

O EMPRESÁRIO, A ANÁLISE ECONÔMICA E A EFICIÊNCIA

Arthur Villamil Martins

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar o tema concernente à empresarialidade, objeto central do Direito de Empresa, sob o aspecto interdisciplinar oferecido pelo Direito Econômico através da Análise Econômica do Direito. Nesse passo, o trabalho pretende demonstrar que a racionalidade basilar que orienta o desempenho das atividades do empresário e das sociedades empresárias tem como fundamento último a busca da maximização das riquezas do empresário, o que em geral pode ser identificada com o lucro ou vantagens econômicas. Para maximizar suas riquezas, o empresário e a sociedade empresária desenvolvem práticas fundadas no princípio da eficiência e, precisamente por isso, devem os atos empresariais ser analisados não apenas sob o ponto de vista essencialmente jurídico, mas também sob o prisma renovador da Análise Econômica do Direito, que permitirá melhor compreensão dos fenômenos jurídico-econômicos que envolvem os empresários e as sociedades empresárias no Direito brasileiro. Daí a principal contribuição que a Análise Econômica do Direito pode oferecer ao estudioso e ao aplicador do Direito Empresarial: a compreensão do modo de pensar e de agir do empresário e das sociedades empresárias, com a finalidade de melhor compreender e intervir de modo mais eficaz e preciso no fenômeno jurídico-econômico que envolve a aplicação das normas do Direito Empresarial.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa; Empresário; Eficiência. Análise Econômica do Direito.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do empresário e das sociedades empresárias está diretamente relacionado ao modo como se percebe o fenômeno jurídico-econômico da empresa no Direito brasileiro. Analisar normas do Direito Empresarial sem ter em mente o real funcionamento da empresa, que é a atividade típica dos empresários e das sociedades empresárias, seria como andar às escuras em um caminho desconhecido. Por isso, compreender corretamente os fundamentos basilares das ações e atitudes dos empresários e das sociedades empresárias é de vital importância para todos aqueles que se lançam na fascinante e desafiadora tarefa de atuar no universo empresarial.

O empresário e as sociedades empresárias desenvolvem atividades econômicas em sentido estrito, ou seja, destinam seus esforços para satisfazer a demanda agregada de bens, serviços e capitais no sistema de livre mercado consagrado pela Constituição da República. Noutras palavras, pode-se afirmar que os empresários e as sociedades empresárias têm por finalidade participar do mercado, isto é, ofertar seus produtos, serviços e capitais aos adquirentes e tomadores que atuam no mercado na qualidade de demandantes. Desse modo, pode-se afirmar que os empresários e as sociedades empresárias atuam de modo geral como agentes econômicos ofertantes (aqueles que disponibilizam produtos, serviços e capitais para terceiros), ao passo que os adquirentes e consumidores atuam de modo geral como demandantes (aqueles que buscam produtos, serviços e capitais para a satisfação de seus interesses, necessidades e desejos).

Atuando no mercado livremente, os empresários e as sociedades empresárias lançam mão de um tipo especial de racionalidade: a racionalidade econômica. Por sua vez, a racionalidade econômica pode ser entendida a partir do princípio econômico da eficiência, que consistiria no uso da razão instrumental para atingir a melhor adequação entre os meios disponíveis e os fins propostos¹, ou seja, para a obtenção da melhor relação custo-benefício, com maximização dos ganhos econômicos e minimização das perdas econômicas.

Ao se analisar as normas definidoras da atividade empresarial há que se ter em mente que toda e qualquer empresa, ao atuar no mercado, adota (ou pelo menos deveria adotar) a racionalidade econômica. Por isso, o estudo das teorias da eficiência é capaz de conferir ao aplicador das normas do Direito Empresarial melhor capacidade de compreensão da empresarialidade e, por consequência, aperfeiçoar os institutos daquele ramo do Direito.

Nesse passo, o Direito Empresarial não mais poderia ficar confinado aos seus limites tradicionais, sendo imprescindível uma abertura interdisciplinar que pode ser fornecida pelo instrumental teórico aportado pela Análise Econômica do Direito.

¹ Sobre o tema da racionalidade instrumental, veja-se mais detidamente a obra de Max Weber, em especial o livro *Economia e Sociedade*: WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 3.ed. Trad.

O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar que os empresários e as sociedades empresárias atuam no mercado segundo uma lógica econômica e, por isso, o Direito Empresarial deve se utilizar, juntamente com o seu instrumental teórico já consagrado, dos aportes teóricos da Análise Econômica do Direito, de modo a conferir maior eficácia e estabilidade ao ordenamento jurídico-econômico que rege as relações empresariais e para que haja plena observância dos princípios que regem a Ordem Econômica Constitucional, que se aplica a toda e qualquer atividade econômica no Brasil.

2.A CARACTERIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. NOÇÃO DE EMPRESÁRIO

Seguindo os padrões metodológicos atuais, inicia-se o presente estudo com a definição do empresário no Direito brasileiro, tema que aparentemente poderia ser de singela compreensão mas que, quando analisado com maior profundidade pode revelar dificuldades dignas de estudos do mais alto nível acadêmico.

Com a entrada em vigor da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro, a clássica definição de comerciante foi alterada pela fluida noção de empresário. As chamadas sociedades mercantis ou comerciais foram abolidas, e novas formas foram introduzidas, sem que houvesse uma coincidência completa das novas definições com as velhas figuras societárias que há muito existiam no Direito Comercial clássico.

Delineou-se um conceito legal de empresário a partir do artigo 966 do Código Civil, que tem a seguinte redação:

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.

Interpretando o dispositivo legal supracitado, diversos doutrinadores chegaram a conclusões divergentes, tendo-se instaurado grande polêmica na definição dos critérios para a identificação do empresário sob o aspecto normativo. Nesse sentido, veja-se elucidativo artigo da professora Rachel Sztajn, intitulado *O conceito de empresa no Código Civil Brasileiro*², no qual a autora conclui, com lucidez, que as alterações na definição do empresário trazidas pelo Código Civil não foi feliz, pois deixou mais dúvidas quanto a sua definição do que o sistema anterior.

Da leitura do art. 966 do Código Civil é possível depreender que o empresário é uma pessoa (natural ou jurídica) que exerce um tipo específico de atividade, que é a atividade economicamente organizada de produção de bens ou prestação de serviços, ou seja, o empresário, via de regra, é o agente econômico ofertante, aquele que tem por objetivo disponibilizar aos demandantes bens e serviços (e, porque não capitais?).

O *caput* do artigo apresenta uma regra geral, e logo em seguida o parágrafo único pontua uma exceção e ainda cria a exceção da exceção: as pessoas que desempenham atividades intelectuais, de natureza científica, artística ou literária (ainda que se utilizem de mão de obra de terceiros – auxiliares ou colaboradores) não são reputadas empresárias, a não ser que tais atividades constituam elemento de empresa (exceção da exceção).

Desse modo, a caracterização do empresário, na maior parte dos casos é de fácil constatação. Basta verificar se a pessoa desenvolve profissionalmente atividade economicamente organizada visando o mercado (na qualidade de ofertante) para que se possa dizer, em primeira vista, que se trata de empresário.

Porém, se se tratar de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, não poderá se reputar empresário em regra geral, salvo se tais atividades forem desenvolvidas como elemento de empresa. Por isso, a questão que fica merecendo

² SZTAJN, Rachel. *O Conceito de Empresário no Código Civil Brasileiro*. In Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Ano 2, número 7, p. 105 e seguintes.

resposta é saber, precisamente, o que significaria a expressão elemento de empresa, contido na parte final do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil.

Assim, toda a polêmica gira em torno de saber o que se considera “elemento de empresa”, a fim de se poder distinguir com precisão se a pessoa (natural ou jurídica) que a desempenha é ou não é empresária.

Fábio Ulhoa Coelho define genericamente o empresário da seguinte maneira:

Empresário é definido na lei como o profissional exercente de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (CC, art. 966). Destacam-se da definição as noções de profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços.³

Por sua vez, o professor Euler da Cunha Peixoto, ao sintetizar seu entendimento sobre o conceito de empresa no Código Civil pontua que:

“Em resumo, empresa é, no nosso entendimento, toda atividade exercida profissionalmente e, portanto, com habitualidade (ainda que em temporadas – como bares em praias) e intuito de lucro ou de obter vantagens, para o desempenho da qual o titular reúne os meios necessários – capital e trabalho, próprio ou de terceiros – para a produção ou circulação de bens ou serviços, visando atender o mercado, com exceção das atividades intelectuais, de natureza científica, literária ou artística – regulamentadas ou não por lei -, e a rural, cujo titular submeter-se-á aos direitos e obrigações próprias dos empresários, se inscrito o seu titular no Registro Público de Empresas Mercantis.”⁴

Pode-se então adotar a noção de empresário como o profissional que exerce a empresa, isto é, aquele que atua profissionalmente ofertando no mercado bens e serviços, seja na qualidade de produtor ou comercializador, mas sempre atuando na oferta de bens e serviços para o mercado.

Como se vê, o empresário e a sociedade empresária sempre atuarão com vistas ao mercado, isto é, atuarão de modo racionalmente organizado sob a perspectiva econômica. Por isso, o atual conceito de empresário suplica uma abordagem não apenas

³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008. p. 38.

⁴ PEIXOTO, Euler da Cunha. *Empresário Individual e Sociedade Empresária*. In *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n° 46, jan/jun 2005, p. 107.

jurídica, mas também econômica, já que a racionalidade de sua profissão o leva a atuar maximizando seus ganhos e minimizando suas perdas, ou seja, há que se ter em consideração que o empresário e a sociedade empresária atuam dotados de razão econômica e, justamente por isso, o Direito Empresarial deve levar em consideração tal racionalidade ao regular juridicamente as atividades e condutas dos empresários.

2.2. EMPRESÁRIO E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Definido o empresário, mister se faz analisar o conceito de sociedade empresária, tipo específico de sociedade que desempenha uma empresa (atividade econômica organizada) voltada ao mercado.

O artigo 982 do Código Civil introduz um conceito genérico de sociedade empresária, contrapondo-a à sociedade simples. Assim, é considerada empresária a sociedade que exerce atividade própria do empresário, ou seja, exerce empresa (atividade economicamente organizada que visa o mercado). Veja-se o exato teor da disposição legal em questão:

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.

Da leitura do dispositivo legal supracitado depreende-se que há dois tipos de sociedades: as empresárias (que têm por objeto o exercício das atividades próprias do empresário) e as simples, que seriam todas as demais sociedades que não desempenham atividades típicas de empresário.

No dizer de Suzy Cavalcanti Koury, o Código Civil pouco ou nada contribuiu para a real evolução do Direito Comercial, sendo certo que para se classificar uma sociedade como empresária ou simples o operador do Direito terá de analisar se a atividade por ela desempenhada constitui ou não elemento de empresa. Nesse sentido,

veja-se:

Além disso, persiste a necessidade de estabelecer-se diferenciação entre sociedades simples e empresárias, mormente para fins de registro, razão pela qual nos dedicamos a buscar elementos para tanto, tendo concluído que, quanto o trabalho intelectual puder ser considerado como elemento incorpóreo do estabelecimento comercial, sendo, em conjunto com os demais elementos, organizado pelo profissional liberal, para exploração comercial sistemática da profissão intelectual, com preponderância do capital sobre os conhecimentos intelectuais, tem-se uma sociedade empresária. No caso de prevalecer o elemento trabalho sobre o elemento capital, estar-se-á diante de uma sociedade simples.⁵

Todo o esforço da doutrina brasileira parece se concentrar na definição do chamado elemento de empresa, fator este capaz de distinguir, em termos de atividades de natureza intelectual as sociedades empresárias das sociedades simples. Porém, melhor seria que se classificassem as sociedades como empresárias quando atuassem com fornecedoras de bens, serviços e capitais e como simples as sociedades que não atuassem no mercado como ofertantes, mas como agentes econômicos de outras categorias, com os demandantes ou órgãos de representação especial, sociedades pias, religiosas ou beneficentes. Todavia, não foi esse o critério adotado pela legislação em vigor, fato que traz grandes dificuldades para o enquadramento de certas sociedades que tipicamente, sob o aspecto econômico, atuam como ofertantes de bens ou de serviços.

2.3. O OBJETIVO ECONÔMICO DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA: O INTUITO DE OBTER LUCRO

Em que pesem as distinções jurídicas feitas acima, sob o aspecto da Ordem Econômica Constitucional o que de fato importa é saber se o empresário e a sociedade empresária atuam com objetivo econômico específico: a busca de lucro. Por isso, havendo intuito de lucro, o tratamento jurídico, pelo menos no que diz respeito à Constituição Econômica será o mesmo, pouco importando se tratar de sociedade

⁵ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Empresa no Novo Código Civil: conceituação e dicotomia entre sociedades simples e empresárias*. São Paulo: Revista de Direito Privado, nº 22, p. 287.

simples ou de sociedade empresária, pois em qualquer desses casos a racionalidade econômica estará presente.

No caso dos empresários e das sociedades empresárias, há que se concordar que sempre haverá organização econômica dos fatores de produção com vistas ao mercado, ou seja, tanto o empresário como a sociedade empresária sempre atuam segundo uma lógica econômica bem definida: a maximização dos ganhos e a minimização das perdas. Dito de outro modo, pode-se afirmar sem receio que o empresário e a sociedade empresária agem em geral pautados pelo princípio da eficiência que, em termos gerais, pode ser conceituado como o princípio dotado de razão técnica ou instrumental de adequação de meios a fins, conforme Max Weber.

Por isso, havendo sempre um objetivo econômico específico no agir dos empresários e das sociedades empresárias, seria possível analisar o exercício da empresa sob o aspecto da eficiência, sendo esta tomada como especial modo de organizar uma atividade para extrair dela o maior benefício com o menor custo possível. Então, o estudo das diferentes teorias da eficiência será de grande valia para o estudioso e para o operador do Direito Empresarial, pois é justamente a racionalidade econômica subjacente às teorias da eficiência é que permitirão uma abordagem econômica de problemas e instituições jurídicas típicas do Direito Empresarial.

3. AS DIFERENTES TEORIAS DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

3.1. TEORIA DA EFICIÊNCIA ESTÁTICA DE VILFREDO PARETO

Vilfredo Pareto, economista italiano que lecionou na Universidade de Lausanne, na Suíça, é apontado pelos pesquisadores⁶ da Análise Econômica do Direito como um dos economistas - ao lado de John Maynard Keynes e Arthur Cecil Pigou -, que mais influenciou a construção das políticas econômicas do Estado de Bem-Estar Social.

Pareto desenvolveu a tese de que uma distribuição de recursos será eficiente se

⁶ FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

for possível melhorar a situação de algum dos agentes econômicos sem piorar a situação dos demais. Assim, uma distribuição de recursos “Y” atenderia ao critério superior de eficiência, segundo Pareto, se com essa distribuição a situação inicial “x” dos envolvidos (e de terceiros) não fosse piorada e, ao mesmo tempo, pelo menos um dos agentes tivesse a sua condição melhorada.

Também é preciso analisar o que seja o critério ótimo de Pareto, outra noção de eficiência distributiva muito difundida nas produções científicas geradas ao longo do século XX. Uma distribuição de recursos terá uma eficiência ótima, no sentido de Pareto, quando nenhuma outra distribuição puder ser feita sem que algum agente econômico piore de situação em relação a sua situação inicial, ou seja, a distribuição ótima seria o melhor superior de Pareto possível, o superior máximo, que não pode ser melhorado.

Como se percebe, tanto o critério de superioridade no sentido de Pareto, como o critério de optimalidade de tal autor reconhecem explicitamente a possibilidade de ganho sem perda, ou seja, a possibilidade de melhora para uns sem que haja perda para outros.

Os critérios de Pareto para aferição de eficiência sofrem algumas críticas, dentre as quais as mais importantes são: a) a crítica de Posner, de que eles seriam praticamente impossíveis de verificação prática, ou seja, que a grande maioria das situações da vida gera perdas para uns e ganhos para outros (custos privados), isso sem contar com a ineficiência, que gerará perda sistêmica (custo social); e b) a crítica de Frank Stephen, que informa que os critérios de Pareto seriam excessivamente conservadores.

Segundo Posner, o problema enfrentado pela teoria da eficiência de Pareto consiste na sua remota aplicabilidade prática, isto é, dificilmente seria possível considerar uma transação eficiente, no sentido superior de Pareto, porque praticamente não existem situações concretas onde haja ganho sem perda. Assim, seria impossível a verificação empírica da teoria do superior paretiano. Posner assim se expressa acerca do sentido de eficiência segundo Pareto:

Ésta es una concepción mui austera de la eficiencia, con pocas aplicaciones en el mundo real, porque la mayoría de las transacciones (si no una sola transacción, sí una seria de transacciones semejantes) tiene efectos sobre terceros, aunque sólo sea porque cambian los precios de otros bienes...⁷

A crítica de Posner pode, então, ser resumida à categoria das críticas que partem da verificação de inviabilidade empírica do critério de superioridade de Pareto. Posner ataca a inviabilidade da teoria paretiana afirmando que o sentido de eficiência nela proposto nunca será satisfeito na prática, ou seja, que tal teoria não seria útil para explicar as relações econômicas ocorridas no mundo humano e, logo, no universo empresarial onde sempre um agente ganha e outro perde, ou dito de outro modo, uma ganha mais que o outro no sistema capitalista das trocas desiguais.

Por sua vez, Frank Stephen elabora uma crítica tríplice ao conceito de eficiência de Pareto. A primeira crítica é feita sob o ponto de vista essencialmente metodológico, quando afirma que o critério de Pareto não é isento de valor, pois pauta-se por um individualismo metodológico. Para Stephen,⁸ os julgamentos de valor em Pareto são de duas ordens: a) com relação ao bem-estar dos indivíduos (o bem-estar social confunde-se com o bem-estar dos indivíduos que compõem a sociedade); e b) o indivíduo seria o melhor juiz do seu bem-estar, e, dessa maneira, o critério de eficiência seria eminentemente subjetivo, já que fincado na concepção individual de bem-estar de cada qual.

A segunda crítica levantada por Stephen diz respeito ao caráter conservador do critério de eficiência de Pareto, uma vez que segundo a sua teoria, somente seria superior a distribuição que, julgada de acordo com a distribuição anterior, não piorasse a situação de ninguém, ainda que a pessoa que piorasse fosse muito rica e as muitas que melhorassem fossem muito pobres. Assim “o critério de Pareto é muito conservador

⁷ POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. 4.ed. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.21. Tradução livre: “Esta é uma concepção muito austera [rígida] da eficiência, com poucas aplicações no mundo real, porque a maioria das transações (senão apenas uma transação, sim uma série de transações semelhantes) tem efeitos sobre terceiros, ainda que seja somente porque mudam os preços de outros bens...”

⁸ STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p.41.

porque muito poucas distribuições o satisfazem. É pré-disposto ao *status quo*.⁹

Por fim, a terceira crítica dirigida por Stephen ao critério de eficiência segundo Pareto consiste na constatação de que somente é possível definir o ótimo através da introdução de um critério de valor social, porque, a depender do critério adotado, uma distribuição poderá ser ótima ou não em relação à outra distribuição ótima. Isso quer dizer que haveria um número muito grande de distribuições que atenderiam a otimalidade de Pareto.

Como se vê, Stephen reivindica que somente é possível escolher qual a distribuição é mais eficiente (ótima) introduzindo-se um critério de valor social e que Pareto reluta contra a introdução de referido critério, permitindo, com isso, que existam simultaneamente várias soluções ótimas para a distribuição de recursos escassos entre usos concorrentes. A solução proposta por Stephen seria a introdução de um critério de valor, para que a partir de tal valor fosse possível escolher *o optimum optimorum*.

Por isso, a teoria da eficiência paretiana não pode ser a única matriz teórica para o estudo da atividade dos empresários e das sociedades empresárias, admitindo-se que a busca pela maximização da riqueza não pode ficar atrelada a verificação quase impraticável de um critério de eficiência que não se pode observar na realidade econômica, já que é igualmente certo que, em um mundo onde os recursos são escassos, todo o ganho corresponde a uma perda hipotética, atual ou futura, individualizável ou difusa para o sistema jurídico-econômico. Em parâmetros mais próximos da realidade, o que importa para a satisfação de um critério de eficiência não é a inexistência de perdas, mas sim a capacidade de ressarcimento hipotético que os ganhadores tenham em relação aos perdedores: se os ganhos totais forem maiores que as perdas totais haverá o crescimento ou a maximização da riqueza coletiva e, logo, cumprimento da Ordem Econômica Constitucional sobre a qual assenta todo o Direito Empresarial.

3.2. TEORIA DA EFICIÊNCIA DINÂMICA DE NICHOLAS KALDOR E JOHN RICHARD HICKS

Se a teoria da eficiência de Pareto não se presta para uma análise coerente da atividade do empresário e das sociedades empresárias, porque pressupõe ganhos sem perda (o que não se verifica na prática), então uma teoria que pudesse responder melhor aos anseios da comunidade científica certamente seria aquela que previsse a possibilidade de análise da atividade empresarial mesmo diante de perdas individuais ou sistêmicas.

Uma teoria que contempla essa possibilidade é a proposta por Nicholas Kaldor e John Richard Hicks (teoria da maximização da riqueza). Segundo ela, uma transação (no caso deste trabalho uma negociação ou atuação de uma empresa) seria eficiente se os ganhadores pudessem, hipoteticamente, ressarcir os perdedores e ainda assim melhorar a sua posição inicial. A eficiência na teoria de Kaldor-Hicks cinge-se à maximização da riqueza social (total), devendo, portanto, serem consideradas as perdas totais e os benefícios totais envolvidos e não apenas a posição das partes diretamente envolvidas. Quando os benefícios totais superam as perdas totais, a nova distribuição de recursos escassos entre seus usos concorrentes será a mais eficiente, devendo ser implementada mesmo a despeito da perda sofrida por alguém (terceiros – *stakeholders* - ou os próprios participantes - *shareholders*).

O teorema de Kaldor-Hicks foi sintetizado nas palavras de Stephen, que o conceitua como:

Uma proposta para uma mudança na economia deve ser levada a termo se aqueles que tiveram sua situação melhorada por essa mudança puderem [sic] compensar aqueles que tiveram sua situação piorada por essa mudança, para que estes fiquem tão bem como antes da mudança (em seu próprio julgamento) e os primeiros fiquem em melhor situação (em seu próprio julgamento).¹⁰

Uma abordagem do tipo proposto por Kaldor-Hicks possui uma vantagem para a explicação científica dos fenômenos econômicos maior que o limitado conceito de eficiência de Pareto, que é de difícil verificação empírica. Por isso, partindo-se do pressuposto de que não é possível ganho sem perda na nas atividades econômicas típicas do modo de produção capitalista, o teorema da eficiência de Kaldor-Hicks é o mais

apropriado para uma abordagem daquele fenômeno na atualidade. Explicando a preferência pelo critério de Kaldor-Hicks em termos de regulação das políticas econômicas, Kip Viscusi afirma que

A generally accepted alternative standard in applied microeconomics is the *compensation principle*, which is equivalent to choosing policies that yield the highest total *economic surplus*. The basic idea is that if the “winners” from any policy change can, in principle, compensate the “losers” so that everyone is better off, then it is a “good” change. Note that actual compensation of the losers is not required. If it were required, of course, it would satisfy the Pareto criterion.¹¹

O incremento da riqueza total (agregada) nas transações ou distribuições de recursos e, logo, no exercício da atividade empresarial, é que apontaria, teoricamente, para o que Posner chama de maximização da riqueza social. O aumento do valor total (e tenha-se aqui em mente o conceito de valor em Posner, que significa o quanto se pagaria por um bem) dos recursos em uma dada sociedade é que gera a maximização de sua riqueza.

3.3. TEORIA DE RICHARD POSNER: EFICIÊNCIA COMO MAXIMIZAÇÃO DE RIQUEZA

Richard Posner parte de três pressupostos importantes para o desenvolvimento de sua teoria, que são: a) na ausência dos custos de transação, o mercado é o melhor mecanismo para a distribuição de recursos escassos entre usos concorrentes, independentemente de a quem sejam atribuídos inicialmente os direitos sobre tais recursos (Teorema de Coase); b) nem sempre os custos de transação são baixos ou inexistentes, impedindo assim a distribuição mais eficiente dos recursos; e c) quando os

¹⁰ STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p.55.

¹¹ VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M; HARRINGTON JR, Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge: The MIT Press, 2000, p.76. Tradução livre: “Um parâmetro alternativo geralmente aceito na microeconomia aplicada é o princípio da compensação, que é equivalente para a escolha de políticas que rendem o maior benefício econômico. A ideia básica é a de que os “ganhadores” de alguma mudança política possam, em princípio, compensar os “perdedores” de modo que o todo seja melhorado, então esta é uma “boa” mudança. Note-se que a compensação atual [real] dos perdedores não é requerida. Se fosse requerida, é claro, isto satisfaria o critério de Pareto.”

custos de transação são proibitivos, os direitos devem ser atribuídos àqueles que mais os valorizem (Proposição de Posner).¹²

A primeira premissa de Posner pode ser explicada da seguinte maneira: em um mercado de concorrência perfeita, os bens tendem a ser distribuídos (adquiridos) por aqueles que mais lhes valorizem, ou seja, pelos agentes econômicos que estejam dispostos a pagar a maior quantidade de dinheiro por tais bens. Assim, na dinâmica das trocas em um mercado da livre concorrência, os bens sempre atingirão o maior valor¹³ que lhes possa ser atribuído. Desse modo, em uma negociação livre de custos de transação, ou naquela em que os custos de transação forem pequenos, sempre será possível atingir o maior valor para os bens (recursos que formam o conjunto de bens afetados pelo empresário ou pela sociedade empresária para o desenvolvimento de sua atividade empresarial) negociados, o que satisfaz o critério de eficiência do Teorema de Coase.

A segunda premissa se assenta na constatação empírica de que muitas vezes existem custos de transação elevados (ou proibitivos) e que por isso não será possível o funcionamento da dinâmica do mercado de livre concorrência, o que impedirá as transações para que os bens (recursos) sejam adquiridos por quem lhes dá o maior valor (quem tem a maior disposição a pagar), ou, em outras palavras, haverá impedimento de uma eficiente distribuição de recursos.

A terceira premissa da tese da eficiência em Posner é a afirmação de que, quando os custos de transação prejudicam a livre negociação entre agentes econômicos que disputam a propriedade de recursos escassos ou de direitos, o Direito deverá intervir de modo a regular a disputa simulando um ambiente de mercado, ou seja, concedendo os recursos a quem mais os valorize (quem esteja disposto a pagar por eles o maior preço, maximizando assim o seu valor).

¹² STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p.56.

¹³ Lembre-se mais uma vez que o conceito de valor para Posner não significa a utilidade do bem (o seu valor de uso), mas sim o seu valor de troca, ou seja, a quantidade de dinheiro que alguém esteja disposto a pagar por tal bem ou, se já o possui, a quantidade de dinheiro que pede para dele se desfazer. Veja-se POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*.

Toda a articulação das teses fundamentais de Posner gravita em torno do conceito de eficiência enquanto distribuição de recursos tendente a lhes aumentar o valor¹⁴. Esse aumento intencional do valor dos recursos através de uma distribuição eficiente é que vai sinalizar o que Posner chama de maximização da riqueza social, ou da riqueza total (coletiva). O incremento da riqueza social pode então ser medido por um critério monetário, já que valor aumentado deve ser medido em termos de “disposição para pagar”¹⁵, e não em termos de utilidade (que se vincula a uma análise subjetiva típica do utilitarismo).

Uma vez que para Posner a maximização da riqueza social é o objetivo maior do Direito¹⁶, este passa a ser um mecanismo de aplicação de normas eficientes, isto é, de normas que possam gerar resultados eficientes ou normas para a maximização da riqueza total. Com isso, Posner desvincula a ideia de justiça de um fundamento metafísico ou transcendente, eliminando a pesada carga retórica que acompanha a palavra justiça. Referido autor propõe, expressamente, que uma das acepções da palavra justiça, e talvez a mais usual, é a de eficiência. A justiça social e, por consequência a função social ficam dessacralizadas, ou desmitificadas em Posner, já que sua existência pode ser esclarecida em termos científicos e discursivos (não mais em fundamentos transcendentais e metafísicos) e que pode ser medida ou constatada empiricamente através da medição do aumento de valor ou da maximização da riqueza social. Posner propõe a seguinte explicação da justiça com significado de eficiência:

Un segundo significado de justicia, tal vez el más común, es el de la eficiencia. Entre otros ejemplos, veremos que cuando los individuos califican de injusto le hecho de condenar a una persona sin someterla a juicio,

4.ed. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.19.

¹⁴ POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. 4.ed. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.20-21.

¹⁵ O termo em inglês é willingness-to-pay (disposição de pagar, em um sentido literal).

¹⁶ Posner afirma especificamente que o Common Law tende sempre para a solução mais eficiente, ou para a aplicação da norma mais eficiente, rejeitando as normas que geram resultados ineficiente. Veja-se a respeito POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. 4.ed. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.29; POSNER, Richard. *Wealth maximization and judicial decision making*. In: *International Review of Law and Economics*, 1984, v.4. Para uma crítica dessa teoria, veja-se PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del Derecho: una reconstrucción teorica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.52-58.

de expropriar sin una compensación justa o de no obligar a un automovilista a que pague los daños a la víctima de sua negligencia, esto no significa nada más que la afirmación de que ese comportamiento desperdicia recursos (véase más adelante § VIII.3). Incluso el principio de enriquecimiento ilícito puede derivarse del concepto de la eficiencia (más adelante § IV.14). Y con un poco de reflexión no nos sorprenderá que, en un mundo de recursos escasos, el desperdicio debe considerar-se inmoral.¹⁷

Posner desmistifica o Direito e a Justiça mediante o abandono dos princípios do “dar a cada um o que é seu” e do *neminem leadere*, pois, seguindo a abordagem recíproca do problema do custo social proposta por Ronald Coase,¹⁸ analisa a temática sob a ótica da maximização do valor e não da moralidade retórica “daquilo que é devido”. Em Posner, o que é devido é a maximização da riqueza social pela regra da eficiência e não a adoção de princípios morais ou religiosos que caracterizaram o Direito por milhares de anos. Essa completa laicização do Direito em Posner é que vai propiciar a construção de uma equação da distribuição de justiça, segundo a Análise Econômica do Direito, capaz de enfrentar com maior clareza os litígios e questões surgidas entre empresários e sociedades empresárias.

4. DIREITO EMPRESARIAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

4.1. A NECESSIDADE DE UMA ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Nos tópicos anteriores tentou-se demonstrar que os empresários e as sociedades

¹⁷ POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. 4.ed. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.32. Tradução livre: “Um segundo significado de justiça, talvez o mais comum, é o da eficiência. Entre outros exemplos, veremos que quando os indivíduos qualificam de injusto o fato de condenar uma pessoa sem submetê-la a juízo, de expropriar sem uma compensação justa ou de não obrigar um condutor de automóveis a pagar os danos causados a uma vítima de sua negligência, isto não significa nada mais que a afirmação de que esse comportamento desperdiça recursos (veja-se mais adiante § VIII.3). Inclusive o princípio do enriquecimento ilícito pode ser derivado do conceito de eficiência (mais adiante § IV.14). E com um pouco de reflexão não nos surpreenderá que, em um mundo de recursos são escassos, o desperdício deve ser considerado imoral.”

¹⁸ COASE, Ronald. The problem of social cost. *In: The Journal of Law & Economics*. Chicago: University of Chicago Press. Oct. 1960, v.3, p.96.

empresárias agem no mercado de modo racionalmente econômico, ou seja, atuam com o propósito de maximizar suas vantagens (em geral o lucro obtido no exercício fiscal ou ano calendário) e de minimizar suas perdas (em geral prejuízos gerados no exercício fiscal ou ano calendário).

Desse modo, os empresários e as sociedades empresárias buscam, em geral, a eficiência no desempenho de suas atividades. Porém a noção de eficiência, nesse caso, não pode ser tomada na acepção de Pareto, isto é, de uma eficiência estática, mas sim como eficiência dinâmica capaz de maximizar riquezas, o que pressupõe que o ganho dos ganhadores deve ser maior que a perda dos perdedores, no sentido de Posner e Kaldor-Hicks.

A partir da constatação de que empresários e sociedades empresárias são agentes econômicos que atuam a partir de uma racionalidade econômica que pressupõe ações e medidas eficientes (no sentido dinâmico do termo), percebe-se que a eficácia da regulação jurídica dos aspectos empresariais está umbilicalmente vinculada aos pressupostos da Análise Econômica do Direito. Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito deverá ser tomada não como um princípio universal ou como um novo paradigma de construção da Ciência do Direito, mas sim como uma ferramenta, um instrumento nas mãos do jurista, capaz de lhe conferir melhor compreensão dos fatos econômicos que permeiam o universo empresarial a assim produzir soluções normativas capazes de maximizar riqueza.

A regulação jurídica da conduta dos empresários e das sociedades empresárias sempre dependerá da correta análise dos fatos concretos que permeiam as atividades empresariais e, por isso mesmo, a Análise Econômica do Direito, ao abordar questões como custos, ganhos, eficiência, custos de transação e de oportunidade, curvas de demanda e de oferta, etc., fornecerá ao jurista um instrumental teórico capaz de auxiliar no enfrentamento das complexas dinâmicas do mercado, que é o lócus de atuação do empresário.

Daí resulta que a interação entre Direito e Economia se mostra, em especial nos dias de hoje, cada vez mais inevitável. Não se quer com isso dizer que o Direito estaria

subordinado à lógica econômica, ou que a Economia serviria de nova fonte para o Direito. O que se tem em mente é que ao tratar de empresários e sociedades empresárias, que atuam segundo uma lógica econômica da eficiência, não pode o aplicador do Direito Empresarial desprezar os fundamentos econômicos que conferem racionalidade e integridade ao regramento jurídico da atividade empresarial.

Por isso, defende-se que a Análise Econômica do Direito, em suas atuais feições (já abrandadas do primeiro ímpeto totalitário presente nos anos de 1970 e 1980), pode servir de prisma para a análise e compreensão de muitos institutos do Direito Empresarial. Veja-se, por exemplo, a racionalidade econômica que subjaz ao instituto da ação renovatória de locações não residenciais como mecanismo de resguardo do direito ao ponto comercial e, por consequência, da clientela de determinado empresário ou sociedade empresária. Na mesma linha, como seria possível analisar um processo de recuperação judicial de empresa sem que se faça criteriosa análise econômica do caso. Ou, em caso ainda mais instigante, o que dizer das regras de Direito Societário Empresarial que limitam ou regulam a utilização das chamadas *poison pills* nos estatutos de sociedade anônimas de capital aberto. Certamente, em todos os exemplos acima listados, a racionalidade econômica toma parte e, por isso mesmo, a introdução de uma análise econômica dos direitos dos envolvidos será imprescindível para a eficaz regulação jurídica de tais fenômenos.

4.2. A ATIVIDADE EMPRESARIAL ANALISADA SOB O ASPECTO DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR

Muito além da aplicação da Análise Econômica do Direito, a atividade dos empresários e das sociedades empresárias deve ser analisada, também, sob a ótica da Ordem Econômica Constitucional, ou seja, à luz das normas que formam a Constituição Econômica brasileira, em especial o Título VII da Carta da República.

Nessa ordem de cogitações, é de se ver que o artigo 170 da Constituição Federal consagra, dentre os fundamentos da ordem econômica a livre iniciativa (direito fundamental econômico próprio dos empresários), e cita como princípios a propriedade

privada e a livre concorrência. Por isso, a matriz constitucional dos direitos fundamentais econômicos dos empresários e das sociedades empresárias reside justamente no Título VII da Constituição da República, tornando-se indispensável a interdisciplinaridade entre o Direito Empresarial e o Direito Econômico, eis que são campos complementarmente relacionados em termos constitucionais.

A atividade empresarial é para o Direito Econômico, antes de tudo, uma atividade desenvolvida por agentes econômicos que atuam na formação e condução da oferta e da demanda de bens, serviços e capitais, através da lógica da eficiência. Por isso, o regramento jurídico da atividade empresarial, considerada sob a perspectiva macro-jurídica ou macro-econômica, constitui um dos elementos objetivos do Direito Econômico. Por outro lado, sob o prisma micro-jurídico ou micro-econômico a atuação dos empresários e das sociedades empresárias será objeto específico do Direito Empresarial. Contudo, as esferas micro e macro jurídica e econômica se correlacionam a todo instante, tornando-se indispensável a análise conjunta dos diversos aspectos multifacetados que pululam o universo empresarial.

A interdisciplinaridade aqui proclamada nada tem a ver com a elisão ou o enfraquecimento do objeto de estudo específico do Direito Econômico (que é a regulação jurídica das políticas econômicas) ou do Direito Empresarial (que é a regulação jurídica dos direitos e deveres dos empresários e das sociedades empresárias). Muito pelo contrário, a interdisciplinaridade que se defende é aquela formada a partir da constatação das aporias científicas de cada um daqueles ramos do Direito diante da necessidade concreta de fornecer respostas juridicamente adequadas e economicamente eficientes para os problemas enfrentados pelos empresários e pelas sociedades empresárias. Essas dificuldades encontradas a todo instante no Direito Econômico e no Direito Empresarial poderiam, em certos casos, ser facilmente resolvidas, de modo juridicamente adequado e economicamente eficiente a partir da correlação interdisciplinar desses dois campos de saber jurídico.

Por isso, entende-se que o estudo da atividade empresarial, sob o aspecto macro-jurídico e macro-econômico estará preponderantemente (mas não totalmente) afeto ao Direito Econômico. Lado outro, o estudo da atividade empresarial sob o

aspecto micro-jurídico ou micro-econômico fará parte dos estudos do Direito Empresarial. Porém, como visto acima, não há como se dissociar na realidade da vida as duas esferas, havendo sempre uma correlação entre elas, a suplicar a interdisciplinaridade entre o Direito Empresarial e o Direito Econômico.

Tal interdisciplinaridade, ao que tudo indica, poderá ser mais bem desenvolvida a partir dos aportes teóricos e empíricos fornecidos pela Análise Econômica do Direito. Por isso, a fim de que se estabeleçam na prática os direitos previstos na Ordem Econômica Constitucional, inclusive aqueles que constituem o núcleo fundamental da atividade empresarial (propriedade privada, livre iniciativa e livre concorrência – todos referidos no art. 170 da Carta de 1988), mister se faz que o instrumental teórico e empírico da Análise Econômica do Direito seja abordado simultaneamente no Direito Econômico e no Direito Empresarial.

5. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho abordou-se a temática da atividade empresarial sob a ótica da racionalidade econômica, fincada no princípio da eficiência que, como se viu, não pode ser considerado como regra estática em que todos ganham sem que haja perdas, mas, pelo contrário, onde o agir eficiente possibilita que o ganho dos ganhadores seja maior que a perda dos perdedores, possibilitando assim a contínua maximização de riqueza coletiva e a implementação dos princípios da Ordem Econômica Constitucional.

Uma abordagem interdisciplinar do Direito Empresarial e do Direito Econômico poderá ser fornecida pelo instrumental teórico e empírico ofertado pela Análise Econômica do Direito, de modo a assegurar a eficácia das normas jurídicas típicas de regulação da atividade dos empresários e das sociedades empresárias, já que estes sempre agem de acordo com a lógica econômica no desempenho de suas atividades empresariais. Com isso, uma nova abordagem para os direitos fundamentais econômicos dos empresários e das sociedades empresárias será possível, de modo compatível com a finalidade maior da ordem econômica constitucional, que é assegurar a todos existência digna através da maximização de riqueza coletiva para a satisfação dos direitos fundamentais de cada qual.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Brasília, Diário Oficial da União, 5 de outubro de 1988.

BRASIL - Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *In: The Journal of Law & Economics*. Chicago: University of Chicago Press. Oct. 1960, v.3, p.96.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Empresa no Novo Código Civil: conceituação e dicotomia entre sociedades simples e empresárias*. São Paulo: Revista de Direito Privado, nº 22.

PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del Derecho: una reconstrucción teorica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PEIXOTO, Euler da Cunha. *Empresário Individual e Sociedade Empresária*. *In* Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 46, jan/jun 2005.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 7th Ed. Aspen, 2007.

POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. 4.ed. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SZTAJN, Rachel. *O Conceito de Empresário no Código Civil Brasileiro*. *In* Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Ano 2, número 7.

STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M; HARRINGTON JR, Joseph E. *Economics of*

Regulation and Antitrust. Cambridge: The MIT Press, 2000.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 3.ed. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. v.1.