

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro



132

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 XLII (Nova Série)
outubro-dezembro/2003

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 132 — outubro-dezembro de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE

LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato
Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES	
— CALIXTO SALOMÃO FILHO	7
THE SARBANES-OXLEY ACT AND THE RULES APPLICABLE TO FOREIGN COMPANIES: THE POSSIBLE IMPACTS ON THE CAPITAL MARKETS	
— ANDREA FERNANDES ANDREZO	25

ATUALIDADES

OS TÍTULOS DE CRÉDITO E O CÓDIGO CIVIL VIGENTE	
— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	55
DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO DAS AÇÕES PREFERENCIAIS COM DIVIDENDO DIFERENCIADO	
— JORGE LOBO	60
O PROTESTO DE TÍTULO DE CRÉDITO EM QUE CONCORDATÁRIO FIGURA COMO DEVEDOR DIRETO	
— VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO	64
O ACORDO GERAL SOBRE O COMÉRCIO DE SERVIÇOS (GATS) E O TURISMO SUSTENTÁVEL	
— HEE MOON JO	77
ALIENAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA E SUCESSÃO TRIBUTÁRIA	
— HUMBERTO LUCENA PEREIRA DA FONSECA	87
OS FUNDOS DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS À LUZ DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA INSTRUÇÃO CVM 393	
— JOÃO PAULO F. A. FAGUNDES	96
O CONTROLE DO ESTADO EM SETORES ESTRATÉGICOS	
— LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA e MARCELO COSAC	106

ESPAÇO DISCENTE

I — Textos Diversos

CONTRATOS COLIGADOS	
— JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI	111

A SOCIEDADE EUROPÉIA: COMENTÁRIOS E REPRODUÇÃO DO
REGULAMENTO 2.157/2001

— CARLOS EDUARDO VERGUEIRO 129

II — Textos de Direito e Economia

O CONTRATO PRELIMINAR, O NOVO CÓDIGO CIVIL E A ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO

— THEREZA MARIA SARFERT FRANCO MONTORO 151

CONTRATO PRELIMINAR — BREVE ANÁLISE DOS ARTS. 462 A 466 DO
CÓDIGO CIVIL

— MARIA BEATRIZ LOUREIRO DE ANDRADE MARQUES 156

TEORIA DOS JOGOS: POR UMA PROPEDÊUTICA À ELABORAÇÃO
RACIONAL DA DECISÃO

— LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO 160

ALGUNS CONCEITOS ELEMENTARES DE TEORIA DOS JOGOS.
Uma análise sucinta de aspectos potencialmente relevantes

— ESTEVAN LO RÉ POUSADA 166

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS (ÁGUA) FORNECIDOS POR EMPRESA
CONCESSIONÁRIA — DIREITO AO CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO

— HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 177

TEXTOS CLÁSSICOS

A ATIVIDADE DO EMPRESÁRIO

— TULLIO ASCARELLI (tradução de ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA) 203

COLABORAM NESTE NÚMERO

ANDREA FERNANDES ANDREZO

Mestre em Contabilidade (USP) e em Direito (*Columbia University*). MBA Gestão Financeira e Risco (FIPECAFI/USP). Mestranda em Direito Comercial (USP). Advogada (PUC/SP). Contadora (USP)

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

CARLOS EDUARDO VERGUEIRO

Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

ESTEVAN LO RÉ POUSADA

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara do Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Curso de Pós-Graduação da Universidade de Franca

(UNIFRAN). Coordenador do NUPAZ (Núcleo de Pesquisa sobre Conflito e Justiça) da Universidade São Francisco (USF). Advogado e Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

HUMBERTO LUCENA PEREIRA DA FONSECA

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Mestre em Direito pela *New York University*. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. Consultor Legislativo de Direito Comercial e Econômico do Senado Federal

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOÃO PAULO F. A. FAGUNDES

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP. Mestre em Direito (LL.M) pela *Northwestern University School of Law*. Advogado em São Paulo

JORGE LOBO

Livre Docente em Direito Comercial pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro — UERJ. Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

Mestre em Direito (LL.M) pela Universidade de Virgínia, EUA. Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO

Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do

Campo. Mestre em Direito Civil pela
Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA

Mestre em Direito Comercial Internacional
pela *Noire Dame University*, Inglaterra

MARCELO COSAC

Advogado

MARIA BEATRIZ LOUREIRO DE ANDRADE
MARQUES

Doutoranda da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogada em São Paulo

THEREZA MARIA SARFERT FRANCO MONTORO

Mestranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogada em São Paulo

VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO

Doutorando e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Professor no Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, na Graduação da Faculdade de Direito da UFMG e na Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — PUC/MG. Advogado

Textos Clássicos

A ATIVIDADE DO EMPRESÁRIO*

TULLIO ASCARELLI

(Tradução de ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA)

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. O art. 2.082¹ não se refere simplesmente — já notamos — à uma atividade e à uma atividade autônoma, mas à 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-rogada, os arts. 3º e 4º do Código de Comércio) 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. Com econômica, ali se faz referência à uma atividade criadora de riqueza e, por isso, de bens (art. 810 do Código Civil) ou ainda, como resulta do mesmo artigo, de serviços patrimonialmente avaliáveis (e v. tb. art. 1.174, 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 de modo geral de serviços ou de atividade terciária), aquela de quem se interpõe na troca de bens porque, com a sua melhor distribuição, aumenta-lhes a utilidade; aquela do condutor, voltada ao transporte, e aquela do segurador, voltada ao seguro (e,

* N. do T.: o texto, a seguir, consiste no Capítulo VII do *Corso di Diritto Commerciale* (3ª ed., Milão, Giuffrè, 1962, pp. 161-185). A tradução procurou ser o quanto possível literal e respeitar fielmente o estilo do autor. As notas em números arábicos são do autor; as notas em números romanos, do tradutor. O tradutor agradece às contribuições dos Profs. Paula A. Forgioni e Francisco Saito de Souza Júnior para alguns trechos da tradução.

N. do E.: publicamos, na RDM 109, o Capítulo VI — “O Empresário” (Ascarelli, ob. e loc. cit., trad. Fábio Konder Comparato, pp. 145-160).

1. Art. 2.082 do CCI (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)”.

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 ainda recorrer ao art. 2.195^{II} (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.

Óbvio, por essa razão, a distinção entre a atividade empresarial e as atividades não econômicas (mesmo quando possam ser indiretamente 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 empresarial¹ 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 aluguers, justamente porque, em substância, direcionada à fruição, não importando pro-

dução 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 será 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, implique 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].

Não é, por isso, contrariamente a que 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.

2. Cass., 10 de outubro de 1955, n. 2.961, *Giust. Civile*, 1956, I, 476, referindo-se ao voluntário exercício de uma atividade comercial.

3. Cass., 11 de março de 1954, n. 594, *Monitore Trib.*, 1954, 236.

II. V. mais adiante, na nota X, a tradução do art. 2.195 do CCI.

1. Cf. Ap. Genova, 6 de junho de 1955, *Foro Pad.*, 1956, I, 508.

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 empresário⁴] 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. 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 contratando prestadores de serviço de forma direta — 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 titular da atividade deve ser diverso do destinatário último do produto, isto é, a sua atividade deve ser destinada a satisfazer necessidades de outrem (e, por isso, creio que a referência do 2.083^{III} ao culti-

vador 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 se exaure 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^{IV} — que cultiva o fundo prevalentemente com o próprio trabalho e de pessoas de sua família), que da mesma forma normalmente destinará ao mercado uma parte (de resto, não irrelevante) da própria produção (e se pense 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,^V em si considerada, apresente as características do art. 2.082.

Na verdade, não é a prevalência da atividade do art. 2.082 sobre outras, even-

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)⁷.

IV. *Sic*, no original, “art. 1.347”.

6. Cass., 6 de março de 1951, *Foro it.*, 1951, I, 1.043.

V. *Sic*. Asecarelli 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.

4. Cass., 6 de março de 1951, n. 552, *Foro it.*, 1951, I, 1.043.

5. Cass., 30 de junho de 1943, n. 1.646, *Foro it.*, Rep. 1.943-1.945, verbete “Impresa Agricola”, n. 5; e lembra também, em sede tributária, a distinta consideração entre o rendimento dominical e aquele da empresa agrícola.

III. Art. 2.083 do CCI: “São pequenos empresários os cultivadores diretos do fundo (art. 1.647),

tualmente coexistentes, mas a sua simples ocorrência que importa a aplicação da disciplina respectiva (que, por outro lado, não exclui aquela própria de outras atividades exercidas de forma eventual), e tornaremos outras vezes a referir-nos 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 resume 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 do mesmo modo 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 em-

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

À generalidade, que é logicamente própria desta determinação, o art. 2.238^{VI} coloca um limite em relação às prestações cumpridas no exercício das profissões intelectuais (porque também elas entram de maneira abstrata no conceito de uma ativi-

VI. Art. 2.238 do CCI. "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.)."

dade econômica produtora de serviços para o mercado); o termo “profissão liberal”, que, embora podendo, me parece, ser limitado às profissões nominais disciplinadas, ou às quais correspondam especiais “listas”^{vii} (v. art. 2.229), é de interpretar-se com referência à valoração social da natureza intelectual do serviço prestado que, de resto, encontra a 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 com freqüência regulado (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 conexas 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, em verdade empresarial aquela, seja embora do próprio inventor, voltada ao desfrute da invenção⁷], 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.

De modo correspondente, 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 atividade 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, do 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.

vii 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”).

7. Cass., 21 de dezembro de 1956, n. 4.496, *Diritto fall.*, 1957, II, 70.

8. Cf. também o caso examinado na Ap. Milão, 13 de janeiro de 1953, *Faro u.*, I, 1.696.

2.238^{VIII e 9}) quando a atividade profissional (mesmo que prevalente) constitua elemento (como, de novo, na hipótese das casas de cura) de uma atividade (empresarial¹⁰).

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.^{IX} 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 existência objetiva de uma organização, que pode até ser relevante (e que, como recordamos, tende a aumentar na atual evolução da profissão, aumentando ainda 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, de modo especial 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 com

VIII. *Sic.*, no original, "art. 2.338".

9. Recentemente, Trib. Avellino, 13 de agosto de 1953, *Foro It.*, 1954, I, 689; Ap. Nápoles, 26 de junho de 1954, *Foro Pad.*, 1955, I, 198.

10. Cass., 18 de outubro de 1954, n. 3.838, *Foro Pad.*, 1955, I, 864.

IX. *Sic.*, no original, "art. 2.338".

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 trate 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. O art. 2.195^X determina que são empresários comerciais outrossim 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

11. Cass., 16 de outubro de 1953, n. 3.403, *Giust. Civile*, 1953, 3.263; Trib. Torino, 16 de abril de 1953, *Foro Pad.*, 1953, I, 349; contra, Pret. Milão, 20 de novembro de 1951, *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 220, com nota contrária de Romano Pavoni.

X. Art. 2.195 do CCI. "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. 2.135); 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".

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).

O Código de Comércio abrogado, todavia, referia-se aos atos; o art. 2.195, ao invés, às empresas. Ora, a rigidez, a auxiliariedade de uma empresa com respeito a outra empresa comercial pode verificar-se apenas 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 Cód. Civ. 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 não dependendo da inscrição nas listas determinada pela Lei de 21 de março de 1958 — de assaz duvidosa oportunidade — cuja falta dá lugar à sanção do art. 665 do Cód. Pen., 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 abrogado (então, como é natural, sob o perfil do ato), não podiam ser submetidas ao direito comercial se não 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 em relação ao exercício de uma atividade.

A auxiliariedade não deve, por essa razão, referir-se necessariamente a uma ulterior empresa, podendo desenvolver-se (de forma profissional 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 bursísticos, 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 de modo mais exato — como comissário], e esta qualificação não contrasta com a 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

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 responsabi-

lidade do corretor pelo adimplemento do contrato, em uma entidade dos movimentos bursísticos, 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 cauções especiais), com o qual se coordena a disciplina especial do empresário comercial.

O art. 2.195, n. 5, considera as empresas auxiliares como empresas comerciais; a inexistente consideração de empresas auxiliares civis encontra a sua justificação em ter se referido a 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.^{XI} Eis porque 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, de modo direto à atividade dos cooperados para fins da própria qualificação da mútua.¹⁵ É, assim, neste campo, que podemos encontrar empresários auxiliares civis, dada, de um lado, como veremos, a auxiliariedade da empresa cooperativa e, de outro, a sua qualificação como civil, devendo-se para a qualificação da atividade de

12. Cf. uma menção em Trib. Nápoles, 19 de julho de 1951, *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 408, e ali, na nota de Asquini, e sob o Código ab-rogado, Trib. Roma, 11 de julho de 1931, *Foro it.*, 1931, I, 1.105, com nota minha. V., além disso, art. 4º L. Fal.

13. Cass., 19 de maio de 1954, n. 1.599, *Giust. Civile*, 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 de março de 1954, *Dir. fall.*, 1954, II, 463.

XI Art. 2.135 do CCI. "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 de outubro de 1954, n. 3.586, *Foro it. Mass.*, 1954, 718.

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, intervém, dado o relevo social na colocação do trabalho, o Código — art. 2.098 e v., ainda, art. 2.127 — e a legislação especial — L. de 29 de abril de 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 auxiliariade no exercício de uma atividade comercial). Dado que, pelas razões antes expostas, a atividade auxiliar é empresarial quando ocorram as características do art. 2.082, ainda que a auxiliariade 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 apenas em relação às empresas comerciais).

6. 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 extremas¹⁶ 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 compra 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 consequências (p. ex., 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.

16. Trib. Milão, 13 de janeiro de 1949 e Ap. Milão, 8 de março de 1949, *Foro it.*, 1950, I, 917, com nota de Formiggini.

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

17. Cass., 31 de julho de 1954, n. 2.816, *Dir. fall.*, 1954, II, 598.

7. A atividade deve ser organizada e veremos por isso como, em linha geral, ao empresário corresponda um estabelecimento (art. 2.555^{XII}) — 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.

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.

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

Alguna dúvida pode surgir na hipótese de parceria agrícola, onde pode-se indagar se deva ser considerado empresário (agrícola) apenas o proprietário ou se, ao invés, deva 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 frequentemente 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 de forma unitária 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 possa também ser aquela microscópica do trabalhador autônomo.

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 do 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, se observa 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.

XII. Art. 2.555 do CCI: “O estabelecimento é o complexo de bens organizado pelo empresário (art. 2.082) para o exercício da empresa (arts. 177, *id.* 178 e 365)”.

18. Cass., 30 de março de 1951, n. 708. *Form it. Mass.*, 1951, 170.

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 ... os 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 o cumpre em caráter pessoal, dada precisamente a existência da organização, e é esta objetiva consideração que permitirá distinguir o empresário, mesmo 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) do 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 que a recente adequação dos limites quantitativos do art. 1º 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 L. Fal., e segundo algumas dentre as teses propostas acerca da conciliação entre o art. 1º 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 possa 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 porque 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 com certeza (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. 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 ainda 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.

19. Cf. Trib. Nápoles, 19 de julho de 1951, *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 408, com nota de Asquini, em sentido contrário. Trib. Milão, 19 de setembro de 1955, *Giur. it.*, 1956, I, 2, 27, com nota favorável de Bigiavi e *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1955, II, 536, com nota favorável de Satta. Ambos 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 à 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 que o especulador de bolsa opera sobre coisas (títulos) que são outrossim normalmente objeto de investimento, pode naturalmente tornar no caso concreto mais difícil a distinção entre “poupador” e “especulador” — e um indicio 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 pode-se excluir a possibilidade, de resto não infrequente, 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.

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 antes recordada, que nega a qualificação de empresário ao especulador de bolsa).

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 a 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 bursístico 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 proventos que, no século XVIII, depois da crise de *Law*, tinham sido ditados (1724) contra todas as operações a termo, proventos 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 do-

minada 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 do 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 ocorrente de modo efetivo, 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 de início 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.