ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA

TEMAS DE DIREITO SOCIETÁRIO, FALIMENTAR E TEORIA DA EMPRESA

Com os cumprimentos da Editora

MALHEIROS
EDITORES

IV – 1
"A ATIVIDADE DO EMPRESÁRIO"*-**

TULLIO ASCARELLI

(Capítulo VII do *Corso di Diritto Commerciale*, 3ª ed.,
Milão, Giuffrè Editore, 1962, pp. 161-185)

1. A atividade do empresário. 2. "Econômica". 3. "Dirigida à produção e à troca". 4. Profissões liberais. 5. Atividades auxiliares. 6. Licitude. 7. Organização.

1. A atividade do empresário

O art. 2.082[a] não se refere simplesmente – já notamos – a uma atividade e a uma atividade autônoma, mas a uma atividade *econômica*, *dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços*, *organizada*, exercida *profissionalmente*.

Ao fazer recurso aos mencionados termos, o Código os considera na sua corrente valoração social (menos exatamente se costuma dizer: no seu significado econômico). O art. 2.082 (assim como, na legislação ab-roga-

* Publicada originalmente na *RDM* 132/203-215, São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

** A tradução procurou ser o quanto possível literal e respeitar fielmente o estilo do autor. As notas em ordem numérica são do autor; as notas em ordem alfabética, do tradutor.

O tradutor agradece as contribuições dos professores Paula A. Forgioni e Francisco Satiro de Souza Jr. para alguns trechos da tradução.

a. Art. 2.082 do Código Civil italiano: "É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, dirigida à produção ou à troca de bens ou de serviços (arts. 230-bis, 320, 371, 397, 425, 1.330, 1.368, 1.400, 1.510, 1.722, n. 4, 1.824, 2.135, 2.195, 2.238 e 2.247)".

da, os arts. 3º e 4º do CComercial) constitui, na verdade, uma norma qualificativa ou delimitativa, que, em substância, determina o âmbito no qual se aplicarão determinadas normas. A definição jurídica de "empresário" importa, por isso, o apelo a conceitos não definidos no sistema e cujo alcance deve valorar-se em relação à concepção social corrente.

2. *"Econômica"*

Com "econômica", ali, se faz referência a uma atividade criadora de riqueza e, por isso, de bens (art. 810 do CC) ou, também, como resulta do mesmo artigo, de serviços patrimonialmente avaliáveis (e v. também art. 1.174 do CC). Também estes, embora não constituindo coisas, constituem "riquezas", porque vem comparativamente aumentando de importância, na economia, a produção de serviços, sempre mais numerosos.

É econômica, e criadora de riqueza, não só, portanto, a atividade do agricultor (às vezes, economicamente qualificada como primária), mas também aquela (às vezes economicamente qualificada como secundária) do industrial produtor e, bem assim (e às vezes a este respeito se fala, genericamente, de serviços ou de atividade terciária), aquela de quem se interpõe na troca de bens, porque, com sua melhor distribuição, aumenta-lhes a utilidade; aquela do condutor, voltada ao transporte, e aquela do segurador, voltada ao seguro (e, veremos, mesmo aquela do "especulador", que assume, também ele, uma função em relação à distribuição do risco); aquela voltada a oferecer serviços (como a dos empresários de espetáculos) que, na valoração social, são patrimonialmente avaliáveis e avaliados, embora satisfaçam necessidades recreativas atinentes ao nosso conforto.

Sendo preciso, pode-se também recorrer ao art. 2.195[b] (que, dentro em pouco, teremos ocasião de ilustrar), porque, como tem sido agudamente observado, o elenco dos empresários comerciais ali contido pressupõe a qualidade de empresário dos mesmos e, por isso, concorre para esclarecer a definição do art. 2.082.

Óbvia, por essa razão, a distinção entre a atividade empresarial e as atividades não-econômicas (mesmo quando possam ser indiretamen-

b. V., mais adiante, na nota "j", a tradução do art. 2.195 do Código Civil italiano.

te relevantes para a criação da riqueza); entre estas, a atividade do cientista pesquisador da verdade, do artista criador do Belo e do próprio inventor, voltada à solução de um problema técnico (enquanto será empresarial[1] a atividade voltada à exploração de uma invenção ou à reprodução de uma obra de arte, pois diz respeito à criação de produtos que, como tais, relacionam-se ao domínio da economia), para não falar das atividades políticas, religiosas, de distribuição de bens de forma benéfica, e assim por diante.

Não é econômica a atividade de mera fruição (ainda que implique uma atividade de administração, mesmo por meio de prepostos, porque, também neste segundo caso, não se verifica uma produção de riqueza). Não é, por essa razão, econômica a atividade do proprietário de muitos imóveis em administrá-los (mesmo através de adequada organização) e receber-lhes os alugueres, justamente porque, em substância, direcionada à fruição, não importando produção de riqueza; assim como não é "econômica" a atividade de quem recebe os rendimentos dos próprios investimentos. Mas é econômica (se bem que, por outro lado, quando não for profissional, não seja empresarial) a atividade de quem adquire imóveis para revendê-los ou para locá-los (e, por isso, de uma sociedade constituída para revender ou locar imóveis).

É, por sua vez, econômica, no meu entender, a atividade de gestão quando ela (como relativamente a um estabelecimento comercial administrado diretamente, e não, ao invés, concedido em fruição a outros que o administrem) utiliza o bem qual instrumento para a produção de nova riqueza e, portanto,[2] a exploração do estabelecimento implica a qualificação de empresário àquele ou àqueles em cujo nome tem lugar a exploração (permanecendo, pois, questão distinta a de verificar quando a exploração de um estabelecimento por parte de vários sujeitos, aos quais o estabelecimento seja comum – como na hipótese de estabelecimento em comunhão hereditária –, implica a existência de uma sociedade entre os mesmos sujeitos;[3] da resposta a esta questão dependerá, ou não, a admissibilidade daquela que tem sido dita uma comunhão de empresa, em contraposição à sociedade).

1. Cf. Ap. Genova 6.6.1955, *Foro Pad.*, 1956, I, 508.
2. Cass., 10.10.1955, n. 2.961, *Giust. Civ.*, 1956, I, 476, referindo-se ao voluntário exercício de uma atividade comercial.
3. Cass., 11.3.1954, n. 594, Monitore Trib., 1954, 236.

Não é, por isso – contrariamente a quanto às vezes tem sido dito – de mera administração a atividade agrícola, obviamente produtora de nova riqueza e claramente coordenada com o emprego de capitais e trabalho, mesmo se lhe são óbvias as diferenças (pelo ciclo produtivo, pela prevalente importância do elemento imobiliário e, na nossa fase cultural, freqüentemente pela própria estrutura da propriedade ou da produção) em relação à atividade comercial e industrial.

A diferença entre atividade econômica e de mera fruição resulta evidente comparando a atividade de quem administra o fundo com aquela de quem o dá em locação, de modo que o locatário (que será, então, o sujeito da atividade econômica e, portanto, o empresário[4]) administrará em nome e por conta própria o bem, como instrumento para a produção de riqueza, cumprindo em nome próprio os atos respectivos, aos quais o proprietário, que se limita à fruição do foro convencionado, permanece estranho, não podendo, por isso, ser qualificado de empresário.[5]

3. *"Dirigida à produção e à troca"*

A atividade deve ser dirigida à produção ou à troca, e me parece que se deva interpretar à produção pela troca ou para a troca (quer dizer, aos atos de troca precedidos de outros de troca dos mesmos bens ou serviços).

Não ocorre por isso, no meu entender, a figura do art. 2.082 no cultivador que cultive para o próprio consumo, ou em quem fabrique para o próprio consumo, e assim também (pois, seja como for, faltaria, neste caso, o requisito da profissionalidade, que mais além invocaremos) em quem – seja embora diretamente contratando prestadores de serviço – construa uma casa para nela habitar, ou estabeleça no próprio porão uma oficina para fabricar os móveis da própria habitação, e assim por diante (e note-se como o problema possa se propor para a atividade agrícola e para aquela industrial; não para aquela de troca). O

4. Cass., 6.3.1951, n. 552, *Foro It.*, 1951, I, 1.043.

5. Cass., 30.6.1943, n. 1.646, *Foro It.*, *Rep.* 1943-1945, verbete "Impresa Agricola", n. 5; e lembra também, em sede tributária, a distinta consideração entre o rendimento dominical e aquele da empresa agrícola.

titular da atividade deve ser diverso do destinatário último do produto, isto é, sua atividade deve ser destinada a satisfazer necessidades de outrem (e, por isso, creio que a referência do 2.083[c] ao cultivador direto como "pequeno empresário", ou seja, como empresário, deva interpretar-se em relação àquele cultivador direto que seja empresário no sentido do 2.082, e não também àquele que produza somente para o próprio consumo). Quando isto não ocorre nos encontramos em uma economia que eu diria individualisticamente autárquica; o ciclo econômico exaure-se no âmbito de um só sujeito, enquanto o art. 2.082 é voltado exatamente para uma disciplina do ciclo econômico que interessa a vários sujeitos.

Não é, porém, normalmente destinada ao consumo do próprio sujeito a atividade do agricultor, também ela usualmente destinada ao mercado, ainda quando não se trate de agricultura "industrializada"; não o é, nem menos normalmente, aquela do cultivador direto (isto é, daquele – v. art. 1.647[d] – que cultiva o fundo prevalentemente com o próprio trabalho e de pessoas de sua família), que também normalmente destinará ao mercado uma parte (de resto, não irrelevante) da própria produção (e pense-se no horticultor, no floricultor, e assim por diante), podendo, então, ser considerado como empresário e, mais precisamente (art. 2.083), como pequeno empresário.[6]

Na hipótese de coexistência entre produção para a troca e para o consumo pessoal a aplicabilidade do art. 2.082 ocorre, independentemente da respectiva importância das duas atividades, sempre que a segunda,[e] em si considerada, apresente as características do art. 2.082.

Na verdade, não é a prevalência da atividade do art. 2.082 sobre outras, eventualmente coexistentes, mas sua simples ocorrência que importa a aplicação da disciplina respectiva (que, por outro lado, não ex-

c. Art. 2.083 do Código Civil italiano: "São pequenos empresários os cultivadores diretos do fundo (art. 1.647), os artesãos, os pequenos comerciantes e aqueles que exercem uma atividade profissional organizada prevalentemente com o próprio trabalho e dos componentes da família (arts. 2.202, 2.214 e 2.221)".

d. "Sic", no original: "art. 1.347".

6. Cass., 6.3.1951, *Foro It.*, 1951, I, 1.043.

e. "Sic". Ascarelli está se referindo, aqui, na verdade, à *primeira* atividade (de produção para a troca), e não à segunda (de produção para o consumo pessoal), como fica claro na frase seguinte do texto.

clui aquela própria de outras atividades eventualmente exercidas); e tornaremos outras vezes a nos referir a este critério.

A produção e a troca não devem, porém, necessariamente ser destinadas ao mercado em geral; pode ser suficiente que sejam dirigidas somente a um ambiente restrito (desde que não familiar), ou até somente a um sujeito determinado (como uma atividade que se resuma em produtos reservados de forma exclusiva para um só adquirente), ou a um mercado predeterminado, como ocorre com uma cooperativa de consumo (expressamente definida como empresa no Código) que se dedique exclusivamente à aquisição de gêneros para os cooperados.

A atividade do empresário é, além disso, sempre dirigida ao mercado, ainda quando – dada a pluralidade dos estabelecimentos que, veremos, podem pertencer a um mesmo empresário – os produtos de um estabelecimento sejam exclusivamente destinados para outro estabelecimento do mesmo empresário que, em seguida, os coloque no mercado ou os transforme (ou utilize) para colocar no mercado os produtos assim obtidos. Ainda nesta hipótese a atividade do empresário é também de maneira definitiva dirigida ao mercado, e não ao consumo pessoal. Por isso, esta hipótese não pode ser invocada para estender a noção de empresário também a quem produza para o próprio consumo pessoal.

Pode ocorrer (e encontraremos um problema análogo tratando do intento lucrativo do empresário) que, na visão geral que presidiu o Código, a atividade de produção para o consumo do mesmo produtor pudesse entrar na noção de empresa (e alguns problemas que se colocam para o cultivador direto são independentes da alienabilidade na destinação do produto); mas, como quer que seja, dita tese não se traduziu normativamente no art. 2.082, nem, de resto, o alargamento da noção geral de empresa também a uma atividade dirigida ao consumo do próprio sujeito poderia dizer-se oportuno.

Na verdade, quanto mais se estende a noção de empresa, tanto mais ela, na sua generalidade, arrisca tornar-se inútil (e, no fundo, é desta exigência que partem quantos – no meu entender, sem razão – querem excluir, como vimos, da noção de empresa aquela agrícola ou, como veremos, as pequenas empresas, coordenando substancialmente, então, a noção de empresa com o realce do fenômeno do crédito, que é próprio da pura – grande e média – empresa comercial).

A noção geral de empresa que vimos traçando, e que (como já resulta das referências históricas com as quais iniciamos a obra) encontra sua justificação no terreno da concorrência e naquele da disciplina publicística da economia, é já vastíssima; um seu ulterior alargamento não faria senão torná-la tão genérica de maneira a prejudicar-lhe a utilidade normativa. A noção de empresa terminaria, então, por não mais ter relação com uma estrutura da sociedade fundada na divisão do trabalho, enquanto é exatamente esta estrutura, e a relevância assumida pela especialização nas diversas atividades e pela profissionalidade no seu exercício, que dá lugar aos problemas com os quais se liga a noção de empresa.

4. *Profissões liberais*

Objeto da atividade devem ser coisas (v. art. 810) ou serviços.

À generalidade, que é logicamente própria desta determinação, o art. 2.238[f] coloca um limite em relação às prestações cumpridas no exercício das profissões intelectuais (porque também elas entram de maneira abstrata no conceito de uma atividade econômica produtora de serviços para o mercado); a expressão "profissão liberal", que, embora podendo, me parece, ser limitada às profissões nominais disciplinadas, ou às quais correspondam especiais "listas"[g] (v. art. 2.229), é de interpretar-se com referência à valoração social da natureza intelectual do serviço prestado, que, de resto, encontra sua expressão no próprio e freqüente recurso ao adjetivo "liberal" para as profissões intelectuais. A esta diversa valoração social correspondem princípios jurídicos diferentes daqueles gerais das atividades empresariais, e que se refletem na particular disciplina das várias profissões (particularmente elaborada para aquelas tradicionais), em cujo âmbito é freqüentemente regulado

f. Art. 2.238 do Código Civil italiano:

"Se o exercício da profissão constitui elemento de uma atividade organizada em forma de empresa, aplicam-se também as disposições do Título II (arts. 2.082 e ss.).

"Em qualquer caso, se o que exerce uma profissão intelectual emprega substitutos ou auxiliares, aplicam-se as disposições das Seções II, III e IV do Capítulo I do Título II (arts. 2.094 e ss.)."

g. Na Itália como no Brasil, para o exercício de algumas profissões (advogados, médicos etc.) é necessário inscrever-se na respectiva corporação. Tal inscrição é feita numa "lista" ou "rol" (*albo* ou *elenco*).

(ao inverso do quanto ocorre para as atividades econômicas em geral) o acesso ao exercício, submetendo-o a condições rigorosas; em relação às quais vigem normas inspiradas na premissa de decoro da profissão, que impedem sistemas de concorrência os quais, em oposição aos critérios das profissões intelectuais, se dizem justamente comerciais; em cujo âmbito resulta impossível não já uma organização, às vezes também relevante (porque a evolução da atividade profissional é exatamente no sentido de uma maior organização, como de uma maior especialização), mas aquela produção em massa que, pelo contrário, recordamos como conexa com os problemas suscitados pela atividade empresarial.

Artistas e inventores, por sua vez, na medida em que coloquem de forma autônoma os próprios serviços (pois é, obviamente, não-econômica a atividade artística ou inventiva como tal; e, ao contrário, verdadeiramente empresarial aquela, seja embora do próprio inventor, voltada ao desfrute da invenção[7]), poderão ser considerados na mesma situação dos profissionais intelectuais.

Os que exercem profissões intelectuais não são (dada a valoração social ora recordada) incluídos no conceito de empresário.

Correspondentemente, não há exercício de atividade empresarial, no sentido do art. 2.082, na atividade de uma sociedade entre profissionais, ou seja (enquanto possível, dadas as leis profissionais), de uma sociedade (e eu acrescentaria "de pessoas", porque uma sociedade de capitais, dada a indiferença das pessoas dos sócios para a caracterização da sociedade, não poderia qualificar-se "entre profissionais") que exerça uma atividade profissional; a hipótese, todavia, é rara entre nós, embora freqüente em outros países, com relação a quantos exercem as profissões tradicionais, mas não rara nas profissões mais recentes; freqüente (o que por vezes tem sido esquecido) no campo artístico (e pense-se nos conjuntos orquestrais ou teatrais, que obviamente devem ser encarados como distintos do empresário de espetáculos públicos que eventualmente os contrate), onde não é raro reconhecer sociedades simples para o exercício em comum da atividade artística (e enquanto a atividade permaneça artística, e não se torne aquela de organização de espetáculos públicos, tratar-se-á de atividade não-empresarial, ao passo que quando a atividade estabelecida for a de espetáculos públicos será uma ativida-

7. Cass., 21.12.1956, n. 4.496, *Diritto Fall.*, 1957, II, 70.

de empresarial comercial, devendo a sociedade, então – art. 2.249 –, ser constituída segundo um dos tipos das sociedades comerciais).

Naturalmente, a solução é oposta para uma sociedade que, no exercício da sua atividade, utilize, além disso, o trabalho de profissionais dos quais ofereça coisas e serviços, como, por exemplo, através de casas de saúde ou casas de cura,[8] assim como ocorrerá a hipótese do empresário (art. 2.238[h] [9]) quando a atividade profissional (mesmo que prevalente) constitua elemento (como, de novo, na hipótese das casas de cura) de uma atividade (empresarial[10]).

A classificação legal dos que exercem profissões intelectuais entre os trabalhadores autônomos induz, freqüentemente, a reconhecer (assim, como veremos, ocorre de maneira geral com os trabalhadores autônomos) na falta de organização a razão da sua exclusão do âmbito dos empresários. Isto, todavia, me parece em contraste com o art. 2.238,[i] primeiro parágrafo, que faz referência à aplicação das normas em tema de empresa só quando o exercício da profissão constitua "elemento de uma atividade organizada em forma de empresa"; trata-se, portanto, de uma hipótese distinta daquela da contratação de pessoal (para tais fins, ao invés, mencionando não somente auxiliares, mas também substitutos), e, assim, da objetiva existência de uma organização, que pode até ser relevante (e que, como recordamos, tende a aumentar na atual evolução da profissão, aumentando também a importância e a freqüência de estudos nos quais cooperam numerosos profissionais, em uma organização única na qual as várias atividades pessoais encontram a sua coordenação) e importar, sempre, uma certa "despersonalização", perante a qual podem, na verdade, também propor-se problemas não distantes daqueles que se propõem com relação aos empresários, especialmente naqueles setores nos quais não se encontra a sanção das normas de ética profissional. Não é, pois, uma pretensa constante falta de organização que leva a excluir os que exercem profissões intelectuais do âmbito dos empresários, mas uma valoração social que a seguir se liga

8. Cf. também o caso examinado na Ap. Milão 13.1.1953, *Foro It.*, I, 1.696.

h. "Sic". No original: "art. 2.338".

9. Recentemente, Trib. Avellino 13.8.1953, *Foro It.*, 1954, I, 689; Ap. Nápoles 26.6.1954, *Foro Pad.*, 1955, I, 198.

10. Cass., 18.10.1954, n. 3.838, *Foro Pad.*, 1955, I, 864.

i. "Sic". No original: "art. 2.338".

com aquela diversa disciplina no acesso ao mercado e na produção e oferta de serviços, que recordamos acima.

Porque, na realidade, a falta de organização impediria, seja como for, (dado o art. 2.082), a possibilidade de qualificar quem exerce a atividade como empresário, e é por isso que me parece dever-se fazer referência à natureza da atividade para os fins de qualificação da atividade profissional intelectual.

Pode existir, em algum caso, dúvida concreta (e pense-se no farmacêutico que vende "especialidade" e prepara "receitas", sendo, por isso, o exercício das farmácias sujeito a uma particular e complexa legislação especial) se se trata da prestação de serviços profissionais ou de uma atividade de produção e troca; enquanto esta subsista (com os requisitos da organização e da profissionalidade) ocorre a aplicabilidade do art. 2.082 (e, naturalmente, mesmo se a atividade de serviço profissional for prevalente), e é esta a situação do farmacêutico.[11]

5. *Atividades auxiliares*

O art. 2.195[j] determina que são empresários comerciais também os empresários (por isso correspondentes aos requisitos do art. 2.082) que desenvolvam atividades auxiliares daquelas mencionadas no artigo; atividades auxiliares que, portanto, também são de empresa. O critério retoma aquele da "conexão", tradicionalmente elaborado a respeito dos atos de comércio, pelo qual se definem como comerciais também os atos conexos com um ato de comércio (e com referência quer aos atos juridicamente acessórios, quer aos atos economicamente conexos).

11. Cass., 16.10.1953, n. 3.403, *Giust. Civ.*, 1953, 3.263; Trib. Torino, 16.4.1953, *Foro Pad.*, 1953, 1.349; contra: Pret. Milão 20.11.1951, *Riv. Dir. Comm.* 1952, II, 220, com nota contrária de Romano Pavoni.

j. Art. 2.195 do Código Civil italiano:

"São sujeitos à obrigação da inscrição no Registro das Empresas (arts. 2.188 e ss.) os empresários que exercem: 1) uma atividade industrial dirigida à produção de bens ou de serviços (art. 2135); 2) uma atividade intermediária na circulação dos bens; 3) uma atividade de transporte por terra, por água ou por ar (arts. 1.678 e ss.); 4) uma atividade bancária (arts. 1.834 e ss.) ou de seguros (arts. 1.882 e ss.); 5) outras atividades auxiliares das precedentes (arts. 1.754 e ss.).

"As disposições da lei que fazem referência às atividades e às empresas comerciais se aplicam, se não previsto diversamente, a todas as atividades indicadas neste artigo e às empresas que as exercem."

O Código de Comércio ab-rogado, todavia, referia-se aos atos; o art. 2.195, ao invés, às empresas. Ora, a rigor, a auxiliariedade de uma empresa com respeito a outra empresa comercial pode verificar-se somente nos colaboradores do empresário que sejam, por sua vez, empresários, e, assim, o art. 2.195, n. 5, se entendido no seu rigor literal, terminaria por compreender só os agentes de comércio. Na verdade, os próprios corretores, enquanto desenvolvam uma atividade no interesse dos não-empresários (como os corretores de imóvel) ou de empresários agrícolas (como os corretores na venda de produtos agrícolas), não poderiam dizer-se auxiliares de um empresário comercial.

Se, portanto, se quer dar um alcance efetivo ao art. 2.195, n. 5, é preciso referir a auxiliariedade da empresa, cujo exercício profissional faz adquirir a qualidade de empresário comercial, não já à sua concreta relação com respeito a outra atividade empresarial comercial, mas, como agudamente observado, às características da própria atividade exercida; esta é considerada como auxiliar, e, assim, como empresa comercial, enquanto diga respeito a uma função auxiliar em relação a atos que, por sua vez, poderiam, dado o seu tipo, coordenar-se com uma atividade de empresa (e dizemos "empresa", e não "empresa comercial", porque, considerados no seu tipo jurídico, os vários atos podem muito bem ser coordenáveis ou, ao contrário, não-coordenáveis – e basta pensar nos atos de direito familiar ou sucessório – com o exercício de uma empresa, mas não com aquele de uma empresa comercial ou não-comercial): tais, exatamente, os atos de troca de mercadorias, crédito, seguro, transporte, com relação aos quais pode-se dizer auxiliar uma atividade qualquer de intermediação.

Será, assim, empresário – e empresário comercial – quem, profissionalmente e com organização, age como comissário, corretor, expedidor ou representante comercial (cf. arts. 1.754, 1.731, 1.737 e 1.742 do CC, e observada – art. 1.760 – a disciplina do corretor profissional, independentemente da geral disciplina objetiva da – ainda que ocasional – corretagem) em negócios de troca, crédito e seguro (e independentemente da inscrição nas listas determinada pela lei de 21.3.1958 – de assaz duvidosa oportunidade –, cuja falta dá lugar à sanção do art. 665 do CP, mas não impede a aquisição da qualificação de corretor).

De outra parte, como veremos, a ampla dicção do art. 2.195, n. 1, permite incluir diretamente neste número algumas hipóteses que no

Código de Comércio ab-rogado (então, como é natural, sob o perfil do ato) não podiam ser submetidas ao direito comercial senão sob o perfil da conexão.

A troca em relação à qual intervém o intermediário não é, por isso, necessariamente aquela do art. 2.082, podendo tratar-se também de uma troca ocasional, ou de uma aquisição não destinada à revenda, ou de uma venda que não tenha sido precedida de uma aquisição destinada à revenda. E, na verdade, a profissionalidade e a destinação à troca do art. 2.082 são relevantes com referência à qualificação do sujeito que cumpre o ato de troca; não podem ser relevantes com referência a quem cumpre uma atividade auxiliar, que, de outro modo, acabaria por ser diversamente qualificada em função do conhecimento, ou não, das características que o ato de troca, no qual intervém, apresenta relativamente ao exercício de uma atividade.

A auxiliariedade não deve, por essa razão, referir-se necessariamente a uma ulterior empresa, podendo desenvolver-se (profissionalmente e de modo organizado) com relação a outros atos de troca, ainda que estes não integrem, para o sujeito que os cumpre, os extremos de uma atividade empresarial. É por isso que podemos considerar empresários comerciais também os corretores de negócios imobiliários ou bursáteis, embora os atos de troca nos quais estes intervêm sejam freqüentemente concluídos por sujeitos que procedem de maneira ocasional e que não os fazem objeto de uma própria empresa.

É, por isso, empresário (e, antes, empresário comercial) o corretor de câmbio (considerado por alguns como corretor que silencia o nome do contraente – cf. art. 1.762 – e por outros, ao invés – no meu entender, mais exatamente –, como comissário), e esta qualificação não contrasta com sua qualificação de oficial público, porque esta segunda se acrescenta à primeira, dado o exercício de particulares funções que, todavia, não excluem, mas antes pressupõem, o profissional exercício da mediação em bolsa, ou seja, na troca (para uma coexistência da qualidade de oficial público com aquela de preposto – o que coloca, embora em outro campo, um problema análogo –, pense-se no comandante de navio e aeronave).[12]

12. Cf. uma menção em Trib. Nápoles 19.7.1951, *Riv. Dir. Comm.*, 1952, II, 408, e, ali, na nota de Asquini, e sob o Código ab-rogado, Trib. Roma 11.7.1931, *Foro It.*, 1931, I, 1.105, com nota minha. V., além disso, o art. 4º da L. Fal.

A tese diversa, recentemente exposta,[13] reportando-se à ausência, no caso, de cumprimento de operações em nome próprio (ausência que se encontraria em todos os auxiliares – a todos os quais, então, se deveria negar a qualificação de empresários), esquece, precisamente, o n. 5 do art. 2.195 e a explícita sanção, no mesmo dispositivo, da comercialidade (e assim, previamente, da qualificação de empresário) do auxiliar.[14] Porque a normal responsabilidade do corretor pelo adimplemento do contrato, em uma entidade dos movimentos bursáteis, torna, precisamente para o corretor de câmbio, assaz relevante aquele problema do crédito (de onde decorre a sujeição do corretor de câmbio à prestação de especiais cauções), com o qual se coordena a especial disciplina do empresário comercial.

O art. 2.195, n. 5, considera as empresas auxiliares como empresas comerciais; a inexistente consideração de empresas auxiliares civis encontra sua justificação em ter se referido à auxiliariedade do art. 2.195, n. 5, a qualquer ato coordenável com uma atividade de empresa, ato em relação ao qual não é mais adotável a qualificação de civil ou comercial, o que importa a impossibilidade de distinguir empresas auxiliares civis ou comerciais; a qualificação das empresas auxiliares como comerciais está, pois, em harmonia com a geral qualificação como comerciais das empresas que não entram no art. 2.135.[1] Eis por que consideramos como empresários comerciais auxiliares também os corretores de negócios agrícolas.

Mas o critério não poderia aplicar-se a uma cooperativa agrícola para a venda dos produtos dos agricultores associados, porque nas mútuas de venda devemos remontar, como veremos também sob outros aspectos, diretamente à atividade dos cooperados para fins da própria qualificação da mútua.[15] É, assim, neste campo que podemos encontrar

13. Cass., 19.5.1954, n. 1.599, *Giust. Civ.*, 1955, I, 84, com nota minha contrária e nota também contrária de Weiler in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1955, II, 25.

14. V. também Trib. Nápoles 16.3.1954, *Dir. Fall.*, 1954, II, 463.

I. Art. 2.135 do Código Civil italiano:

"É empresário agrícola quem exerce uma atividade dirigida ao cultivo da terra, à silvicultura, à criação de gado e a atividades conexas.

"Reputam-se conexas as atividades dirigidas à transformação ou à alienação dos produtos agrícolas quando entram no exercício normal da agricultura (art. 2.557, 5º parágrafo)."

15. Cass., 11.10.1954, n. 3.586, *Foro It. Mass.*, 1954, 718.

empresários auxiliares civis, dadas, de um lado, como veremos, a auxiliariedade da empresa cooperativa e de outro, sua qualificação como civil, devendo-se, para a qualificação da atividade de empresa da cooperativa, remontar à qualificação da atividade dos cooperados. Sob este aspecto, o art. 2.200 (mencionando cooperativas civis e comerciais) integra o 2.195, n. 5, e indiretamente conforta a premissa da qual partimos acerca do caráter geralmente comercial da empresa auxiliar (porque, na realidade, de outro modo seria, ademais, impossível individuar empresas cooperativas comerciais).

Será, no meu entender, empresário comercial (enquanto a doutrina dominante o considera empresário civil, embora não agrícola) também o intermediário na colocação de serviços pessoais de trabalho subordinado (onde, além disso, intervêm, dado o relevo social na colocação do trabalho, o Código – art. 2.098 e v. ainda art. 2.127 – e a legislação especial – Lei de 29.4.1949, n. 264), de maneira que a hipótese poderá licitamente realizar-se só nos setores que escapam à especial disciplina da colocação da mão-de-obra; isto porque, como vimos, os requisitos do art. 2.082 devem ser referidos à atividade auxiliar, e não ao ato de troca em relação ao qual esta se desenvolve (e dizemos "troca" sem acrescentar "ou de produção" porque parece impossível imaginar uma atividade de intermediação relativamente a um mero ato de produção). Em substância, pode-se dizer, são considerados como serviços, no sentido do art. 2.082, também aqueles prestados para agilizar o cumprimento de atos de troca, de maneira que a respectiva atividade, quando apresente as características do art. 2.082, será considerada empresarial, e antes, dado o quanto observado, empresarial comercial.

O resultado assim alcançado, como já notado, vai além daquele resultante da exegese do art. 2.195, n. 5 (que, como recordamos no início deste parágrafo, se refere literalmente à auxiliariedade no exercício de uma atividade comercial). Dado que, pelas razões precedentemente expostas, a atividade auxiliar é empresarial quando ocorram as características do art. 2.082, ainda que a auxiliariedade se refira ao cumprimento de outros atos (de troca), e não também ao desenvolvimento da atividade de outrem, daí decorre que a qualificação (como comercial) da atividade auxiliar não pode provir da qualificação da atividade auxiliada, mas do critério geral que (salvo o quanto teremos ocasião de observar para o objeto "industrial" do 2.195 n. 1) qualifica como comercial toda

atividade empresarial não-agrícola (e é por isso que o Código menciona a atividade auxiliar somente em relação às empresas comerciais).

6. *Licitude*

A atividade do art. 2.082 deve ter uma finalidade lícita, pois de outro modo tratar-se-á de uma atividade imputável, mas não mais de uma atividade empresarial. Entre as duas teses extremas[16] propostas (aquela que nega e aquela que afirma a possibilidade de qualificar como empresarial a atividade decorrente de atos ilícitos) pode-se talvez admitir uma tese intermediária, distinguindo a finalidade da atividade e a licitude do ato individual, ou ainda o exercício da atividade. Não é empresário o contrabandista, mas é empresário quem compre e revenda mercadoria ainda que contingenciada[16a] ou a preço diverso daquele estabelecido; as sanções ditadas quer para os atos, quer para a atividade, não excluem que esta seja empresarial, e que quem a cumpre seja submetido às respectivas conseqüências (por exemplo, no caso do empresário comercial, à falência) e, ainda, que os atos através dos quais se desenvolveu a atividade (e que, além disso, poderão ora dar lugar a créditos de restituição, ora nem mesmo a isto) sejam nulos;[17] de fato, a prescindir de tais atos, a atividade pode haver gerado débitos, para cuja disciplina se torna relevante a qualificação de empresário (comercial) do sujeito.

7. *Organização*

A atividade deve ser organizada, e veremos por isso como, em linha geral, ao empresário corresponde um estabelecimento (art. 2.555[m]) – ou, melhor, veremos ao menos um estabelecimento, quando se admita que a um só empresário possam corresponder diversos estabelecimentos – que é exatamente o complexo de bens organizado para o exercício da empresa.

16. Trib. Milão 13.1.1949, e Ap. Milão 8.3.1949, *Foro It.*, 1950, I, 917 com nota de Formiggini.

16a. Contrariamente: Trib. Milão cit. na nota precedente.

17. Cass., 31.7.1954, n. 2.816, Dir. Fall., 1954, II, 598.

m. Art. 2.555 do Código Civil italiano: "O estabelecimento é o complexo de bens organizado pelo empresário (art. 2.082) para o exercício da empresa (arts. 177, 'd', 178 e 365)".

Mas a organização pode existir ainda independentemente de um complexo de bens e, portanto, de um estabelecimento; pode ser, na verdade, de bens e do trabalho de outrem, mas também só daqueles ou deste; pode resultar da própria destinação de meios financeiros ao exercício da atividade.

É justamente ao requisito da organização que é preciso referir-se para o fim de distinguir a atividade econômica do empresário daquela do trabalhador autônomo.

Incontroversa, naturalmente, é a distinção entre empresário e trabalhador subordinado (mesmo se numa relação a brevíssimo termo), que, como tal, embora exercendo obviamente uma atividade, não é de qualquer modo juridicamente produtor de bens e serviços destinados a troca.

Alguma dúvida pode surgir na hipótese de parceria agrícola, onde pode-se indagar se deve ser considerado empresário (agrícola) somente o proprietário ou se, ao invés, deve ser considerado (pequeno) empresário (agrícola) – antes que prestador de serviço, e prescindindo naturalmente, além disso, do diverso valor da distinção na legislação especial, em cujas normas freqüentemente os pequenos empresários são aproximados a trabalhadores – também o arrendatário;[18] pode-se, na realidade, admitir a ocorrência de uma atividade empresarial quer em um quer no outro, enquanto, por outro lado, eles não poderão unitariamente considerar-se como grupo (como, ao contrário, advém para as sociedades, que, por sua vez, se reportam a um contrato plurilateral, enquanto a parceria agrícola repousa sempre sobre um contrato necessariamente de duas e somente de duas partes) ao qual imputar (não imputando-a, por isso, aos indivíduos) a qualidade de empresário.

Dúvidas têm surgido com relação à distinção entre empresários e trabalhadores autônomos, superáveis, todavia, com o critério supramencionado da existência, ou não, de uma organização.

A dúvida nasceu do fato de o Código distinguir, como veremos, entre os empresários, os pequenos empresários, caracterizados pela prevalência do trabalho próprio e de pessoas da família sobre o trabalho de outrem e sobre os meios empregados, de maneira que se pode indagar se, então, a organização requerida pelo art. 2.082 não pode também ser aquela microscópica do trabalhador autônomo.

18. Cass., 30.3.1951, n. 708, *Foro It. Mass.*, 1951, 170.

Todos os que distinguem o empresário do trabalhador autônomo fazem alusão exatamente ao requisito da organização, no art. 2.082, para daí deduzir que, portanto, a todo empresário corresponde uma organização, devendo, por essa razão (com uma valoração que deve dizer respeito às circunstâncias do caso concreto e deve ser mais funcional que quantitativa), a cooperação dos colaboradores ou o recurso a bens concorrer com o trabalho pessoal (de modo que a organização poderá referir-se a pessoas ou a meios materiais), embora não adquirindo este recurso aquela prevalência que determina a presença de um médio ou grande empresário, ao invés de um pequeno empresário. Para tanto, observa-se que o próprio art. 2.083 faz referência à "prevalência" do trabalho próprio e de pessoas da família, assim admitindo, porém, o concurso do trabalho de outrem e a relevância dos meios empregados.

Outros objetam que, colocada a figura do pequeno empresário, entra nesta também aquela do trabalhador autônomo.

Para esta segunda tese milita uma exigência de simplicidade; para a primeira, que prefiro, além do relevo exegético do art. 2.080 e do próprio art. 2.083, a consideração de que, através de uma excessiva amplitude, a figura do empresário arriscaria perder... seus traços característicos.

Entre estes há, exatamente, me parece, o de uma – ainda que singela – consideração objetiva do serviço prestado (e por isso aproximável ao "bem produzido"), independentemente das qualificações pessoais do sujeito que pessoalmente o cumpre, dada precisamente a existência da organização; e é esta objetiva consideração que permitirá distinguir o empresário, ainda que pequeno, e ainda que produtor de serviços (porque a contraposição é, ao invés, imediata com relação ao pequeno empresário produtor de coisas), do trabalhador autônomo.

O problema tem, todavia, antes um alcance sistemático (embora não sendo desprovido de conseqüências normativas; pense-se, por exemplo, na disciplina dos sinais distintivos) que prático. Na verdade, diante da disciplina dos pequenos empresários, em relação (como veremos) ao estatuto subjetivo do empresário comercial, a diferença entre pequeno empresário e trabalhador autônomo não é de grande relevo, enquanto a recente adequação dos limites quantitativos do art. 1º da L. Fal. diminuiu, de outra parte, como no seu lugar teremos ocasião de notar, o alcance prático das dúvidas que surgiam com respeito à possibilidade de sujeição dos pequenos empresários à falência (que, em seguida à

desvalorização, podia terminar por abranger, dada a redação originária do art. 1º da L. Fal., e segundo algumas dentre as teses propostas acerca da conciliação entre o art. 1º da L. Fal. e o art. 2.083 do CC, também sujeitos que não teriam podido ser considerados como empresários – ainda que pequenos – a teor do Código Civil).

Se recordarmos os dados numéricos indicados *sub* n. 2, da V Lição, não tardaremos a apreender o elevadíssimo número, entre nós, de pequenos empresários... O que, se, de um lado, justifica a inclusão dos pequenos empresários na categoria dos empresários, de outro, demonstra o realce que assume a inaplicabilidade ao pequeno empresário comercial do estatuto objetivo do empresário comercial ou, ao menos (e examinaremos em seu lugar a questão), das mais importantes normas deste.

Na menção à organização destacamos como esta pode resultar não somente da colaboração do trabalho de outrem, mas também do simples emprego de meios materiais.

Indubitavelmente, assim fazendo, alude-se, mais que à rigorosa existência de uma verdadeira e própria organização, apesar de modesta, à relevância de fatores estranhos ao trabalho pessoal do sujeito (relevância que, além disso, quando prevalente sobre o dito trabalho, excluirá a "pequenez" do empresário); isto se concilia com o art. 2.083 e com a diversa valoração social de "empresários" e "trabalhadores", e explica por que a dúvida sobre os limites inferiores da categoria do empresário tenha sido levantada com referência à atividade de prestação de serviços (e, por isso, em relação ao trabalhador autônomo), e não à atividade de interposição na troca (porque é certamente – pequeno – empresário o vendedor ambulante, o qual, conquanto pequeno, operará sempre por meio das mercadorias, objeto de seu comércio, concorrendo, assim, na sua atividade, a relevância de fatores, pelo menos financeiros, que, embora modestos, são, todavia, estranhos à sua atividade pessoal e assumem relevo diverso do que apresentam – v. ainda art. 514, n. 4, do CPC – os modestos instrumentos pessoais de trabalho do trabalhador autônomo).

Emprego de meios materiais há ainda, quando se assumem responsabilidades financeiras; é empresário também quem compra produtos, recolocando-os no mercado, podendo proceder ao pagamento dentro de um prazo que lhe permite a prévia cobrança do preço da venda.

É empresário também, no meu entender (se bem que a solução seja contestada, porque se trata, obviamente, de um caso-limite), o especulador – sempre que profissional – de bolsa, sobre mercadorias (ou também sobre títulos), que, com o inevitável emprego de significativos capitais ou ao menos elevadas assunções de responsabilidade, compra e revende mercadorias (ou títulos, para tanto considerados exatamente como mercadorias, adquiridos com o intento de revendê-los, enquanto o poupador se limita a uma atividade de investimento e desinvestimento, sem, porém, desenvolver uma atividade profissional, através de aquisições que visam a uma sucessiva revenda), assumindo, enfim, economicamente, como todo "especulador", uma função na distribuição do risco.[19] A organização, a relevância de fatores estranhos à atividade pessoal e familiar, será dada precisamente pelo emprego de meios financeiros, abertura de crédito, relações com financiadores e outros especuladores, e assim por diante.

Às vezes, com relação a quem compra ou vende a descoberto para depois vender ou comprar em um momento sucessivo, previsto como mais favorável, os títulos (ou as mercadorias) já precedentemente comprados ou revendidos, aproveitando-se do fato de que os contratos de bolsa são a termo, fala-se de especulador sobre "diferenças" (e é, enfim, esta a premissa da tese precedentemente recordada, que nega a qualificação de empresário ao especulador de bolsa).

19. Cf. Trib. Nápoles 19.7.1951, *Riv. Dir. Comm.* 1952, II, 408, com nota de Asquini; em sentido contrário: Trib. Milão 19.9.1955, *Giur. It.*, 1956, 1, 2, 27, com nota favorável de Bigiavi, e *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1955, II, 536, com nota favorável de Satta. Ambos estes autores fazem referência à ausência, no especulador de bolsa, de uma atividade de intermediação, esquecendo que o especulador, por isso distinguível do poupador, compra precisamente para revender e vende para comprar, ou em seguida a uma compra efetuada para revender, assim desenvolvendo uma intermediação na troca com uma atividade que, por sua vez, não é totalmente "estéril" – como às vezes apressadamente se diz –, mas também ela economicamente produtiva, concernindo, de forma definitiva, a uma distribuição do risco econômico. A circunstância de o especulador de bolsa operar sobre coisas (títulos) que são também normalmente objeto de investimento pode naturalmente tornar, no caso concreto, mais difícil a distinção entre "poupador" e "especulador" – e um indício para a existência da especulação pode ser constituído pelo recurso ao crédito –, e, pois, aquela entre especulador ocasional e especulador profissional; mas não por isso se pode excluir a possibilidade, de resto, não infreqüente, de uma atividade profissional de especulação sobre títulos, que se desenvolve exatamente através de atos de troca coordenados com ulteriores atos de troca em uma atividade profissional, integrando os extremos previstos no art. 2.195, n. 2.

Na verdade, uma aquisição ou uma venda pode ser liquidada pela "diferença", isto é, substituindo à retirada e à entrega dos títulos o pagamento do saldo passivo (ou ativo) entre sua cotação do momento da aquisição (ou da venda) e aquela do vencimento da operação. Esta possibilidade é, na realidade, própria de todo mercado no qual a faculdade de adquirir e vender a mercadoria torna economicamente fungíveis a execução do contrato e a liquidação das diferenças.

Por sua vez, esta possibilidade pode impelir os especuladores a vender bens em quantidade superior àquela de que dispõem (venda assim chamada "a descoberto") (e pode, então, até acontecer que a massa dos bens vendidos termine por superar realmente a massa daqueles existentes) ou a comprá-los independentemente da intenção de mantê-los na própria posse e além das próprias disponibilidades financeiras (compra assim chamada "a descoberto"); em tais hipóteses, a conclusão de operações em sentido inverso passa a constituir, economicamente, uma necessidade, e vem concebida pelo especulador desde o momento da venda ou da aquisição (e note-se, ainda, que, assim como para todas as vendas de bolsa, trata-se de vendas genéricas, onde não é exato falar de vendas a descoberto como de venda de coisa de outrem).

A presença de operações a descoberto é conatural a um mercado bursísticol, que, sem elas, resultaria menos eficiente para os próprios fins dos investimentos ou desinvestimentos dos poupadores (facilitados pela possibilidade de encontrar uma contrapartida, possibilidade incentivada justamente pela presença dos especuladores); oferece, naturalmente, aqueles perigos que (não obstante a função que esta assume na assunção do risco) são próprios da especulação, e aos quais se pretende prevenir por meio de peculiares medidas sobre contratos de bolsa que visam a limitar a margem "descoberta" e a disciplinar o crédito de bolsa, como recordaremos na Lição XVI.

Por isso se imaginou a existência de contratos diferenciais, isto é, concluídos *ab initio* com o acordo bilateral de serem liquidados com o pagamento da diferença entre as cotações dos títulos (objeto do contrato) no momento da conclusão e no momento do vencimento do contrato, ao invés da entrega dos títulos e do pagamento do preço. A tese remonta à doutrina francesa do século XIX, no esforço de interpretar o Código Penal francês, que havia atingido o jogo de bolsa, atenuando, assim, os provimentos que no século XVIII, depois da crise de Law, tinham

sido ditados (1724) contra todas as operações a termo, provimentos retomados em 1785 contra as vendas a termo e depois ainda contra todas as operações a termo durante a Revolução Francesa; ela encontra sua explicação na dificuldade, para uma doutrina ainda dominada por categorias pré-capitalísticas, de perceber uma compra para revender, não conexa, todavia, àquela função de redistribuição do produto que é própria do comércio tradicional, e, assim, a "descoberto", e ainda mais de uma venda a "descoberto", de onde a tendência a reconhecerem-se operações simuladas escondendo apostas, até quando a lei (para tanto, mais sensível que a doutrina) veio talhar cerce, com uma geral declaração de licitude das operações de bolsa (na França, em 1885; entre nós, em 1913), uma dúvida que, na realidade, provinha não já de um fenômeno efetivamente ocorrente, mas da dificuldade da doutrina de perceber o mecanismo das operações a descoberto. No meu entender, os ditos contratos (salvo, talvez, hipóteses excepcionais) não existem; o que existe é a liquidação por diferença no momento do vencimento de um contrato de compra e venda de títulos (concluído a termo), mas o consentimento das partes a respeito é manifestado (qualquer que tenha sido inicialmente o propósito individual de cada parte) no momento do vencimento, e não no momento da conclusão do contrato; porque, na realidade, se procede, no momento do vencimento, a um contrato inverso àquele inicialmente concluído, compensando, pois, os recíprocos débitos e créditos, e chegando, por isso, ao simples pagamento do saldo.