

OSCAR BARRETO FILHO

Professor livre-docente e regente da cátedra de
Direito Comercial na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Teoria do Estabelecimento Comercial

FUNDO DE COMÉRCIO OU FAZENDA MERCANTIL

2.^a edição
1988

 editora
SARAIVA

CAPÍTULO III

NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

SUMÁRIO: 58 — Colocação do problema. 59 — Diversas concepções da doutrina. 60 — Teoria da personalidade jurídica (Endemann). 61 — Teoria do patrimônio autônomo (Bekker). 62 — Teoria da personificação da *maison de commerce* (Valéry). 63 — Apreciação destas teorias. 64 — Patrimônio social e estabelecimento. 65 — Teoria do negócio jurídico (Carrara). 66 — O estabelecimento como instituição (Ferrara). 67 — Concepção do estabelecimento como bem imaterial: teoria de Pisko. 68 — Doutrina de Isay. 69 — Doutrinas de Hubmann e de Müller-Erzbach. 70 — Crítica das teorias imaterialistas. 71 — O grupo das teorias atomistas (Scialoja). 72 — Posição de Barbero. 73 — A doutrina diferenciada de Ghiron. 74 — O estabelecimento como complexo de bens. 75 — A qualificação do estabelecimento como *universitas*. 76 — Características do estabelecimento como universalidade. 77 — No direito comercial brasileiro. 78 — A doutrina da *universitas facti*. 79 — Teorias patrimonialistas: a *universitas juris* (Fadda e Bensa). 80 — Conclusão e posição adotada. 81 — As diretrizes do direito novo.

58. A natureza jurídica de um instituto deve, em princípio, ser determinada através da dedução das normas do direito positivo; depois dessa tarefa preliminar pode-se passar à fase subsequente da construção dogmática. No caso específico do estabelecimento comercial, entre nós difícil se torna a construção dogmática do instituto, com base na legislação, em virtude da carência de uma regulamentação orgânica da matéria. As normas legais existentes são de caráter fragmentário, e se acham

esparsas por várias leis. Além disso, os projetos de código de obrigações e de código civil, ora em estudos, não cuidaram especificamente da disciplina do estabelecimento. O tema deverá, portanto, ser ensaiado no plano *de lege ferenda*, à luz dos subsídios do direito comparado, da doutrina e da jurisprudência.

Com este objetivo, dispomo-nos a examinar as principais teorias existentes sobre a natureza jurídica do estabelecimento, confrontando-as com o sistema jurídico vigente em nosso país.

Nesse estudo, especial atenção deverá ser dispensada às normas legais que, sob alguns aspectos particulares, encaram o estabelecimento como um todo unitário. Além disso, não pode ser olvidada a advertência de *Rotondi*, de que, se podemos formular acerca do estabelecimento vários conceitos, sob diversos ângulos, do ponto de vista jurídico não podemos senão reconhecer uma única determinação possível do referido conceito em cada direito positivo, válida para todas as suas manifestações¹.

O interesse prático na qualificação jurídica do estabelecimento reside na circunstância de que os problemas relativos aos negócios jurídicos, feitos com ou sobre o estabelecimento, dependem — quanto à forma de realização e quanto aos efeitos jurídicos — da natureza de que o mesmo se revista perante a lei (v. *infra*, n. 142).

59. Numerosas são as teorias sobre a natureza jurídica do estabelecimento, a refletir a divergência de posições doutrinárias.

Podemos fixar as principais diretrizes da doutrina sobre a matéria, alinhando as seguintes concepções:

a) teoria da personalidade jurídica do estabelecimento (*Rechtssubjektivität*), de *Hassenpflug*, *Gelpcke*, *Endemann*, *Mommsen*, *Völderndorff*;

b) teoria do estabelecimento concebido como patrimônio autônomo (*Zweckvermögen*), de *Bekker*, *Krükmann*;

1. *Rotondi, Trattato*, I, n. 26, pág. 62.

c) teoria da personificação da *maison de commerce* titular do fundo de comércio, de *Valéry*;

d) teoria do estabelecimento como negócio jurídico, de *Carrara*;

e) teoria do estabelecimento como instituição, de *Ferrara*;

Além dessas teorias, que se acham superadas, a doutrina moderna ainda se divide entre quatro orientações diversas:

f) o grupo das teorias imaterialistas, que concebem o estabelecimento como bem imaterial, de *Pisko*, *Isay*, *Hubmann* e *Müller-Erzbach*;

g) o grupo das teorias atomistas, que negam a possibilidade de configuração unitária do estabelecimento, de *Scialoja*, *Barassi*, *Barbero*;

h) o grupo das teorias patrimonialistas, que identificam o estabelecimento com o patrimônio comercial, caracterizado como *universitas juriurum* ou *juris*, de *Fadda* e *Bensa*;

i) o grupo das teorias que divisam no estabelecimento um complexo de bens unificados por uma destinação comum, configurando uma *universitas rerum* ou *facti*, de *Carnelutti*, *Rotondi*, *Vivante*.

Faremos, em seguida, a resenha dessas teorias, detendo-nos com maior vagar nos grupos de concepções ainda presentes na doutrina, para, afinal, eleger a teoria que se apresenta com mais sólidos fundamentos. Observe-se, todavia, que essas teorias não se apresentam hoje com a primitiva pureza conceitual, em virtude dos sucessivos abrandamentos tendentes a adaptá-las à realidade dos fatos, e que tornaram menos nítidas as diferenças específicas².

60. Uma primeira concepção via no estabelecimento um sujeito de direito distinto do comerciante; para isso o patrimônio do estabelecimento era elevado à categoria de pessoa jurídica, com a conseqüente capacidade para a aquisição e o exercício de direitos e obrigações.

2. *G. Ferrari*, verbete *Azienda*, na *Enciclopedia del Diritto*, IV, n. 1, pág. 681.

Esta doutrina foi seguida, com algumas variantes, por escritores alemães, mas sua difusão se deve principalmente a *Endemann*. De acordo com esta teoria, o estabelecimento não seria o simples complexo de meios inanimados de produção; ao contrário, à fusão dos elementos singulares corresponderia uma completa independência jurídica e o nascimento de novo sujeito, com vida e caracteres próprios. Perante o estabelecimento, o empresário não representaria o proprietário, porém, na frase expressiva de *Endemann* — “*der erste Diener des Geschäfts*” — o primeiro empregado do estabelecimento. Este, como autêntico sujeito, seria o centro de todas as relações jurídicas decorrentes do exercício da atividade industrial³.

Segue-se que a mudança do titular seria irrelevante para a existência do estabelecimento, que permaneceria como centro unitário das relações de emprego⁴, e de todas as relações de crédito e de débito compreendidas no patrimônio do estabelecimento. Por conseguinte, no caso de alienação ou morte do antigo titular, o ativo e o passivo do estabelecimento acompanhariam para o novo titular. Daí também a consequência de que, tanto nos estabelecimentos individuais como nos sociais, os credores deveriam concorrer para executar seus créditos somente sobre o patrimônio do estabelecimento, ao passo que os credores particulares do comerciante poderiam agir sobre seu patrimônio pessoal⁵. Se o comerciante exercesse simultaneamente sua atividade em vários estabelecimentos, cada um deles constituiria uma massa de bens sobre que concorreriam separadamente os respectivos credores⁶. Tratar-se-ia, à luz da distinção conceitual entre dívida e responsabilidade, de um caso de *responsabilidade*

3. *G. Endemann, Manuale cit.*, vol. I, pág. 157.

4. A esta concepção subjetiva do estabelecimento e, por extensão, da empresa, se filiam as normas expressas nos arts. 10 e 448 da Consolidação das leis do trabalho, dispondo o último da seguinte forma: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

5. *Endemann*, obra cit., § 13, n. 24.

6. *Endemann*, obra cit., § 16, V e § 17, n. 15.

quantitativamente determinada, ou seja, de dívida limitada do comerciante, perante cada estabelecimento e respectivos credores⁷.

Dada a personalização do estabelecimento, justificar-se-ia a existência de uma designação própria, a firma (em alemão: *Firma*); e, ainda, de capacidade processual, de nacionalidade e de domicílio próprios do estabelecimento, inteiramente distintos da pessoa do titular⁸.

Expusemos a teoria com base na formulação límpida de *Endemann*, porém outros autores (*Völderndorff*) levam a argumentação ao ponto de referir-se a uma dupla personalidade, civil e comercial, do comerciante, que desempenharia dois papéis — *duas sustinet personas*. A teoria foi mais recentemente retomada em parte por *Rathenau* e *Haussmann*, que confundem no conceito de *Unternehmen* elementos objetivos e subjetivos.

61. Originou-se na Alemanha a segunda teoria, criada por *Brinz* e aplicada ao direito comercial por *Bekker*, que concebia o estabelecimento como um patrimônio sem sujeito, erigido em entidade jurídica por força da destinação unitária de seus bens a determinado fim; daí a designação de patrimônio-fim (*Zweckvermögen*).

O estabelecimento destacar-se-ia do patrimônio geral do titular, para qualificar-se como patrimônio separado (*Sondergüter*, *Sondervermögen*), podendo coexistir mais de um agrupamento de bens dessa natureza dentro do patrimônio geral de

7. Cf. *Fabio K. Comparato, Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, 1964; *Sylvio Marcondes Machado, Limitação da responsabilidade*, n. 103.

8. Essa conexão lógica explica a utilização errônea, porém frequente entre nós, da *firma* individual como entidade jurídica distinta da pessoa de seu titular, inclusive figurando ambas como partes em negócios de compra e venda, cessão de direitos, etc. Tal erro, que persiste até nos meios forenses, se deve, segundo cremos, à equiparação das empresas individuais às pessoas jurídicas, para fins de tributação pelo imposto de renda (Lei n. 4.506, art. 29, § 1.º, e Decreto n. 58.400, de 10-5-1966, art. 16, § 1.º).

cada sujeito. De acordo com o pensamento de cada autor, maior ou menor é a autonomia reconhecida a esses núcleos patrimoniais, em relação aos credores. Tal seja a afirmação da autonomia do patrimônio, chega-se, por outro caminho, aos mesmos resultados a que conduz a simples personificação do patrimônio; assiste razão a *Rotondi* quando escreve que "muitas vezes as duas doutrinas parecem diferenciar-se somente no nome"⁹.

O principal expositor da teoria, que é *Bekker*, procura apoiá-la no pecúlio e na *merx peculiaris* do direito romano, que, sendo dirigida por escravo (o qual não pode ser considerado como sujeito), afigura-se como ente no qual diretamente confluem as relações de crédito e de débito. Abandonando a idéia de subjetividade como pressuposto lógico necessário do conceito de patrimônio (v. *supra*, n.º 35), o escritor tudesco atribui a causa da autonomia do patrimônio social em relação aos patrimônios individuais dos sócios à própria natureza do estabelecimento como tal, seja individual ou social, e o figura como complexo patrimonial destinado a um fim particular, portanto parcialmente autônomo, embora compreendido no patrimônio de um sujeito e dele dependente. Os credores do estabelecimento, embora contem com a garantia subsidiária do patrimônio remanescente do titular, diretamente se relacionam com o patrimônio do estabelecimento, de modo privilegiado¹⁰. Em decorrência, o estabelecimento tem seu próprio nome, representação e capacidade para obrigar-se.

Também na fundação existe a destinação de um patrimônio a uma finalidade, porém, enquanto esta é elevada à categoria de sujeito e senhor do patrimônio, o estabelecimento permanece na dependência do comerciante, que, portanto, vem a ser o titular de dois ou mais patrimônios distintos¹¹.

Esta teoria foi desenvolvida, na França, por *Saleilles*, que vê no patrimônio comercial um agrupamento de bens patrimoniais reservados a um fim comum (*patrimoine d'affectation*),

9. *Rotondi*, *Trattato*, I, n. 28.

10. *Bekker*, *apud*, *Rotondi*, obra e loc. cit.

11. *Bekker*, *apud*, *Rotondi*, obra e loc. cit.

investido de certa autonomia, que vem a redundar no conceito de personalidade.

Na Itália, a doutrina foi retomada modernamente por *Mossa*, para quem as obrigações contraídas na exploração do estabelecimento agridem a este patrimônio particular, e só depois e mediatamente vinculam ao titular¹².

62. A teoria formulada na França, por *Valéry*, se prende de certa forma às duas teorias anteriores, de ambas extraindo elementos conceituais.

Esse escritor distingue as duas noções de *maison de commerce* e de *fonds de commerce*, que são comumente confundidas. *Maison de commerce* é o conjunto das pessoas que concorrem para a direção e o funcionamento do estabelecimento; *fonds de commerce* é o conjunto de bens ou valores materiais ou imateriais, que constituem o patrimônio do estabelecimento; a primeira teria o caráter de pessoa, o segundo o de patrimônio destinado a um fim (*patrimoine d'affectation*). O patrimônio de afetação, de que seria titular a *maison de commerce*, distinguir-se-ia do patrimônio pessoal do comerciante. Desdobra *Valéry*, como se vê, o conceito de estabelecimento, contrapondo nitidamente os elementos pessoais e reais, de modo a atribuir-lhe ao mesmo tempo a natureza de sujeito e de objeto de direito¹³.

Esta seria uma consequência necessária da afirmação da autonomia do patrimônio do estabelecimento, pois, diz *Valéry*, "para admitir a existência de um patrimônio especial, é preciso supor também a existência de uma pessoa que seja seu titular. Se considerarmos como preenchendo este papel a casa de comércio (*maison de commerce*), esta objeção se desvanece; se, ao contrário, obstinarmos a não ver no estabelecimento comercial senão os valores que aí entram, não é possível compreender como ele pode viver e agir"¹⁴.

12. *L. Mossa, Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, pág. 344.

13. *J. Valéry, Maison de commerce et fonds de commerce*, in *Annales de droit commercial*, 1902, vol. XVI, págs. 209, 269 e segs.

14. Obra cit., pág. 217.

É interessante observar a posição que, nesta teoria, é marcada ao comerciante, em confronto com seus colaboradores, com a própria clientela e com todos com quem mantém relações de negócios. O comerciante — considerado como o primeiro empregado da casa — “dirige seu negócio, não somente em seu nome e no seu interesse pessoal, mas também em nome e no interesse de seus credores. Em outras palavras, ele é perante estes um gerente, preposto à administração de um patrimônio com os poderes mais extensos; por outro lado, é investido do direito, correlato aos riscos que corre e à tarefa que assumiu, de guardar para si os lucros líquidos dessa administração, porém exposto também a ser destituído de suas funções por uma declaração de falência, se revelar-se incapaz ou indigno da missão que assumiu”¹⁵.

Numerosas são as conseqüências que se podem extrair dessa original concepção, à qual se pode filiar a moderna caracterização da empresa como *instituição*, da qual fariam parte, como sujeitos de direito, tanto o empresário quanto seus colaboradores, não importando para a subsistência da empresa a eventual substituição da pessoa do principal titular.

Assentada a personalização da *maison de commerce*, seria esta titular de nacionalidade, domicílio e nome peculiares, bem como de crédito e patrimônio próprios, refletindo-se a construção em todos os setores do direito comercial.

Difícil é, contudo, assinala *Rotondi*, admitir a equiparação entre o comerciante e seus auxiliares, quando se verifica a diversidade de repercussões dos atos praticados através do estabelecimento sobre o patrimônio do comerciante e sobre aquele dos colaboradores singulares; na verdade, se existe uma certa união de interesses, não há o vínculo social que poderia atribuir ao estabelecimento um novo titular, distinto da pessoa física do comerciante e constituído pela coletividade de cointeressados¹⁶.

63. Deixando de lado pequenas divergências de posições, pode-se formular uma apreciação crítica abrangente de todas as

15. Obra cit., pág. 222.

16. *M. Rotondi, Trattato*, I, n. 29, pág. 74.

doutrinas que divisam no estabelecimento uma pessoa jurídica ou um patrimônio autônomo.

Reportando-nos às considerações expendidas sobre a noção de patrimônio (*supra*, n. 39), verificamos que a crítica fundamental reside na inadmissibilidade de patrimônio sem sujeito. Com efeito, explica *Paulo Cunha*, "uma vez estabelecida a premissa de que é da essência dos direitos o terem sujeito, e o terem por sujeito uma *pessoa* e não uma *coisa* ou um *fim*, logicamente se infere a conclusão de que o *patrimônio*, conjunto de direitos, tem necessariamente por trás de si a noção de *pessoa*, como seu pressuposto lógico constante"¹⁷.

As extravagantes e ousadas doutrinas que concebem o estabelecimento como pessoa jurídica ou patrimônio autônomo não podem prosperar em nosso sistema jurídico, que está construído sobre as noções basilares de direito subjetivo e de pessoa. Em nosso direito, somente a lei pode atribuir personalidade jurídica às entidades resultantes da associação de pessoas (sociedades) ou da aglutinação de bens (fundações). O art. 16 do código civil brasileiro contém a enumeração taxativa das pessoas jurídicas de direito privado, e nela não cabe o estabelecimento.

Sob outro aspecto, pode-se provar, por via indireta, que inexistente o estabelecimento como pessoa jurídica, bastando para isso demonstrar que não constitui um centro ou núcleo independente de relações jurídicas, ou seja, um patrimônio autônomo.

Ora, como já vimos, entre nós o patrimônio comercial não é separado do civil (*supra*, n. 46), de modo que o comerciante responde pelas obrigações contraídas, seja no exercício do comércio, seja na vida privada, com todos os seus bens. Ainda na hipótese de o mesmo titular possuir vários estabelecimentos, todos os credores, civis ou comerciais, podem concorrer sobre a única massa patrimonial formada pelos bens que constituem as várias unidades e também o patrimônio restante do comerciante.

A falência do comerciante envolve o estabelecimento ou estabelecimentos que possua, confluindo todos os elementos ati-

17. *Do Patrimônio*, n. 40, pág. 100.

vos e passivos para formar uma única massa, que compreende todas as relações ativas e passivas¹⁸.

No caso de morte do titular do estabelecimento, este segue a mesma sorte de todos os demais elementos da herança, e se transmite, desde logo, ao herdeiro¹⁹.

Os débitos e créditos assumidos pelo comerciante individual no exercício do comércio podem ser compensados com créditos e débitos contraídos particularmente pelo mesmo comerciante.

Quando da transferência do estabelecimento de um para outro titular, aquele não conserva sua individualidade patrimonial, confundindo-se no patrimônio geral do sujeito adquirente. Não existem, por ora, em nosso direito, formas especiais aplicáveis à transferência do estabelecimento, considerado como um todo unitário.

Diante da evidência, parece acertado concluir com as palavras de *Vivante*: "Quando se reflete que o estabelecimento depende inteiramente do seu dono, que não tem nenhuma defesa contra ele, o qual pode dele dispor à sua vontade, liquidando-o, vendendo-o, dando-o em penhor, em dote e em locação, compreende-se quão fantástica é a autonomia imaginada por *Endemann*! Já o dissera, no século XVIII, a Rota de Florença: *Taberna sine tabernario esse non potest*"²⁰.

64. Não se pode argumentar que a personalidade do estabelecimento se deduz, por analogia, da personalidade da sociedade.

Quando o titular do estabelecimento é um ser coletivo, dotado de personalidade jurídica, como é o caso da sociedade comercial, esta será o sujeito das relações jurídicas atinentes ao estabelecimento.

Compete à sociedade (sujeito de direitos), através de seus órgãos, gerir o patrimônio social, que se caracteriza como pa-

18. Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 39.

19. Código civil brasileiro, art. 1.572.

20. *Vivante, Trattato*, III, n. 841, pág. 4.

patrimônio autônomo, em relação aos patrimônios particulares dos sócios (v. *supra*, n.º 46).

O patrimônio social pode coincidir, não necessariamente, com o estabelecimento; pode, ao revés, a sociedade ser titular de diversos estabelecimentos, dedicando-se a variados gêneros de negócio, como de resto o comerciante individual. Além de um ou mais estabelecimentos, pode o patrimônio social abranger participações societárias e outros valores do ativo.

Não é exato dizer que a aquisição da totalidade das ações de uma sociedade anônima se identifica com a aquisição do estabelecimento, porque não é a pessoa da sociedade que se adquire, verificando-se apenas uma mudança no seu substrato pessoal²¹. Nem se pode falar, no direito brasileiro, que, no caso, se adquire o patrimônio social, porque este subsistirá, mesmo não constando de objetos materiais, enquanto perdurar a sociedade (código civil, art. 57).

A autonomia do patrimônio social decorre de outras exigências jurídicas, e, principalmente, da atribuição da categoria de sujeito de direito à sociedade. O estabelecimento, pertencendo ao mundo dos objetos de direito, é exterior e distinto da pessoa do seu titular, indivíduo ou sociedade, com o qual não se confunde. Do nascimento à extinção, a existência do estabelecimento depende unicamente da vontade do seu titular, que, sem prejuízo dos direitos de terceiros, pode constituir-lo, transformá-lo ou dissolvê-lo²².

65. Posição original é a de *Carrara*, para quem o estabelecimento não é sujeito, nem objeto de direito, mas sim um *negócio jurídico*, cujos sujeitos seriam o titular, os operários, os empregados, os fornecedores, ou seja, todos aqueles que mantêm uma relação jurídica com o estabelecimento. Sob esse aspec-

21. *M. Rotondi, Diritto Industriale*, 5.^a ed., n. 24, pág. 45.

22. Vejam-se, a propósito, os interessantes comentários de *Casanova* acerca dos efeitos decorrentes da distinção entre os conceitos de estabelecimento e de sociedade, em *Estudios sobre la teoría de la hacienda mercantil*, trad. espanhola, n. 15, pág. 41.

to, a concepção se apresenta afim à teoria de Valéry a propósito da *maison de commerce*.

Este negócio jurídico (*negozio aziendale*) é definido por Carrara: "acordo entre empresário, prestadores de trabalho e fornecedores de capital, com o escopo de obter, mediante a organização baseada no emprego das respectivas prestações, os resultados produtivos que constituem a razão de ser da combinação"²³.

Em seguida, afirma o jurista italiano que o estabelecimento, assim configurado, identificar-se-ia com o aviamento, entendido como a combinação dos fatores de produção. Nesse ponto, aproxima-se da concepção de Pisko, que será objeto de exame (v. *infra*, n.º 67).

Após expor como o aviamento surge com o início da atividade do comerciante, escreve: "o aviamento não é pois o movimento de propulsão para a passagem do período de preparação para o de exercício; mas é qualquer coisa de mais consistente; é a própria combinação dos fatores de produção. A consequência que se deve tirar destas premissas é clara: no agregado em que se quer fazer consistir o estabelecimento averiguamos a existência de um elemento essencial, enquanto que os outros elementos de que se compõe o agregado são de natureza puramente acessória, e é evidente que não se poderá falar de universalidade de coisas ou de direitos"²⁴.

Não se pode, todavia, admitir a coincidência entre estabelecimento e aviamento, que dele é um atributo ou qualidade, também referida ao titular, como veremos (*infra*, n. 132). O aviamento é imanente ao estabelecimento, enquanto os outros elementos podem existir ou faltar; isto não significa, porém, que o aviamento exista como entidade *per se* no mundo dos objetos reais, e possa ser identificado com o estabelecimento. Com fina ironia, observa Rotondi, que "o dizer que o aviamento se identifica com o estabelecimento porque este exige para a sua

23. Carrara, *Appunti per una nuova impostazione del concetto d'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, pág. 59.

24. Carrara *apud* Rotondi, *Diritto Industriale*, n. 26, pág. 49.

existência o aviamento, seria como querer justificar a identificação do homem com a vida, porque enquanto o homem vive é dotado de vida!²⁵”.

A tese central de *Carrara* — a configuração do estabelecimento como negócio jurídico — também não pode prevalecer, porque importaria em negar a própria realidade do estabelecimento, que seria transformada numa simples abstração, constituindo-se de uma rede mais ou menos intrincada de relações jurídicas.

É difícil conceber o estabelecimento a não ser como uma coisa ou complexo de coisas (edifício, máquinas, mercadorias, matérias-primas), que denotam uma idéia concreta, e repugna considerá-lo como simples negócio jurídico. A própria constituição do estabelecimento pode verificar-se independentemente de qualquer negócio jurídico, bastando a simples destinação de uma porção do patrimônio do sujeito ao exercício do comércio.

Por último, diz *Rotondi*, não basta a existência de uma ou várias relações jurídicas para haver um negócio jurídico; para isto é preciso que todas as declarações de vontade concorram para um único fim. Entretanto, no estabelecimento cada relação jurídica é autônoma; todos aqueles que participam nas relações jurídicas que constituem o estabelecimento, fazem declarações de vontade autônomas; cada um busca o próprio proveito individual, e não existe desinteressadamente o fim último de fazer prosperar o estabelecimento²⁶.

66. Outra teoria muito pessoal foi exposta por *Ferrara*, que o mestre espanhol *Joaquín Garrigues* reputa ser a mais adequada à ordem jurídica atual, naturalmente tendo em vista o seu país²⁷.

25. *Diritto Industriale*, n. 26, pág. 50.

26. *Diritto Industriale*, n. 26, pág. 51.

27. *M. Rotondi, Diritto Industriale*, n. 27, págs. 51-52; *Tratato*, n. 36, págs. 105-108; *Ferrara Jr., Teoria Giuridica dell'azienda* n. 43, pág. 109; *J. Garrigues, Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1.º, n. 120, pág. 225.

Para o insigne *Ferrara*, o estabelecimento se enquadra numa categoria peculiar, a das *instituições* ou *organizações*, que compreenderia também as entidades com finalidade social, despojadas de personalidade jurídica: hospitais, asilos, etc. Caracterizar-se-ia esta categoria por uma organização de elementos heterogêneos, ativada por determinado fim, sendo mais complexa do que uma simples agregação de elementos (*universitas rerum*).

Falta, porém, um regramento positivo adequado, que reconheça unidade a tais figuras econômicas e sociais. O próprio *Ferrara* declara que a coordenação e combinação dos vários elementos componentes resulta da vontade das partes; mas isto importa em afirmar a disciplina atomista das relações enquanto não são derogadas pela vontade dos contraentes, de modo a modificar as conseqüências da lei.

Esta teoria reconduz às teorias atomistas, a seguir mencionadas (*infra*, n.º 71), que de certa forma influenciou.

67. Encontraram as teorias imaterialistas terreno fértil na Alemanha, onde *Pisko* e seus seguidores concebem o estabelecimento como bem imaterial, objeto autônomo de direito, sendo por *Isay* individuado essencialmente na idéia de "organização" dos vários elementos materiais²⁸.

Segundo *Pisko*, é útil distinguir os conceitos de patrimônio comercial (*Geschäftsvermögen*) e de estabelecimento comercial ou empresa em sentido objetivo (*Handelsgeschäft*).

Patrimônio comercial é o conjunto de elementos ativos e passivos atinentes ao exercício comercial, e que normalmente pode ser individuado e reconhecido no patrimônio geral. Então, torna-se possível sujeitá-lo a uma disciplina própria, instituindo-o como patrimônio separado, tal como se propõe *de jure condendo* como solução para limitar a responsabilidade do comer-

28. Para a exposição das teorias de *Pisko*, *Isay*, *Hubmann*, *Müller-Erzbach* e outros autores alemães, louvamos principalmente nas obras fundamentais de *Rotondi*, *Ferrara Jr.*, *Mossa*, *Casanova* e *Ferrari*, já citadas.

ciante individual²⁹, e existe na chamada fortuna do mar (*Schiffsvermögen*).

O termo estabelecimento — *Geschäft, Unternehmen* — vem usado, em outro sentido, em disposições nas quais surge como objeto de contrato e de direitos reais (venda, locação, usufruto, sucessão, seguro)³⁰. Aí é considerado como bem imaterial distinto dos elementos materiais que o constituem, como acontece no § 25 do código comercial alemão, que supõe a sucessão no estabelecimento sem sucessão nos elementos singulares materiais. Na verdade, o objeto daquelas relações jurídicas, capaz de justificar o preço que supera o valor dos elementos isoladamente considerados, é a organização e a possibilidade de lucros. A organização é obtida com a escolha e sistematização dos elementos materiais, a propaganda, a pesquisa do mercado, etc., e tem um valor econômico enquanto perduram seus efeitos. A correlação entre o estabelecimento e as várias coisas ou direitos, em virtude da qual estes a seguem no trespasse, explica-se por um vínculo de pertinência, porém só devem ser consideradas pertencas as coisas em real e visível conexão com o funcionamento do estabelecimento: instrumentos, mercadorias, matérias primas, etc.

68. Também se funda na idéia de organização a doutrina de *Isay*, que concebe o estabelecimento como objeto de um direito autônomo, de conteúdo imaterial. O estabelecimento distingue-se da materialidade dos elementos que o compõem, precisamente como o direito à patente de invenção se distingue do direito sobre a materialidade da coisa em que se transfunde o invento³¹.

A lei reconhece o caráter unitário do estabelecimento e a existência de um direito subjetivo particular tendo por objeto o estabelecimento (*Betrieb*). A análise evidencia que a palavra

29. V. *Sylvio Marcondes, Limitação da responsabilidade*, n. 104.

30. Código comercial alemão, H. G. B., §§ 22 e segs.

31. *M. Rotondi, Trattato*, I, n. 32, pág. 86 e segs.; *Diritto Industriale*, n. 25, pág. 46.

Betrieb é tomada em dois significados diversos, para designar a atividade profissional do comerciante (ou seja, a empresa) e também o conjunto de bens destinados a tal exercício (*Unternehmen*, o estabelecimento). Entretanto, as duas concepções não são contraditórias e parecem antes integrar-se, dando origem a dois direitos diferentes: 1.º, o direito personalíssimo ao livre exercício da atividade comercial; 2.º, o direito subjetivo sobre o estabelecimento, que pressupõe um objeto externo à pessoa e suscetível de tutela (como, por exemplo, na hipótese de transferência).

O objeto desse direito subjetivo é um bem imaterial que se incorpora ao estabelecimento e constitui o liame espiritual que reúne os vários elementos componentes, a idéia que os organiza, assim como a idéia do artista se concretiza na matéria modelada. O estabelecimento é uma criação do espírito, porque pressupõe, como a obra artística, aquela criação harmoniosa do espírito de organização, em virtude do qual cada elemento concorre para o fim comum. O caráter unitário do estabelecimento se encontra na própria reunião de pessoas e de bens, aos quais se acresce um bem imaterial — “a idéia organizadora” (*organisatorische Idee*).

69. Prende-se à anterior a concepção de *Hubmann*, que elaborou uma construção em que leva às últimas consequências a assimilação do direito sobre o estabelecimento ao direito de autor. O estabelecimento, sendo o resultado da atividade criadora da mente humana no campo da produção, como as invenções o são no campo da técnica, e as obras literárias e artísticas no campo da cultura e da arte, apresenta características comuns com estas criações do engenho. Assim é que, referindo-se por analogia ao direito de autor, *Hubmann* reconhece no direito sobre o estabelecimento três elementos componentes: 1.º, um direito da personalidade (direito sobre a atividade industrial); 2.º, um direito sobre bem imaterial, tendo por objeto “a atividade empresarial objetivada”; 3.º, os direitos reais, obrigacionais etc., considerados isoladamente, referentes aos bens materiais e imateriais compreendidos no estabelecimento. Entre-

tanto, o núcleo desta construção permanece sempre o bem imaterial "estabelecimento", isto é, em última análise, a sua organização, entendida como bem imaterial³².

Outro escritor germânico, *Müller Erzbach*, salienta o fato de que o direito tutela no estabelecimento o resultado do trabalho humano de que a idéia e a organização concreta são o fruto. Mas esta teoria, se explica a razão e o conteúdo econômico da tutela, não define a substância do estabelecimento, de modo a reduzi-lo a uma categoria jurídica³³.

As doutrinas imaterialistas, sob vários matizes, são ainda seguidas na Alemanha por *Oppikofer*, *J. von Gierke* e *Gieseke*. Na Itália, entre os autores que concebem o estabelecimento como um bem imaterial, consistente na organização dos bens, considerada como entidade ideal e abstrata, podem ser citados *Franceschelli*, *Valeri* e *Ferrara Jr.*³⁴.

70. As teorias imaterialistas contêm um fundo de verdade, quando divisam no estabelecimento um ente abstrato resultante da organização dos elementos corpóreos. Mas, numa análise mais profunda, verifica-se que tais concepções se reduzem a meras logomaquias, de vez que a organização e a expectativa de lucros futuros, decorrentes da originária coordenação dos fatores da produção dentro do estabelecimento, indicam o que a doutrina designa pelo nome de aviamento (*infra*, n. 128). Não se pode, portanto, identificar o estabelecimento com a organização, que é um conceito abstrato inferido do modo de ser dos elementos ou fatores da produção, esquecendo a sua própria essência. Se o estabelecimento pressupõe a organização, esta por sua vez pressupõe a materialidade dos bens de produção em que se concretiza, e sem os quais o estabelecimento não existe, porque não é possível a atividade produtiva³⁵.

32. *M. Rotondi, Diritto Industriale*, n. 25, pág. 46; *G. Ferrari, Azienda*, n. 12, pág. 696.

33. *M. Rotondi, Trattato*, I, n. 33, pág. 93 e segs.

34. *F. Ferrara Jr., La teoria*, n. 46, pág. 119 e segs.

35. *M. Rotondi, Diritto Industriale*, n. 25; *Casanova, Azienda*, cit., n. 10, *Imprese*, n. 429 e segs.

No tocante à aproximação com o direito autoral, mostra *Rotondi* que não é exata a comparação feita entre a "idéia organizadora" e as criações artísticas e invenções industriais, que se materializam na realidade concreta da estátua ou da máquina. A "idéia organizadora" não é absolutamente objeto de tutela específica do direito objetivo, como a obra artística, ou a invenção, porque não é suscetível de reprodução e não existe senão dentro do estabelecimento, é imanente e inseparável deste. Ora, se inexiste a possibilidade de uso, fruição ou disposição autônomas, não se pode falar na "idéia de organização" como objeto de direitos autônomos. No âmbito do estabelecimento, a "idéia organizadora" manifesta seus reflexos econômicos, e é protegida, enquanto atua sobre os elementos concretos, contra os ataques e as turbações de terceiros; fora do estabelecimento, não é concebível como realidade e, por conseguinte, não pode gozar *per se* de tutela jurídica. Os produtos do engenho humano — criações artísticas ou invenções industriais — podem reproduzir-se de modo indefinido, independentemente da primeira forma material em que tenham sido vasadas; disso decorre a razão de ser do direito imaterial à invenção, ao qual não pode ser assimilado o suposto direito à "idéia de organização"³⁶.

Em percuciente crítica, assesta *Rotondi* um golpe decisivo nas teorias imaterialistas, ao dizer que elas confundem o *bem* com o *interesse* pelo qual o bem vem configurado e tutelado pela lei, ou seja, o *objeto* da norma com a *finalidade* visada pelo legislador ao editar a norma. É óbvio que, se o legislador configurou o estabelecimento como um *bem* distinto dos bens que dele fazem parte, assim agiu para tutelar o novo *interesse* que se concretiza na permanência da integridade jurídica do complexo de bens reunidos no estabelecimento, interesse que corresponde ao maior valor que o próprio complexo apresenta em relação a cada um dos bens considerados individualmente. Esse interesse corresponde justamente à *organização*, ou melhor, ao *aviamento*, que é o fruto do trabalho do empresário (v. *in-*

36. M. *Rotondi*, obra e loc. cit.

fra, n. 128). A *finalidade* colimada pelo legislador será exatamente a proteção deste tipo de trabalho humano, e de seus frutos.

Para preservar a organização do estabelecimento, basta protegê-la através da tutela unitária concedida ao próprio complexo, em si considerado como um novo bem. Esse novo bem imaterial é constituído pelos bens singulares que o compõem, cuja própria organização é incindível, de tal sorte que pode ser objeto de gozo e de disposição autônomas³⁷.

71. As chamadas teorias atomistas (cuja primeira formulação se deve a *Vittorio Scialoja*) consideram o estabelecimento como uma pluralidade de coisas cuja inegável unidade econômica é irrelevante sob o ponto de vista jurídico, não se configurando em face da lei como um todo sujeito a regulamentação especial.

Como já se disse, o problema da unidade jurídica do estabelecimento somente pode ser resolvido à luz da pesquisa das normas de determinado ordenamento jurídico. Se, ao fim da pesquisa, se verifica que o estabelecimento é tutelado pela lei de modo diferente dos elementos isolados que o compõem, deverá ser considerado como uma unidade; se, ao contrário, os elementos reunidos no estabelecimento são tratados pela lei da mesma forma como se estivessem isolados, o estabelecimento não será mais do que uma simples soma ou pluralidade de elementos díspares.

Na opinião dos seguidores da doutrina atomista, são juridicamente relevantes *per se* os bens componentes do estabelecimento que, não obstante sua destinação econômica unitária, se analisa como uma pluralidade de elementos heterogêneos³⁸.

Filiam-se a esta concepção, na Itália, *Barassi, Dusi, Ascoli, Coviello, Ruggiero, Bonfante, Maroi, Ascarelli e Auletta*. Este último fundamenta sua opinião no texto do art. 2.556 do

37. No sentido geral do texto, *M. Rotondi*, obra e loc. cit.

38. *M. Rotondi, Diritto Industriale*, n. 28.

código civil italiano, que determina, nos contratos que têm por objeto a transferência da propriedade ou do gozo do estabelecimento, a obediência às formas estabelecidas pela lei para a transferência dos bens singulares que o compõem³⁹.

Para esses autores, a coordenação dos vários elementos da produção dentro do estabelecimento não seria bastante para fazê-los perder a fisionomia própria, de modo que todos os negócios jurídicos sobre o estabelecimento deverão configurar-se como múltiplos negócios tendo por objeto cada elemento singular, material ou imaterial, do estabelecimento⁴⁰.

72. Também *Barbero* se coloca nesta posição doutrinária, procurando superar a dificuldade decorrente da negação do conceito unitário de estabelecimento, mediante a fórmula que vê na *universitas* não um novo objeto de direito, mas um modo de ser considerado, pelo direito, *sub specie universitatis*, de um conjunto de bens, que todavia são e continuam bens singulares. Parte esta fórmula do pressuposto de que os objetos de direito constituem uma realidade *ontológica*, ao passo que a universalidade seria uma realidade *lógica*⁴¹.

Refuta *Rotondi* essa construção, asseverando que "tal pressuposto evidentemente não prevalece, assim como não resiste a base em que se fundamenta, ou seja a cisão, no campo das realidades jurídicas, entre realidades *ontológicas* e realidades *lógicas*: pois no direito 'ser' e 'ser considerado' são a mesma coisa, enquanto toda a fenomenologia jurídica se reduz a entidades ideais, que são enquanto são consideradas tais pelo direito: cuja realidade é atribuída pelas qualificações jurídicas, que a constituem"⁴².

39. G. Auletta, *Commentario del Codice Civile*, Livro V, pág. 35.

40. M. Rotondi, obra e loc. cit.

41. Domenico Barbero, *Sistema Istituzionale*, I, n. 158, pág. 247.

42. M. Rotondi, *Diritto Industriale*, n. 28, pág. 53.

Os demais autores que seguem a orientação de *Barbero*, entre os quais se alinham *La Lumia* e *Ferri*, embora caracterizando o estabelecimento como *universitas*, não extraem dessa qualificação todos os corolários, permanecendo fiéis às conclusões das teorias atomistas tradicionais. Para eles, a unidade do estabelecimento, nos negócios jurídicos, resulta tão-somente da vontade manifestada em cada caso pelas partes.

73. Procurou *Mario Ghiron* situar-se numa posição intermediária entre as teorias unitaristas e atomistas, a que batizou de *teoria diferenciada*.

Esta concepção considera, a um tempo, o estabelecimento nos elementos singulares que o integram, e a função que o conjunto desempenha para atingir o escopo comum. Nega *Ghiron* a unidade patrimonial do estabelecimento, que para ele não é reconhecida pelo direito positivo. Afora a unidade da função que determina a organização do complexo de bens, constituem estes uma pluralidade de elementos. Tanto o direito dá relevância à função unitária, considerada no todo, como a cada um dos elementos isoladamente considerados.

Dá a possibilidade de mutação dos elementos constituintes do estabelecimento, de acordo com seu regime jurídico peculiar, sem que isso lhe comprometa a unidade jurídica. Os elementos do estabelecimento transferem-se, sob diferentes formas, sem que, da transferência, resulte ofensa à unidade e à permanência do conjunto.

Há, portanto, dupla disciplina jurídica do estabelecimento, e deve-se diferenciar entre a preceituação aplicável ao conjunto e a cada um dos elementos; disso decorre o nome da teoria. Entende *Ghiron* que o código civil de 1942 confirmou a sua teoria, visto que "deu uma disciplina unitária ao estabelecimento, mas sem tolher aquela particular dos elementos, porque senão os teria subtraído ao comércio jurídico autônomo, para ligá-los indissolúvelmente"⁴³.

43. *M. Ghiron, L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, pág. 259-262.

74. O problema da definição do estabelecimento deve ser encarado, precipuamente, sob o aspecto do direito positivo⁴⁴. Tudo depende de verificar se a reunião dos elementos componentes do estabelecimento tem ou não relevância perante a lei.

Mesmo assim, não é ocioso o exame crítico das principais teorias, a que vimos procedendo, porque cada uma delas põe em relevo um ângulo do fenômeno global, encaminhando de certa forma a solução.

A esta altura, as premissas postas pela crítica das doutrinas, pelas normas legais vigentes, pela análise dos fatos econômicos e até pelo simples bom senso conduzem à afirmação de que o estabelecimento é um bem ou um complexo de bens. Em suma, a teoria do estabelecimento pertence à doutrina dos objetos de direito.

Adotando essa posição sistemática, as teorias atomistas insurgem-se, todavia, contra o exagero da afirmação da *universitas* como ente ideal abstrato, existente fora da pluralidade de seus elementos, e também contra a tendência de considerar como universalidade qualquer complexo de coisas que tenha certa unidade econômica⁴⁵. No entanto, sem atitude preconcebida, deve-se reconhecer que a categoria da *universitas* é a que melhor pode qualificar a natureza do estabelecimento, focalizado como alvo de tutela jurídica.

75. É inegável o vínculo econômico existente entre os vários elementos que constituem o estabelecimento, no qual os bens singulares se revestem de função complementar e instrumental em vista de sua finalidade.

Não se poderia, tecnicamente, vislumbrar no estabelecimento uma relação de pertinência, que pressupõe a subordina-

44. Neste sentido, J. Escarra, *Principes de droit commercial*, vol. I, pág. 490; Barbosa de Magalhães, *Do estabelecimento comercial*, 15, pág. 81.

45. M. Rotondi, *Trattato*, I, n. 35, *passim*.

ção da pertença ao uso ou ao serviço permanente da coisa principal (v. *supra*, n.º 33). Com efeito, qual seria essa coisa principal?

O que há, na verdade, é um fenômeno de coordenação de vários elementos entre si complementares, em função de uma comum destinação econômica. Essa destinação, enquanto se exerce pelo titular sobre elementos do seu próprio patrimônio, não gera vínculos jurídicos, porque se confundem na mesma pessoa as qualidades de sujeito ativo e de sujeito passivo da relação. Mas a destinação dada ao complexo de bens reunidos no estabelecimento produz efeitos quando se criam relações jurídicas entre dois diferentes sujeitos tendo por objeto a transferência ou o usufruto do conjunto⁴⁶.

Ora, a destinação unitária, dada pela vontade do titular a um conjunto de coisas ou bens, que se encontram no seu patrimônio, traduz-se pelo conceito de *universitas*, ou, mais precisamente, pelo de universalidade de fato (v. *supra*, n.º 30). A relevância que o direito atribui ao complexo de bens, em determinadas relações jurídicas, fazem-no um objeto de direito distinto das coisas singulares que o compõem, sendo disciplinado por normas peculiares.

"Nada impede", dilucida *Rotondi*, "que essa unidade não seja definitiva, nem apareça em todas as relações jurídicas, de modo a anular por completo a autonomia de cada um dos elementos componentes: é assim *universitas* o rebanho, que pode como tal fazer objeto de negócios jurídicos, embora também se possam efetuar negócios jurídicos autônomos sobre cada uma das cabeças que formam o rebanho"⁴⁷.

Nem se exige, como vimos, que a universalidade seja composta, tão-somente, de coisas corpóreas, entre si homogêneas; ao contrário, admite-se que nela se integrem bens heterogêneos, inclusive de natureza imaterial. Usando um símile, tratar-se-ia

46. M. *Rotondi*, *Diritto Industriale*, n. 29, pág. 54.

47. M. *Rotondi*, *Trattato*, I, n. 37, pág. 109; *Carnelutti*, *Valore giuridico...*, in *Riv. dir. comm.* 1924, I, pág. 163.

antes de uma mistura, do que de uma combinação química, na qual os elementos simples se fundem e desaparecem, para dar origem a uma nova substância⁴⁸.

O que caracteriza o estabelecimento é exatamente essa relação funcional de complementaridade ou interdependência, que existe entre os elementos, de qualquer espécie ou natureza, que o formam sem, contudo, perder sua individualidade própria. Enquanto integrantes do conjunto, tais elementos se consideram *sub specie universitatis*, ou seja, como partes de um todo, o que não obsta a que possam ser considerados *uti singuli*.

76. Prosseguindo na configuração do estabelecimento como universalidade, vários corolários podem ser extraídos da afirmação do princípio.

Observa *Rotondi*, com argúcia, que não constitui obstáculo à admissão do estabelecimento como *universitas* a circunstância de que nem todas as coisas aplicadas ao exercício da empresa sejam de propriedade do respectivo titular. Pode, efetivamente, suceder que, sobre algumas dessas coisas, tenha o titular direito de uso e gozo apenas em virtude de outro direito real (usufruto) ou de contrato (locação, exploração de patente de invenção). A heterogeneidade dos elementos componentes leva à conclusão de que não se pode falar, tecnicamente, que o comerciante tem a *propriedade* do estabelecimento; mais correto é dizer que o empresário dele detém a *titularidade* (v. *infra*, n. 149).

Outra consequência do reconhecimento como *universitas* do estabelecimento consiste na permanência do todo, não obstante as mudanças (substituições, diminuições e acréscimos) havidas nos elementos que o constituem.

Pode, também, a universalidade, como tal, ser objeto de determinados negócios jurídicos, os quais, todavia, não poderiam incidir sobre os elementos individualmente considerados.

48. A imagem é de Mouchet, *De la nature juridique du fonds de commerce et de son nantissement*, Paris, 1910, pág. 9.

Em síntese, assinala *Rotondi*, são dois os requisitos imprescindíveis para que se possa atribuir a um complexo de bens o caráter de universalidade: 1.º, a lei deve prever para a soma dos elementos uma preceituação diferente e distinta da que é própria dos elementos singulares; 2.º, por conseguinte, a lei poderá tomar a soma unitária dos elementos como objeto de negócios jurídicos diversos daqueles que se poderiam constituir sobre os elementos isolados⁴⁹.

77. Faz-se mister, portanto, orientar nossa pesquisa no sentido de verificar, perante o direito positivo brasileiro, se podemos encontrar no estabelecimento os dois requisitos apontados.

A resposta é afirmativa: em vários textos vemos que a legislação brasileira considera o estabelecimento de modo unitário, como um todo distinto dos elementos individuados que o compõem.

O código comercial menciona o estabelecimento apenas uma vez, a propósito da emancipação do filho-família que, com autorização paterna, "levantar algum estabelecimento comercial" (art. 1.º, n.º 3, 2.ª alínea). Por sua vez, o decreto n. 916, de 24 de outubro de 1890, proíbe a aquisição de firma sem a do estabelecimento a que estiver ligada (art. 7.º).

A lei de falências (decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945) se refere ao estabelecimento como um todo, a propósito de sua transferência em fraude de credores (art. 2.º, n.º V, e art. 52, n. VIII), e, principalmente, a respeito da venda englobada dos bens da massa falida, do seguinte modo: "Se o contrato de locação estiver protegido pelo decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934, o estabelecimento comercial ou industrial do falido será vendido na sua integridade, incluindo-se na alienação a transferência do mesmo contrato" (art. 116, § 1.º).

Tanto o código comercial (art. 5.º, n.º 2), como o código civil (art. 35, §§ 3.º e 4.º) e a lei de falências (art. 7.º) aludem

49. M. *Rotondi*, *Trattato*, I, n. 37, pág. 110; *Diritto Industriale*, n. 29, pág. 55.

ao lugar do estabelecimento como critério para a fixação do domicílio do comerciante⁵⁰.

O decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934, que regula as condições e processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais e industriais, faz menção ao fundo de comércio (art. 20), porém não o define. Nos consideranda que o precedem, todavia, se refere ao valor incorpóreo do "fundo de comércio", que se integra em parte no valor do imóvel locado. Também o código de processo civil, ao cuidar da ação renovatória, menciona o "fundo de comércio" (arts. 358, 359 e 362). Tratando da execução de sentença, dispõe o art. 954 do diploma processual que, "quando a penhora houver de recair em estabelecimento comercial ou industrial, o juiz, salvo ajuste em contrário, determinará a forma de sua administração, a fim de que nenhum dano resulte à produção ou ao comércio". E, no art. 471, § 4.º, em processo de inventário, manda proceder ao balanço do estabelecimento, a fim de apurar-se o que deva entrar no acervo. Na aplicação desses textos legais, a jurisprudência desde o início se conduziu no sentido de vislumbrar no "fundo de comércio" um conjunto patrimonial de bens corpóreos e incorpóreos⁵¹.

O direito positivo, além de tutelar especificamente os elementos do estabelecimento, na esfera cível e na criminal, preocupa-se também em proteger o novo valor decorrente da sua organização no âmbito do estabelecimento, protegendo-a em si e nos seus resultados, através da repressão à concorrência desleal. O anterior código da propriedade industrial (decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945) — cujo título IV ainda se acha em vigor⁵² — inscreve no parágrafo único do art. 178 a dispo-

50. Em relação aos comerciantes domiciliados no exterior, a casa filial situada no Brasil constitui um patrimônio separado (decreto-lei n. 7.661, art. 7.º). Cf. *Traiano M. Valverde, Coment. à lei de falências*, 2.ª ed., vol. IV, ns. 1.230, 1231 e 1247.

51. V. *Luiz Machado Guimarães, Coment. ao Cód. de Proc. Civil*, vol. IV, n. 510, citando sentença do dr. *Hugo Auler*.

52. O decreto-lei n. 254, de 28 de fevereiro de 1965, omitiu todas as disposições penais e processuais penais, por dever a matéria retornar ao corpo do código penal, conforme estudos em anda-

sição fundamental que coíbe os atos de concorrência desleal, assim caracterizados os "tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre os produtos e artigos postos no comércio".

Nestes, e em outros dispositivos de lei, afirma-se, expressa ou implicitamente, a tutela conferida ao estabelecimento, como unidade, visando a conservar a integridade da organização produtora. Essa proteção acompanha o estabelecimento inclusive quando há transferência de titular, tendo sempre em mira a finalidade unitária do todo, como veremos oportunamente.

Temos, pois, por demonstrados os dois pressupostos necessários para analisar o estabelecimento como *universitas*, em face do direito positivo brasileiro.

A configuração do estabelecimento como unidade ou universalidade, em nosso juízo, é inteiramente satisfatória e apta a atender às necessidades da construção dogmática. Bastaria chegar até aqui, sem precisão de enquadrar o estabelecimento em uma ou outra das categorias tradicionais de *universitates*. A afirmação da posição unitarista, reconhecendo embora a possibilidade de uma disciplina particular em relação aos elementos considerados *uti singuli*, é, a nosso ver, a mais acertada⁵³.

78. Dividem-se, todavia, as correntes de opinião, no classificar o estabelecimento em uma das duas tradicionais categorias de *universitas facti* ou *universitas juris*.

mento. Enquanto isto não aconteça, têm os tribunais decidido que continua em vigor o título IV do decreto-lei n. 7.903, de 1945. V. acórdãos do Supremo Tribunal Federal, de 10-10-1967, no Habeas Corpus n. 44.517, da Guanabara; e do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, na *Revista dos Tribunais*, 391/315, 396/285 e 311.

53. Numerosos escritores entendem que, a rigor, o estabelecimento não pode ser enquadrado em uma ou outra das universalidades, constituindo figura *sui generis*. Assim pensam *Rotondi*, *Casanova*, *Ferrara Jr.* e, entre nós, *Evaristo de Moraes Filho*, *Sucessão nas obrigações*..., I, n. 287, pág. 403.

As divergências começam, contudo, na própria caracterização dessas duas categorias (v. *supra*, n.º 30), pois é em função do critério adotado que se qualifica o estabelecimento.

À doutrina que define o estabelecimento comercial como *universitas facti* filia-se a maioria dos escritores, bem como iterativa jurisprudência.

Na Itália, a teórica foi acolhida e sancionada pelo código civil de 1942, que em numerosos artigos se refere à *azienda* como objeto unitário de direito (arts. 2.555 e segs.). Em nosso país, a tendência dominante é para incorporar ao direito constituendo a sistemática da lei italiana.

Admitem que o estabelecimento seja universalidade de fato numerosos autores, nos diferentes países: — na França: Wahl, Thaller, Lèbre, Lyon-Caen e Renault, Gombeaux, Pélissier, Olivier, Planiol e Ripert, Escarra; na Itália: Vivante, Sraffa, N. Coviello, Navarrini, D'Amelio, Franchi e Pagani, A. Rocco, La Lumia; na Alemanha: Wieland; em Portugal: Cabral de Moncada, Cunha Gonçalves, Barbosa de Magalhães⁵⁴, entre nós, Carvalho de Mendonça⁵⁵, Waldemar Ferreira⁵⁶, Bento de Faria⁵⁷, J. Eunápio Borges⁵⁸, Ernesto Leme⁵⁹ e Honório Monteiro⁶⁰.

79. No direito brasileiro, como vimos (v. *supra*, n.º 38) somente o patrimônio e a herança (ou seja, o patrimônio do defunto) constituem universalidades de direito, que subsistem

54. Cunha Gonçalves, *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*, 2.ª ed., n. 40, pág. 65. Em face da legislação portuguesa, entende Barbosa de Magalhães que o estabelecimento é, geralmente, universalidade de fato e, em certos casos, de direito. Cf. *Do estabelecimento comercial*, n. 19, pág. 117.

55. *Tratado*, V, p. 1.ª, n. 15, pág. 19.

56. *Tratado*, VI, n. 1.217, pág. 51.

57. *Direito, Comercial*, I, p. 2.ª, n. 60, pág. 357.

58. *Curso cit.*, I, n. 194, pág. 312 e segs.

59. *Preleções de Direito Comercial*, mimeogr., 3.º ano, 1956.

60. *Revista dos Tribunais*, 105/622.

como tais, embora não constem de objetos materiais (código civil, art. 57). Em outras palavras, somente se pode configurar, no direito pátrio, como *universitas juris* o patrimônio, seja o patrimônio geral do sujeito, sejam os patrimônios especiais ou separados, de que é exemplo a massa falida.

Para nós, conciliam-se perfeitamente os conceitos de patrimônio separado e de *universitas juris*, pois em ambos existem as mesmas conotações: complexo de relações jurídicas unificadas em função de uma finalidade comum, e por isso sujeito a uma regulamentação especial; embora observada de ângulos diferentes, a realidade fenomenológica é a mesma⁶¹.

Esclarecida dessa forma a questão, segue-se que somente poderá ser reconhecida ao estabelecimento a natureza de *universitas juris*, se lhe for atribuído o caráter de *patrimônio separado*, coexistindo a par do patrimônio restante do comerciante.

É isto precisamente que faz o grupo das teorias que identificam o estabelecimento com o patrimônio comercial (o chamado *patrimonio aziendale* dos italianos), configurado como *universitas juris* e constituído pelo complexo de relações jurídicas ativas e passivas, ligadas por um vínculo unitário de destinação ao respectivo titular.

Aderem a esta concepção, que prevalece ainda na doutrina germânica, os seguintes autores: na Alemanha, *Thöl*, *Ladensburg*, *Cosack*, *Behrend*, *Regelsberger*; na Itália, *Vidari*, *Marghieri*, *Fadda e Bensa*, *L. Ferrara*, *Calamandrei*, *Chironi*, *Pipia*, *Bianchi*, *Lordi*, *Ghidini*, *Messineo*; na França, *Simon*⁶², em

61. *Ferrara Jr.* considera diferentes os conceitos de patrimônio separado e de *universitas juris*, que se prendem a ordens de idéias absolutamente distintas. *Santoro-Passarelli*, ao contrário, reconduz o patrimônio separado à figura da *universitas juris*, que teria maior amplitude; *V. Ferrara Jr.*, *Teoria jurídica de la hacienda mercantil*, trad. esp. n. 19, pág. 63, nota 73; n. 39, pág. 107; n. 39 bis, pág. 108.

62. Na sua obra *L'entreprise et le droit*, Paris, 1957, de orientação institucionalista, *Michel Despax* manifesta nítida tendência em favor da autonomia patrimonial da empresa.

Portugal, José Tavares, Ferrer Correia; em nosso país, Gilberto Amado e Otávio Mendes⁶³.

Na formulação de Fadda e Bensa, procura-se reconduzir a heterogeneidade dos elementos materiais e das relações jurídicas que comporiam o estabelecimento a um denominador comum, fundindo-os num conjunto homogêneo de direitos, que constituiriam a categoria da *universitas jurium*. De acordo com esta construção, não se deveria considerar o estabelecimento formado por elementos materiais (armazéns, máquinas, mercadorias), mas sim através dos direitos que conferem ao titular a disposição daqueles elementos. Definir-se-ia, portanto, o estabelecimento como um conjunto de bens incorpóreos — *universitas iurium* — que por sua vez poderia ser objeto de propriedade e de outras relações jurídicas⁶⁴.

Entretanto, mostra Casanova que os elementos do estabelecimento, mesmo categorizados como direitos, continuam sendo diferentes entre si, por sua natureza, configuração e espécie. De outra parte, a especial atenção dada ao conjunto dos vários direitos sobre os elementos singulares — considerados tais direitos como *universitas* — derrui o próprio conceito de universalidade entendida como coisa unitária, objeto de um único direito específico⁶⁵.

Além disso, discute-se a possibilidade de que direitos subjetivos (principalmente o direito de propriedade) possam ser objeto de outros direitos. Por tudo isso, não é de aceitar-se a conceituação do estabelecimento como universalidade de direitos, e, portanto, de coisas incorpóreas. Constituiria, ao invés, uma universalidade mista de coisas corpóreas e de direitos —

63. Embora propenda pela *universitas juris*, Otávio Mendes adota uma posição eclética, pois ressalva que, se o titular possuir mais de um estabelecimento, dá-se a hipótese de *universitas facti*, já que poderá transferir um deles a terceiro, sem responsabilidade do adquirente pela solução do passivo respectivo. Cf. *Direito comercial terrestre*, pág. 334 e segs.

64. Mario Casanova, *Estudios sobre la teoria de la hacienda mercantil*, trad. espanhola, n. 27, pág. 67 e segs.

65. M. Casanova, obr. e loc. cit.

universitas rerum et jurium — de modo que continuaria sua substancial heterogeneidade. Ainda por este motivo deve-se falar em *titularidade*, e não em propriedade do estabelecimento⁶⁶.

80. Não cabe repetir aqui os critérios diferenciadores entre as universalidades de fato e as de direito, assunto de que já nos ocupamos anteriormente (*supra*, n.º 30). Recordamos apenas a conclusão a que chegamos, nas pegadas de *Sylvio Marcondes*, de que o traço distintivo essencial entre as duas reside em que a *universitas juris* é um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), ao passo que a *universitas facti* é um conjunto de objetos de direito.

À luz desse critério, definido o estabelecimento comercial como complexo de bens instrumentais, devemos colocá-lo entre as *universitates facti*.

Corroboram a justeza dessa classificação as circunstâncias, que servem de critérios distintivos para outras teorias, a seguir enumeradas: 1.º, o estabelecimento, como centro de organização da atividade produtora, tem existência real, e não meramente fictícia; 2.º, o estabelecimento é criado pela vontade do homem, e só de modo mediato reconhecido pela lei como unidade; 3.º, o estabelecimento é constituído unicamente de bens, materiais ou imateriais, ou seja, elementos do ativo, não compreendendo, pois, indistintamente, as relações jurídicas ativas e passivas do titular.

Não se pode, por isso mesmo, afirmar que, no direito positivo brasileiro, o estabelecimento se identifique com o patrimônio comercial do titular, de modo a constituir um *patrimônio separado* ou *especial*, suscetível de responder, em caráter exclusivo ou preferencial, pelas obrigações contraídas no exercício da mercancia.

Já foi dito (*supra*, n.º 46) que, perante a nossa lei, não é juridicamente relevante a distinção entre o patrimônio comer-

66. M. Casanova, obra cit., pág. 69.

cial e o patrimônio remanescente do titular. Excluída esta possibilidade, resta-nos concluir que o estabelecimento não é uma *universitas juris*, mas sim uma *universitas facti*. Esta universalidade de fato, por sua vez, se integra no patrimônio do comerciante, o qual constitui uma universalidade de direito.

81. A mesma realidade pode ser encarada sob diversos ângulos pelas diferentes ciências, assim como de uma região se podem levantar diferentes cartas geográficas, conforme os aspectos tomados em consideração: físicos, étnicos, políticos, religiosos, econômicos, atmosféricos, geológicos etc. Essa feliz imagem de *Carnelutti* explica o fato de que o conceito de "estabelecimento" se apresenta com variados contornos nas diversas ciências humanas.

O direito deve, contudo, formular seu próprio conceito, deduzido da lei, não se compreendendo que, na pauta da chamada jurisprudência sociológica (ou jurisprudência dos interesses), alguns juristas queiram inferir a natureza jurídica do estabelecimento do exame de sua natureza econômica. Nesta linha se coloca *Hubmann*, que determina o conceito de estabelecimento de um prévio exame do que chama de modo vago, a "natureza das coisas"⁶⁷.

A doutrina alemã mais moderna (*Müller-Erzbach*, *Krause*, *Ballerstedt*), segundo informa o grande mestre *Rotondi*⁶⁸, tem salientado três ordens de fenômenos econômico-sociais que atuam no sentido de modificar a natureza do estabelecimento: 1.º, a progressiva separação entre a propriedade do estabelecimento e a atividade do empresário, que se nota principalmente no quadro das grandes sociedades anônimas, onde se observa a constituição de um centro de interesses autônomo no próprio estabelecimento (*Unternehmen an sich*); 2.º, a gradativa afirmação de um direito de co-gestão (*Mitbestimmungsrecht*) atribuído aos colaboradores da empresa, que limita a liberdade do empresário; 3.º, a elaboração do conceito da função social da pro-

67. *M. Rotondi, Diritto Industriale*, 5.^a ed., n. 24, pág. 39

68. *M. Rotondi*, obra cit., pág. 40.

priedade do estabelecimento, com as consequentes restrições impostas aos poderes do proprietário⁶⁹.

Estas considerações, todavia, dizem respeito mais de perto ao conceito de empresa, e, embora sugestivas e estimulantes no plano sociológico, deverão informar e inspirar a política legislativa na elaboração do direito novo. Não podem, contudo, ser apreciadas, em face de nosso sistema jurídico, no quadro do direito positivo.

No estado atual da ciência jurídica, em nosso país, e naqueles cuja cultura jurídica mais se lhe avizinha, o estabelecimento comercial deve ser definido como uma *universalidade de fato*.

69. Vemos um reflexo desta orientação no preceito recolhido pelo art. 377 do projeto de código civil do prof. Orlando Gomes (*supra*, n. 16).