REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômico e financeiro

114

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XXXVII (Nova Série)
abril-junho/1999

MALHEIROS EDITORES

Textos Clássicos

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO COMERCIAL E O SIGNIFICADO DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO*

TULLIO ASCARELLI

1. A bipartição do direito privado e o conceito de direito especial. 2. A posição do direito comercial e a sua origem na civilização medieval. O primeiro período da história do direito comercial. 3. A formação das monarquias nacionais e o segundo período da história do direito comercial. O problema do crédito. A crise do sistema e a passagem para um critério objetivo. 4. A especialidade do direito comercial e o capitalismo. 5. O princípio da livre concorrência e o interesse do consumidor. 6. Disciplina da concorrência e disciplina do mercado. 7. A disciplina do mercado e o empresário. Diversas finalidades do intervencionismo. Disciplina do ato e da atividade. 8. Unificação do direito das obrigações e relevância do conceito de empresário. Empresa e causa dos contratos. Empresa e atividade. Atividade e ato. Empresa e critérios probabilísticos do direito. 9. Várias finalidades na disciplina da atividade.

1. Observando a história do direito, não tardamos em perceber a freqüência com a qual o direito privado se apresenta subdividido em dois sistemas, por vezes um deles regulando determinadas matérias com exclusão do outro, outras vezes, ao contrário, concorrendo na regulação da mesma matéria. Ao sistema "tradicional" contrapõe-se, então, um sistema "eqüitativo". Eqüidade, neste caso, não significa "justiça no caso concreto" ou "regra de direito social em contraposição ao estatal", mas significa o emergir, primeiramente de modo limitado e depois historicamente mais amplo, de novos valores e novos princípios, invocados antes *supplendi vel corrigendi gratia* e, depois, em um âmbito mais vasto, até que, no desenvolvimento histórico, normas antes consideradas excepcionais, depois sistematizadas como um direito especial, cheguem a constituir um direito geral e comum. Acabam, então, as normas contrastantes do velho direito tradicional por assumir por vezes quase o caráter de relíquias históricas de um sistema, a essa altura geralmente inspirado naquele que, ao início do desenvolvimento, formava o seu temperamento. *Jus civile* e *jus honorarium*, no direito romano, mostram-nos essa distinção; *common law* e *equity*, no direito anglo-saxão, repetem a dicotomia, indicando a importância de um fenômeno próprio dos dois sistemas, nos quais posteriormente se inspiravam todos os sistemas jurídicos da Cristandade. Essa dicotomia parece ilógica a quem se preocupa com simetrias sistemáticas; mas ela corresponde àquela con-

* Tradução de Fábio Konder Comparato, in *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão, Giuffrè.

ciliação entre exigências conservadoras e progressistas, entre a rigidez e a elasticidade imanentes em cada sistema, permitindo a adoção de novos princípios por uma via quase experimental, que consente na sua adoção primeiramente em alguns setores e, progressivamente, em outros, admitindo-lhes abstratamente uma aplicação geral, mas sancionando-os somente na medida em que isso se faça necessário, tanto que sua expansão permanece confiada ao tempo e sujeita ao valor que a experiência lhe der.

O direito "especial" caracteriza-se, justamente, por sua limitada aplicação, a despeito da amplitude geral e abstrata dos seus princípios; as suas características podem prender-se, antes a uma consideração histórica do direito no seu desenvolvimento, do que a uma consideração sistemática em certo momento. A eqüidade se apresenta, então, como afirmação efetiva de novas normas que, mais chegadas à consciência atual, são consideradas eqüitativas em confronto com aquelas tradicionais, mas que também têm um caráter geral e acabam por afirmar-se como tais no desenvolvimento histórico do direito, até que sejam sancionadas como princípio geral, tal qual se deu com o "Judicature Act" inglês de 1875.

2. O direito comercial, parece-me nas suas origens e no seu desenvolvimento, liga-se aos fenômenos ora mencionados.

Sem dúvida, podemos em cada época destacar normas particulares do comércio; mas um sistema de direito comercial, em contraposição ao do direito civil, somente surge com o renascimento da vida medieval nas comunas italianas, com o assentar-se, dentro dos muros das novas cidades, de uma civilização urbana e burguesa, fundada no trabalho livre e na renovada operosidade do tráfico mercantil, concomitantemente com o prodigioso florescimento cultural, que conheceu o cântico de São Francisco e o poema de Dante, a redescoberta de Aristóteles e as pesquisas experimentais.

O direito romano, mesmo nas normas particulares do comércio, não conhecera um sistema autônomo de direito comercial. Talvez para isso houvesse concorrido a dicotomia entre *juris civile* e *honorarium*, à qual nos referimos, bem como a satisfação, através do *jus gentium*, daquelas exigências internacionais, tão vivas na formação do direito comercial.

Um sistema de direito comercial se encontra, ao contrário, nas nossas cidades medievais, em conexão e em contraste com o ainda vigente direito romano-canônico. A elaboração então realizada foi, antes de mais nada, produto do desenvolvimento consuetudinário no meio corporativo, em função de sua peculiar jurisdição; um direito pois, particular, elaborado pelos próprios comerciantes dentro de uma esfera de autonomia (o que explica sua aplicabilidade apenas a estes, por um critério subjetivo). Ao lado da minuciosa regulamentação corporativa referente a filiação à corporação, a disciplina destas, a das mercadorias e dos serviços dos seus membros, desenvolvem-se normas, sempre aplicadas por critérios subjetivos, que dizem respeito à troca de mercadorias e de serviços. São essas normas que, elaboradas nas corporações mercantis e aplicadas pelos respectivos tribunais da justiça consular, e desenvolvidas nas feiras, combinam-se com a evolução dos costumes para a formação de um *corpus juris* substancial e internacionalmente uniforme no âmbito mercantil e que encontra no seu internacionalismo nova razão de vida e de autonomia. Não obstante essas normas, pela sua origem, serem aplicadas em função de um critério subjetivo, consagra-se a competência da jurisdição consular mesmo quando apenas uma das partes é comerciante. O mar, principal meio de comunicação, apresenta, por seu turno, na elaboração de seus institutos, princípios bem ricos de desenvolvimento; na origem dos seguros encontramos o hoje esquecido empréstimo de câmbio marítimo.

As normas assim elaboradas dizem respeito sobretudo ao mercado e ao câmbio, constituindo assim aquele direito que ainda hoje chamamos mercantil. São justamente os problemas de mercado que prevalecem neste primeiro período do direito comercial, cujo início podemos, para indicar uma data, fazer remontar ao início do século XII e cujo término podemos situar na segunda metade do século XVI. Um tratado desse primeiro período encontramos completo na obra de Stracca (1553), primeiro sistematizador do direito comercial.

O direito comercial distingue-se, então, do direito comum no que diz respeito às suas fontes, porque estas residem acima de tudo na autonomia corporativa e nos costumes dos comerciantes, direito esse outrossim não apenas a estes aplicável, mas por eles elaborado, com uma jurisdição especial que é a das corporações e das feiras, com uma autonomia corporativa comparável à das diversas classes sociais e fruto da autonomia de que estas gozam no direito medieval. Relativamente ao seu conteúdo, o direito comercial deste período gravita em torno de um pólo normativo, constituído pelo câmbio e pelo mercado e que desde então adquire (não obstante o critério subjetivo de sua aplicação) um valor próprio, distinguindo-se assim de um mero direito classista e da disciplina interna das corporações e dos seus membros, de importância predominante nas corporações de ofícios. Neste período formam-se regras sobre a conclusão dos contratos, sobre representação, sobre auxiliares do comerciante, sobre pagamentos (a letra de câmbio aparece como instrumento de pagamentos internacionais) sobre a venda, sobre comissão, sobre livros do comerciante, sobre falências e assim sucessivamente.

A formação dessas normas, originariamente italianas, é basicamente uniforme no campo internacional e independente dos limites geográficos, pelo que Stracca pôde falar adequadamente de um novo *jus gentium*. Isto ocorre mesmo além das fronteiras que permaneceram hostis à penetração do direito romano comum, ou seja, mesmo na Inglaterra. Ao desenvolvimento corporativo e consuetudinário do direito comercial nas cidades da Europa Continental corresponde, na Inglaterra, com ampla semelhança de princípios, a sua evolução através de procedimento sumário dos tribunais das feiras (os *piepowder courts*) e a disciplina especial das cidades dotadas de um privilégio de mercado (*staple system*).

3. Concluído o processo de formação das monarquias centralizadas, abriu-se, no meu modo de ver, um segundo período da história do direito comercial, cujo início podemos situar nos fins do século XVI. As fontes do direito comercial não mais serão encontradas na autonomia das corporações, pois o direito comercial passará a fazer parte do direito comum. A evolução consuetudinária sucederá um desenvolvimento fundado nas ordenações emanadas da autoridade régia, preocupada com a formação de um mercado nacional e enciumada com a autonomia das várias ordens profissionais. As normas elaboradas no primeiro período, referentes à troca e ao mercado, demonstram a sua própria força, através da persistência da autonomia do direito comercial, a despeito de modificações havidas em suas características. Com efeito, nascido no meio corporativo e fruto da elaboração dos comerciantes, o direito comercial se reafirma através da capacidade de superar suas origens corporativas. Seu centro de propulsão desloca-se da Itália, que não consegue tornar-se um Estado Nacional, exatamente quando alhures se afirmam as grandes monarquias nacionais centralizadas, para os Países Baixos, França e Inglaterra, ao mesmo tempo em que a Alemanha conhece uma profunda crise econômica, agravada depois pela Guerra dos Trinta Anos. Na Europa Oriental, em contraposição com a evolução da Europa Ocidental, reforça-se e se sistematiza a servidão da gleba, tanto que a libertação das massas camponesas lá ocorrerá, assim, co-

mo em grande parte da Alemanha, somente no século XIX.

A Especialização da Justiça, ministrada por tribunais especiais, compostos por comerciantes (correspondendo-lhes na Inglaterra o entendimento de regras mercantis como costumeiras, sujeitas a julgamento de fato pelos jurados, não obstante a avocação, desde 1606, da jurisdição comercial pelos tribunais de *common law*) e a qualificação dos comerciantes como critério determinante da aplicabilidade das regras mercantis continuam a distinguir o direito comercial, mas também este se apresenta, a despeito de sua especialidade, como parte do direito em geral, regido por vezes pelas grandes Ordenações, como a de Luís XIV. As exigências do tráfico mercantil, aliás, provocam na França uma legislação comercial mais intensa e sistemática do que a do direito civil (esta mais fiel ao direito romano comum e aos costumes), sistematização legislativa essa que encontramos justamente na Ordenação de Luís XIV. Enfraquece-se, ante a formação de um mercado nacional surgido da monarquia, o sistema corporativo, também então sujeito à autoridade real, que impõe uma disciplina minuciosa e publicista, que constitui a parte predominante do ordenamento comercialista. A indústria, cuja origem provinha da iniciativa de comerciantes, organizando artesãos ou trabalhadores a domicílios, encontra estímulo em seu desenvolvimento fora das corporações de ofício, e é não raro incentivada e protegida pela autoridade régia. As normas (privadas) comerciais vão sendo, com freqüência, cada vez mais aplicadas objetivamente (embora através do artifício da comerciabilidade do sujeito *quoad actum*). A especialidade dos princípios elaborados prevalece, na autonomia do direito comercial, sobre o caráter ordinário de um direito classista e na Ordenação de Luís XIV se afirma a comercialidade absoluta dos atos cambiais.

O problema, que parece predominante na elaboração levada a efeito nesse período, não é mais o das trocas, mas o do crédito, assim como o investimento, diante das exigências surgidas pelo desenvolvimento da indústria, sobretudo a de mineração, e especialmente pela expansão colonial, que levava a ambição européia de conhecimento e conquista a reencontrar pelo mar o caminho das Índias, com a descoberta de um novo e fabuloso continente. Exigências do crédito significam exigências de sua circulação, porque crédito e investimento serão tanto mais fáceis, quanto mais fácil for sua mobilização; é, portanto, a facilidade na circulação de crédito que determina efetivamente a possibilidade de desenvolvimento.

Encontramos nesse período o desenvolvimento da letra de câmbio que, de instrumento de câmbio internacional torna-se instrumento de crédito pela criação do saque e pela disciplina da posição do sacado. Encontramos aqui, também, o desenvolvimento das sociedades anônimas, que aperfeiçoam seus próprios princípios, inicialmente afirmados no início do século XVII pelas companhias coloniais, às quais, quase imediatamente, se relaciona, de modo natural, o desenvolvimento das bolsas de valores. As operações destas, no longínquo século XVII, não nos parecem diversas das de hoje, segundo a descrição constante do opúsculo (1688) do misterioso José de La Veja, preocupada justamente em descrever aquele "jogo" das ações, que a expansão das companhias coloniais provoca em Amsterdã, que tinha então a função que tem hoje sua "filha", a Nova Amsterdã, como originariamente se chamava Nova Iorque.

A evolução da sociedade anônima – mais livre nos Países Baixos e na Inglaterra assim como mais livre se apresenta aí a atividade econômica; na França, porém, mais estreitamente vinculada à política mercantilista – revela uma conexão de elementos privatísticos e publicísticos. O ato em que se funda a companhia fixava-lhe a personalidade e os privilégios; a concessão atribuía à companhia personalidade jurídi-

ca e circulabilidade dos títulos, ao mesmo tempo em que a investia de monopólio e privilégios, confiando-lhe a exploração de distantes terras de além-mar.

O sistema conheceu sua crise com o final do século XVIII.

Na Inglaterra, em meados do século XVIII, com a ascensão (1759) de Lord Mansfield a *Chief Justice*, as normas comerciais passam a ser fixadas diretamente pelos tribunais de *Common Law* e o direito comercial veio a ser consolidado e desenvolvido através de precedentes jurisprudenciais, embora conservando em larga escala a sua herança romana, no âmbito da *Common Law*, ao invés de ser enquadrado como um sistema especial. Mais rápido, por um lado é o processo de modernização da agricultura, e o da industrialização por outro, assim como a afirmação de uma classe média e a revolta contra o Estado autoritário e contra o sistema de privilégios no exercício da atividade econômica já se haviam manifestado na Inglaterra, quando no continente se expandia o Estado absolutista. A distinção entre *common law* e *equity*, que perdurava pelo século XIX adentro, mantém uma dicotomia que assume uma função de elasticidade no sistema de direito privado.

No continente europeu, o direito comercial continua a contrapor-se ao civil, continua a ser aplicado por jurisdições especiais compostas por comerciantes (revelando-se nessa composição dos órgãos judiciários a coligação com o período anterior); mas o Código napoleônico, cuja edição assinala o final do que denominamos o segundo período da história do direito comercial e o início do período atual, erige desde então um sistema de normas objetivamente aplicáveis, quaisquer que sejam os sujeitos do ato.

A objetivação do sistema aumenta necessariamente o seu campo de aplicação, não só porque ele se estende aos atos de comércio ocasionais (sempre raros), mas também porque a aplicação das normas comerciais doravante prescinde da qualificação do sujeito, e poderá também estender-se ao negócio unilateralmente comercial e, assim, ao ato do consumidor. A indústria é atraída para o âmbito do direito comercial por meio do critério, já substancialmente formulado por Stracca, da empresa, contrapondo-se, assim, ao artesanato (cuja consideração, na ordenação de Luís XIV, vinculava-se ao controle régio das corporações de ofícios e à disciplina pública do comércio, superada com a dissolução das corporações).

A objetivação acentua-se no correr do século XIX: novos atos são atraídos para a esfera do direito comercial que, com o Código italiano de 1882, supera a fronteira que parece intransponível dos negócios imobiliários e sanciona a sujeição do negócio bilateral, em sua inteireza, à lei comercial, mesmo quando comercial somente um dos atos que o constituem, sujeitando então ao direito comercial também o ato com o fito de consumo.

Praticamente, com o fim do século XIX o direito comercial, no desenvolvimento jurídico de vários países, tende a regular cada ato econômico "inter vivos", que estejam fora do âmbito da agricultura; a agricultura contrapõe-se, no seu tradicionalismo patriarcal, ao comércio e à indústria, avizinhando-se de uma atividade de mero usufruto e administração de bens. O direito das obrigações comercializa-se, segundo a frase de um grande comercialista, e isto a tal ponto que, quando (como também aconteceu em alguns países, por exemplo o Brasil) o Código Civil é posterior ao Comercial, é no Civil e não no Comercial que encontramos aqueles princípios que determinam os atos propriamente comerciais. O direito civil permanece como o direito da família, das sucessões, dos direitos reais; os princípios comerciais aplicam-se, de fato, a todo o direito das operações econômicas, com exceção da agricultura.

Os institutos comerciais mais típicos (das sociedades anônimas ao seguro e à cambial) tornam-se antes institutos de aplicação geral, aos quais também se recorre na atividade agrícola (e por vezes são por esta razão regulados por leis especiais ou passam diretamente para o Código Civil), sujeitos doravante a uma disciplina constante (e em muitos direitos a sociedade anônima com objetivo civil é até mesmo possível de falência), qualquer que seja a sua utilização.

Dentro dessa capacidade de objetivação encontra-se a razão da persistência e da fecundidade do direito comercial, que, assim, acompanha aquele processo geral de objetivação de todo o direito, o qual conduz à formação de um direito idêntico para todos. Esse processo de objetivação, que se colhe em todo direito, colhe-se também no direito comercial e é justamente pela sua capacidade de objetivação que ele, mesmo vinculando-se, nas suas antigas origens, à diferenciação dos direitos autonomamente elaborados pelas várias categorias, consegue elaborar um conjunto normativo independente das características dos sujeitos e de aplicação sempre mais geral. Essa capacidade de objetivação pode, talvez, ser entendida num duplo sentido: como elaboração de regras objetivamente aplicáveis, independentemente das características subjetivas; ou como elaboração de regras objetivamente voltadas para um interesse geral de progresso econômico e não dirigidos à tutela de interesses de categorias, e, justamente por esta razão, objetivamente aplicáveis aos atos, independentemente das qualificações do sujeito.

4. Fica claro que a especialidade do direito comercial não deriva da especialidade da matéria regulada, mas da emersão em determinados setores, de exigências e valores de caráter geral e, como tal, suscetíveis, no desenvolvimento histórico, de uma aplicação geral. Não são as exigências técnicas inerentes ao comércio, à indústria, à produção, e por aí afora, que "necessariamente" determinam normas especiais, porque, se assim fosse, o direito estaria fora da história, ou inserido numa história separada. O direito, e portanto também o direito comercial, não pode ser compreendido fora da história e a sua especialidade não pode ser posta em relação com exigências técnicas imutáveis, mas com o desenvolvimento histórico da nossa experiência jurídica, que vem gradativamente afirmando – por isso primeiramente em campos determinados – novos princípios, depois suscetíveis de aplicações mais gerais, justamente porque o direito não obedece no seu desenvolvimento a preordenadas simetrias sistemáticas, mas à necessidade e à consciência dos homens, cujas relações regula, no ordenamento da convivência social.

Portanto, se quisermos encontrar um paralelo ao direito comercial nas categorias da economia, não poderemos encontrá-lo nas categorias da economia descritiva; e a história desmente, na verdade, as propostas identificações do direito comercial com o direito da intermediação, ou da circulação, ou da atividade organizada da empresa, ou da produção e do câmbio (em oposição ao consumo, posição esta que, no âmbito da obrigação, reduz-se à negação daquela sujeição integral do negócio unilateralmente comercial ao direito comercial, a qual pelo contrário já vinha estabelecida no Código italiano de 1882). Estas identificações substancialmente nos indicam o âmbito do direito comercial em momentos e países determinados, mas não nos dão os motivos da variabilidade histórica desse âmbito.

Para encontrar um paralelismo para esta variabilidade devemos nos referir às categorias da história econômica. O direito comercial apresenta-se como o direito do capitalismo, afirmando-se justamente quando este se estabelece originalmente, nas cidades comunais italianas; desenvolve-se com o desenvolvimento da economia de crédito, que acaba por contradistinguir o

capitalismo; passando de direito autônomo de classe a direito estatal com a formação das monarquias centralizadas e com o mercantilismo; estendendo-se do comércio, onde primeiro se afirma o capitalismo, à indústria, que pelo contrário permaneceu artesanal por séculos; apresentando hoje aqueles problemas que são justamente os de uma estrutura econômica capitalista; contrapondo-se à agricultura, onde a estrutura econômica capitalista penetra mais tardiamente e onde está ainda, muitas vezes, ausente, tanto que pressupõe-se no seu âmbito problemas que não se ligam ao desenvolvimento do capitalismo, mas à superação de condições pré-capitalistas (como a reforma agrária); caracterizando-se os seus institutos por aquelas preocupações (tutela do crédito e da sua circulação, anonimato e despersonalização, conexão de vários negócios entre sujeitos diversos, disciplina em vista da produção para o mercado e assim por diante) que são típicas de uma estrutura capitalista; refletindo-se, no assentamento básico atual dos seus diálogos, motivos que pressupõem uma estrutura capitalista.

E, porque os instrumentos jurídicos têm um valor técnico, por assim dizer, neutro com relação às suas premissas, enquanto por um lado o intervencionismo público – perdoem-me por repetir minha expressão velha e feia –, "administrativizando" a economia, às vezes com aquilo que alguém já chamou um "recurso" mercantilista, por outro lado (e mesmo sob este aspecto pode-se notar um recurso ao mercantilismo particularmente evidente na fenomenologia da sociedade por ações e na própria disciplina de algumas de suas instituições) os institutos de direito comercial (a sociedade anônima, os títulos de crédito, ou as sociedades) são suscetíveis de aplicação na atividade de entes de direito público (que, por sua vez, em épocas distantes contribuiu para o desenvolvimento de institutos comerciais) ou em economias socializadas, justamente como instrumentos jurídicos da atividade econômica.

5. A crise do sistema, ainda em vigor até fins do século XVIII, marcou (na França com as leis de 1776, primeiramente, e depois de 1791) o fim do ordenamento corporativo e de um sistema de privilégios pessoais e a afirmação do princípio da livre iniciativa. A uma economia que hoje diríamos planificada, ou melhor, regulamentada como a mercantilista, sucede a convicção – mais tarde juridicamente manifestada na codificação napoleônica – de que a própria livre iniciativa e a livre competição garantem aquele máximo bem-estar coletivo, que inutilmente seria perseguido por regulamentos autoritários; os homens são considerados como seres racionais e maduros, portanto juridicamente iguais, e não como crianças que devem ser guiadas; a máxima preocupação passa a ser, assim, a de garantir o livre jogo da concorrência e da iniciativa, desaparecendo a disciplina diferenciada das várias atividades econômicas e permanecendo somente a noção geral de comerciante como sujeito que cumpre profissionalmente atos de comércio; são abolidos privilégios e monopólios e dissolvidas as corporações profissionais; a própria formação da sociedade anônima será, durante o século XIX, primeiramente no Estado de Nova Iorque, depois na Inglaterra e França, sujeita a uma disciplina normativa geral, independentemente da concessão da personalidade em cada caso concreto.

A burguesia triunfante, que se afirma com a Revolução Francesa e se reafirma depois nas lutas do século XIX, quebrava esquemas aos quais devem, em séculos passados, a sua primeira afirmação e rebelava-se contra a autoridade régia, à qual anteriormente se havia ligado para lutar contra os privilégios das classes feudais.

A preocupação dominante torna-se a do interesse do consumidor, e é esse interesse que se protege ao se regular a concorrência entre produtores, em relação aos quais o consumidor é o "terceiro que desfruta", concorrência essa que passa a ser

entendida como estimulo e juízo suscetível de trazer, através do progresso técnico, diminuição de custos e aumento dos salários reais com um progresso geral.

É por essa deslocação do acento que o direito comercial do período que se inicia com a codificação napoleônica se distingue do de períodos anteriores; as instâncias críticas assinalavam limites e custos do sistema, mas sempre visando à satisfação do mesmo no interesse de progresso técnico e bem-estar econômico geral.

O princípio correspondia àquele processo geral de objetivação do direito, que havia levado à superação de relevância das qualificações subjetivas e, por isso, à afirmação de um direito idêntico, com o renascimento da igualdade de todos, em lugar dos vários direitos das diversas "ordens" da sociedade, o que, sob outro aspecto, correspondia à unidade e soberania do Estado e ao prevalecimento do interesse geral sobre os interesses seccionais de categorias.

Essa orientação, traduzindo-se num direito objetivamente aplicável e, por isso, único para todos os sujeitos, traduzia-se economicamente na tutela do consumidor que é, afinal, o sujeito indiferenciado cujo interesse é considerado como geral.

Ao desenvolvimento da livre concorrência vinculou-se, por outro lado, desde o final do século XVIII, primeiro na Inglaterra, e depois mais geralmente o desenvolvimento da indústria e da técnica.

Esse progresso tem sido também o fruto dos instrumentos do direito comercial. Não teríamos automóveis e aviões ou produtos químicos sem uma conveniente regulação de sociedades anônimas, cambiais, bancos, sociedades seguradoras, patentes de invenções e assim por diante. Os instrumentos elaborados pelo direito comercial caracterizam a nossa época em medida não inferior às máquinas que, sem aqueles instrumentos, o gênio individual teria podido conceber, mas que não poderiam ter sido produzidos e difundidos para o nosso conforto. O gênio de Leonardo adivinhava o domínio do ar, mas sem sociedades, responsabilidade limitada, circulação das ações, bolsa, financiamento, bancos, cambiais, desconto, patentes, os aviões não sulcariam os céus.

6. O novo problema que, na história do direito comercial, vem caracterizar o período atual parece-me o da concorrência, em conseqüência, sem dúvida, da afirmação da liberdade geral de iniciativa e de acesso ao mercado.

A objetivação do sistema do direito comercial assume exatamente este significado histórico: um ordenamento que prescinde das qualificações objetivas significa justamente liberdade de iniciativa e de acesso ao mercado, liberdades essas anteriormente vedadas pela estrutura geral do sistema.

Na essência, nos regimes anteriores as probabilidades de ganho por parte dos indivíduos eram diretamente controladas, conferindo-se a uns o privilégio de desenvolver, com exclusividade, uma determinada atividade (ou negando-se aos outros essa possibilidade) e disciplinando-se diretamente o conteúdo da atividade econômica.

Com a afirmação do princípio da liberdade de iniciativa (cujo pleno triunfo, pode-se dizer, foi marcado pelo advento das leis que, na segunda metade do século XIX, reconheceram a liberdade de constituição das sociedades anônimas, enquanto a liberdade de iniciativa era reconhecida, em 1869, também na Alemanha, na *Gewerbeordnung*), o controle sobre as possibilidades de obtenção de ganho advém, por via indireta, através da tutela do direito de propriedade por um lado, e da liberdade de contratar, por outro; por isso, não é estranho que, na sistemática do Código Napoleônico, os contratos sejam considerados sob o perfil dos modos de aquisição da propriedade. Foi necessário, portanto, então, também disciplinar diretamente a con-

corrência, a princípio indiretamente regulada através da mesma disciplina de acesso ao mercado.

Recorre-se também à propriedade, no reconhecimento de direitos sobre bens imateriais, identificando-se assim o pressuposto da exclusividade, em contraste com o anterior regime de privilégios, na realização de uma criação intelectual e nesta, portanto, o objeto de exclusividade, independentemente de uma intervenção discricionária da Administração Pública. Mas, dado que essa exclusividade se atém ao exercício de uma atividade e, por conseguinte, a uma limitação da concorrência, o seu reconhecimento jurídico só ocorre em harmonia com o interesse do consumidor com o qual novamente se harmoniza a disciplina do direito nos vários casos, conciliando assim a exclusividade com o critério no qual se inspira a afirmada liberdade de concorrência.

O direito sobre bens imateriais, na verdade, atribui (em caráter de exclusividade) a um sujeito a possibilidade de produção ou desfrute de uma criação intelectual objetivada, mas isso só quanto aos tipos de criações intelectuais em relação às quais a exclusividade é justificada pelo interesse público. O Ordenamento assim dado não visa somente à composição de um conflito entre os interesses contrastantes do "criador" e dos consumidores: a mesma concessão de exclusividade, e não só o seu limite, corresponde, pelos tipos de criações intelectuais pelos quais é admitida, ao interesse público, que seria prejudicado quer pela falta de limites, quer pela falta de exclusividade. Isto ocorre justamente no caso dos sinais distintivos, porque ao interesse do empresário de organizar e conservar sua clientela (e por isso à atribuição da probabilidade de ganho derivada da organização e conservação da clientela) corresponde o interesse do consumidor de não ser enganado. Verifica-se igualmente nas invenções industriais e nas obras do engenho humano, porque a concessão de exclusividade estimula as contribuições técnicas e culturais que, em ambos os casos, a limitação da duração (mais breve no primeiro, dada a maior importância do privilégio) e, também no primeiro caso, a regulação da atividade, permite fazer cair no domínio público, assim como, sempre no primeiro caso, a atribuição de exclusividade ao primeiro requerente (ou àqueles cujo pedido goza de prioridades) estimula a revelação que, depois, permite o desfrute público.

E o relevo do interesse público que, a mim me parece, permite que se entenda o porquê da diversa disciplina nas três hipóteses *supra* distintas e a diversidade dos bens assim individuados, assim como os limites da proteção.

É justamente com a Revolução Francesa que a Europa Continental disciplina marcas (anteriormente considerada, ao contrário, como marcas obrigatórias, destinadas a garantir a qualidade do produto em função do ordenamento corporativo), direitos autorais (cuja disciplina enudeou-se a partir dos privilégios anteriormente concedidos para a impressão, segundo o precedente inglês de 1709) e patentes de invenção industrial (segundo o precedente inglês do *statute* de 1623, que proclamou a abolição dos privilégios, salvo o do inventor).

O bem imaterial, objetivado, tomado assim objeto de domínio, contrapõe-se à coisa que passa a constituir o veículo de sua exteriorização. Este existe de tal maneira que pode ser simultânea e integralmente objeto do mesmo desfrute por parte de um número ilimitado de pessoas e isto, justamente, pela sua natureza intelectual, como tal contraposta às coisas (inclusive as energias) materiais. Assim se os sinais distintivos apresentam, em sua função distintiva, a razão de exclusividade de emprego, a invenção industrial e a obra do engenho realizam sua função social exatamente através da possibilidade de um desfrute geral. É nessa sua infinidade, como escreveu Carnelutti, que está a sua característica. A possibilidade de gozo realiza-se tanto mais fa-

cilmente quanto maior o desenvolvimento da indústria, que permite a ilimitada reprodução ou utilização das idéias em uma infinidade de coisas; ela se liga, por sua vez, à liberdade de iniciativa que exclui possa a utilização da idéia ser submetida a um controle de mérito por parte da Autoridade Pública.

A exclusividade vincula-se, pois, como salientado, à disciplina da concorrência.

Esta se relaciona, assim, não apenas com os sinais distintivos, como há muito se afirma, dado que eles constituem justamente coletores de clientela, mas também com os direitos de autor e de inventor, como foi amplamente demonstrado na Alemanha e França e recentemente na Itália, ou seja com o direito autoral em sentido amplo. Deste, o direito de exclusividade industrial e o direito sobre as obras do engenho humano constituem na verdade subespécies caracterizadas pela peculiaridade da criação ideal assim tutelada e pela peculiaridade da exclusividade correspondentemente concedida.

Esse relacionamento (entre direito autoral e privilégios industriais ou sinais distintivos) não deriva de coexistência, na tutela do direito de autor, de um elemento concorrencial, ao lado de um elemento patrimonial e moral. O que sucede é que o direito de utilização do autor e do inventor – prescindindo do direito a ser reconhecido como autor, que pertence ao autor de qualquer criação intelectual, mesmo independente do direito à utilização – relaciona-se, em via definitiva, com o exercício de uma atividade que, afinal, diz respeito à fabricação e ao comércio das coisas nas quais a criação se materializa.

Enquanto disciplina de atividade, a exclusividade do direito do autor e do inventor se relaciona à disciplina da concorrência. Mas a exclusividade não é concedida em relação ao exercício de uma atividade definida somente no seu gênero, constituindo assim um monopólio, mas em relação a uma criação intelectual especificada, tornada assim objeto de direito real e, por isso, nos limites derivados dos domínios sobre o bem assim individuado. Ela é concedida somente em harmonia com o interesse público, portanto, somente para criações intelectuais nominadas, com um ordenamento diferenciado para as várias criações em relação à diversa gravidade dos limites impostos pelo interesse dos consumidores, de modo a conciliá-la com o princípio da liberdade de concorrência.

7. Na Administração Pública da economia é, por sua vez, freqüentemente necessário retornar à atividade econômica do sujeito.

A exigência dessa disciplina veio sendo posta a partir do final do século XIX e mais intensamente após o verdadeiro final do século XIX, assinalado pela primeira guerra européia, sob o impulso das exigências da conjuntura então iniciada e pelo relevo geral que adquiriu o exercício de atividade econômica, em conseqüência do desenvolvimento da industrialização.

Inicialmente, na verdade, essa disciplina visava a eliminar ou atenuar o caráter de classe da legislação surgida com a revolução burguesa; a tutelar o trabalho (em relação ao qual a dissolução das corporações de ofícios, devido à afirmação da liberdade de iniciativa econômica, traduziu-se em um obstáculo às associações de trabalhadores); a intervenções destinadas a reprimir concentrações de poder econômico, ou a nacionalizar os serviços públicos ou as fontes de energia; à abolição de persistentes estruturas semifeudais e pré-capitalistas.

Sucessivamente – talvez de maneira conseqüente, depois do malogro que, com a desvalorização da libra e do dólar, sofreram as tentativas de restabelecimento de um mercado monetário internacional, após a primeira guerra européia, com a difusa convicção da oportunidade de intervenção publicista, em relação ao andamento da conjuntura econômica e com a acentuação

do intervencionismo, no campo do comércio internacional, anteriormente caracterizado por sua elasticidade – passou-se a uma disciplina mais abrangente, acentuada ainda mais depois da segunda guerra européia.

Nessa regulação encontramos, todavia, contrastes funcionais, também em relação a análogas estruturas institucionais. Na verdade, por vezes essa regulação, permanecendo fiel ao critério inspirador do desenvolvimento do direito comercial, inspira-se, apesar de tudo, no interesse do consumidor (com o qual coincide o dos trabalhadores) e assim visa a promover progresso técnico e expansão, no interesse de um bem-estar econômico geral; outras vezes, ao contrário, visa a uma tutela dos empresários diante dos consumidores ou segue uma orientação paternalista.

A freqüente contraposição entre o individualismo do Código Napoleônico e o atual intervencionismo ou dirigismo me parece insuficiente, porque esquece que o Código Napoleônico é substancialmente anterior ao desenvolvimento industrial (anterior à primeira locomotiva, aos altos fornos e ao gás, e não apenas ao desenvolvimento da indústria elétrica, ao automóvel, ao cinema e à máquina de escrever), assim, como, não se esqueça, e substancialmente anterior ao predomínio do papel-moeda, e, por isso, anterior aos problemas enfrentados ou resolvidos com o intervencionismo atual. A sociedade disciplinada pelo Código Napoleônico é ainda largamente fundada na propriedade agrária e nas rendas de capital, num capitalismo ainda prevalecentemente comercial e numa indústria malsaída da fase artesanal. Pense-se na sociedade descrita por Balzac e Stendhal, no balzaquiano barão de Nucingen e no triunfo artesanal do gênero de César Birotteau, ou nas ambições do jovem Julien Sorel. Por isso, a contraposição entre o individualismo do Código Napoleônico e o intervencionismo atual parece-me insuficiente, além do que é necessário distinguir entre as diversas finalidades perseguidas com o intervencionismo. Eles agora se harmonizam com a tutela dos consumidores, visando (e é este o problema do direito do Trabalho) a corrigir uma desproporção de forças (justificando-se por isso as coalizões de trabalhadores, enquanto se adota, no interesse do consumidor e do progresso técnico, uma atitude cautelosa em relação às coalizões de empresários); a combater e proibir posições de monopólio; a substituir a atividade privada, onde esta seja ausente ou insuficiente ou não possa tornar-se um instrumento de progresso econômico geral; a atenuar os contrastes de riquezas, quer para proteção dos próprios empresários, quer dos empresários existentes num determinado momento em confronto com possíveis concorrentes ou os consumidores. Com o que seja lícito observar são criadas "reservas de carga" privilegiadas, que aumentam a rigidez de estrutura econômica a favor de quantos se encontram no comando da economia, de modo a tornar mais difícil o emprego das forças de trabalho e o desdobramento do espírito de iniciativa.

Funcionalmente as várias medidas de intervenção, exatamente pelo fato de serem de intervenção, devem distinguir-se segundo a finalidade colimada. Estruturalmente, elas podem ser idênticas, não obstante a diversidade funcional o que, por vezes, leva a pôr de lado, como freqüentemente tem ocorrido, essa diversidade e, com isso, a aproximar ou identificar medidas e orientações funcionalmente opostas.

Estruturalmente podemos encontrar tanto o exercício direto, por parte do Estado ou de entes públicos controlados pelo Estado, de determinadas atividades, seja em regime de monopólio, seja em regime de concorrência; quanto a disciplina publicística, para a realização de finalidades econômicas, de atividades e atos privados. Na primeira dessas duas hipóteses, é considerada a atividade e não o ato. Na segunda, ao invés, o ato singular. A diferença é nítida no confronto dos diversos vícios (e,

por isso, das diversas sanções) que podem dizer respeito a uma atividade ou a um ato singular. É justamente quanto a disciplina de intervenção diz respeito ao exercício de uma atividade (e não ao cumprimento de atos singulares) que voltamos a acentuar o critério da atividade econômica, ao qual precedentemente nos referimos.

É justamente no confronto das normas de intervencionismo, dadas as finalidades econômicas por ele perseguidas, que o diverso escopo das várias atividades econômicas torna-se relevante. A unificação do direito das obrigações (realizada primeiramente no Código suíço) foi acompanhada por isso de um novo fracionamento da disciplina. Esse fracionamento não é uma conseqüência direta de diversa natureza técnica das várias matérias, mas se verifica em função das finalidades perseguidas pela legislação de intervenção, em relação à qual tornam-se relevantes diferenças ao contrário irrelevantes num regime de livre concorrência As invocadas autonomias dos ramos saídos do tronco do velho direito comercial não encontram a sua razão de ser em considerações técnicas, mas (como acentuado pela freqüente afirmação da concorrência, em tais ramos, de normas privatistas e publicistas, invocada para demonstrar a autonomia) na relevância que, diante de uma legislação de controle adquirem as diversas finalidades perseguidas nas diversas atividades, o que leva naturalmente a substituir, à bipartição do direito em público e privado (própria de um regime que considera a atividade econômica essencialmente no âmbito da autonomia privada, respeitados os limites gerais de ordem pública), uma subdistinção segundo a diferente natureza das atividades e as diversas finalidades concretamente perseguidas com a intervenção pública, com o concurso então de normas privadas e públicas. Esse concurso não indica tanto a peculiaridade de um ramo quanto o aparecimento num campo determinado de um critério de subdistinção do direito, devidos à intervenção pública e que, de fato, se reencontrava iterativamente em todos os setores sujeitos a uma intervenção pública na economia.

Sob esse aspecto o empresário vem a ser ulteriormente qualificado em relação às normas de controle ditadas para os vários setores. Nessas suas ulteriores qualificações (em contraste com a indiscriminação da noção de comerciante), a noção de empresário volta a revelar-se como um instrumento de controle público da atividade econômica.

8. As considerações anteriores explicam, parece-me por que tenha amadurecido, desde o final do século XIX e também por efeito da unificação jurisdicional então realizada, a unificação do direito das obrigações, com um ritmo talvez acentuado, após o final da primeira guerra européia (também por efeito do mais acentuado dirigismo no comércio internacional, que obstrui a espontânea formação normativa internacional, que havia concorrido à criação de especialidade do direito comercial). A unificação realizou-se na codificação italiana de 1942. Realizou-se, porém, não por via de supressão, mas de triunfo dos princípios comercialistas, praticamente reconhecidos no Código de 1942 como princípios gerais de todo o direito privado (em matéria de solidariedade; de juros; de resolução e execução compulsória de venda; de prescrição etc.), sancionando quanto já (dada a largueza da categoria dos atos de comércio no Código de 1882 e a realizada unificação jurisdicional) havia ocorrido espontaneamente. Não mais portanto atos de comércio e não mais atos de comércio qualificáveis quer objetivamente, quer subjetivamente; o ato já não é diferenciável como comercial ou não, em relação às suas características objetivas, ou à qualificação do sujeito.

A unificação realizou-se no âmbito do direito das obrigações, conservando-se por outro lado um estatuto especial para os empresários comerciais e mesmo para os mé-

dios e grandes empresários comerciais, e as sociedades comerciais. Partiu-se do pressuposto da falta, no âmbito do direito das obrigações, de uma diversidade de exigências nos vários setores da economia (talvez subestimando-se o perdurante patriarcalismo da agricultura em muitas zonas); de subsistência, ao contrário, dessa diversidade em relação à disciplina subjetiva e à execução (dado o relevo que assume o crédito para os grandes e médios empresários comerciais e a diversa natureza dele) e essas duas premissas assinalam, de um lado, o alcance e, de outro, os limites da unificação.

O critério da atividade econômica do sujeito, de um lado, conserva o seu valor para o efeito do especial estatuto pessoal do empresário comercial, de outro lado sente como um denominador comum da atividade econômica dos sujeitos de direito privado e de direito público; da atividade tradicionalmente comercial e da agrícola.

Esta última, considerada como atividade econômica, ao superar assim a tendência patriarcal e quase mobiliária que anteriormente a contrapunha à atividade comercial, coloca-se em simetria com esta última, e é justamente pelo fato de ambas constituírem uma atividade econômica que a agricultura, de um lado, o comércio e a indústria, de outro, encontram um denominador comum, de tal forma que essa referência comum coordena-se, por sua vez, com a unificação e, assim com um alcance mais geral e, se se quiser, uma objetivação mais plena das normas elaboradas pelo direito comercial.

Mais do que uma superação da especialidade do direito comercial, dever-se-ia na verdade falar de uma superação da especialidade da agricultura. Considerando-se também esta como atividade econômica, tem-se a sua aproximação da atividade comercial e industrial e nega-se assim a característica peculiar que, diante da atual importância prevalecente da atividade comercial e industrial no mundo econômico, mantinha-se como própria da agricultura, o que encontra paralelo na extensão a todo o direito das obrigações, pela unificação, dos princípios originariamente comercialistas.

O Código Civil italiano (art. 2.082) define o empresário, e não me parece possível identificar a figura geral do empresário com a subespécie do empresário comercial ou estendê-la somente à agricultura industrializada ou divisar na agricultura uma pura atividade de administração, retomando então, por outro caminho, àquela contraposição entre comércio e indústria, de um lado, e agricultura de outro, contraposição que o Código, segundo penso, quis superar, e subestimando a normal destinação dos produtos agrícolas ao mercado.

Mas o relevo da figura geral do empresário (independentemente do da figura do empresário comercial para os fins do estatuto ao qual é submetido o grande e médio empresários comerciais e no qual, assim como na disciplina das sociedades comerciais, persiste a peculiaridade do direito comercial), entendida como denominador comum da agricultura e do comércio, não se encontra numa disciplina comum da atividade quanto (com exceção das normas sobre decadência da proposta e aceitação dos contratos, de extinção do mandato, de interpretação dos contratos e em matéria de pequeno empresário) na disciplina de concorrência, em função das normas sobre concorrência entre empresários e dos institutos que a esta se vinculam, assim como na disciplina publicista, depois desdobrada na legislação especial quando esta diga respeito ao exercício ou à possibilidade de exercício de determinada atividade.

Não me parece, ao contrário, que a presença do empresário caracteriza a causa de determinados contratos, de modo a individuar-lhes o tipo, como amiúde se ensina, no tocante ao contrato de seguro e dos contratos bancários, seguindo-se e desenvolvendo-se a tese outrora esposada por Vivante para o contrato de seguro. O contrato de seguro, não concluído por um em-

presário, não é por isso um contrato tipicamente diverso ainda que o segurador seja então sujeito a sanções e o contrato seja resolúvel mediante denúncia do segurado; pois as sanções e a resolução pressupõem justamente que o contrato seja, apesar de tudo, sempre de seguro. Essas sanções são ditadas contra o empresário que não atenda aos requisitos específicos exigidos para o exercício do seguro, mas devem aplicar-se *a fortiori* também ao seguro ocasional. Se se admitisse que a falta de qualidade de empresário no seguro impedisse a possibilidade de se considerar o contrato como de seguro atingir-se-ia o próprio segurado que a lei especial ao contrário quer proteger. Nem se saberia então, negada a qualificação de seguro, como definir o contrato que não poderia certamente ser o de jogo, porque a diferença entre seguro e jogo repousa no elemento do interesse e não na presença ou ausência de um empresário (aliás, freqüentíssima no jogo).

A presença de um empresário na conclusão de determinados contratos resolve, dada a aplicabilidade dos critérios probabilísticos, antinomias de outra forma insolúveis (como aquele entre a possibilidade do emprego, por parte do depositário, do dinheiro depositado em banco e sua retirada à vista) e permite ao contrato cumprir uma função que, de outro modo, não poderia realizar (como através da concentração dos riscos no segurado, que permite ao contrato de seguro realizar uma função de segurança social, que não poderia existir com a simples transferência do risco de um para outro sujeito). É pois natural a exigência que determinados contratos sejam concluídos por um empresário e um empresário com qualificações determinadas, ou que o seu cumprimento profissional seja submetido a disciplina especial, notadamente quando presente um particular relevo em relação ao andamento geral da economia.

Mas nem por isso o conceito de empresário deixa de se ligar à relevância de uma atividade com o objetivo de regulação da economia, para passar a caracterizar um tipo de contrato, abandonando-se, na classificação dos contratos, o critério objetivo da causa.

Eis por que não me parece que o critério subjetivo da empresa possa ser invocado a fim de se fixar o tipo dos vários contratos, mas apenas com o fito de disciplinas especiais que, no entanto, pela sua aplicabilidade, pressupõem que o tipo de contrato seja determinado por critérios objetivos.

Empresa é, antes de tudo, o exercício profissional de uma atividade organizada e empresário, o que exerce, profissionalmente, a atividade econômica organizada. É justamente enquanto atividade (e não enquanto organização objetiva, embora resultante da atividade na grande e média empresa) que a empresa pode ser mais utilmente considerada no seu perfil geral, e contraposta ao estabelecimento, com o complexo de bens que instrumentam uma atividade, e ao complexo das relações patrimoniais das quais, dado o exercício da empresa, é titular o empresário. Atividade e não (como no velho Código, tendo em vista o critério objetivo então fundamental) modalidade de exercício de um ato. Atividade significa cumprimento de uma série de atos. O exercício de atividade é, por isso, em relação às pessoas físicas, um fato; em relação às pessoas jurídicas ou coletividades organizadas, antes de tudo, um escopo (e será, ao invés, um fato quando, embora imputável à pessoa jurídica ou à coletividade, não seja abrangido pelo escopo).

A atividade será imputada à pessoa física à qual são juridicamente imputáveis os atos, ou à pessoa jurídica que a persegue como escopo, e será qualificada em função dos atos cumpridos ou do escopo perseguido. A contraposição voltará a revelar-se em relação às qualificações de atividade; estas ligar-se-ão, para as pessoas físicas, às características de fato da atividade ou aos seus motivos (por ex. o intuito lucrativo) e, para as pessoas jurídicas e as coletividades,

antes de tudo às qualificações do escopo. Sendo imputada à pessoa física ou à pessoa jurídica ou à coletividade à qual juridicamente são imputados os atos, a atividade que enseja a qualificação do empresário é, pelo menos em princípio, considerada de modo autônomo, em relação à sua real iniciativa ou à sua definitiva incidência econômica. Pressupõem-se, por isso, no âmbito das pessoas jurídicas ou das coletividades, os problemas que se referem à atribuição da iniciativa e à incidência do risco no cumprimento da atividade imputada ao ente.

Embora havendo um claro precedente na noção de comerciante, elaborado nos sistemas de direito comercial de tipo objetivo, o conceito de "atividade" se apresenta como novo em relação às nossas habituais categorias jurídicas que se referem, ao contrário, ao ato.

Podemos, sob determinado aspecto, encontrar um certo paralelo disto também nessa espécie de microcosmo jurídico constituído pelas sociedades comercias (e especialmente as sociedades por ações). Problemas recentes acabam pondo em evidência as várias categorias de acionistas em relação à diversidade do escopo perseguido da atividade realizada, do efetivo poder exercido. Propriedade e controle de riqueza são, na atual estrutura econômica, contrapostos e tendo sido assinalado (justamente em razão da estrutura das sociedades e talvez, melhor ainda, da dos títulos de crédito e à sua conexão com as sociedades) o substancial predomínio do segundo sobre a primeira; o poder econômico tende a concentrar-se naqueles que possuem o controle da riqueza, embora graças à poupança de estratos cada vez mais vastos da população; a concentração do poder econômico se exerce através do controle, mais do que através da propriedade de riqueza, a qual, ao contrário, o desenvolvimento industrial tende a fracionar.

Note-se, por outro lado, que, em relação a quantos exercem uma atividade econômica, os bens se apresentam como instrumentais, e que, ademais, os bens instrumentais pressupõem o exercício de uma determinada atividade econômica, de tal arte que a relevância de atividade se coordena com a tendência a uma regulação especial na disciplina dos bens instrumentais.

A atividade como fato pode existir ou não existir; pode ser imputável ou não a determinado sujeito. Mas não pode ser "nula" ou "anulável", embora possa ser irregular ou ilícita (e o problema, de substância, já se havia apresentado na doutrina tradicional em relação às incompatibilidades para o exercício do comércio). A atividade pode ser disciplinada de modo distinto dos atos singulares, com distintas condições de capacidade para efeito de sua imputabilidade e, por isso, da qualificação subjetiva que deriva do seu cumprimento, e com distintas sanções. A irregularidade da atividade não imputa, necessariamente, um vício dos atos singulares, que poderão eventualmente permanecer válidos ou ser apenas resolúveis (ao invés de nulos), quando a atividade seja ilícita (e a distinção, mais do que no direito privado, será relevante em relação às normas públicas de controle); o vício dos atos singulares pode, por sua vez, não acarretar a inexistência de atividade. A atividade é um fato duradouro (e, por sua vez, um escopo implica desenvolvimento no tempo, o que todavia, em minha opinião, não é suficiente para se negar a presença de uma empresa na sociedade mercantil ocasional), e essa duração significa pois um indício, um fim, uma localização no espaço, a qual poderá ser considerada independentemente do ato singular, mesmo em matéria de conflitos de leis.

No âmbito dos atos adquirem, pois, uma posição especial os que se dirigem ao exercício de uma atividade futura e, na verdade, diante da dicotomia ato/atividade, revela-se a especialidade do contrato de sociedade, pois a constituição de uma sociedade, ou a adesão a ela, é sem dúvida um ato, mas um ato ligado ao cumprimento de uma atividade.

Empresa é, pois, antes de tudo, atividade e, como atividade, ela é relevante na disciplina, quer privatista de concorrência, quer publicista da economia. Enquanto relacionado a uma "atividade", o conceito de empresário vincula-se, como lembrado, ao de comerciante do revogado Código de Comércio italiano, mas o seu relevo já não decorre da aplicação de um estatuto pessoal e à sujeição a um ordenamento particular, nem da aplicabilidade em geral de um ordenamento particular de atos cumpridos pelo sujeito, mas essencialmente da disciplina privatista de concorrência e da publicista da economia.

9. Quer no campo do direito privado, quer no do direito público encontramos na disciplina de atividade econômica aquela ambigüidade à qual nos referimos, relativamente às possíveis finalidades das normas, voltadas ora à proteção do próprio empresário, ora à dos que contratam com o empresário, ora com um caráter integrativo, ora com uma pretensão sistemática.

Essa ambigüidade, segundo me parece, é encontrável também nos diálogos doutrinários. Ela não pode ser superada senão com o natural desenvolvimento interpretativo, em relação às normas de Constituição em matéria econômica e à evolução geral da consciência jurídica. Essa ambigüidade reflete-se na disciplina dos contratos singulares, que freqüentemente evidencia uma tendência favorável aos empresários (como em matéria de seguro), não obstante a existência de premissas e normas destinadas à proteção do consumidor. A mesma ambigüidade é encontrada na disciplina das sociedades e consórcios favorável, mais do que outras disciplinas internacionalmente vigentes, aos grupos de comando da economia e, indiretamente por isso, a uma estrutura monopolista da economia.

Não me parece, porém, que a "utilidade social" do art. 41 da Constituição italiana possa ser entendida de forma a desdenhar o interesse do consumidor, que é, afinal, o cidadão indiferenciado com o qual se relaciona o Estado em sua base institucional.

A elaboração do conceito de empresa e a solução da ambigüidade que me permiti assinalar liga-se, por isso, à elaboração normativa das orientações constitucionais e, sob esse aspecto, ao próprio desenvolvimento futuro.