PANTHEON - SERVIÇOS XI DE AGOSTO
P T N

O EMPRESÁRIO*

PANTHEON - SERVIÇOS XI DE AGOSTO
P76 T03 N11

Sumário: 1 - Empresário e atividade;

2 - Atividade e ato.

1. O que qualifica o empresário -- conceito central na sistemática da legislação italiana -- é, em minha opinião, uma atividade econômica (assim como uma atividade econômica qualificava o comerciante): "é empresário", reza o art. 2.082 do Código Civil, "quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços".

É pois a natureza (e o exercício) da atividade que qualifica o empresário (e não, ao contrário, a qualificação do sujeito que determina a atividade) e nessa prioridade da atividade exercida para a qualificação do sujeito pode-se notar a persistência de um elemento objetivo, como critério de aplicabilidade da especial disciplina ditada para a atividade e para quem a exerce.

Importa, por isso, determo-nos na análise do conceito de atividade, mesmo se alguns dos problemas que mencionaremos sob esse aspecto serão depois retomados na ilustração ulterior da doutrina do empresário.

Isto, por um lado, porque se trata da primeira conotação do empresário, definido no art. 2.082 como aquele que exerce a atividade qualificada no mesmo artigo (econômica, organizada, dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços). De outro lado, porque o conceito de empresário está ligado à importância da atividade, de modo geral. A doutrina jurídica tradicional, na refinada elaboração dos conceitos de ato e negócio jurídico, tem negligenciado a elaboração do conceito de atividade. Deve-se, pois, examinar quais são as categorias jurídicas do direito tradicional aplicáveis à "atividade".

Veremos como o conceito de atividade se coordena com o de probabilidade de ganho e é a esses conceitos que deveremos recorrer

* Tradução de Fábio Konder Comparato

na avaliação jurídica dos fenômenos próprios de uma economia caracterizada pela produção industrial de massa.

2 a) A atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finálidade comum. O termo "ato", ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico técnico, deve ser nesse particular entendido, ao menos para as pessoas físicas, como equivalente a "negócio" (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma pluralidade de "negócios", e não puramente de "atos", que pode ser apresentar como coordenada a uma "atividade" e, por isso, elemento integrante desta. Essa referência serve para excluir, em minha opinião, a qualificação de empresário em razão do cumprimento de uma pluralidade de atos que tenham, de per si, mero valor instrumental, relativamente a outras operações às quais se deve remontar. Assim, a reiterada subscrição ou mesmo negociação de cambiais não representa, por si só, uma atividade empresarial, a qual ao contrário resultará das operações ulteriores, em relação às quais a emissão e a circulação de cambiais são meios instrumentais, como, por exemplo, compra e venda de mercadorias a crédito ou a própria intermediação no crédito.

Essa finalidade, para as pessoas jurídicas e coletividades organizadas, coincidirá por sua vez com o seu escopo, ou estará coordenada com este. Quando assim, não seja, a atividade desenvolvida estará em contraste com o escopo do ente e dever-se á, então, antes de mais nada, perguntar se a atividade é imputável ou não ao ente, podendo, apenas na primeira hipótese, ser invocada para a aplicação ao ente das normas pertinentes.

Tais precisões servem para dirimir vários problemas. Da proibição de uma atividade não pode derivar a sua nulidade; não deriva nem mesmo, necessariamente, a nulidade dos atos isolados, que podem permanecer válidos, embora sendo ilícita a atividade. A distinção pode ser essencial, no tocante às normas de disciplina publicista da economia, que podem fulminar a atividade (e portanto o sujeito que a exerce), sem prejudicar a validade (e, por conseguinte, em seus efeitos relativamente a terceiros) do ato singular, ou sem lhe aplicar a pena de nulidade (ao contrário, dando, por exemplo, a possibilidade de sua resolubilidade a pedido da outra parte). Se examinamos a disciplina publicista da economia, não é de fato difícil perceber como ela considera, por vezes,

atos determinados; outras vezes, a possibilidade de exercício de determinada atividade ou a sua localização, ou ainda o desenvolvimento da atividade, prevendo sanções (tais como a liquidação administrativa, para os estabelecimentos de crédito, empresas de seguros, cooperativas; a cessação do exercício, para empresas de venda ao público), sanções essas que dizem respeito ao exercício (ou à localização) da atividade. A disciplina privatista do ato pode, pois, permanecer independente da disciplina publicista da atividade.

b) A atividade deverá ser apreciada de modo autônomo, isto é, independentemente da apreciação dos atos singulares, individualmente considerados. Independentemente da disciplina dos atos singulares pode ser considerado ilícito o fim perseguido com a atividade, ou pode ser submetido a normas particulares o exercício da atividade.

A ilicitude da finalidade, ou do exercício, não exclui a imputabilidade da atividade, mas acarreta a aplicação de sanções.

A atividade poderá ser lícita ou ilícita, mas não poderá ser nula. As normas sobre nulidade ou anulabilidade dos atos não podem ser aplicadas à atividade, que será existente ou inexistente e, no primeiro caso, regular ou irregular, lícita ou ilícita, mas nunca nula por vícios dos atos singulares, pois o cumprimento de atos nulos e anuláveis pode vincular-se ao exercício de uma atividade.

Por outro lado, a atividade poderá ser real ou simplesmente aparente, mas não poderá ensejar a aplicação da disciplina da "simulação" dos negócios jurídicos.

A apreciação da atividade implica a de sua finalidade, a qual, por sua vez, reflete-se na coordenação dos atos singulares praticados no exercício de uma atividade, mas que permanecem estranhos à causa de cada um desses atos.

c) Por vezes vem disciplinada uma especial habilitação do sujeito ao exercício da atividade e então a falta de habilitação precluirá a titularidade da atividade, salvo no entanto o exame (segundo as normas aplicáveis) da disciplina dos atos singulares.

As normas que regem a habilitação ao cumprimento da atividade (cuja violação é sancionada pela falta de aquisição da

titularidade da atividade) protegem o próprio sujeito; ao passo que as que precluem ou limitam o acesso a determinadas atividades são ditadas para proteção de um interesse diverso do sujeito ao qual se proíbe a atividade e, por isso, sua violação acarreta a aplicação de sanções, mas não o impedimento em ver reconhecida a titularidade da atividade.

d) Sujeito da atividade (ou seja, termo de imputação jurídica da atividade) e, segundo me parece, no sistema italiano, o sujeito dos atos singulares que a formam. Pode-se, parece-me, recorrer, no sistema italiano, em linha de princípio, unicamente a esse conceito jurídico, ao passo que é impossível recorrer-se, como às vezes se afirma, a um conceito econômico, referindo-se a subjetividade da atividade a quem, economicamente, tenha a direção e o risco dela. Não seria, aliás, possível referir a subjetividade da empresa a todo aquele que, na variedade dos casos, corre economicamente o risco da atividade. A própria certeza da aplicação do direito requer a referência a características típicas, cuja relação com uma determinada função econômica não pode ocorrer senão normalmente, não podendo corresponder a uma constante e rigorosa coincidência. As características que iremos enumerando correspondem às que normalmente ocorrem naquele que, economicamente, é considerado empresário, coordenador dos fatores de produção; naquele que, correndo o risco e tendo o poder, organiza a atividade econômica e dela tira lucro. Mas o jurista não pode, em cada caso concreto, identificar aquele que, economicamente, é empresário, assim como não poderia ditar regras especiais para aquilo que, economicamente, é, em cada caso concreto, o lucro, mas deve, ao contrário, recorrer a características típicas que, normalmente, correspondem à função econômica. Na variedade dos casos concretos, aquilo que, economicamente, é "lucro" e aquele que, economicamente, é "empresário" pode assumir características diversas entre os que o jurista pode tomar em consideração, justamente porque o jurista, ao falar de risco e de iniciativa, deve defini-los em função de características típicas que possam ser objeto de um sistema normativo. Importa, porém, definir de que risco se trata e o risco relevante é, então, no nosso sistema, o da necessidade de adimplemento, perante terceiros, das obrigações assumidas no exercício da atividade, assim como, por outro lado, a iniciativa se reduz à vontade juridicamente relevante na conclusão dos vários negócios, ou na atribuição dos poderes necessários para concluí-los. Isso é confirmado pela atribuição da qualidade de empresário às pessoas jurídicas, das quais pode-se, sem dúvida, falar de

Empresário: "o fornecedor" → risco e iniciativa

uma responsabilidade jurídica e de uma imputação jurídica, mas não de uma incidência econômica do risco (que, em última análise, economicamente, incidirá sobre os sócios da sociedade), ou de uma efetiva paternidade da iniciativa (que, efetivamente, será sempre dos homens e não das pessoas jurídicas).

Eis porque me parece impossível referir a subjetividade da atividade a quem não seja sujeito dos atos dos quais resulta a mesma atividade, e sujeito (juridicamente) dos atos (dos quais resulta a atividade) é aquele que, com bases nesses, adquire direitos e assume obrigações, independentemente da iniciativa (que, por exemplo, poderá vir do representante e não do representado, embora sendo o representado quem adquire direitos e assume obrigações), ou também do risco econômico (que, no caso concreto, poderá ser de outrem).

É o que nos permite entender por que, como lembrado, os sujeitos da atividade sejam também expressamente considerados pessoas jurídicas ou coletividades de pessoas, enquanto a iniciativa e o risco econômico são, necessariamente, tão só das pessoas físicas, dado que, em contrapartida (e é o ponto de partida de todos os problemas das sociedades), os que têm a iniciativa (por meio da maioria da assembléia) e os que correm os riscos (todos os sócios) não coincidem.

e) Enquanto, porém, nas pessoas físicas a atividade não poderá ser imputada senão em razão do efetivo cumprimento dos atos pelos quais ela se desdobra (sendo, por isso, considerada como um "fato"), nas pessoas jurídicas será suficiente o escopo de realizá-la, ainda que independentemente do seu efetivo desenvolvimento. Em tais hipóteses, é pois o escopo o elemento ao qual se deve antes de tudo recorrer para a qualificação do sujeito.

Toda vez, porém, que seja desenvolvida efetivamente uma atividade em contraste com o escopo estatutário e que ela possa ser imputada (apesar do contraste com o escopo estatutário) à pessoa jurídica, dever-se-á recorrer à atividade efetivamente exercida, pois de outra forma seria violada uma disciplina imposta em razão do interesse público.

Fazendo proceder a imputação da atividade da imputação dos atos, é possível (como precedentemente observado) referir a atividade, e a sua qualificação, a uma pessoa jurídica ou a uma

coletividade organizada, como também a uma pessoa física. O alcance da qualificação não é, porém, rigorosamente unívoco nas duas hipóteses, como demonstra o relevo que, para fins de qualificação, assume, na segunda hipótese, o escopo de exercer uma atividade independentemente do seu efetivo desenvolvimento, bem como a diversa posição que assumem os problemas relativos à distinção entre atividade autônoma e subordinada (atividade subordinada que, em geral, se admite possa ser própria tão só das pessoas físicas), e ainda os problemas relativos à especificação ulterior da qualificação do empresário.

Na verdade, nas pessoas jurídicas e nas coletividades organizadas, a qualificação de empresário liga-se ao escopo (que por isso adquire relevo peculiar sob esse ponto de vista) do negócio constitutivo; fato que se relaciona com a relevância que adquirem as pessoas jurídicas e coletividades como organizações instrumentais para o exercício de uma atividade. Por sua vez, é ao negócio constitutivo da pessoa jurídica ou da coletividade organizada que se deve recorrer para determinar o patrimônio, em relação ao qual adquirem relevância as consequências da qualificação.

Enquanto se divisa na pessoa jurídica ou na coletividade organizada a expressão de uma peculiar disciplina, que, no entanto, sempre diz respeito a homens – refutando-se a assimilação, na realidade pré-normativa ou em virtude da ordem normativa, entre pessoa jurídica e homem – a qualificação da corporação (ou da coletividade organizada) pode referir-se também aos seus membros e as consequências relativas poderão dizer respeito também aos membros e nos limites de sua responsabilidade como membros.

É o que ocorre tradicionalmente, admitindo-se a extensão da falência da sociedade ao sócio ilimitadamente responsável. Esse princípio tradicional suscitou a indagação clássica sobre se o sócio ilimitadamente responsável é comerciante, indagação retomada no sistema vigente, com relação à qualificação de empresário comercial. Na realidade, é ponto pacífico que o sócio de responsabilidade ilimitada é sujeito à falência por via da extensão da falência da sociedade, mas ele, por outro lado (quando, independentemente da sua qualificação de sócio ilimitadamente responsável, não seja empresário comercial), não é sujeito à falência em razão da própria insolvência, assim como não é sujeito passivo das várias obrigações e responsabilidades do empresário.

Posta essa solução normativa indubitável, é preferível a resposta negativa à indagação acima feita. A resposta positiva poderia, sem dúvida, justificar-se com a possibilidade (que, então, diria respeito a qualquer sócio) de resolver-se a qualificação da sociedade na dos sócios (mas, aí, a qualificação já não poderia ser atribuída simultaneamente à sociedade), devendo-se portanto, ressalvar o diferente alcance da qualificação quando aplicada diretamente à pessoa física e quando aplicada ao membro da corporação, enquanto membro desta. Esse diverso alcance é, justamente, a consequência da peculiar ordem normativa indicada com as expressões de "pessoa jurídica" e de "coletividade organizada"; e é esse alcance diverso que exclui a extensão da falência aos sócios ilimitadamente responsáveis, e que admite a extensão da falência social, mas não da falência em razão da própria insolvência, aos sócios de responsabilidade ilimitada. É esse alcance diverso, também, que se coordena com diferente sentido que, de modo definitivo, assume a imputação de uma atividade e sua respectiva qualificação em relação a pessoas jurídicas e coletividades organizadas, de um lado, e pessoas físicas de outro.

f) A atividade efetivamente exercida constitui, como notado, um "fato", e um fato para cuja relevância jurídica a vontade do sujeito é indiferente, não só quanto às consequências que legalmente dela derivam, mas quanto à sua própria subsistência.

g) A atividade se desenvolve no tempo: tem um início, um fim e uma localização, que podem ser considerados de modo autônomo, com relação aos atos singulares (por sua vez localizáveis no escopo e no tempo). Ainda a esse respeito, somos, para as pessoas físicas, reconduzidos à relevância de elementos de fato; para as pessoas jurídicas, à relevância do escopo e de suas determinações. A subsistência do escopo de uma atividade empresarial determinará, para as pessoas jurídica, a aquisição da qualificação de empresário mesmo antes do efetivo exercício; e a persistência do escopo (e em sentido contrário, a "liquidação" conseqüente à cessação do escopo) importa a persistência da qualidade de empresário, mesmo quando cessou o exercício efetivo da atividade.

h) Enquanto ao ato é considerado em relação aos seus destinatários, a atividade, como tal, não tem destinatário. No esmo sentido, observa-se que a atividade é dirigida ao mercado ou ao consumo do próprio sujeito. Essa observação justamente, não diz respeito à

identificação de um destinatário da atividade considerada em si mesma, mas pretende ao invés indicar a destinação dos atos dos quais resulta a atividade e é sempre aos atos, e não à atividade deles distinta, que se refere a destinação.

i) Do exercício da atividade (para as pessoas físicas) ou do escopo de exercê-la (para as pessoas jurídicas) deriva uma qualificação do sujeito.

Essa qualificação constitui, por sua vez, o pressuposto para a aplicação ao sujeito de uma disciplina especial, ou para a aplicação de uma disciplina especial aos atos por eles praticados no exercício da atividade.

l) Essa qualificação é sempre adquirida, necessariamente, a título originário, ou seja, para o exercício da própria atividade ou com o fito de exercê-la, justamente porque uma "atividade", por si só, não pode ser transferida.

A transferência pode dizer respeito ao complexo de bens que servem de instrumento à atividade, mas não, a rigor, à própria atividade.

m) A qualificação de empresário não constitui *status* que diga respeito à posição do sujeito num particular ordenamento jurídico e possa ser objeto de uma certificação autônoma.

n) A natureza da atividade reage sobre a qualificação do ato, como pertencente à administração ordinária ou extraordinária. Na verdade, é em relação à atividade, em função da qual é considerado, que um ato, embora mantendo as mesmas características típicas quando considerado isoladamente, será considerado de administração ordinária ou extraordinária, a não ser que seja diretamente considerado numa outra categoria. Assim, o ato de alienação de um bem, considerado de administração extraordinária em relação a uma atividade de fruição desse bem, será ao contrário de administração ordinária relativamente a uma atividade cujo exercício importa na sua venda.

o) Se examinamos as várias atividades possíveis, não tardaremos em discernir uma grande divisão: entre atividades autônomas, de um lado, e atividades subordinadas, de outro, isto é, atividades que se

exercem na dependência de outrem e cujos resultados vinculam-se a bens alheios ou serviços fornecidos por outras pessoas. As duas características ora indicadas devem concorrer para dar lugar a uma atividade subordinada, pois tanto a falta da primeira quanto a da segunda deixariam subsistir uma atividade autônoma (e pense-se -- quanto à ausência da primeira -- na empreitada e -- quanto à inexistência da segunda -- numa atividade exercida autonomamente, mas segundo diretrizes alheias).

É autônoma a atividade do empresário, assim como é autônoma a atividade do profissional autônomo e autônomas as atividades não econômicas (e também prescindindo, como é óbvio, das atividades de consumo e fruição).

É subordinada a atividade do empregado. Esta, como já notado, pode ser prestada somente por pessoas físicas, dado que em relação às pessoas jurídicas ou às coletividades organizadas, a prestação de trabalho por parte de seus membros é considerada não só como exercício de uma atividade da pessoa jurídica ou da coletividade, como também como exercício de uma atividade autônoma desta.

A atividade autônoma poderá ser diversamente qualificada, tendo em vista a diversidade de sua natureza e finalidade. Veremos que a primeira característica da atividade empresarial é a de ser uma atividade econômica, dirigida à produção e à troca, organizada (de onde distinguir-se da atividade do profissional autônomo), exercida profissionalmente.

Por outro lado, é com relação ao trabalho subordinado que se apresenta uma problemática especial, cujo surgimento constitui uma das notas mais salientes das estruturas econômicas caracterizadas pela produção de massa, em razão da maior relevância que assume nesta o trabalho subordinado e a concentração da produção.

Essa problemática encontra seu ponto de partida na relevância que a contribuição do trabalhador empregado ao exercício de uma atividade; elemento esse que, por sua vez, quando aparece em outros contratos, cria uma problemática especial -- assim, por exemplo, no contrato de agência ou preposição mercantil -- e que, de modo geral, é ignorado no direito tradicional, encontrando sua origem no trabalho livre e a sua importância naquela estrutura econômica mais complexa que é fruto da revolução industrial. É por isso que se põem problemas peculiares

ATIVIDADE
→ o texto da pessoalidade a autonomia o ativ.

quanto à disciplina da prestação da atividade quanto o contrato é nulo; ou quanto ao simultâneo exercício de uma atividade diversa ou concorrente com a do empregador; quanto à cessação da relação, como, em geral, nos contratos de execução continuada; quanto ao período durante o qual a atividade é exercida e assim por diante. A prestação do trabalhador implica o exercício de uma atividade pessoal e essa segunda característica suscita, por sua vez, novos problemas (pense-se, no direito privado, na disciplina da conclusão do contrato e note-se a analogia com os problemas que se põem no caso da prestação de qualquer atividade pessoal). A prestação do trabalhador importa o exercício de uma atividade subordinada e colocam-se, por isso, problemas atinentes a essa subordinação, aos seus limites. A prestação do trabalhador importa o exercício de uma atividade cujos resultados imediatos pertencem ao empregador e põem-se, com isso, problemas relativos à incidência dos riscos atinentes ao desenvolvimento da atividade do empregado. A prestação do trabalhador importa o exercício de uma atividade subordinada, pessoalmente prestada, de modo geral, por vários trabalhadores para um só empresário, o que acentua a fraqueza de cada um dos primeiros em relação ao segundo e eis a problemática -- que assume relevância central no mundo moderno -- resolvida por meio de uma série de institutos, tais como: a organização sindical dos trabalhadores como compensação à inferioridade do indivíduo (que é, aliás, também um elemento de equilíbrio de forças na estrutura política); as contratações coletivas enquanto instrumento para compensar a inferioridade na qual se encontraria o indivíduo contratante; a disciplina das despedidas de empregados, voltada a proteger a inferioridade do indivíduo; o direito de greve como arma dos trabalhadores organizados para fazer valer, como ação concertada, interesses que cada indivíduo não poderia sustentar.

Reproduzem-se, por vezes, no direito do trabalho, fenômenos que podem talvez recordar outros próprios das primeiras origens do direito comercial, quando a nascente classe dos empresários se afirmava perante as aristocracias feudais. A associação compensa a fraqueza do indivíduo e visa a elaborar, além de uma disciplina interna, normas que regulem as prestações dos indivíduos. À obra do legislador se substitui em parte a atividade normativa por meio das convenções coletivas. A elaboração de princípios por parte das comissões internas e dos juízos arbitrais acaba por constituir um direito judiciário. Por vezes --

em relação às diversas estruturas econômicas dos vários países e à diversa força das organizações dos trabalhadores -- prevalece a intervenção direta do Estado e da sua disciplina; outras vezes, ao contrário, a elaboração das contratações coletivas e de órgãos especiais.

TULLIO ASCARELLI

"Corso di Diritto Commerciale - Introduzione e Teoria dell'Impresa", 3ª ed., Milão (Giuffrè), 1962, pp.145 a 160.

Tradução de Fábio Konder Comparato