesquisas/estudos-e-pesquisas/empreendedorismo-no-brasil-pesquisa-gem/resumo_gem_2007.pdf>. Vale notar que nas pesquisas do Sebrae sobre empreendedorismo, o Brasil figura entre os dez países com mais pequenos empreendedores. Outro dado interessante das pesquisas reside na identificação dos motivos que levam o brasileiro a montar sua própria Empresa: metade dos empresários empreendem por "necessidade", ou seja, como forma de garantir sua subsistência e de sua própria família. Todavia, a outra metade empreende por "oportunidade", ou seja, identificam uma idéia (inovação, tecnologia) que acreditam que podem agregar valor a determinado nicho de mercado e gerar razoável rentabilidade partem em busca de concretizar tal anseio.

3.3. Possíveis reflexos da Empresa-Instituição no Direito Empresarial

Preliminarmente, importante destacar que a solução da "Empresa-Instituição" como ente personificado não pretende eximir a responsabilidade penal ou mesmo civil da Empresa e de seus dirigentes por sua atividade, mas serve tão-somente para propiciar a adequada divisão de responsabilidade e das obrigações entre as diversas "partes interessadas" e a instituição na (e no interessa da) Sociedade em que a atua, ao mesmo tempo em que serve de base para a caracterização da conduta (o grau de dolo) de seus agentes.

Personificar a Empresa como uma "instituição-organização", que como tal além de seus próprios interesses congrega e expõe os interesses de suas "partes interessadas" (seus diversos "perfis"), portanto, reconhecê-la juridicamente como um **agente social**, como um "sujeito de direito" próprio (titular de direitos e obrigações), que atua em um ambiente social (campo) marcado por expectativas e por riscos, cujo sucesso interessa a toda a Sociedade, **revela-se como a forma mais adequada de se definir a seara de atuação de Direito Empresarial**, mediante a unificação de forma sistêmica das multifacetadas interações que essa instituição possui com suas diversas "partes interessadas" (no sentido mais abrangente) e consigo própria.

No tocante a essas multifacetadas interações da Empresa com as demais "partes interessadas", note-se que BULGARELLI[641], citando Orlando Gomes, já enfatizava ser a Empresa objeto de regulação em diversos ramos do Direito (do Trabalho, o Fiscal, o Agrário e o próprio Direito Administrativo).

Isso porque, a principal conclusão a que este estudo conduziu, consiste, sem calemburgos, na falta de uma sistematização doutrinária de uma efetiva **Análise Jurídica da Economia Real**, **o que, por excelência, sempre foi o campo de estudo do Direito Comercial**, que, contudo, foi relaxado, possivelmente em função da crise existencial vivenciada por tal ramo no último século. Explica-se.

Ao exercer seu papel de conferir segurança jurídica às relações econômicas, o Direito Comercial, de fato, sempre praticou a **Análise Jurídica da Economia Real**, quer seja nas negociações extrajudiciais constantemente realizadas nos escritórios de advocacia, quer seja nas ações judiciais, que tem como palco os tribunais. Dessa prática surgiram os

[641]BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 14.

inovadores dispositivos que foram paulatinamente positivados no Ordenamento Jurídico brasileiro, tais como no Código Civil Brasileiro de 2002 e na atual Lei de Falências.

Diferentemente da Economia e da Sociologia, o Direito tem lugar quando ocorre o desvio do padrão estabelecido, quando ocorre a crise e o conflito, ou seja, quando a realidade esperada pelos agentes não se "perfomou".

Por conta disso que tomar emprestado soluções puramente econômicas para problemas jurídicos não é eficaz, **visto que se houvesse uma solução econômica pré-estabelecida, certamente não seria um conflito**.

Se há o conflito, isso se deve justamente à ausência da ponte entre o dever-ser ("melhor" solução jurídica) e o ser (a realidade institucional vivenciada no conflito), e em regra isso pode ser traduzido na dúvida e incerteza dos agentes sociais quanto a qual valor, qual interesse, deve prevalecer na elucidação da questão.

Tal ponte é encargo exclusivo do operador do Direito construir, visto que a este agente compete apresentar e construir a matriz valorativa que – nos termos do positivado pelo Ordenamento Jurídico, dos usos e costumes e dos valores sociais vigentes – deve prevalecer.

Tal assertiva encontra guarida em se considerando verdade, como sustentava ASQUINI[642], que a "*natureza do fato*" é uma fonte do Direito, parafraseando Vivante no sentido de que muitas vezes embora não positivado em lei, ou mesmo reconhecido como um costume, "*a regra emerge da própria natureza do fato, que deve, portanto, dirigir a sentença do magistrado*"[643] [644].

Note-se que o que aqui se denomina "Análise Jurídica da Economia Real" não se confunde com dirigismo da Economia pelo Direito. Isso porque, como já mencionado anteriormente, ao Direito não compete opinar se é melhor terceirizar ou verticalizar a forma da produção, com quem serão firmados os contratos, quanto será o "custo da transação" e quais riscos serão suportados. Tais questões competem aos economistas e

---

[642]ASQUINI, Alberto. *Scritti giuridici.* Città di Castello: Società Anonima Tipografica Leonardo da Vinci, 1936. p. 5.

[643]Id., loc. cit.

[644]Isso é extremamente relevante, visto que o fundamento de legitimação de uma lei não consiste no simples ato de sua positivação, ou seja, no fato de ela ter sido validamente promulgada pelo devido processo legislativo, mas sim no fato de ela responder a uma determinada demanda da Sociedade, em consonância com a expectativa dessa mesma sociedade. Ausente esse fundamento de legitimação, a própria sociedade desconsidera tal comando, que em última instân\cia leva ao fenômeno do "*desuso*"

administradores que realizarão os cálculos necessários e tomarão a decisão conforme as perspectivas do Mercado e da capacidade técnico-financeira da Empresa.

Compete ao Direito propiciar as condições mais seguras e estáveis possíveis para a realização dessas atividades, para tanto tolhendo as condutas temerárias e incentivando (não impondo) a adoção de práticas que a Sociedade julgue benfazejas.

Assim, ao operador do Direito compete fornecer as melhores formas de **como podem**[645] ser operacionalizadas tais relações (um ou mais contratos, seguros, garantias,) em consonância com Ordenamento(s) Jurídico(s) da(s) Sociedade(s) em que tais relações empresariais serão levadas a efeito, **como podem** ser mitigados ou eliminados os principais riscos, e, com o profundo conhecimento da "natureza do fato" que será encerrado na relação jurídica que irá ser celebrada, com vistas à realidade do Mercado e da Sociedade em que se opera, definir quais as legítimas expectativas devem ser tuteladas e, principalmente, com base em tudo isso, estabelecer as melhores formas de **como podem** ser solucionadas as controvérsias e os inadimplementos que eventualmente venham a ocorrer.

E é nesse papel do Direito Empresarial de realizar a "Análise Jurídica da Economia Real" que salta a importância da encampação pelo Direito do conceito da "Empresa-Instituição": um agente economicamente reconhecido como "uno", dado o impacto (função) que exerce na Sociedade, visto possuir interesses próprios, distintos do "empresário" que lhe deu causa, mister processar sua internalização no Direito como uma "instituição-organização" (ou um "agente social"), portanto, como um sujeito de obrigações e, principalmente, de direitos (tais como o seu direito à preservação) que podem assim passar a ser tutelados pela faceta coercitiva da Sociedade, o Estado, seja sob o aspecto de cerceamento de eventuais condutas temerárias, seja sob o aspecto do incentivo a comportamentos socialmente relevantes.

---

[645]O verbo "poder" é utilizado intencionalmente no sentido de "possibilidades", então a tônica do verbo "ser", que induz à errônea premissa de uma solução jurídica racional pré-concebida e universal. Todavia, mais no Direito do que em qualquer outra Ciência, sabe-se que não existe **uma única** e melhor solução, como faz crer a economia (daí se falar em uma análise jurídica da economia, e não uma análise econômica do Direito). A melhor solução jurídica sempre caminha lado-a-lado com o momento e a realidade sócio-histórica em que essa solução será efetivada. Nem sempre a execução integral do contrato é a melhor solução, na maioria das vezes um "mal acordado é melhor do que uma boa demanda". A verdadeira segurança jurídica está na liberdade dos agentes de escolherem sua própria "sina". O aprimoramento do mercado encontra-se justamente na dinâmica que tal liberdade propicia.

CAPÍTULO 4. A REALIDADE SOCIAL E SUAS INSTITUIÇÕES CONDUZINDO AO CONCEITO DE EMPRESÁRIO DO CÓDIGO CIVIL E À PRÓPRIA SISTEMÁTICA DO DIREITO DE EMPRESA

4.1. A posição do Código Civil sobre o fenômeno Empresa

Dentre as diversas inovações trazidas pela Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro, uma das mais significativas foi a positivação expressa no Ordenamento Jurídico pátrio de uma sistemática própria para o "Direito de Empresa", objeto do Livro II de sua Parte Especial.

Conforme multicitado neste ensaio, de se registrar que a comissão de juristas responsável pela elaboração do Projeto desse Código, capitaneada pelo professor Miguel Real e tendo com responsável pelo livro que versou sobre a Empresa" o ilustre professor Sylvio Marcondes, era da opinião que a denominação de tal livro deveria ser "da Atividade Negocial", o que, contudo, foi objeto de emenda pelo Congresso Nacional que aprovou a atual denominação "Do Direito de Empresa".

Embora tal alteração de denominação não tenha sido acompanhada da necessária adequação dos demais dispositivos do livro, em nosso entender, a mensagem do legislador não poderia ser mais clara: com tal emenda operou-se o reconhecimento legal da instituição Empresa como ente per si relevante ao Ordenamento Jurídico, não se limitando o sistema legal a tutelar os efeitos de sua atuação na Sociedade – a sua "atividade econômica".

Cumpre agora aos operadores do Direito operar a devida interpretação deste texto legal, temperando a literalidade de seus artigos e preenchendo suas lacunas à vista de suas aplicações práticas e dos princípios gerais do Direito, de forma a concluir a construção iniciada corajosamente pelo legislador federal.

4.2. A Empresa com seus valores e interesses como fenômeno "uno" na realidade social, econômica e jurídica

Como já registrado, há tempos a Empresa é reconhecida como fenômeno "uno" na Economia, identificada como verdadeiro agente econômico. Contudo, por diversas razões, a encampação dessa realidade unificada pelo Direito sempre foi controversa – e não sem razão, visto que o Direito, como ciência valorativa que é, mais do que tornar jurídico todo e qualquer ato social, sempre deve ponderar os interesses e os efeitos decorrentes da jurisdicização, notadamente com relação à efetivação da responsabilização dos agentes sociais pelos impactos de sua atuação na Sociedade.

Como abordado no capítulo sobre a "História da Organização Econômica"[646], até o século XIX, o fenômeno socioeconômico da Empresa não havia sido estruturado da forma como hoje o conhecemos.

De fato, o reconhecimento social desse ente como titular de interesses próprios, que não se confundem necessariamente com o de seus sócios, no Direito apenas foi explicitado no início do século XX, com o advento da "Teoria da Empresa"[647], notadamente com as vertentes institucionalistas[648]. Dentre tais interesses, fulgura o da busca por sua intrínseca **preservação**, continuidade no tempo e espaço, independente da vida e da manutenção no quadro societário de seus sócios-fundadores, independente de se continuar a exercer – exclusivamente ou não – a mesma atividade econômica que lhe deu origem[649] [650].

---

[646]V. Parte II, Capítulo 3.

[647]Na Economia, a questão da personificação da Empresa não foi objeto de grandes debates visto que tal fenômeno sempre foi reconhecido como um "agente", uma interposta figura que tinha obrigações e direitos para com suas "partes interessadas", sobretudo os acionistas – com o resultado de sua atividade, tal ente tinha o dever de remunerá-los pelo investimento por eles realizado. A preocupação da Economia, como era de se esperar, sempre foi fornecer as estratégias, as soluções, para que a Empresa tivesse "resultado", ou seja, fruto de sua atividade negocial, atendendo à demanda social à qual se propôs, tivesse saldo superavitário suficiente para remunerar os investimentos nela realizados.

[648]V. Parte III, Capítulo 2.4.2.2.2.

[649]Como o caso de diversas Empresas que durante sua existência ampliam o rol de negócios, mesmo reinventando-se continuamente, como a KODAK, que de fabricante de filmes para fotografias, agora produz câmeras fotográficas digitais, dentre tantos outros.

[650]Embora não tenha sido objeto de aprofundamento neste estudo, é interessante registrar que em se entendendo a Empresa como uma mera expressão de sua atividade econômica, toda vez que alterasse seu modelo de negócio, mudasse sua principal atividade negocial, isso importaria a mudança da própria Empresa? Cada vez que seu quadro societário se altere, isso também importaria o advento de uma nova Empresa? Empiricamente se observa que tais alterações não impactam na percepção social da Empresa – seus valores e interesses – tão somente agregam sua "marca" (o conjunto de seu capital intangível) a mais serviços e produtos.

Em paralelo com esse reconhecimento da existência de interesses próprios da Empresa pela doutrina jurídica, no século XX paulatinamente também se observou a alteração valorativa do modelo epistemológico de pensamento das Ciências Sociais (nelas incluídas as Ciências Jurídica e Econômica), do mencionado "Paradigma Tecnocêntrico" para o denominado "Paradigma da Sustentabilidade"[651], por conta do qual passou a fazer parte da agenda dos agentes sociais – dentre os quais a Empresa – o objetivo da preservação e viabilidade de suas atividades não apenas no curto, mas também no médio e longo prazo.

Nesse novo paradigma, conforme inclusive reconhecido por Asquini em sua "Teoria dos Perfis da Empresa"[652] em meados do século XX, o "lucro" não deve ser considerado simplesmente como **finalidade** da atividade econômica[653], mas como um elemento "**natural**" da "**profissionalização**" da atividade. Em outras palavras, o lucro pode – e deve – ser entendido como a **condição de viabilidade** tanto para o início quanto para a continuidade da Empresa.

Somando tudo isso à consolidação do atual modelo econômico de produção **livre** e **descentralizada** pelos diversos agentes atuantes no Mercado (em contraponto a forma **central** e **planificada** intentada nos regimes socialistas) como a forma mais eficaz para se atender as demandas sociais, assim gerando riquezas e renda para as diversas "partes interessadas", fecha-se o quadro da realidade social no qual as Empresas emergem institucionalizadas, plenamente reconhecidas pelos demais agentes sociais, e agora pelo Ordenamento Jurídico brasileiro.

4.3. A formalização do reconhecimento da instituição Empresa no Código Civil

De se notar que dada a própria dinâmica social, logo do próprio sistema econômico, além das Empresas, diversas soluções (ou instituições) foram – e estão sendo – desenvolvidas pelos agentes sociais na intensificação de suas trocas. E diversas outras instituições se configuram na realidade econômica além da "produção", do "comércio" e

[651] v. Parte IV, capítulo 2
[652] v. Parte III, subcapítulo 2.1.1.
[653] Visto existirem agentes econômicos – como as Empresas Públicas – que não pautam sua atuação por sua consecução, por contarem com outras formas de capitalização.

da "indústria" (no sentido do século XIX), como, por exemplo, a instituição "prestação de serviços".

A constatação de que essas instituições (a "produção", o "comércio", a "industrialização" e a "prestação de serviços") são parte integrante da realidade econômica atual, explica de forma clara a razão do legislador brasileiro na revisão do Código Civil pátrio, na abertura do referido Livro II – Do Direito de Empresa de sua Parte Especial, ter consagrado definitivamente como definição de "empresário", portanto como definição da própria "atividade empresária", o que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de **bens** e **serviços**" (exegese do art. 966)[654].

4.3.1. Do reconhecimento jurídico como Empresa em função da atividade econômica exercida

Avançou ainda mais o legislador ao consagrar como prova da condição de "empresário" a sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 967)[655] da respectiva sede, quer dizer, a caracterização como "empresário" dar-se mais em razão da forma de sua organização jurídica (inscrição em registro próprio), e do seu real intuito econômico, e não mais exclusivamente em razão da natureza de sua atividade[656].

Tal posição, em nosso entender, é alinhada com a conclusão já esposada pelo Código Comercial Alemão de 1897 que, à vista da impossibilidade de se contemplar em lei

---

[654]Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro de 2002). *"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. 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."*

[655]Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro de 2002). *"Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade."*

[656]Se por um lado foi bem recebida a opção do legislador de definir como prova da condição de "empresário" a inscrição no Registro Mercantil, possibilitando que aqueles profissionais intelectuais possam também se constituir como "elemento de empresa" mediante tal inscrição, por outro lado há quem critique os efeitos deste artigo que alterou o efeito **declaratório** do registro (como vigente na Codificação Comercial anterior), para **constitutivo**, ou seja, apenas validando como regular o exercício da Empresa após a devida inscrição. Com relação a esse ponto, entendemos que o próprio Código apresenta a resposta, que nos artigos 986 a 990 trata da sociedade não levada a registro (portanto não personificada), ou seja, conferindo as benesses da Lei (como a separação patrimonial e a responsabilização dos sócios limitada) aos empreendedores que cumprirem as formalidades legalmente previstas para seu reconhecimento.

taxativamente todos os "atos de comércio", já havia positivado que eram atos de comércio "*todos os atos praticados pelo comerciante relativos à sua atividade comercial*"[657].

Mesmo porque, qualquer que seja sua natureza, se organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, ou ainda como "elemento de empresa", ainda que se tratando de uma atividade de cunho intelectual, desde que seja exercida e organizada de forma mais profissional (por exemplo, com a utilização de empregados, produtos e outras tecnologias além do próprio indivíduo), passa a atividade exercida fazer jus a qualificação de "empresária".

Embora a positivação de tal sistemática signifique inegável e benfazejo avanço na definição legal da Empresa, reitere-se a crítica às exceções estabelecidas no parágrafo único do artigo 966, alijando as atividades profissionais de cunho "científico, literário ou artístico" da condição de "empresárias", salvo se organizadas como "elemento de empresa".

Conforme suscitado anteriormente[658], na realidade contemporânea, as atividades de cunho intelectual, científico ou artísticos, também classificadas dentro do "Setor de Serviços", cada vez ganham mais relevo econômico, ou seja, sua importância para a geração de renda e bem-estar para a Sociedade cresce a olhos vistos[659].

Por conta disso, parece-nos incoerente a definição de um regime legal distinto para tais empreendedores calcado exclusivamente na natureza de sua aptidão, que como os "empresários" também exercem "atividade econômica", ainda mais porque, a critério discricionário de tais "empreendedores civis", podem os mesmos se constituírem como Empresa.

Vale observar ainda que nos termos do artigo 3º [660] da Lei Complementar nº 123/2006 (Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas), esta dinâmica (de sociedade empresariais e não-empresariais) acaba por ser aplicável apenas as médias e grandes

---

[657]ARAÚJO, Vaneska Donato de. op. cit., p. 20 – v. Parte II, subcapítulo 3.2.3.

[658]Sobre essa questão, expusemos nossas críticas na Parte III, subcapítulo 2.3.2.

[659]V. tabela 1, Parte III, subcapítulo 2.2.2.2.

[660]Lei Complementar nº 123/2006. "*Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar,* ***consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a*** *sociedade empresária,* ***a sociedade simples*** *e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). § 1º (...)*"

Empresas, visto que para as micro e pequenas Empresas de natureza não-econômica constituídas sob a forma de "sociedade simples" (consoante artigo 982, segunda parte[661]) tal lei taxativamente reconheceu-lhes a condição de Empresa[662].

Assim, nosso entendimento é que a solução técnica adequada deveria estar mais alinhada com a proposta defendida por CRISTIANO[663], de que a diferenciação entre tipos de Empresa deveria ser mais focada em seu **tamanho** e na complexidade de sua estrutura, do que na **natureza** de sua atividade, como já vem sendo construído no Ordenamento Jurídico por meio, por exemplo, da mencionada Lei Geral de Micro e Pequenas Empresas – Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

4.3.2. Do reconhecimento jurídico como Empresa em função de sua organização societária

Neste ponto, pertinente colacionar algumas linhas sobre a questão da forma da organização societária das Empresas para fins de inscrição no Registro Mercantil, conforme colacionado pelo atual Código Civil brasileiro.

Nos termos dos artigos 967 [664] do Código, o reconhecimento da condição de "empresário" ao empreendedor individual dá-se mediante sua inscrição autônoma no Registro Mercantil. Nessa modalidade de formalização de sua Empresa, tal empreendedor não goza de benefícios legais tais como a separação de seu patrimônio pessoal do patrimônio dedicado para o exercício da atividade econômica, sobre a totalidade destes patrimônios incidindo as regras tributárias comuns às pessoas físicas, em especial no tocante a tributos sobre a renda.

---

[661]Código Civil Brasileiro de 2002. *"Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967);* ***e, simples, as demais****. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa."* (g.n.)

[662]Persistindo, todavia, a omissão quanto ao "empreendedor individual" de atividade econômica "não empresária", nos termos do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil Brasileiro de 2002, que para gozar dos benefícios dessa lei devem se constituir sob a forma de uma "sociedade simples".

[663] v. Parte III, subcapítulo 2.3.4.

[664]Código Civil Brasileiro de 2002 "*Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade*."

Por seu turno, organizando sua atuação sob a forma "societária" devidamente inscrita em registro próprio (mercantil ou civil), consoante o disposto no artigo 985[665] do Código, a tal ente é atribuída **personalidade jurídica própria**, passando a ser este ente o titular do patrimônio destinado à atividade econômica que exerce, passível, portanto, de ser separado do patrimônio de seus sócios, e sobre ele incidindo, por exemplo, as regras fiscais próprias das "pessoas jurídicas".

Contudo, nos termos do artigo 981[666] do Código, celebram contrato de sociedade "*as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*", não o empreendedor individual[667].

Em especial no Brasil, retornando ao exemplo do mencionado "Setor de Serviços" (que congrega negócios que representam significativa parcela do total de Empresas em operação no país)[668], quando muito, além do empreendedor somam-se mais um ou dois auxiliares, e que, quando formalizados, são organizados como micro e pequenas Empresas, no mais das vezes constituídos em sociedades duais, entre parentes e amigos, dos quais apenas um efetivamente exerce a atividade, organizadas societariamente mais para fins de obter os benefícios fiscais e legais decorrentes dessa formalização do que por de fato se tratar da comunhão de interesses e objetivos de dois investidores[669]. Em comum, todos esses empreendedores buscam por meio de seu ofício a rentabilidade para se manter e se sustentar, e continuar interagindo na Sociedade. Todavia, não há como negar que tal forma de sua constituição como "sociedade", à luz do Direito, consiste em "fraude", embora preenchidos todos os requisitos legais que habilitam tal inscrição[670].

Não apenas no tocante à essa "fraudulenta" organização do "empreendedor individual" como "sociedade" para fins de auferir os benefícios legais de tal condição, outra "fraude" comumente observada na realidade empresarial brasileira é a inserção de

---

[665]Código Civil Brasileiro de 2002 "*Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).*"

[666]Código Civil Brasileiro de 2002. "*Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.*

[667]Sobre a questão da sociedade unipessoal, v. Parte III, subcapítulo 2.3.4.

[668]Por exemplo, lojas de alfaiataria, consultórios médicos, performers de shows, assistência técnica de eletrodomésticos, escritórios de arquitetura etc., enfim, um universo que abrange atividades "empresariais" e "não-empresariais".

[669]Sobre essa questão, expusemos nossas críticas na Parte III, subcapítulo 2.3.3.

[670]Mais sobre essa questão, v. Parte III, subcapítulo 2.3.3.

algum objetivo empresarial em sociedade eminentemente de cunho intelectual, para fins de igualmente gozar de tais tutelas.

Tais situações se legitimam ainda mais face à opção do atual Código Civil de atribuir o reconhecimento de atividades como empresariais em função de um registro formal desde que preenchidos seus requisitos burocráticos (ser "sociedade", ter objeto social que consiste em "atividade empresarial" nos termos do artigo 966 ou ser "elemento de empresa"), e não em razão de sua essência material, em outras palavras, optou-se pela tentativa de construir uma realidade social por meio de burocrático registro, e não simplesmente pelo reconhecimento de tal fenômeno social, a atuação econômica desses agentes, o que, em si, é o cerne da tutela legal.

Igualmente, como uma **opção** do legislador, tem-se que para a plena conferência dos incentivos legais para o empreendedor (tais como a separação patrimonial e a legitimidade para usufruir de tratamento tributário diferenciado) foi-lhe condicionado constituir-se sob as vestes formais de uma "**sociedade**", arranjo jurídico sob o qual é criada uma "pessoa jurídica" à qual é atribuída "personalidade jurídica" própria[671].

Tem-se, assim, a opção formal do legislador de preferencialmente reconhecer como Empresas tais fenômenos organizados como "pessoas jurídicas" sob a forma de "sociedades" (art. 44, II, do Código Civil Brasileiro de 2002).

4.3.3. Da dificuldade da aceitação doutrinária da Empresa como um ente personificado

Vale lembrar, novamente, a exegese da lição do Prof. Orlando Gomes[672], pela qual a legislação deve – e é – resultado da necessidade da Sociedade de positivar suas demandas e soluções na busca do estabelecimento de uma ordem, de um sistema que permita a

---

[671]Código Civil Brasileiro de 2002 "*Art. 44. **São pessoas jurídicas de direito privado**: I - as associações; II - as **sociedades**; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) § 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) § 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)*" (g.n.)

[672]v. Parte II, capítulo 2.

pacífica e proveitosa convivência social. **É a Sociedade – na busca de soluções para seu inter-relacionamento - que molda suas leis, e dessas leis é resultado o Direito, não o inverso**[673].

Nesse sentido, acerca da influência da lei sobre o Direito, vale um breve aparte para consignar porque acreditamos que, até o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, a posição pela personificação plena da Empresa como "sujeito de direito" não encontrou eco junto aos principais comercialistas brasileiros, os quais, de forma quase uníssona, optaram por entender juridicamente esse fenômeno sob o aspecto de sua atividade, pela noção da "empresarialidade", e não como uma "pessoa jurídica" plena.

Impossível negar que no Brasil a "Teoria dos Atos de Comércio" positivada pelo Código Comercial de 1856 vigeu formalmente até a unificação do Direito Privado havida em 2003, com a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 2002.

Como foi analisado ao discorrermos sobre a evolução da organização da atividade econômica[674], a substituição da figura do "comerciante" pela do "empresário" (agregando ao conceito original, ao nosso ver, apenas o conceito de verticalização da produção em associação ao papel de mero intermediário do primeiro), bem como dos "atos de comércio" pela "empresarialidade da atividade", foi operada como uma evolução natural dos institutos, sedimentado fortemente na concepção original construída sob a égide da mencionada "Teoria dos Atos do Comércio"[675].

E diferente não poderia ser, porque mais do que uma demonstração clássica de *path dependency,* a inescapável realidade de que em nosso sistema legal positivo a única fonte formal que se possui é a lei escrita, o que per si traz limites ao espaço de inovação dentro do sistema (sob pena de sua total inaplicabilidade, posto que com risco de não ser reconhecida pelos julgadores, pelo Poder Judiciário), tem-se que ao buscarem os juristas a conceituação jurídica unitária do fenômeno Empresa (*graal* que Asquini já dizia ser "inencontrável", dada a complexidade inerente ao fenômeno) engessou o reconhecimento de sua personificação assim, o conceito mais próximo a que se podia chegar era a definição econômica (como "organização dos fatores de produção, mediante assunção de risco com

---

[673]Tal lição é especialmente importante ao operador do Direito, que é acima de tudo um estudioso da realidade social que tem por objetivo propiciar a melhor convivência entre os agentes sociais, instruído que é na compreensão da construção e na forma de aplicação dos dispositivos do ordenamento legal, positivação temporal dos valores de sua Sociedade.

[674]v. Parte II, capítulo 3.

[675]v. Parte III, capítulo 2.

vistas ao lucro"), cujos olhos são voltados exclusivamente para a atividade e para o Mercado[676].

Todavia, entendemos 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 (ou seja, um sujeito de direito, um agente social) voltada para atuar na seara econômica, mediante a produção e circulação de bens e serviços[677]. **Dessa forma, o conceito jurídico de Empresa sempre existiu no Direito em suas noções basilares no próprio instituto da "pessoa jurídica"**[678].

Em comum, todas as "pessoas jurídicas" guardam entre si serem classificáveis como "instituições-organização", ou seja, criações humanas voltadas para a consecução de determinado fim (econômico, recreativa, social etc.), dotadas de caráter de permanência e reconhecimento social, com valores e interesses próprios que a tornam capaz de se autotransformar, nas quais se observa a presença de arranjos (relações jurídicas) de hierarquia e/ou cooperação previamente estruturadas com outras pessoas (físicas e/ou jurídicas) com quem interagem, sejam elas partes do agrupamento de pessoas que eventualmente lhe constituem, sejam elas pessoas com as quais interage na consecução de sua finalidade social.

---

[676]Registre-se que a visão típica do *mainstream* econômico voltado apenas para o fluxo nas relações de Mercado, apenas recentemente passou a ser revisto com a crescente aceitação da teoria proposta por Coase em 1936 (no seu já referido artigo *The nature of the firm*), alimentando o movimento da Nova Economia Institucional – NEI, o que somado à novel mudança legal, torna possível e dá elementos de solidez à presente proposta da "Empresa- Instituição".

[677]E, nesse sentido, a distinção entre Empresa e outras pessoas jurídicas de Direito Privado (art. 44 do Código Civil) – como associações e fundações – dá-se em razão das tutelas atribuídas pelo Ordenamento Jurídico a tais espécies em razão da natureza de sua atuação social e dos fatores que lhe deram causa. Por exemplo, no caso das associações esportivas (como clubes), que, a princípio, não tem por objetivo produzir ou circular bens e serviços, mas servir para as finalidades recreativas de seus associados. No caso dos partidos políticos, igualmente, consoante disposições da Lei Federal nº 10.825/2003.

[678]De se notar que embora o artigo 44 do Código Civil não relacione como "pessoa jurídica" o "empresário" conforme previsto no artigo 966 do mesmo código, a Lei Complementar nº 123/2006 (Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas) em seu artigo 3º amplamente recepcionou como pessoa jurídica tais empreendedores, *n verbis: "Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar,* ***consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas,*** *conforme o caso, desde que: I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).* § 1º (...)" (g.n.).

4.4. Da *fattispecie* Empresa no Código Civil e da sistemática ideal do Direito de Empresa

Conforme definido no multicitado artigo 966 do Código Civil Brasileiro de 2002, é "empresária" a **atividade econômica organizada voltada para a produção e circulação de bens e serviços exercida de forma profissional**, ou seja, como **ofício**, como fonte de sustento do empreendedor, e como uma **organização,** no sentido de ser de forma não espontânea, mas **planejada** e **intencional**.

Por esse conceito geral, o cerne das atividades empresariais reside na disponibilização para consumo na Sociedade de determinado bem ou serviço, que como tal, indiferentemente se é produzido ou fornecido por uma multinacional ou um indivíduo, deve observar os dispositivos legais pertinentes, como a legislação consumeirista e tributária aplicável à espécie de tal negócio.

Assim, é plenamente aderente a posição sustentada pelo Professor Salomão acerca da correta interpretação da *fattispecie* "empresário" positivada pelo citado artigo 966 do Código Civil Brasileiro de 2002[679], que deve ser entendido mediante a compatibilização dos conceitos dos perfis **funcionais** e **corporativos** da teoria de Asquini[680], interpretação que já defendemos ser a perfeita tradução da "Empresa-Instituição"[681], daí porque entendermos que tal dispositivo positivou em verdade a *fattispecie Empresa*.

Assim, reconhecida plenamente a "Empresa-Instituição" como sinônimo da *fattispecie* Empresa, é possível sistematizar o Direito de Empresa em torno deste agente, bem conhecidos seus interesses e valores, entendendo-se como função, por exemplo:

(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", intera 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;

---

[679] v. Parte III, subcapítulo 2.4.2.1.

[680] v. Parte III, subcapítulos 2.1.2. e 2.1.4.

[681] A compatibilização desses dos perfis funcional e corporativo é encampado no conceito de "Empresa-Instituição", uma "instituição" nos termos do perfil corporativo, e uma "organização", conforme o perfil funcional. V. Parte III, Subcapítulo 2.4.2.3.3.

(iii) Do **Direito 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 Consumeirista 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 Ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Nem Marx nem Hayek imaginaram esse mercado. *Valor Econômico*, São Paulo, 17 set. 2009. p. D-10.

ALCOFORADO, Ihering Guedes. Mercado, ambiente e arranjo institucional: a contribuição neo istitucionalista. *Banco do Nordeste*. Disponível em: <www.banconordeste.gov.br/content/aplicacao/ETENE/Anais/docs/mercado-ambiente.pdf>.

ALMEIDA, Fernando. *Os desafios da sustentabilidade:* uma ruptura urgente. Florianópolis: Ed. Campus, 2007.

_____. O mundo dos negócios e o meio ambiente no século XXI. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio ambiente no século XXI*: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 123-142.

ANDRADE, Aurélio L.; SELEME, Acyr; RODRIGUES, Luís H.; SOUTO, Rodrigo. *Pensamento sistêmico*: Caderno de Campo, o desafio da mudança sustentada nas organizações e na sociedade. Porto Alegre: Ed. Bookman, 2006.

ARAÚJO, Alan Pereira de. Institucionalismo e efetividade jurídica, 2001. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2325>. Acesso em: 14 out. 2009.

ARAÚJO, Vaneska Donato de. Noções gerais de direito empresarial. In: HERKENHOFF, Henrique G (Coord.) *Direito de empresas.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

ARRUÑADA, Benito. *Teoría contractual de la empresa.* Madrid: Marcial Pons, 1998.

ASCARELLI, Tulio. Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. , In: _____. *Saggi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.

_____. A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação. In: _____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.* São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969.

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. 109-126, out./dez. 1996.

_____. *Scritti giuridici.* Città di Castello: Società Anonima Tipografica Leonardo da Vinci, 1936.

BERLE, Adolph A.; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York: Macmillan, 1933.

BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Ed. LZN, 2003. t. 1.

BOECHAT, Cláudio; MARQUES, Maria Raquel; HORTA, Paulo. Estratégias empresariais brasileiras à luz da sustentabilidade. In: ENCONTRO NACIONAL SOBRE GESTÃO EMPRESARIAL E MEIO AMBIENTE, 8. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2005.

BORNSTEIN, David. *How to change the world:* social entrepreneurs and the power of new Ideas. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BOURDIEU, Pierre. Principles of an economic anthropology. In: _____. *The social structures of economy*. Cambridge*:* Polity Press, 2005.

_____. *The social structures of economy*. Cambridge: Polity Press, 2005.

BRANCO, Gerson Luiz C.; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Ortodoxos e histórico-institucionalistas, comentário ao *paper* de Tony Lawson, "The Nature of Heterodox Economics", apresentado ao X Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Política, Campinas, 27 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Works/SmallPapers/14.Lawson-Ortodosx&Historico-Institucionalistas.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2008.

BUFFET, M.; CARK, D. *O Tao de Waren Buffett*. Rio de Janeiro: Sextante, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa*: análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

CARNELUTTI, F. *Teoria giuridica della circolazione.* Padova: Cedam, 1933.

COASE, R. *The nature of the firm:* origins, evolution and development. New Editionde Oliver Williamson, 2005.

COMMONS, John R. Institutional economics. *American Economic Review,* v. 21, p. 648-657, 1931. Disponível em: <http://www.orgs.bucknell.edu/afee/InstReadings?CommonsInstEcon.html>.

COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

CONVERT, B. Bourdieu: Gary Becker's critic. *Economic Sociology - European Electronic Newsletter*, v. 4, n. 2, Mar. 2003.

CORDEIRO, Antonio M. R. Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*. São Paulo: Ed. Arte & Cultura, 1995.

_____. *A empresa individual e a personalidade jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Personificação da empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

CUNHA, I. O jogo da sustentabilidade. In: ENCONTRO NACIONAL SOBRE GESTÃO EMPRESARIAL E MEIO AMBIENTE, 7. Coords. Eduardo A. Simões Geraldes; Elisabeth A Dudzjak. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

CUNHA, J. S.; ALMEIDA, C. M. *História das instituições.* Porto: Universidade Portucalense, 1994.

DARNIL, Sylvain; LE ROUX, Mathieu. *80 homens para mudar o futuro*. São Paulo: Ed. Clio, 2009.

DESPAX, Michel. *L'entreprise et le droit*. Paris: Ed. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

DIMAGGIO, P. J.; POWELL, W. W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-169, 1983.

DOBB, M. *A evolução do capitalismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DOBBIN, Frank. *The new economic sociology*: a reader. Princeton: Ed. Princeton University Press, 2009.

DUARTE, Ronnie P. *Teoria da empresa*: à luz do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Ed. Método, 2004.

FALCONI, R. *Lineamentos de direito penal*. São Paulo: Icone, 1994.

FERRARESE, M. R. *Diritto e mercato*. Torino: Giappichelli, 1992.

FERREIRA, Waldemar Martins. A elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do direito comercial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 5, n. 1/2, p. 40-41.

_____. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1.

_____. *Tratado de direito mercantil brasileiro*: parte geral. São Paulo: São Paulo Ed., 1934. v. 1.

FORGIONI, Paula A. *O direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. 2008. Tese (Titular de Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FRANCISCO, Deise Juliana. *A implementação da informática educativa em uma escola municipal*: fluxos entre ciência, cultura e política. Projeto de Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: FACED; PPGIE; UFRGS, 1997.

FREEMAN, C. Innovation and the strategy of the firm. In: _____ (Coord.) *The economics of industrial innovation*. Harmondsworth: Penguin Books, 1988.

GALGANO, Francesco. La categoria storica del diritto commerciale. In: _____ (Coord.). *Diritto commercial*: l'imprenditore. Bologna: Ed. Zanichelli, 1991.

_____. *Diritto civile e commerciale*. Padova: CEDAM, 1990. v. 1.

GERALDES, Eduardo A. Simões; DUDZJAK, Elisabeth A. Cultura, meio ambiente e desenvolvimento sustentável. In: ENCONTRO NACIONAL SOBRE GESTÃO EMPRESARIAL E MEIO AMBIENTE, 7. Coords. Eduardo A. Simões Geraldes; Elisabeth A Dudzjak. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

GLADWIN, T. N.; KENNELLY, J. J.; KRAUSE, T. S. Shifting paradigms for sustainable development: implications for management theory and research. *Academy of Management Review*, v. 20, n. 4, p. 874-907, 1995.

GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. Relações entre o direito e a economia. In: _____; _____ (Coords.). *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GREIDER, William. *The soul of capitalism*: opening paths to a moral economy. New York: Simon & Schuster, 2003.

HALL, Peter. A.; TAYLOR, Rosemary C. Political science and the three new institutionalisms. *Political Studies,* v. 44, n. 5, p. 936-95, 1996.

HAWLEY, James; WILLIAMS, Andrew. *The rise of fiduciary capitalism*: how institutional investors can make corporate america more democratic. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa. Teresina: *Jus Navigandi*, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>. Acesso em: 30 out. 2009.

JACKSON, Ira A.; NELSON, Jane. *Profits with principles*: seven strategies for delivering value with values. New York: Doubleday, 2004.

JEPPERSON, R. L. Institutions, institutional effects, and institutionalism. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J (Coords.). *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 143-163.

KORTEN, David. *When corporations rule the world*. São Francisco: Ed. Berrett-Koehler, 2001.

LAVILLE, Élisabeth A empresa verde. São Paulo: Ed. Õte, 2009.

LEITE, Gisele Pereira J. Uma introdução à teoria geral do direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 51, 31/03/2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4665>. Acesso em: 06 dez. 2009.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a Teoria da Pessoa Jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. *Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira*. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná – OAB/PR, 2005. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/14977/10029>. Acesso em 07 dez. 2009.

LYDENBERG, Steven D. *Corporations and the public interest*: guiding the invisible Hand. São Francisco: Berret-Koehler, 2005.

_____. Trust building and trust busting: corporations, government and responsabilities. *Corporate Citizenship*, n. 2, p. 23-27, 2003.

_____; MARLIN, Alice T.; STRUB, Sean O. Council on economics priority. In: WESLEY, Addison (Coord.) *Rating america's corporate conscience*: a provocative guide to the companies behind the products you buy every day. Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1986.

MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette, *The law and economics of good faith in the civil law of contract*, 2003. Disponível em: <http://www.cdaci.umontreal.ca/pdf/mackaay_law_economics.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2009.

MALABRE, Alfred L. *Lost prophets:* an insider's history of the modern economists. Boston: Harvard Business School Press, 1994.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 31. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES, Matheus. A culpabilidade face às pessoas jurídicas: uma visão crítica. *Revista Jurídica FACS*, jan. 2006. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2006>. Acesso em: 09 nov. 2009.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*: codici e legislazione complementare. 7. ed. agg. e ampl. Milano: Giuffrè, 1947. v. 1.

MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company*: a short history of a revolutionary idea. Nova York: Ed. Modern Library, 2003.

MIRANDA JR., Darcy A. *Repertório de jurisprudência do Código Comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1959. v. 1, t. 2.

MOREIRA FILHO, Francisco de Assis dos Santos. A sociedade unipessoal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2146, maio 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12870>. Acesso em: 07 dez. 2009.

MOSSA, Lorenzo. *Diritto commerciale.* Milano: Societá Editrice Libraria, 1937.

_____. *Historia del derecho mercantil em los siglos XIX y XX*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948.

NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007, v. 6.

_____. *Do contrato*: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Ed. Juruá, 2001

NOBRE, M.; AMAZONAS M. C.; JAHN, R.; STÖR, A.; LIMA, G. T. *Desenvolvimento sustentável*: a institucionalização de um conceito. Brasília: IBAMA, 2002.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, Douglas C. *Empirical studies in institutional change*. Cambridge: Ed. Cambrige University Press, 1996

_____. *Institutions, institutional change and economic performance.* Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NUSDEO, Fábio, *Curso de economia*: introdução do direito econômico. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. A personalidade jurídica da família. *Revista do Instituto do Açúcar e Álcool,* Rio de Janeiro, n. 90.

_____. Personalidade jurídica da sociedade irregular. *Revista da Faculdade de Direito da UFRP,* Curitiba, v. 10, p. 139-161, 1964.

POWELL, Walter.W. The new institutionalism. In: CLEGG, Stewart; BAILEY, James R. (Coord.). *The international encyclopedia of organization studies*. Thousand Oaks, Ca.: Sage Publishers, 2007.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil: tramitação do projeto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 22-30, jun. 1998.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1973.

RIBEIRO, I. C. *Contratos relacionais e a teoria da firma*: um teste empírico com a subcontratação de atividades jurídicas. 2005. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2005.

RIPERT, G. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951

RODRIGUEZ, J. *Empresa mercantil: conceptos, elementos y formas:* teoria de la sociedad anonima: en el derecho mexicano. México: Imprenta, 1941.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 96, p. 11-20, mar. 2008.

_____. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

_____. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

SANDRONI, Paulo (Org.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANTOS, Gilmar José dos. A teoria institucional e a análise das operações de franquia: um olhar diferente das abordagens tradicionais do marketing. *Revista Eletrônica de Administração – REAd*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 8, n. 3, p. 1-22, maio/jun. 2002. Disponível em: <http://read.adm.ufrgs.br/edicoes/resumo.php?cod_artigo=149&cod_edicao=12>.

SCOTT, R. W. *Institutions and organizations*, 2nd. Thousand Oaks: Sage Publications, 2001.

SIDOU, J. M. O. *Dicionário jurídico:* Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1997.

SILVA, Wilson de Melo da. *O dano moral e sua reparação.* Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. v. 1 e v. 2.

_____. *Teoria dos sentimentos morais.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SOMBART, Werner. *El burgués*: contribución a la historia espiritual del hombre econômico moderno. Madrid: Alianza Universidad, 1977.

SOROS, George. *O novo paradigma para os mercados financeiros*: a crise atual e o que ela significa. São Paulo: Agir, 2009.

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

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Saudação*. Texto redigido pelo Professor Goffredo Telles Júnior, lido pelo Prof. Sérgio Resende de Barros, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP, em 26 de fevereiro de 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa. Estados jurídicos fundamentais. *Revista da Consultoria Geral do Estado*, n. 14, p. 41-80, 1976.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 1, p. 27-55, jan./fev. 2006.

TIGRE, Paulo Bastos. Paradigmas tecnológicos e teorias econômicas da firma (Uma versão preliminar deste artigo foi publicado na Revista de Economia Contemporânea da UFRJ, n. 3, p. 67-111, 1998). *PUC/SP*, p. 25. Disponível em: <http://www.pucsp.br/eitt/downloads/III_Ciclo_Art_Paulo_Tigre_Paradigmas_Tecnologicos_e_Teorias_.pdf>.

TULLIO, Ascarelli. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraíva, 1947.

_____. O contrato plurilateral. In: _____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.* São Paulo: Saraiva, 1969

VEBLEN,T. B. *Teoria da empresa industrial*. Rio de Janeiro: Globo, 1966

VIEIRA, Marcelo Milano F.; CARVALHO, Cristina Amélia. Sobre organizações, instituições e poder. In: _____; _____ (Coord.). *Organizações, instituições e poder no Brasil.* Rio de Janeiro: FGV, 2003.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Milano: Francesco Vallardi, 1911. v. 1.

VOCABULÁRIO Básico de Meio Ambiente – FEEMA. 2. ed. Rio de Janeiro: FEEMA, 1990. 246 p. Disponível em: <http://portalgeo.rio.rj.gov.br/mlateral/glossario>. Acesso em 20 jun. 2007.

WADDOCK, Sandra. Parallel universes: companies, academicas, and the progresso of corporate citizenship. *Business and Society Review,* v. 109, n. 1, p. 5-42, 2004.

WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Centauro, 2006.

WILLIAMS, Cyntia A. The securities and exchange commission and corporate social transparency *Harvard Law Review*, n. 112, p. 1204-1298, 1998-1999.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.

_____. The modern corporation: origins, evolution, attributes. *Journal of Economic Literature*, v. 19, n. 4, p. 1537-1568, Dec. 1982.

_____. Why Law, economics, and organizations. *Annual Review of Law and Social Science,* v. 1, p. 369-396. 2005.

YOUNG, Stephen. *Moral capitalism:* reconciling private interest with the public good. São Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2003.

YUNUS, Muhammad. *Um mundo sem pobreza:* a empresa social e o futuro do capitalismo. São Paulo: Ática, 2008.

SITES CONSULTADOS

BANCO DO NORDESTE. Disponível em: <http://www.banconordeste.gov.br>.

BOVESPA. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br>.

BOVESPA. ISE - Índice de Sustentabilidade Empresarial. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/Pdf/Indices/ISE.pdf>.

CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – CEBDS. Disponível em: <www.cebds.org>.

THE EQUATOR Principles. Disponível em: <http://www.equator-principles.com/>.

FORUM FOR THE FUTURE. Disponível em: <http://forumforthefuture.org.uk>.

FORUM for the future and British Telecom (2003). Just values: beyond the business case for sustainable development. Disponível em: <http://forumforthefuture.org.uk/publications/JustValuesPublication_page760.aspx>.

FUNDACE. *Programa de Estudos e Pesquisas em Cooperativismo*. Disponível em: <http://www.fundace.org.br/cooperativismo>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>.

_____. *Estatísticas do Cadastro Central de Empresas 2007*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/cadastroempresa/2007/default.shtm>.

_____. *Tabela 3*: Empresas e outras organizações, pessoal ocupado total e assalariado em 31.12, salários e outras remunerações e salário médio mensal, segundo divisão da classificação de atividades e faixas de pessoal ocupado total - Brasil – 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/cadastroempresa/2007/tabela3.pdf>.

INSTITUTO ETHOS. Disponível em: <www.ethos.org.br>.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://www.mte.gov.br>.

PORTALGEO. Disponível em: <http://portalgeo.rio.rj.gov.br>.

ROSENBAUM Avocacia. Disponível em: <http://www.rosenbaum.adv.br/index2.php>.

SEBRAE. Global Entrepreneurship Monitor. *Empreendorismo no Brasil* – 2007: relatório executivo. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/customizado/estudos-e-pesquisas/estudos-e-pesquisas/empreendedorismo-no-brasil-pesquisa-gem/resumo_gem_2007.pdf>.

SOCIAL Investment Forum - 2003. *Report on socially responsible investing trends in the United States*. Washington, D.C.: Social Investment Forum, 2003. Disponível em: <http://www.socialinvest.org/resources/research/documents/2003TrendsReport.pdf>.