78068 a 78081, 78083 a 78085 nó (R/02

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômico e financeiro

159/160

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 L (Nova Série)
julho-dezembro/2011

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA

MALHEIROS EDITORES

Atualidades

O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL NO DIREITO BRASILEIRO

JOSÉ TADEU NEVES XAVIER

1. Considerações iniciais. 2. A noção de estabelecimento empresarial: 2.1 Terminologia; 2.2 Definição de estabelecimento empresarial; 2.3 Natureza jurídica do estabelecimento empresarial. 3. Elementos que integram a estrutura do estabelecimento empresarial: 3.1 A clientela como atributo do estabelecimento empresarial; 3.2 A atuação do aviamento em relação ao estabelecimento empresarial; 3.3 A condição do passivo (dívidas) frente ao estabelecimento empresarial; 3.4 Os valores do estabelecimento empresarial. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

Todo aquele que busca atuar no mercado, desenvolvendo atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou prestação de serviços, por mais singelas que sejam as suas pretensões negociais, necessita se aparelhar de forma adequada, para que possa obter o melhor proveito possível. Este aparelhamento, com a congregação de bens materiais e imateriais necessários ao desempenho da atividade econômica, é representado pelo estabelecimento empresarial.[1] Na feliz síntese formulada por Rubens Requião, o estabelecimento pode ser entendido como o instrumento da atividade do empresário, que com ele se aparelha para exercer sua atividade.[2]

É possível afirmarmos que há uma relação direta entre a empresa – entendida como atividade desenvolvida pelo empresário – e a noção de estabelecimento empresarial. Na precisa afirmação de Francesco Galgano, entre o estabelecimento e a empresa há uma relação de meio e fim.[3] No passado, por força da a célebre construção desenvolvida por Alberto Asquini, as noções de estabelecimento e

1. Conforme observa Hernani Estrela "a organização de um conjunto de bens, como meio instrumental para o desempenho de atividade produtiva, é um fato que data de séculos, senão de milênios. Surgiu por mera intuição empírica; se impôs e generalizou por sua comprovada eficiência. Muitíssimo antes que dessa realidade se viesse a ter a mais vaga noção econômica, já era ela perfeitamente sentida e avaliada pelos homens voltados às tarefas de produção. Destes, foram os comerciantes os que nisso se anteciparam, o que explica facilmente, tendo em vista que, historicamente, o comércio procedeu à indústria fabril, e, também, foi nele que semelhante instrumento operacional se fez logo necessário" (*Curso de Direito Comercial*, p. 233).

2. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, 25ª ed., p. 157.

3. *Derecho Comercial*, vol. I, p. 95. Neste sentido manifesta-se Cássio Machado Cavalli: "verifica-se uma conexão entre o disposto no art. 966 do CC/2002, que indica a *fattispecie* do papel social do empresário como sendo aquele que exerce a atividade econômica organizada, e o disposto no art. 1.142, que contém o conceito de estabelecimento empresarial" ("Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro", *RT* 858/30).

empresa chegaram a se confundir. Este jurista via a empresa como uma figura poliédrica, compreendendo quatro perfis – subjetivo, funcional, corporativo e objetivo –, sendo este último equivalente à noção que hoje se entende por estabelecimento.[4]

A codificação civil atual, de forma precursora, encarregou-se de fixar as balizas para a existência de uma disciplina jurídica adequada a regulamentar o estabelecimento empresarial.[5] Anteriormente a utilização da expressão ocorria apenas de forma incidental, no Código Comercial de 1850 e no capítulo do Código Civil anterior, referente à emancipação,[6] sendo que o tema em si apenas ocupava a atenção da doutrina e da jurisprudência,[7] não recebendo normatização específica e sistematizada. No entanto, era possível identificar o enfrentamento da matéria na legislação esparsa, de forma pontual e desarticulada, como ocorria na *Lei de Luvas* (Decreto n. 24.150/1934), na legislação falimentar (Decreto-lei n. 7.661/1945) e no Decreto-lei n. 1.005/1969, que dispunha sobre o título de estabelecimento. Não se pode olvidar, ainda, da referência feita pelo Código Tributário Nacional, relativa à responsabilidade fiscal, nos casos de transferência ou alienação do estabelecimento empresarial.

2. A noção de estabelecimento empresarial

Hernani Estrela, ao tratar do estabelecimento, explica que este apresenta suas raízes no comércio do Medievo, que mesmo de forma precária, já dava indícios relativos à sua presença nas relações comerciais desta época, afirmando: "é certo que os comerciantes medievos não o ignoravam, sobretudo naquela fase de florescimento do comércio, nas comunas italianas, onde surgiram inúmeras 'aziendas', para as quais os jurisconsultos tinham de traçar disciplina jurídica, que o direito vigente não oferecia. Mas foi, principalmente, a partir do século passado, por força

4. "Profili dell'impresa", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale dele Obbligazioni* 41/1-20.

5. Modesto Carvalhosa informa que: "quando do início dos trabalhos da Comissão instituída pelo Ministério da justiça para a elaboração do anteprojeto do Código Civil, não se cogitava de ali incluir a disciplina jurídica do estabelecimento. No entanto, ao término dos três anos de trabalho da Comissão, em 23 de maio de 1972, já constava do esboço do anteprojeto um tratamento sistemático para o instituto, a fim de sanar a omissão legislativa sempre verificada no direito brasileiro. Tal inovação legislativa se deve ao acatamento das sugestões formuladas pelo saudoso Prof. Oscar Barreto Filho, ilustre jurista, pioneiro no estudo da matéria em nosso país" (*Comentários ao Código Civil*, Parte Especial: *Do Direito de Empresa (Arts. 1.502 a 1.1195)*, vol. 13, pp. 614-615).

6. O Código Comercial fazia referência ao estabelecimento ao tratar daqueles que poderiam exercer o comércio ("Art. 1º. Podem comerciar no Brasil: (...) 3 – Os filhos-famílias que tiverem mais de 18 (dezoito) anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública. O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis"). O Código Civil de 1916, por sua, mencionava o estabelecimento ao regular as formas de emancipação ("Art. 9º. Aos 21 (vinte e um) anos completos caba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil. § 1º. Cessará, para os menores, a incapacidade: (...) V – pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria").

7. Na doutrina brasileira ganha destaque a monografia de Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial: Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil*, publicada originariamente em 1969, referente a sua Tese de Concurso para Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trata-se de obra de referência sobre o tema, e ponto de partida para qualquer estudo sobre o assunto. Este autor apresenta a seguinte síntese sobre a teoria jurídica do estabelecimento: "1º) é um complexo de bens corpóreos e incorpóreos, que constituem os instrumentos de trabalho do comerciante, no exercício de sua atividade produtiva; 2º) não se configura como o complexo de relações jurídicas do comerciante, no exercício do comércio, e, portanto, não constituem um patrimônio comercial distinto do patrimônio civil; 3º) é formado por bens econômicos, ou seja, por elementos patrimoniais, sendo duvidoso se compreende elementos pessoais; 4º) é uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária que lhe é dada pela vontade do comerciante; 5º) apresenta caráter instrumental em relação à atividade econômica exercida pelo comerciante" (p. 75).

do grande número de operações que tinham o estabelecimento por objeto, que este começou, cada vez mais, a prender a atenção dos juristas e legisladores", arrematando: "antes que isso acontecesse, porém, a expressão já se tinha tornado conhecida e consagrada no comércio, mas sem ter, até então, entrado para o vocabulário jurídico".[8]

Esta observação de Hernani Estrela indica que a ideia de existência de um instrumental apto a aparelhar o negociante no desempenho de sua atividade representa um sentimento tão antigo quanto a própria prática do comércio, e que decorre de um instinto natural presente em todo aquele que busca fazer da mercancia a sua atividade profissional. Mesmo em ambientes sociais não tão férteis a atividade negocial, em que esta era desempenhada de forma rudimentar e primária, como o medievo, a sua presença já se fazia necessária.

Rubens Requião indica que a noção de fundo de comércio – estabelecimento empresarial – somente surgiu como categoria moderna no século XIX, na França, por meio de lei datada de 28 de fevereiro de 1872.[9] No entanto, a busca de uma noção jurídica adequada a reproduzir o sentido da expressão estabelecimento empresarial somente foi construída com o passar do tempo, e ainda hoje não representa tarefa fácil de ser desempenhada.

2.1 Terminologia

Ao dedicar-se ao estudo do estabelecimento, Marcelo Andrade Féres aponta que a noção vulgar é um antecedente necessário de toda ciência, de forma que o empirismo em muito pode contribuir como balizamento indutivo da significação que as palavras assumem dentro a linguagem jurídica.[10] O Direito Empresarial não foge a esta regra, e em muitos casos este ramo do direito se vale, na composição dos seus signos linguísticos, das categorias que emergem dos costumes de mercado. Um exemplo significativo desta situação pode ser identificado na utilização da expressão *estabelecimento*, que goza de um sentido comum, sendo ordinariamente utilizada no meio negocial para identificar o local onde o empresário tem as suas instalações ou onde a atividade empresarial é desenvolvida. Numa rápida pesquisa em qualquer dicionário da língua portuguesa será comum encontrarmos a atribuição ao estabelecimento do significado de *casa comercial*. Na linguagem jurídica atual a palavra *estabelecimento* – embora não seja vinculada ao local de desempenho da atividade, mantém sentido muito próximo daquele que lhe é ordinariamente atribuído, de forma a permitir um constante e necessário diálogo entre o direto e o mercado.

O Código Civil utiliza-se da expressão *estabelecimento*, dedicando-lhe um tópico especial no Livro que disciplina o Direito de Empresa, localização que se mostra adequada, face à sua inequívoca vinculação a atividade empresarial.[11] No entanto, vulgarizou-se na doutrina a expressão *estabelecimento empresarial*, em substituição a antiga referência ao *estabelecimento comercial*, que antes da codificação atual vigorava entre os doutrinadores deste ramo jurídico.[12] No direito comparado

8. *Curso de Direito Comercial*, p. 234.

9. *Curso de Direito Comercial*, p. 270.

10. *Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*, p. 1.

11. Sylvio Marcondes, ao escrever sobre o então Projeto de Código Civil, explicou: "tendo em conta os bens que compõem o estabelecimento, a disciplina deste caberia no projetado Código Civil, em seu Livro das Coisas. Mas constituindo ele objeto de direitos e obrigações do empresário, poderia, sob esse aspecto, ser enquadrado no Livro das Obrigações. A verdade, porém, é que ambos os aspectos são absorvidos pelo caráter unitário de sua organização, como instrumento com o qual o empresário exerce a sua empresa" (*Questões de Direito Mercantil*, p. 23).

12. Miguel Reale, ao justificar a opção, na codificação civil atual, pela utilização da expressão "estabelecimento", explica: "a categoria 'fundo de comércio' cede lugar à de 'estabelecimento'. Consoante justa ponderação de Renê Savatier, a noção de 'fundo de comércio' é uma

esta figura jurídica é conhecida como *azienda commerciale*, *fondo* ou *fondaco* (direito italiano); *fonds de commerce*, *maison de commerce* ou *établissement commercial* (direito francês) e por *hacienda mercantil*, *establecimiento*, ou *fondo de* comercio, nos países de língua espanhola. Na língua inglesa é frequente a utilização das expressões *goodwill* ou *good will of a trade*, na identificação do estabelecimento.[13]

Além da utilização da expressão estabelecimento empresarial, firmada pelo legislador da codificação civil atual, constata-se que a doutrina abalizada também mostra simpatia pelo uso da expressão *fundo de empresa*, como forma de designação desta realidade. No entanto, o manuseio indistinto destas referências não goza de integral aceitação. Na visão de Fábio Ulhoa Coelho *fundo de empresa* seria expressão que somente poderia ser veiculada como sinônima de aviamento.[14]

concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, 'que é o corpo de um organismo vivo', 'todo o conjunto patrimonial organicamente agrupado para a produção'" (*História do Novo Código Civil*).

13. Marcelo Andrade Féres informa que a referência a noção de estabelecimento já era encontrada no Direito Romano, decorrente da utilização da expressão *taberna instructa*, citando Ulpiano, para quem "Instructam autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat", traduzindo esta referência como "Assumimos em verdade a azienda como um complexo de bens e homens organizados para o exercício da empresa" (*Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*, p. 5). Hernani Estrela, por sua vez, aponta que a palavra *estabelecimento* tinha, na terminologia medieval, vários sinônimos, mas com mais frequência se exprimia como *mensa*, *taberna*, *mercatura* e *fundacum* (in *Curso de Direito Comercial*, p. 253).

14. Este autor afirma que: "não é correto tomar por sinônimos 'estabelecimento empresarial' e 'fundo de empresa'. Este é um atributo daquele; não são, portanto, a mesma coisa. Precise-se: o estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para explorara a atividade econômica, e o fundo de empresa é o valor agregado ao referido conjunto, em razão da mesma atividade" (*Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*, vol. 1, 14ª ed., p. 100).

2.2 Definição de estabelecimento empresarial

A experiência do direito comparado é no sentido de inexistência de definição legislativa sobre estabelecimento, repassando-se à doutrina esta tarefa, que de regra não se exime de desempenhá-la com afinco. Assim ocorre no direito francês, português, tedesco, entre outros, a exceção do direito italiano.

O legislador brasileiro fugiu a tendência da maioria dos países e, por meio do art. 1.142 da Codificação Civil atual, definiu o estabelecimento como o complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária.[15] Tal conceituação tem exata equivalência ao texto do Código Civil italiano ("art. 2.555: L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore perl'esercizio dell'impresa") o que indica uma vinculação do modelo legislativo brasileiro à este sistema,[16] e corresponde, em grande parte,

15. Ferrer Correia, ao analisar a noção de estabelecimento, apresenta, ao lado da acepção semelhante a adotada pela legislação brasileira, quatros outras concepções de ordem mais restrita, a saber: a) a unidade de venda, de produção de bens ou de fornecimento de serviços; b) o conjunto de relações jurídicas ativas e passivas atinentes à empresa, visto numa perspectiva puramente contabilística; c) o complexo de coisas corpóreas de que o empresário se serve para explorar a sua empresa, mais aquelas em que recai essa atividade ou que representam o seu produto, abrangendo, junto com o loja, armazém ou fábrica, o conjunto de móveis máquinas, utensílios, matérias primas e mercadorias que lá existem; d) o local onde se exerce a atividade empresarial, significando o mesmo que armazém ou loja (*Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 2ª ed., pp. 258-260).

16. Marcelo Andrade Féres indica a existência de três sistemas jurídicos sobre o estabelecimento, a saber: "a) o sistema francês, no qual o fundo de comércio é tuteado principalmente em virtude da clientela. Para alguns, a titularidade do estabelecimento chega a se confundir com o próprio direito à clientela. Quanto a sua negociação, firma-se um rígido sistema de publicidade por meio do qual os credores são informados sobre o trespasse e podem a ele se opor. Em regra, não se transmitem as dívidas ao adquirente do estabelecimento. O campo de entrega obrigacional é definido pelas

a definição que já vinha sendo talhada pela doutrina tradicional.[17]

A tipificação legal sobre o estabelecimento não chega a reproduzir toda a complexidade que o conceito encerra, pois apenas põe em relevo a sua natureza como um bem complexo ou coletivo, ou seja, um conjunto de bens que é recebido como unidade patrimonial.

Para que se obtenha visão adequada sobre o estabelecimento empresarial, mister se faz ter presente o que a doutrina convencionou designar de *escopo produtivo*, ou seja, a organização deste conjunto de bens visando a realização de uma atividade produtiva específica. Deve haver, portanto, uma ligação funcional entre estes bens que compõem o estabelecimento, para que este reste caracterizado como tal.

Neste sentido, na III Jornada sobre o Código Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, este tema veio à tona, ensejando a criação do Enunciado de n. 233, nos seguintes termos: "A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo CC 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial".

Nas precisas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "um conjunto ou agrupamento de bens isolados, sem a ligação funcional, em princípio não se caracteriza como estabelecimento, mas sim como integrante do patrimônio do empresário ou da sociedade empresária. O estabelecimento empresarial (ou fundo de comércio) não pode ser confundido com o patrimônio da sociedade".[18]

A identificação do estabelecimento empresarial pela funcionalidade existente entre os bens que o compõem é o aspecto que o torna especial e diferenciado de outras formas jurídicas que dele se aproximam. Não se pode ver no estabelecimento apenas um mero conjunto de bens heterogêneos, descompassados e desprovidos de unidade funcional, pois este é, antes de qualquer outra identificação, uma organização econômico-produtiva. Neste sentido, cabe trazer á colação a lição impar exposta por Jorge Manoel Coitinho de Abreu, nos seguintes termos "os bens de que o estabelecimento é feito ou, mais restritamente, os seus 'fatores produtivos' (os objetos e instrumentos de trabalho ou capital, num sentido amplo, e o trabalho) não são meramente agregados ou somados, não se encontram numa simples relação de intermutabilidade ou cumulatividade. Estão articulados, inter-relacionados, estruturados estavelmente, com vista à consecução (eficiente ou 'racional') de um fim (econômico-produtivo). Quer dizer, o estabelecimento é um sistema: um complexo de elementos em interação, uma unidade complexa ('unitas complex'), isto é, global, não elementar (constituída por partes diversas inter-relacionadas), e original (com qualidades próprias), um todo que é mais que a soma das suas partes, com propriedades novas e emergentes".[19]

O aspecto apontado é de fundamental importância para que se possa chegar a

partes envolvidas no negócio; b) o sistema alemão, em que o estabelecimento é tratado, no mais das vezes, como sinônimo de empresa. Existem normas sobre o trespasse, mas que não se ocupam de maneira expressa das relações obrigacionais. Admite-se, contudo, que o adquirente suceda ao alienante quando continuar a exploração da empresa (atividade) sob a firma original; e c) o sistema italiano, que disciplina o estabelecimento como o conjunto organizado de bens que o empresário emprega no exercício de sua atividade. São previstos, expressamente, os efeitos obrigacionais do trespasse sobre os créditos, os contratos e os débitos do alienante da *azienda*" (*Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*, pp. 9-10).

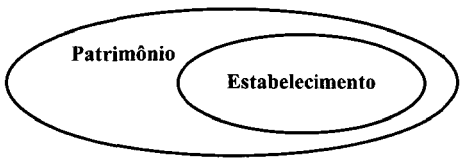
17. Hernani Estrela, em 1973, já apresentava o seguinte conceito sobre o estabelecimento: "universalidade de fato, exteriorizando-se como uma unidade econômica, formada pelos diferentes bens nela agregados, por vontade de seu criador e para a consecução do fim por ele colimado" (*Curso de Direito Comercial*, p. 252).

18. *Código Civil Comentado*, 7ª ed., p. 888.

19. *Da Empresarialidade: as Empresas no Direito*, pp. 43-44.

uma noção adequada sobre o significado do estabelecimento, pois este é composto exclusivamente por bens – corpóreos ou incorpóreos – que se acham vinculados à finalidade empresarial, deixando de integrá-lo aqueles bens que, embora pertençam ao patrimônio do empresário individual ou da sociedade empresária, não possuem o referido *vinculo funcional* com a empresa. Em outras palavras, é necessário que se trace uma linha divisória bem clara entre a noção de mero ativo e estabelecimento. Nas sociedades empresárias, os imóveis que não são utilizados na atividade, aos direitos ou ações que esta possui em relação a outras sociedades empresárias, as suas aplicações financeiras, *v.g.*, integram o seu ativo patrimonial, nas não compõem o estabelecimento empresarial.[20]

No mesmo sentido, o passivo da sociedade empresária ou do empresário individual, ou seja, o seu patrimônio negativo, também não integra a noção jurídica de estabelecimento empresarial. Assim sintetiza Marlon Tomazette, ao comparar as definições de estabelecimento e patrimônio: "no patrimônio, estão reunidas todas as relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa, ainda que não guardem relação entre si. Já no estabelecimento o essencial é que esse complexo de bens seja organizado pelo empresário para o exercício da mpresa".[21]



* Patrimônio = soma dos bens e direitos do empresário (ativo + passivo).

* Estabelecimento = bens corpóreos e incorpóreos vinculados ao exercício da atividade.

Em síntese, podemos nos apoiar nas lições de Giorgio Ferrari, que enxerga na noção de estabelecimento empresarial a combinação de dois elementos principais, quais sejam: o elemento objetivo, que encontra referência no ideia de conjunto de bens, e o elemento formal finalístico que é a organização no sentido de servir como instrumento para o exercício da empresa.[22]

2.3 Natureza jurídica do estabelecimento

A identificação da natureza jurídica do estabelecimento empresarial já foi objeto de infindáveis debates, o que levou Orlando de Carvalho a afirmar que "desenvolveram-se todas as teorias imagináveis".[23] Atualmente, referida celeuma doutrinária encontra-se menos fortalecida, carecendo de maior relevância, na medida em que os estudiosos do tema tem se orientado, pelo menos em nosso país, de forma mais ritmada sobre o assunto.[24] Neste sentido, não se mostra oportuna a exposição sistematizada das diversas linhas doutrinárias que buscaram no passado identificar a essência jurídica do estabelecimento.

Também no passado foi debatida a aceitação do estabelecimento como um efetivo objeto de direito, dotado de caracterização

20. Voltando as lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "se a sociedade empresária possui determinados bens, que integram seu ativo imobilizado, mas que não são utilizáveis em seu processo produtivo ou mercantil stricto sensu, não fazem parte do estabelecimento empresarial (comercial ou industrial). São bens componentes de seu patrimônio. Ou seja, sem eles a sociedade empresária consegue exercer a sua atividade normalmente" (*Código Civil Comentado*, p. 889).

21. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*, vol. I, p. 90.

22. *Azienda (Diritto Privato). Enciclopédia del Diritto*, vol. IV, p. 685.

23. *Critério e Estrutura do Estabelecimento Empresarial*, vol. I: *O Problema da Empresa como Objeto de Negócios*, p. 307.

24. Marlon Tomazette informa a existência de diversos entendimentos teóricos sobre a natureza jurídica do estabelecimento, que ocuparam, no passado, os debates jurídicos sobre o tema, podendo ser destacadas as seguintes formulações teóricas: *estabelecimento como pessoa jurídica, como patrimônio autônomo, negócio jurídico, bem imaterial e como organização* (*Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*, pp. 91-94).

jurídica autônoma. Tal discussão se polarizou em torno da chamada *teoria atomista*, não aceitando que o estabelecimento empresarial assumisse a condição de um bem distinto daqueles que o compunham, e as *teorias universalistas*, que davam ao estabelecimento este caráter de bem complexo, passível de ser objeto de direito. Esta discussão que ocupava a atenção dos juristas antigos, atualmente não encontra mais razão de existência, face à ampla aceitação do estabelecimento empresarial como verdadeiro conjunto de bens, distinto da mera soma de seus componentes e, portanto, passível de ser objeto de negociações.

Assim, vamos partir da aceitação que grassa nos dias de hoje, de ver no estabelecimento um efetivo possível objeto de direito, o que é reforçada pela própria conceituação legal de estabelecimento, traçada pela codificação civil, em seus arts. 1.142 – "Considera-se estabelecimento todo conjunto de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária" e 1.143 – "Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com o a sua natureza".[25]

O estabelecimento, como unidade jurídica que é, não usufrui do atributo de sujeito de direito, atuando como verdadeiro objeto de negócios. Sujeito de direito é o empresário ou a sociedade empresária personificada, é aquele que organiza a atividade econômica e age como verdadeiro titular do estabelecimento empresarial. Conforme pontua de forma objetiva Fábio Ulhoa Coelho o estabelecimento empresarial não pode ser confundido com a sociedade empresária (sujeito de direito), nem com a empresa (atividade econômica).[26]

O estabelecimento tem a condição de bem coletivo, o que possibilita que seja tratado como uma unidade, distinta dos bens singulares que o compõe. A unidade do estabelecimento, como referido anteriormente, ganha sentido pela existência do vínculo funcional que liga todos os bens que o integram.

Os bens coletivos, por sua vez, são catalogados pela codificação civil como universalidades de fato (*universitas rerum* ou *universitas facti*) ou de direito (*universitas iuris*). A primeira espécie é definida como a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária e que, portanto, podem ser objeto de relações jurídicas próprias. As universalidades de direito, por sua vez, são o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. Nesta última espécie não se exige que este conjunto de bens desempenhe função econômica própria, pois a legislação o concebe de forma unificada para atender a certos fins jurídicos. Não se trata de uma realidade econômica unitária preexistente.

Cotejando-se estes dois conceitos, a doutrina pátria tem se orientado no sentido de entender que resta evidenciado que o estabelecimento empresarial se enquadra perfeitamente na primeira hipótese, como forma de universalidade de fato,[27] ou seja,

25. Cássio Machado Cavalli aponta que esta noção é reforçada pelo fato de o estabelecimento possuir regime de circulação próprio, distinto daquele destinado a circulação das coisas singulares que o compõem, pois o art. 1.144 do Código Civil estabelece a necessidade de averbação à margem do registro empresarial e a publicação na imprensa oficial para a alienação do estabelecimento adquirir eficácia perante terceiros ("Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro", *RT* 858/32).

26. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*, vol. 1, 14ª ed., p. 101. Este autor lembra que no Direito alemão, na segunda metade do século XIX, por esforço doutrinário desenvolvido por Endemann e Wilhelm, procurou-se explorar a noção de estabelecimento como pessoa jurídica, por meio da tese da "empresa em si" (*Unternehmen an sich*), contudo tal pretensão não logrou êxito.

27. Em sentido contrário, vendo o estabelecimento empresarial como representação de universalidade de direito, posiciona-se Sérgio Henrique Tedeschi (in *Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*, p. 26). Alfredo de Assis Gonçalves Neto adota entendimento peculiar, posicionando o estabelecimento empresarial como capaz de apresentar natureza distinta de acordo com a o fato de estar ou não

um conjunto de bens heterogêneos, ligados por uma destinação unitária determinada pela vontade do empresário individual ou da sociedade empresária, que detém a sua titularidade.

A catalogação dos bens em universalidades de fato e de direito é matéria que nos foi legada pela sistemática composta no direito romano e que, por certo, não se mostra perfeitamente apta a corresponder à complexidade das relações jurídicas modernas e da atualidade. O direito atual reconhece a presença, nas relações jurídicas de mercado, de negociações que vem a recair sobre objetos que vão além da classificação histórica e tradicional dos bens em individuais e coletivos, e destes em coletividades de fato ou de direito.

Não se pode atribuir ao estabelecimento empresarial natureza jurídica semelhante àquela que qualifica as bibliotecas, os rebanhos, as coleções em geral (exemplos imortais de universalidades de fato). O estabelecimento empresarial é sim um conjunto de bens, corpóreos e incorpóreos, mas é muito mais que isso. Nos termos da legislação civil atual ele também tem a aptidão para congregar formas de manifestação de direitos, como a permissão de sub-rogação do adquirente nos contratos utilizados na exploração da atividade, que não tenham caráter personalíssimo, além da possibilidade de ter valores agregados como o aviamento e a clientela, o que torna injustificável a sua redução à mera universalidade de fato.

Assim, entendemos que o estabelecimento empresarial, pelo caráter dinâmico e diferenciado de sua composição, representa natureza jurídica própria, que não pode ser reduzida a simples qualificação tradicional como universalidade de fato ou de direito.[28]

É importante frisar que sendo o estabelecimento empresarial dotado que caráter dinâmico, a desvinculação de um ou alguns bens de sua composição não o descaracteriza como tal. Trata-se do que Jorge Manuel Coutinho de Abreu designa de *sistema aberto*, em constante intercâmbio com o exterior, representado pelo mercado, pois nele se cruzam fluxos, entrando objetos e instrumentos de trabalho, etc., e saindo produtos e serviços, o que representa um centro de trocas sistêmicas.[29] Este autor explica: "desse intercâmbio resultam as já referidas relações de facto de valor econômico com clientes, fornecedores, financiadores. Relações de facto que constituem como que um 'campo de forças' ligado à empresa, 'sistema de referência inercial'", concluindo: "o estabelecimento manifesta-se ainda como sistema autossuficiente (capaz de se bastar com os resultados das suas trocas) e autónomo – um ente com identidade própria,

no desempenho da atividade a qual se propõe, lecionando: "como conjunto de bens afetados ao exercício da empresa, tal como definido no art. 1.142 do Código Civil, o estabelecimento é uma 'universalidade de fato'. Mas já se viu que ao estabelecimento podem estar agregadas qualidades, como o aviamento e a clientela, que o projetam para além dos bens que o compõem. Trata-se de considerar, então, o estabelecimento em movimento – isto é, a mesma figura, porém sob uma perspectiva dinâmica – também como objeto unitário de direito. Nessa faceta, o estabelecimento revela-se como um feixe de relações jurídicas complexas que envolvem seu 'funcionamento'. Em outras palavras, cumpre considerar que o estabelecimento tanto pode ser considerado como (i) um conjunto de bens apto para o desempenho de uma determinada atividade, quanto (ii) esse mesmo conjunto de bens no desenvolver da atividade para a qual ditos bens estão predispostos a servir. Nessa última concepção, tem-se uma universalidade de direito" (*Direito de Empresa: Comentários aos Arts. 966 a 1.195 do Código Civil*, 2ª ed., pp. 584-585).

28. Cássio Machado Cavalli posiciona-se no sentido de adoção de solução intermediária entre as universalidades de fato e de direito, dizendo: "o estabelecimento é coisa complexa formada por bens, conforme prevê o nosso Código Civil (art. 1.142 do CC/2002) e o Código Civil italiano (art. 2.55); mas, por outro lado, o Código Civil afirmou a noção de estabelecimento como um complexo patrimonial (conjunto de relações jurídicas, chamado pelos italianos de patrimônio aziendal), adotado em nosso Código Civil (arts. 1.146, 1.148 e 1.149 do CC/2002), por influência direta do Código Civil italiano (arts. 2.558, 2.559 e 2.560)" ("Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro", cit., p. 33).

29. *Da Empresarialidade: as Empresas no Direito*, p. 44.

como tal reconhecido no mundo macroeconômico".[30]

A retirada de um ou mais equipamentos de um parque industrial, ou mesmo a desativação de certo setor produtivo, que até então integrava a atividade empresarial nele desenvolvida, em nada compromete a existência do estabelecimento. A fluidez dos limites do estabelecimento representa uma das suas características mais marcantes e capaz de dar-lhe um perfil verdadeiramente diferenciado em relação a sua identificação como unidade representativa de valor de negociação.

Não são raros os casos em que a negociação sobre o estabelecimento – contrato de trespasse – não recai sobre a integridade dos bens que o compõem. Por convenção das partes, determinados bens podem ser excluídos do conjunto de bens que acompanham a transferência. Negociam-se lojas desfalcadas de estoque, restaurantes sem mesas e cadeiras, indústrias desprovidas de certos maquinários essenciais ao desempenho de sua atividade, etc. Nestes casos, o que se mostra indispensável para a caracterização do trespasse é o repasse de bens suficientes para expressar a empresa, que podem ser de ordem material ou imaterial.

É claro que, de regra, deve se atentar para a conceituação legalmente fixada para o conceito de estabelecimento, de forma que este se mantenha na sua forma mínima de conjunto de bens e de atributos dele decorrentes. A simples negociação que recaia sobre apenas um dos elementos do estabelecimento empresarial não poderá ostentar a condição de trespasse. Neste sentido é a lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, ao afirmar: "o que importa para a identificação do estabelecimento é a existência de tantos bens quantos bastem para que possa servir ao fim que o justifica – ou seja, haverá a universalidade estabelecimento sempre que, subtraindo-se alguns bens ou se acrescentando outros ao conjunto, não se lhe desvirtue sua atribuição funcional".[31]

Outra situação que também mostra a condição de fluidez do estabelecimento empresarial como unidade de caráter especial, para fim de determinação jurídica, é visualizado nos casos em que ocorre a destruição dos bens materiais que o compõem, como nos casos de incêndios ou deterioração de sua base física em função de enchentes ou outros fenômenos naturais. Em situações como esta, apesar da inevitável suspensão temporária das atividades, os elementos restantes, de natureza incorpórea – titulo de estabelecimento, marcas, etc. –, permitem que se mantenha a aceitação da existência de estabelecimento e que este ainda possa vir a servir de objeto de transferência de titularidade.

Também é oportuno lembrar que o estabelecimento não constitui patrimônio distinto dentro do patrimônio total do empresário ou da sociedade empresária, em especial para fim de apuração de responsabilidade perante os seus credores, face ao princípio geral de responsabilidade patrimonial fixado no art. 591 do Código de Processo Civil ("O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei").[32]

Considerando-se o estabelecimento como um objeto de direito, poderá ele figurar em uma série de negócios jurídicos, que

30. Idem.

31. *Direito de Empresa: Comentários aos Arts. 966 a 1.195 do Código Civil*, p. 585.

32. Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho explica: "enquanto se tem na mira a figura do empresário individual, a pessoa física que explora a atividade econômica, cabe distinguir, entre os bens de seu patrimônio, os que estão empregados nesta atividade dos demais (a residência do empresário e sua família, o carro, etc.) Essa distinção não tem o alcance de poupar os bens não empregados na empresa, no momento da responsabilidade do empresário individual. Em princípio todos os bens do patrimônio de certa pessoa, no direito brasileiro, respondem pelas obrigações dessa pessoa" (*Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*, p. 102).

podem importar na transferência de sua titularidade ou em mera cessão dos seus direitos de uso e fruição.

A transferência de titularidade do estabelecimento poderá decorrer de ato *inter vivos*, como se realiza por meio de negócio jurídico gratuito ou oneroso. No primeiro caso temos a doação do estabelecimento, no segundo a cessão, alienação ou trespasse, além da permuta, da conferência em sociedade ou dação em pagamento. Há também a transmissão da titularidade do estabelecimento por ato *causa mortis*, decorrente de sucessão legítima ou testamentária.

A cessão do uso ou fruição do estabelecimento pode decorrer de contratos, como o arrendamento ou comodato, além da constituição de usufruto ou atuar como forma de garantia pignoratícia.

3. Elementos que integram a estrutura do estabelecimento empresarial

Para que o estabelecimento possa desempenhar de forma satisfatória a sua função, que é de instrumentalizar o exercício da atividade empresarial, é necessário que nele se reúnam elementos de diversas naturezas. A escolha dos elementos que irão realizar a composição do estabelecimento dependerá do tipo de atividade empresarial que será desenvolvida pelo empresário. Desta forma, não é viável se fixar um rol taxativo dos bens que compõem o estabelecimento empresarial, embora existam experiências legislativas neste sentido, no direito comparado.[33] Na doutrina lusitana, José Oliveira Ascensão, ao tratar da composição do estabelecimento, leciona: "não se podem fixar, em abstracto, os elementos que são essenciais para o estabelecimento. Eles variam consoante a função produtiva que são chamados a desempenhar. A fábrica nada tem em comum com a loja de antiguidades, e esta com a empresa de exportação. Mas, variando os elementos, não deixa em cada momento de se exigir que estejam em condições de desempenhar a função productiva em causa".[34]

Na dicção normativa, utilizada pelo legislador do Código Civil atual, ficou registrado que a composição interna do estabelecimento empresarial é realizada pelo agrupamento de bens sem, no entanto, restar esclarecido qual a natureza destes bens. A doutrina, já de longa data, vem fixando o entendimento de que o estabelecimento empresarial é composto por bens corpóreos e incorpóreos, vinculados ao exercício da atividade empresária.

Neste contexto, os bens corpóreos costumam ser representados pelos maquinários e demais móveis que são utilizados na atividade, matérias primas, insumos, estoque,

33. Sérgio Henrique Tedeschi informa que na legislação argentina e na colombiana há indicação dos bens que compõem o estabelecimento empresarial. Na Argentina a Lei n. 11.867/74, em seu art. 1º estabelece: "Declárase elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística". O Código de Comércio da Colômbia, em seu art. 516, prescreve: "Elementos del establecimiento de comercio. Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio: 1) La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios; 2) Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento; 3) Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares; 4) El mobiliario y las instalaciones; 5) Los contratos de arrendamiento y, en de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario; 6) El derecho a impedirla desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y 7) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente e consideración al titular de dicho establecimiento" (*Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*, pp. 37-38).

34. *Direito Comercial*, vol. I, Parte Geral, p. 495.

o imóvel onde a atividade é exercida, em síntese, por toda estrutura física que viabiliza o desempenho da empresa. Sempre, sem descuidar do requisito da ligação funcional, pois, como leciona Francesco Galgano, a qualificação de um bem como *bem de estabelecimento* depende exclusivamente da destinação que lhe é dada pelo empresário.[35] Os bens incorpóreos são representados pelos direitos agregados à atividade, como os direitos de propriedade industrial ou artística, as marcas, o nome de domínio, dentre outros bens que, embora não se mostrem fisicamente visíveis, contribuem para o desenvolvimento da atividade empresária.

Neste contexto, passamos a análise de alguns bens que mais comumente são indicados como passíveis de integrarem o estabelecimento empresarial, e que propiciam eventuais discussões jurídicas sobre essa atuação.

a) Bens imóveis

Existe em nossa doutrina discussão sobre a possibilidade de bens imóveis virem a compor o estabelecimento empresarial. O debate em questão certamente deita suas raízes na tradição que acompanhou por muito tempo do Direito Mercantil, no sentido de afastar de seus limites as negociações referentes aos imóveis, bens não aptos a circulação física e dotados de caráter preponderantemente familiar.[36] Para alguns autores a natureza do estabelecimento é de bem móvel, o que afastaria a atuação dos imóveis na sua composição.[37] Contudo, tem prevalecido entre os estudiosos sobre o tema a compreensão no sentido de aceitação de que bens imóveis venham a integrar o estabelecimento, o que parece ser uma visão mais adequada, pois o empresário ou a sociedade empresário, ao explorarem a atividade econômica, muitas vezes se utilizam de imóvel de sua propriedade, que passa a representar bem essencial para o desempenho da atividade empresária. Neste sentido, inclusive, orientou-se o legislador, ao criar a dicção do art. 978 do Código Civil, nos seguintes termos: "o empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real". Sérgio Henrique Tedeschi, ao enfrentar o tema, manifesta-se no sentido de que o imóvel utilizado na composição do estabelecimento deverá ser registrado como parte integrante deste, e que a sua existência não altera a natureza mobiliária do fundo empresarial.[38] Não concordamos com estes posicionamentos, pois não há a necessidade de haver o registro de todos os bens que compõem o estabelecimento, além do que nem todo empresário possui registro, basta que se leve em consideração a existência da sociedade em comum, forma empresarial de fato, que não possui inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Da mesma forma, a circunstância de determinado bem imóvel vir a integrar o estabelecimento irá influenciar inevitavelmente na natureza desta figura jurídica, que de regra tida como mobiliária, terá que, no caso, se adaptar, para fins de transferência, as regras relativas aos bens imóveis, mormente a necessidade de

35. *Derecho Comercial*, p. 95.

36. Neste sentido é a lição de Marlon Tomazette: "os imóveis sempre foram tradicionalmente afastados do direito comercial, dada a impossibilidade de circulação física dos mesmos e seu caráter familiar. Além disso, a riqueza imobiliária sempre se contrapôs à riqueza mobiliária, que circula de modo fácil e rápido, especialmente no comércio. Tal afastamento sempre se mostrou cientificamente injustificável. Com o advento da teoria da empresa, esse afastamento se mostra ainda menos razoável" (*Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*, p. 100). O Código Comercial de 1850, em seu art. 191 dispunha que "é unicamente considerava mercantil a compra e venda de efeitos móveis e semoventes", deixando a alienação de imóveis para ser regulada pelo Direito Civil.

37. Esta é a posição firmada por Rubens Requião, in *Curso de Direito Comercial*, p. 283. Sérgio Henrique Tedeschi informa que no Direito francês e no argentino o imóvel é excluído do fundo de empresa (*Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*, p. 41).

38. *Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*, p. 41

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA

observância da escritura pública. Esta foi a conclusão tomada na IV Jornada sobre o Código Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em seu enunciado 393: "A validade da alienação do estabelecimento empresarial não depende de forma específica, observando o regime jurídico dos bens que a exijam".

b) Título de estabelecimento

Em nossa práxis é bastante comum que empresários realizarem a adoção de título de estabelecimento – ou nome de fantasia – entendido como a designação adotada para facilitar a identificação deste no mercando, em especial em face da clientela. Na conceituação formulada por Sérgio Campinho este é representado pelo "sinal distintivo na fachada da casa onde se exerce o negócio, como os letreiros de uso corrente, podendo ser verificado ainda, nos papéis de correspondência, cartões, catálogos de produtos, etc. Consiste, assim, no rótulo do estabelecimento".[39]

De regra o empresário torna a sua atividade conhecida dos consumidores por meio da adoção de título de estabelecimento, ganhando notoriedade junto ao público e tendo assim favorecimento no desempenho de sua atividade no mercado. Em grande parte das vezes a escolha do nome de fantasia coincide com a marca, *v.g.*, Boticário e Burger King, ou coincidem ou se utilizam de parte do nome empresarial, *v.g.*, Lojas Renner e Bradesco. Entretanto, pode o empresário ou a sociedade empresária utilizar no estabelecimento titulo que em nada coincide com o nome empresarial ou com a marca, posto que se tratam de figuras jurídicas de ordem distinta.

Assim, mesmo carente de regulamentação jurídica específica,[40] a adoção de título de estabelecimento encontra-se arraigada entre os empresários, como um instrumento de divulgação do objeto da atividade empresarial que é explorada pelo empresário. Marlon Tomazette explica que "o nome de fantasia pode ser nominativo (expressões linguísticas), figurativo (representações gráficas – também chamado insígnia) e misto (expressões linguísticas grafadas de modo peculiar). É o que vem escrito na fachada, tem uma certa conotação de publicidade com o intuito de atrair a clientela. Ele também tem por objetivo distinguir o empresário de seus concorrentes".[41]

No caso de transferência do estabelecimento, de regra, poderá haver o repasse deste ao adquirente, que espera poder continuar a utilizá-lo, na exploração da atividade econômica em questão. Trata-se, portanto, de um típico elemento incorpóreo do estabelecimento, que se vincula ao objeto e não a pessoa do empresário.

Este aspecto deixa claro que o título do estabelecimento em nada se confunde com o nome empresarial, pois este último não pode ser considerado como elemento de composição do fundo empresarial.[42] O nome

39. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*, 2ª ed., p. 311. Rubens Requião lembra que "tanto no direto francês como no italiano, não se usa da expressão título de estabelecimento. A insígnia é que serve para designar o local onde o empresário expõe suas mercadorias e se encontra com a clientela", no entanto, na opinião deste autor: "a insígnia do estabelecimento seria , pois, a sigla, emblema ou figura característica usada ao lado do título do estabelecimento" (*Curso de Direito Comercial*, p. 289).

40. Sérgio Campinho critica a ausência de tratamento legislativo destinado a regular o título do estabelecimento, em face da sua inequívoca relevância e econômica e mesmo jurídica. Diz o autor: "em razão do incontestável valor econômico desse elemento incorpóreo do estabelecimento, não se pode, prostradamente, no aguardo de um melhor desenho legislativo, permanecer impávido diante do tema, competindo à doutrina formular soluções que venham a convergir para assegurar sua proteção" (*O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*, p. 312).

41. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*, p. 134.

42. Sérgio Campinho posiciona-se em sentido contrário, vendo no nome empresarial como uma das espécies de bens imateriais do estabelecimento (*O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*, p. 311).

empresarial, em qualquer de suas versões – firma individual, firma ou razão social e denominação –, tem caráter subjetivo, referindo-se a identificação da pessoa física do empresário ou da sociedade empresária. Nestes termos, o nome empresarial passa a ter a proteção jurídica que o nosso ordenamento jurídico atribui aos direitos da personalidade em geral (CC, art. 19: "O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome"), além de não poder ser objeto de alienação, por força de previsão expressa, contida no art. 1.164 da Codificação Civil.

c) Nome de domínio

A evolução das transações negociais acarretou a necessidade das empresas buscarem uma forma de identificação no ambiente virtual, propiciando o surgimento dos chamados *nomes de domínio* ou *sites*. Assim, ao lado do nome empresarial, das marcas registradas e dos títulos de estabelecimento, podemos ter ainda os *nomes de domínio*, o que, inclusive, como lembra Sérgio Henrique Tedeschi, poderá ocasionar a situação curiosa de o empresário possuir todos estes, mas tendo cada um deles uma designação diversa.[43] A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FADESP realiza, no Brasil, os registros dos *nomes de domínio*, que a partir de então podem ser utilizados com exclusividade. De regra, o referido registro cria o direito de exclusividade para quem atuar de forma pioneira, ou seja, aquele que primeiro apresentou o pedido de registro. Realizado o referido registro, o *nome de domínio* passa a ser elemento que integra o estabelecimento empresarial. Neste sentido, Marcelo Andrade Féres destaca: "os *sites* hoje passaram a ser um importante instrumento no exercício empresarial. Além de romperem as barreiras de tempo e espaço, cooperam para a otimização dos recursos do empresariado. Algumas empresas estruturam-se única e exclusivamente em atenção ao mercado virtual. Fala-se, comumente, a respeito de livrarias, farmácias, locadoras de filmes, tudo com acesso virtual".[44]

d) Propriedade Intelectual

Ao lado dos bens materiais, ou seja, corpóreos, tangíveis, existem aqueles que integram a esfera dos bens incorpóreos, dentre os quais merece destaque as propriedades intelectuais. Nos termos indicados pela Lei n. 9.279/1996, a propriedade industrial envolve quatro espécies: (a) as marcas, entendidas como os sinais distintivos visualmente perceptíveis; (b) os desenhos industriais, ou seja, a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possam ser aplicados a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial; (c) os modelos de utilidade, que são os objetos de uso prático, ou parte destes, suscetíveis de aplicação industrial, que apresentem nova fórmula ou disposição envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação; e (d) as invenções, representando a criação de algo novo, dotado de aplicação industrial, mas que não se inclua nas modalidades anteriores. Todas estas modalidades são devidamente protegidas após registradas (marcas e desenhos industriais) ou patenteadas (modelos de utilidade e invenções) junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Desta forma, da feliz síntese de Marcelo Andrade Féres "a propriedade industrial é amplamente utilizada pelo empresário no exercício de sua atividade, já que depende dela para garantir a exclusividade do uso de sua tecnologia, seus produtos e seus serviços. A par de seu papel institucional no desenvolvimento da empresa,

43. *Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*, p. 47.

44. *Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*, pp. 32-33.

representa valores econômicos relevantes na formação da universalidade que vem a ser o estabelecimento".[45]

e) Contratos

O desempenho da atividade empresarial passa pela necessária realização dos mais diversos contratos, muitos deles essenciais para a exploração do estabelecimento. Neste contexto, surge a dúvida sobre se estes contratos passam integrar o próprio estabelecimento empresarial. Como ressalta Cássio Machado Cavalli, a dúvida que se estabelece sobre os imóveis integrarem ou não o estabelecimento empresarial decorre da confusão doutrinária de associar *bens* a posições jurídicas de direitos reais, de forma que, assumindo-se este entendimento, dir-se-ia que o estabelecimento seria formado apenas por coisas.[46] Acreditamos que na sistemática desenhada pela legislação civil atual, devemos ter entendimento contrário, pois o art. 1.148 do Código Civil reza que os contratos que não tenham caráter personalíssimo possibilitam a sub-rogação do adquirente, em caso de alienação do estabelecimento empresarial. Neste contexto, a dicção normativa acaba por integrar – pelo menos os contratos que não se apresentam como *intuito personae* – na condição de efetivo elemento integrante do estabelecimento.[47] Esta também é a conclusão apresentada por Marcia Mallmann Lippert, ao afirmar: "se, no entanto, trabalharmos com uma interpretação gramatical em princípio, os contratos que dispõem sobre a exploração do estabelecimento compõem o fundo, pois o adquirente só não irá neles se sub-rogar nos casos de exceção".[48]

No assunto pertinente aos contratos que são firmados no intuito de viabilizar o exercício da atividade do empresário e, portanto, viabilizar o estabelecimento, surge a discussão sobre o *ponto empresarial* vir a integrar o estabelecimento.

Marcelo Andrade Féres conceitua o *ponto empresarial* como o local onde o empresário encontra a sua clientela.[49] Portanto, não há dúvidas sobre a importância deste para o desempenho de certas atividades, pois a localização do estabelecimento passa a servir de referência para a clientela e colabora para a sua aptidão para a obtenção de lucro, integrando o chamado aviamento. A valorização econômica do *ponto empresarial* poderá decorrer da sua localização privilegiada para

45. *Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*, p. 28.

46. "Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial", p. 32.

47. "Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante." Sérgio Henrique Tedeschi, ao se referir a este dispositivo, pontua que: "o artigo em comento é claro ao mostrar que os contratos que não possuem natureza pessoal integram os elementos do fundo de empresa, justamente pela importância que possuem os diversos pactos em várias áreas da empresa, muitas vezes estipulando regras vitais para o empreendimento prosperar" (*Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*, p. 50).

48. *A Empresa no Código Civil: Elemento de Unificação no Direito Privado*. Neste mesmo sentido manifesta-se Alfredo de Assis Gonçalves Neto, nos seguintes termos: "incluem-se e se englobam como bens incorpóreos do estabelecimento todos os direitos que viabilizam ou asseguram seu funcionamento, como os oriundos dos contratos de duração (de fornecimento, de distribuição, de concessão mercantil, de franquia, de agência), das relações de emprego (das quais resulta a manutenção de pessoal qualificado no atendimento da clientela) e, para não detalhar mais, das que determinam o fluxo dos clientes (através, por exemplo, de contratos formulários)" (*Direito de Empresa: Comentários aos Arts. 966 a 1.195 do Código Civil*, p. 579).

49. *Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*, p. 29. Este autor explica: "assim, por exemplo, em se tratando de um comércio varejista de produtos especiais, pode o empresário ter âmbito de atuação em toda uma cidade ou, às vezes, até mesmo nacional. Já para um empreendimento cujo objeto é a negociação de bens comuns – lembre-se, a título ilustrativo, de uma banca de revistas e jornais –, a atividade se reduz significativamente a um pequeno espaço – imagine-se nos limites de um bairro".

o desempenho da atividade econômica organizada, ou do próprio desempenho com o passar do tempo no mesmo local, tornando-se assim conhecido dos clientes da região. Em relação à primeira hipótese Arnoldo Wald exemplifica "uma loja de material esportivo pode ter maior valor se locada perto de uma academia. Ou uma loja de lustres, se estiver em um local onde muitas outras lojas de lustres estão atraindo pessoas que desejam comprar esta mercadoria (como na Rua da Consolação em São Paulo). Um café precisa estar em local com bom movimento de pedestres, e assim por diante".[50]

No direito do inquilinato, a Lei n. 8.245/1991 estabelece, de forma expressa, a proteção do *ponto empresarial* desenvolvido pelo locatário em sua atividade econômica, atribuindo-lhe o direito de renovação compulsória da locação, por igual período, desde que o contrato de locação em questão tenha sido firmado por escrito e por prazo determinado, devendo este ser de no mínimo cinco anos (ou este prazo resultar da soma dos prazos ininterruptos) e, ainda, que o inquilino esteja explorando o mesmo ramo de atuação econômica pelo prazo mínimo e ininterrupto de três meses.

Entretanto, não há como se atribuir ao *ponto empresarial* a condição de elemento integrador do estabelecimento, na medida em que este está vinculado a manutenção do contrato de locação, o qual, por sua vez, tem caráter personalíssimo, não autorizando a sua automática continuação em caso de alienação do estabelecimento. Este assunto foi debatido na III Jornada sobre o Código Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que resultou na edição do Enunciado n. 234, nos seguintes termos: "Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente".[51]

É oportuno relembrar, aqui, a lição de José Oliveira Ascensão, no sentido de que o local não representa elemento essencial para a composição do estabelecimento empresarial. O jurista luso ensina: "o local não é elemento indispensável. O circo ambulante é um estabelecimento. Um estabelecimento pode ser transferido e permanecer o mesmo, variando de local".[52]

3.1 A clientela como atributo do estabelecimento empresarial

Existe, em nossa doutrina, discussão sobre a possibilidade da clientela ou freguesia ser considerada como integrante do estabelecimento empresarial.

Geralmente estes termos são utilizados como sinônimo, representando o conjunto de pessoas que mantém relações negociais com certa constância, com a empresa. No entanto, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery explicam que estas expressões, embora costumem ser utilizados com o mesmo sentido, possuem origem diversa: "o termo clientela vem da tradição romana, aludindo às pessoas que têm o mesmo advogado como procurador. Freguesia vem da tradição canônica e faz alusão ao grupo de pessoas que reside na circunscrição paroquial" acrescentando que atualmente há quem faça distinção entre estas expressões, como ocorre entre os franceses, para quem freguesia (ou *achalandage*) seria o conjunto de frequentadores de um estabelecimento por razões de comodidade ou vizinhança, por motivos meramente geográficos, enquanto clientela (ou *clientele*) refere-se ao grupo de pessoas que se servem dos bens e serviços de uma empresa por razões de confiança.[53]

50. *Comentários ao Novo Código Civil. Livro II – Do Direito de Empresa, Arts. 966 a 1.195*, vol. XIV.

51. Este Enunciado cancelou o de n. 64, que dispunha: "A alienação do estabelecimento empresarial importa, como regra, na manutenção do contrato de locação em que o alienante figurava como locatário".

52. *Direito Comercial*, p. 492.

53. *Código Civil Comentado*, 7ª ed., pp. 888-889. Jorge Manuel de Abreu Coutinho é da opinião que parece não haver vantagens em não usar indistintamente as duas expressões (*Da Empresarialidade: as Empresas no Direito*, p. 50).

Seguiremos a nossa tradição doutrinária e tomaremos as referidas expressões como representavas da mesma realidade.

A clientela, na definição apontada por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, representa o conjunto de pessoas que frequenta com regularidade o estabelecimento, ocasionalmente ou em virtude de relações continuadas de negócio.[54] Esse autor explica "a clientela de um estabelecimento não envolve relação jurídica de espécie alguma: é uma situação de fato, outra abstração que, como o aviamento, surge em razão da conjugação de uma série de circunstâncias provocadas pelo modo de ser do estabelecimento ou do próprio empresário".[55]

De acordo com as peculiaridades de cada caso, poderá haver clientela cativa ou eventual, que frequenta o estabelecimento, influenciada pelos mais diversos fatores, como simpatia pessoal com o empresário, gosto pela marca, atraída pelos preços exercidos da atividade, pela qualidade do produto ou serviço, etc. Jorge Manuel Coutinho de Abreu leciona que a clientela pode ser constituída por consumidores relativamente habituais ou fixos (clientela *fiel*), consumidores ligados à empresa por contratos duradouros (clientela *orgânica*) e por consumidores ocasionais (clientela *ocasional* ou de *passagem*).[56] Já Marcelo Andrade Féres, valendo-se das lições de José Maria Rocha Filho, classifica a clientela em quatro tipos: (a) constituída por transeuntes; (b) em função da fama do estabelecimento; (c) a que é amiga ou tem confiança no proprietário, gerente ou determinado empregado; e (d) a clientela da marca.[57]

Em função do seu caráter difuso, não há clara identificação da natureza jurídica da clientela. O melhor entendimento é aquele que a visualiza como mera situação de fato, decorrente da forma de organização do estabelecimento ou do desenvolvimento da empresa. Mas, apesar desta natureza jurídica própria de situação de fato, não há como deixar de reconhecer o valor econômico que ela possui ou que pode vir a agregar ao estabelecimento empresarial.

Desta forma, a clientela passa a ter um caráter especial em relação ao estabelecimento, capaz de valorizá-lo e destacá-lo entre os demais, sem, no entanto, representar um de seus elementos constitutivos. Pode haver, inclusive, estabelecimento empresarial sem clientela, como ocorre em relação àquele que ainda não entrou em funcionamento.

O titular do estabelecimento – empresário ou sociedade empresária – não é detentor da clientela, uma vez que esta não pode ser objeto de apropriação, além de possuir um caráter fluido e volátil. É claro que em caso de alienação do estabelecimento empresarial, a potencial clientela será levada em consideração na fixação do valor desta transação negocial, servindo como critério de mensuração do *quantum* referente a negociação – contrato de trespasse. No entanto, a clientela não pode ser cedida ou vendida.[58] O que ocorre no trespasse é a existência da intenção

54. *Direito de Empresa: Comentários aos Arts. 966 a 1195 do Código Civil*, p. 583.

55. Idem. O autor complementa: "não é a clientela um bem incorpóreo do estabelecimento comercial, porque, como conjunto (ainda que indeterminado) de pessoas, não pode ser transformada em bem, em objeto de direito. As pessoas serão sempre sujeitos de direito e nunca objeto de uma relação jurídica entre outros sujeitos de direito. Não há como dispor, em uma relação jurídica *inter allios*, sobre o modo de se conduzirem terceiros que dessa relação não participam" (p. 583).

56. *Da Empresarialidade: as Empresas no Direito*, pp. 49-50.

57. *Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*, p. 38.

58. Marcelo Andrade Féres apresenta o posicionamento do jurista italiano Francesco Della Ventura, que visualiza a possibilidade de ser negociada separadamente do estabelecimento ao que se encontra vinculada, afirmando "(...) a clientela poderia ser considerada como um bem imaterial com valor econômico próprio, relevante e autônomo daquele da azienda a qual se refere. A clientela, assim, poderia ser objeto de direitos subjetivos já que o perfil socioeconômico das coisas, não reclama necessariamente que eles tenham um caráter corporal" (*Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*, p. 37).

do adquirente de dar continuidade a atividade econômica desenvolvida pelo alienante e, por consequência, se posicionar na potencialidade de manter a clientela que usualmente frequentava o estabelecimento em questão. Conforme leciona Eduardo Goulart Pimenta "embora a clientela não se transfira (pois não pertence a ninguém) o direito de explorar este potencial de clientes é alienado com a transferência da universalidade patrimonial aqui tratada pois, a partir daí – e durante determinados limites de tempo e de espaço – o alienante não poderá concorrer com o adquirente de seu estabelecimento".[59]

Cabe frisar que não se pode confundir o contrato de trespasse – alienação do estabelecimento – com a negociação que visa o repasse da chamada *carteira de clientes*, também conhecida como *cessão de clientela*. Neste último tipo de negociação não haverá transferência do estabelecimento, para que o adquirente venha a dar continuidade a atividade explorada pelo cedente, que de regra está autorizado a continuar a sua atuação empresarial, valendo-se do conjunto de bens matérias e imateriais que compõem o estabelecimento, e que não foi objeto de transferência. Na chamada *cessão da carteira de clientes* ou *cessão de clientela* empresário apenas renuncia a possibilidade de exploração de certo mercado, ou realiza a cessão de certo número de contratos ao adquirente. Na feliz síntese formulada por Marlon Tomazette esse contrato apenas tenta criar condições para que o cessionário goze da clientela que o cedente antes possuía.[60]

Semelhante ao aviamento, a clientela é apenas um dos atributos que podem se agregar ao estabelecimento empresarial. Oscar Barreto Filho chega a indicar a existência de uma interação entre estes dois atributos do estabelecimento, no sentido de que "enquanto o melhor aviamento contribui para ao aumento da clientela, também esta influi para conservar ou acrescer o aviamento. Qualquer deles pode ser considerado a ação e o outro reação".[61]

Cabe frisar que o nosso sistema jurídico permite a proteção indireta da clientela, por meios de normas proibitivas de condutas que representem concorrência desleal e, ainda, pela previsão normativa contida no art. 1.147 do Código Civil, referente à cláusula implícita de proibição de restabelecimento.[62] Entretanto, como observa Marlon Tomazette, tal proteção não torna a clientela objeto de direito do empresário, pois o que se tutela, na verdade, são os elementos patrimoniais da empresa, aos quais está ligada a clientela.[63]

3.2 A atuação do aviamento em relação ao estabelecimento empresarial

A expressão aviamento vem do italiano – *avviamento* – e, como enfatiza Ferrer Correa, é palavra difícil de traduzir. Na lição deste autor, esta palavra, na língua portuguesa, assume o significado de "expediente", "recurso", "preparação", de forma que se pode falar em *aviamento* de uma pessoa, se queremos aludir ao seu expediente, despacho, habilidade nas coisas de seu ofício, concluindo: "do mesmo modo poderemos falar em aviamento de uma empresa ou estabelecimento mercantil: será a sua eficiência ou capacidade de realizar o fim (lucrativo) para que foi criado – a sua capacidade de rendimento ou de lucro".[64]

59. "O estabelecimento", in *Direito de Empresa no Novo Código Civil*, p. 117.

60. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*, p. 107.

61. *Teoria do Estabelecimento Comercial – Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil*, p. 180.

62. "Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato".

63. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário*, p. 106.

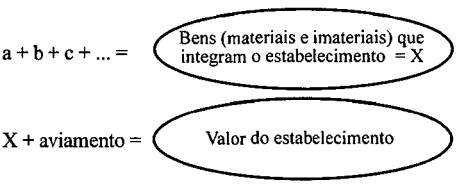
64. *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, pp. 257-258. Este autor adverte que "também não está indicado traduzir 'avviamento' por 'bom nome'

O aviamento representa a aptidão do estabelecimento para produzir lucros, proporcionando um acréscimo no valor deste, somando-se a mera soma dos bens que o compõem. Nas exatas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, é o potencial de lucratividade da empresa.[65] Neste contexto, o aviamento deve ser tido como um verdadeiro atributo do estabelecimento empresarial, que cria uma *plus valia* deste. Como lembra Ferrer Correa, há quem tenha comparado o aviamento à fertilidade de um terreno, ou seja, qualidade da coisa e não a coisa em si.[66]

O aviamento deve ser tido como a expressão do maior valor que os bens organizados em um estabelecimento assumem em comparação com o valor resultante da mera soma dos valores dos bens considerados em sua individualidade. Nas precisas palavras de Mario Bessone "l'avviamento ha un prezzo che sarà calcolato. In ogni caso una cosa è il singolo bene aziendale, altra cosa il compesso organizzato di bene che consente l'esercizio dell'impresa".[67] Assim, o aviamento não possui individualidade própria, não podendo ser caracterizado como sujeito ou como objeto de direito. Não pode ser ele objeto autônomo de negociações jurídicas, não podendo ser alienado, arrendado ou disposto por qualquer ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

Em síntese, o aviamento é uma realidade econômica que acompanha o conjunto de bens que compõem o estabelecimento, tendo relevância em qualquer negociação que envolva o estabelecimento, inclusive em caso de apuração de haveres. Neste sentido, o Código Civil, em seu art. 1.187, parágrafo único, III, determina que a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade empresária poderá figurar entre os valores do ativo, desde que se proceda, anualmente, a sua amortização.

De forma didática, podemos expressar a atuação do aviamento sobre o valor do estabeleciment por meio da seguinte representação gráfica:



Alfredo de Assis Gonçalves Neto cataloga o aviamento em duas categorias: o aviamento objetivo e o subjetivo. O primeiro representa a forma como ficam organizados os bens para o exercício da atividade, sua disposição na loja, a espécie ou qualidade das mercadorias, ou produtos que são comercializados; enquanto a segunda espécie se refere às qualidades pessoais do próprio empresário, seus empregados e o trato com a clientela.[68]

ou 'reputação' do estabelecimento comercial. É, com efeito, intuitivo que a melhor reputação não significa necessariamente o melhor lucro: um hotel de grande luxo pode ser um estabelecimento excelentemente acreditado ou reputado, na região ou mesmo no país, e todavia ter uma clientela muito restrita – e dar, consequentemente, um lucro pouco compensador – em virtude da caresia de seus preços" (p. 257).

65. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*, p. 103.

66. *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, p. 258. Neste mesmo sentido, é clássica a lição de Oscar Barreto Filho: "o aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo – todas constituindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem. O aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento".

67. *Imprese e Società. Lineamenti di Diritto Commerciale*, p. 37.

68. *Direito de Empresa: Comentários aos Arts. 966 a 1.195 do Código Civil*, p. 582. Esta também é a lição de Tulio Ascarelli, ao afirmar: "o aviamento representa um resultado de fato que pode derivar das causas mais diversas: a eficiente coordenação funcional dos diversos bens imateriais, os serviços de hábeis colaboradores, a feliz seleção e a notoriedade da marca: o prestígio de seu titular, a acertada localização, a notoriedade derivante da exploração durante muitos anos, etc. Entre estas causas algumas podem coordenar-se com as qualidades de determinados bens (a modernidade das máquinas; a feliz disposição dos locais de instalação), outras são qualidades pessoais do titular e seus colaboradores, outras são situações de fato (a mesma antiguidade de exercício, o incremento demográfico da cidade, etc.)

Marcelo Andrade Féres, buscando ressaltar a importância do sentido objetivo do aviamento, ou seja, da boa organização para o desempenho bem sucedido da atividade empresarial, formula o seguinte exemplo "suponha-se que um empresário, que vende no varejo calçados de luxo, tenha dois estabelecimentos empresariais, um situado num bairro nobre e outro numa localidade humilde. No primeiro ponto, ele tem ótima clientela, as vendas são significativas. No segundo, o movimento não é suficiente para o pagamento dos custos operacionais. Com certeza, o 'avviamento' não pode estar relacionado à empresa (atividade), pois ela é idêntica em ambas as situações. A capacidade de gerar lucro, assim, decorre diretamente da articulação dos elementos do estabelecimento, inclusive o espacial, o que torna patente que cada *azienda* tem o seu 'avviamento'".[69]

3.3 A condição do passivo (dívidas) frente ao estabelecimento empresarial

Conforme referido anteriormente, antes do advento da Codificação Civil de 2002, o nosso ordenamento jurídico era carente de normatização específica referente ao estabelecimento empresarial, o que autorizava a atuação ativa da doutrina e jurisprudência na construção de sua concepção.

No entanto, já existiam normas específicas em relação a algumas interações do estabelecimento empresarial com outros setores do direito, como em relação à matéria trabalhista e tributária.

No direito laboral, o art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho fixou que as mudanças na propriedade da empresa não afetarão os contratos de trabalho dos respectivos empregados, de forma que, neste âmbito, as obrigações existentes em relação aos empregados que prestam serviços no estabelecimento são repassadas ao adquirente deste, em caso de transferência. Assim, pode-se concluir que as obrigações trabalhistas, por força da legislação específica, acompanham o estabelecimento empresarial.

O direito fiscal segue a mesma linha. O art. 133 do Código Tributário Nacional estabelece que a alienação do estabelecimento empresarial, acarretará ao adquirente a responsabilidade pelos tributos, de forma integral, se o alienante cessar a exploração da atividade, ou subsidiariamente, se este prosseguir na exploração da atividade ou iniciar, dentro de seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo empresarial. Novamente, aqui, existe a determinação de que as obrigações – no caso, tributárias – poderão acompanhar o estabelecimento empresarial.

O Código Civil atual, em seu art. 1.146, reza que "o adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quando aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento".

Assim, resta o questionamento no sentido do passivo, ou seja, as obrigações do empresário ou sociedade empresária, pertinentes aos negócios realizados em relação a determinado estabelecimento, serem considerados como elementos integrantes deste. Em que pese a existência de opiniões em sentido contrário,[70] entendemos que, mesmo no contexto da legislação atual, o passivo não integra o estabelecimento, não podendo, portanto, ser considerado um dos seus elementos constitutivos. Apenas, por motivos de conveniência legislativa, certamente impulsionada pelo intuito de propiciar maior segurança jurídica nas relações negociais, as obrigações acom-

e por isso em relação ao aviamento se faz reverência ao conjunto de fatores objetivos e subjetivos" (*Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*, p. 366).

69. *Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*, p. 34.

70. Neste sentido é o posicionamento de Sérgio Henrique Tedeschi, *Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*, p. 56.

panham o estabelecimento em caso ocorrer a sua transferência.[71]

3.4 Os valores do estabelecimento empresarial

As considerações até então consignadas em relação a noção e estrutura do estabelecimento empresarial deixam evidenciado o seu valor negocial, o que possui peso especial em qualquer reflexão jurídica que se faça sobre o tema. Na doutrina lusitana, Jorge Manuel Coutinho de Abreu aponta a existência de pelo menos três espécies de *valores* que podem ser atribuídos ao estabelecimento,[72] a saber: (a) os valores ostensivos, constituídos pelo conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que o compõem, e que mantém em relação a ele uma relativa autonomia jurídica e econômica; (b) os valores de organização, decorrentes da articulação dos elementos da atividade, selecionados, dimensionados e combinados de modo adequado ao fim jurídico-econômico visado pelo empresário ou sociedade empresária e; (c) os valores de exploração, adquiridos após o início da atividade, ou seja, decorrentes do contato com o público e que se assentam, sobretudo, nas relações de fato com clientes, fornecedores e financiadores.[73]

Estes três valores podem existir conjuntamente ou de forma isolada, o que dependerá da situação tópica a ser analisada. A diversidade das relações de mercado permitem infindáveis combinações econômicas que não podem ser desprezadas pelo direito. Portanto, mesmo que ainda não esteja em funcionamento, o simples fato de determinado conjunto de bens se achar articulado e, portanto com aptidão, para proporcionar o início da atividade econômica específica, já possibilita a existência do estabelecimento. Neste caso será dotado apenas de valor ostensivo e de organização, sem ainda tecida rede de clientes, fornecedores e financiadores, mas não se poderá deixar de reconhecer a existência do estabelecimento empresarial.

Neste sentido, Jorge Manuel Coutinho de Abreu aponta: "havendo já estabelecimento – apesar de ainda não funcionar – há já também aviamento. O estabelecimento já está aviado – preparado ou disposto para o caminho (é este o significado etimológico da palavra) –, possui capacidade produtiva (e lucrativa, em regra), aptidão para realizar o fim para o qual foi criado".[74]

4. Considerações finais

De tudo que foi dito, não resta qualquer dúvida sobre a importância que a figura jurídica do estabelecimento possui no desempenho das atividades empresariais, uma

71. Sérgio Henrique Tedeschi critica esta opção legislativa: "deve-se ressaltar que tal determinação legal, além de ser uma perda para a economia e para a sociedade, vai de encontro ao princípio da preservação da empresa, pois o empreendedor poderá optar por criar uma empresa desde o seu nascedouro, entendendo que, desta forma, não possuirá débitos herdados de outrem, além do que, não correrá o risco de ter a operação de alienação do estabelecimento empresarial declarada ineficaz, por iniciativa de algum credor descontente e que está em busca do pagamento do valor que lhe é devido. Isto porque o empresário que pretende adquirir o estabelecimento provavelmente irá iniciar sua empreitada no mundo dos negócios, a qual, registre-se, não é nada simples, com débitos a pagar, transferidos a ele pelo alienante" (*Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*, pp. 57-58).

72. *Da Empresarialidade: as Empresas no Direito*, p. 45.

73. *Da Empresarialidade: as Empresas no Direito*, p. 45.

74. *Da Empresarialidade: as Empresas no Direito*, p. 49. O referido autor detalha a questão: "embora não funcionando ainda, um complexo de bens de produção organizada pode ser considerado estabelecimento comercial. Sê-lo-á se, à partida (em abstrato), já se revelar (minimamente) apto para realizar um fim econômico-produtivo jurídico-comercialmente qualificado – apto para garantir clientela que lhe permita 'viver', reproduzir (ao menos em termos de 'reprodução simples') os respectivos processos produtivos – e se esse fim não for infirmado pela natureza do sujeito que porá o complexo em funcionamento, nem por outras circunstâncias objectivamente reconhecíveis. Se assim for existe já um bem jurídico novo, uma organização produtiva não redutível a valores ostensivos meramente agregados, um (micro-)sistema identificável, autonomizado no interior do (macro-)sis-

vez que serve e atua como o instrumental que viabiliza a atuação do empresário ou da sociedade empresária.

Desde a lição de Alberto Asquini, sobre os *perfis da empresa*, muito se evoluiu no estudo do Direito Empresarial, como ramo específico da ciência do direito, voltado a reproduzir e normatizar a atuação dos empresários. Portanto, é possível atestar o acerto do legislador da codificação civil de 2002, ao optar por destinar um tópico próprio para a regulamentação do estabelecimento empresarial, conceituando-o e dispondo sobre as principais questões jurídicas que se fazem presente na sua transferência, em especial por meio do contrato de trespasse.

Desta forma, a legislação atual convida novamente os operadores do direito ao debate sobre os confins da noção de estabelecimento, a rediscussão sobre a sua natureza jurídica e a dimensão que este deve assumir no contexto da economia de mercado que hoje vivenciamos. Tal debate, longe de representar diálogos cerebrinos, proporcionam reflexões que irão permitir a otimização desta figura jurídica, de forma a se obter a sua perfeita integração ao pensamento jurídico empresarial.

A adequada compreensão jurídica do estabelecimento permitirá que este venha a desempenhar de forma satisfatória a sua função como instrumento a serviço da atividade empresarial, auxiliando o empresário ou a sociedade empresário no desempenho de sua empreitada econômica.

Referências bibliográficas

ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*. Sorocaba/SP, Editora Minelli, 2007.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Comercial*. vol. I, Parte Geral. Lisboa, 1994.

ASQUINI, Alberto. "Profili dell'impresa". *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale dele Obbligazioni* 41/1. Padova.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial: Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil*. São Paulo, Max Limonad, 1969.

BESSONE, Mario. *Imprese e Società. Linementi di Diritto Commerciale*. Roma, Laterza, 2001.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

CARVALHO, Orlando de. *Critério e Estrutura do Estabelecimento Empresarial*. vol. I: *O Problema da Empresa como Objeto de Negócios*. Coimbra, Atlântida, 1967.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil* – Parte Especial: *Do Direito de Empresa*. vol. 13. São Paulo, Saraiva, 2003.

CAVALLI, Cássio Machado. "Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro". *RT* 858/30.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Empresarial – Direito de Empresa*. vol. 1, 14ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

CORREA, Ferrer A. *Estudos Jurídicos de Direito Civil, Comercial e Criminal*. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 1985.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Da Empresarialidade: as Empresas no Direito*. Coimbra, Almedina, 1999.

ESTRELA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1973.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial: Trespasse e Efeitos Obrigacionais*. São Paulo, Saraiva, 2007.

FERRARI, Giorgio. *Azienda (Diritto Privato). Enciclopedia del Diritto*. vol. IV. Milão, Giuffrè, 1959.

GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial*. vol. I. Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 1999.

tema da produção econômica, um 'valor de posição no mercado'. O direito não pode, portanto, deixar de vê-lo como verdadeiro estabelecimento. Se, por exemplo, um desses complexos, com abertura ao público anunciada para a próxima semana, e instalado num prédio tomado em arrendamento, é hoje alienado, não se vê como não deva aplicar-se ao negócio o regime próprio do trespasse de estabelecimento comercial" (pp. 47-48).

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: Comentários aos Arts. 966 a 1.195 do Código Civil*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2010.

LIPPERT, Marcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil: Elemento de Unificação no Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 2003.

MARCONDES, Silvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo, Saraiva, 1977.

MORAES, Antonieta Lynch de. "O trespasse: a alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula de não restabelecimento". *RT* 792/116.

NERY JUNIOR, Nelson. "Ineficácia do negócio jurídico previsto na LF, 52, VIII: alienação do estabelecimento comercial (trespasse)". *Revista de Direito Privado* 11/225.

_____, e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2009.

PIMENTEL, Eduardo Goulart. *O Estabelecimento. Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Coord. Frederico Viana Rodrigues. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo, Ed. RT, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol., 24ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

TEDESCHI, Sérgio Henrique. *Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*. Curitiba, Juruá, 2010.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário*. vol. I. São Paulo, Atlas, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. vol. 1. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo Código Civil. Livro II – Do Direito de Empresa, arts. 966 a 1.195*. vol. XIV. Rio de Janeiro, Forense, 2005.