

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

**CURSO DE
DIREITO
COMERCIAL
1**

**Teoria Geral do Direito Comercial e das
Atividades Empresariais Mercantis
Introdução à Teoria Geral da Concorrência
e dos Bens Imateriais**

2ª edição



HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA é Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP.

Foi Procurador do Banco Central do Brasil.

É Consultor Jurídico de empresas e Parecerista, Árbitro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Membro do Comitê de Redação da *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM)*, publicação do Instituto de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli e do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP – edição da MALHEIROS EDITORES.

É, também, autor de livros e artigos diversos sobre Direito Comercial, entre os quais contam-se, publicados pela MALHEIROS EDITORES:

- *Bancos Centrais no Direito Comparado* (2005);
- *Curso de Direito Comercial* – (v. 1, 2ª ed., 2008; *Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis; Concorrência e Bens Imateriais* – v. 2, 2006; *Teoria Geral das Sociedades: Sociedades em Espécie do Código Civil* – v. 3, 2008; *A Sociedade por Ações – A Sociedade Anônima – A Sociedade em Comandita por Ações* – e extenso estudo sobre demonstrações financeiras pelo Prof. ALEXANDRE DEMETRIUS PEREIRA).

 MALHEIROS
EDITORES

HAROLDO MALHEIROS
DUCLERC VERÇOSA

CURSO DE DIREITO COMERCIAL

2ª edição revista,
atualizada e ampliada

VOLUME I

Teoria Geral do Direito Comercial
e das Atividades Empresariais Mercantis
– Introdução à Teoria Geral da Concorrência
e dos Bens Imateriais

 MALHEIROS
EDITORES

revisão
Introdução e
Teoria Geral
do Direito Comercial
Teoria Geral das Sociedades
em Espécie do Código Civil
A Sociedade por Ações
A Sociedade Anônima
A Sociedade em Comandita por Ações
Teoria Geral das Atividades Empresariais Mercantis
Concorrência e Bens Imateriais
Teoria Geral da Concorrência
e dos Bens Imateriais

Capítulo 5

OS ELEMENTOS DO EXERCÍCIO E DA IDENTIFICAÇÃO DA EMPRESA E OS SEUS ATRIBUTOS

5.1 Introdução. 5.2 O fundo de comércio ou estabelecimento comercial. Conceito e natureza jurídica. Elementos. Negócios com o estabelecimento. Tutela legal do título de estabelecimento: 5.2.1 A classificação dos bens e os conceitos de "patrimônio" e de "estabelecimento comercial". A tutela do imóvel onde funciona o estabelecimento comercial: 5.2.1.1 Doutrinas clássicas: 5.2.1.1.1 Teoria da personalidade jurídica do estabelecimento – 5.2.1.1.2 Teoria do estabelecimento concebido como patrimônio autônomo (ou separado) – 5.2.1.1.3 Teoria da personificação da "maison de commerce" (casa de comércio) titular do fundo de comércio – 5.2.1.1.4 Teoria do estabelecimento como negócio jurídico ("negocio aziendale") – 5.2.1.1.5 Teoria do estabelecimento como instituição – 5.2.1.2 Doutrinas modernas: 5.2.1.2.1 Teorias imaterialistas (o estabelecimento como bem imaterial) – 5.2.1.2.2 Teorias atomistas (é impossível a configuração unitária do estabelecimento) – 5.2.1.2.3 Teorias patrimonialistas: 5.2.1.2.3.1 O estabelecimento e as universalidades de direito – 5.2.2 O estabelecimento como universalidade de fato. Conceito e elementos: 5.2.2.1 Elementos do estabelecimento: 5.2.2.1.1 Elementos corpóreos – 5.2.2.1.2 Elementos incorpóreos. 5.3 Notas sobre a estrutura e o funcionamento do estabelecimento comercial: 5.3.1 O aviamento e a clientela. 5.4 Elementos de identificação do empresário e do estabelecimento. O nome empresarial. Sistemas. Proteção pela exclusividade: 5.4.1 O nome empresarial. 5.5 O empresário mercantil e os colaboradores da empresa. Os leiloeiros.

5.1 INTRODUÇÃO

Conceituada como "atividade organizada", a empresa será exercida pelo seu titular segundo a forma de empresário individual ou de sociedade empresária. Buscando oferecer bens e/ou serviços no mercado, o empresário necessitará conjugar um complexo de bens para o

exercício da atividade e tornar sua empresa conhecida pelos diversos elementos que a identificarão como uma unidade produtiva, utilizando-se de múltiplos instrumentos jurídicos destinados a alcançar a finalidade de geração de lucros. Dessa maneira, é importante estudar o estabelecimento comercial, os elementos de identificação da empresa, os instrumentos jurídicos a serem utilizados pelo empresário e os atributos de que aquela se reveste.

Alguns autores – como Rubens Requião – têm incluído o estudo das marcas e das expressões e sinais de propaganda neste tópico.¹ Mas, acompanhando Ascarelli, preferi fazê-lo no campo da teoria da concorrência e dos bens imateriais,² em capítulo próprio.

5.2 O FUNDO DE COMÉRCIO OU ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA. ELEMENTOS. NEGÓCIOS COM O ESTABELECIMENTO. TUTELA LEGAL DO TÍTULO DE ESTABELECIMENTO

O estabelecimento tem sido reconhecido pela doutrina como a "projeção patrimonial da empresa", conforme anotava Oscar Barreto Filho, em importantíssimo estudo sobre esse tema,³ para quem, na época, sua elaboração científica mostrava-se particularmente oportuna, diante das propostas de reforma do Direito Privado, somente efetivada depois de passados mais de 30 anos da publicação de sua obra. O Código Civil/2002, portanto, inovou o Direito Positivo Brasileiro também pela disciplina expressa do estabelecimento comercial, em seus arts. 1.142 a 1.149. O conceito é dado pelo art. 1.142: "Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária".

Embora o texto faça referência simplesmente ao "estabelecimento", uma vez que sua utilização é efetuada pelo empresário ou por sociedade empresária, somente se pode concluir no sentido de que se trata do "estabelecimento comercial", correspondente ao "patrimônio aziendale" do Direito Italiano.

O estudo do estabelecimento deve passar pela análise prévia de importantes fundamentos, entre os quais a tutela jurídica dos bens; os

1. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1.

2. *Teoría de la Concurrência y de los Bienes Imateriales*.

3. *Teoria do Estabelecimento Comercial*.

tipos de universalidade reconhecidos pelo ordenamento jurídico; a noção de "patrimônio"; sua posição dentro da teoria da empresa; sua estrutura e funcionamento; os elementos que o compõem; o avião e a clientela; e os negócios a ele relativos. Toda essa temática será abordada de forma sintética em seguida – evidentemente, dentro dos limites estabelecidos para esta obra.

Não se esqueça que o estabelecimento é tratado como *objeto de direito*, e o empresário como *sujeito de direitos*. Além disso, devem ser diferenciados também os conceitos de "conteúdo da relação jurídica" (o comportamento do devedor em uma determinada relação jurídica) e de "objeto da relação jurídica" (uma coisa ou um serviço).⁴

5.2.1 A classificação dos bens e os conceitos de "patrimônio" e de "estabelecimento comercial".

A tutela do imóvel onde funciona o estabelecimento comercial

É conhecida a classificação dos bens em corpóreos e incorpóreos; móveis e imóveis; fungíveis e não-fungíveis; consumíveis e não-consumíveis; divisíveis e indivisíveis, singulares e coletivos (NCC, arts. 79-91).

É fundamental para o estudo do estabelecimento comercial o conceito de "bens coletivos" ou "universalidades", em contraposição aos "bens singulares". Estes são os que, embora reunidos, devem ser considerados de per si, independentemente dos demais (NCC, art. 89). Os bens singulares subdividem-se em "simples", portadores de uma individualidade unitária, devendo assim ser considerados em relação ao seu uso (um prego ou diversos pregos, dentro de uma caixa); e em "compostos", resultantes da conexão de duas ou mais coisas simples, individualidade que passa a ter uma identidade própria, mas que pode ser reduzida nos seus componentes individuais (um automóvel, formado por suas diversas peças).

Quanto às universalidades, a doutrina as tem classificado em "de fato" e "de direito".⁵ Estas últimas eram definidas de forma indireta pelo art. 57 do CCB, onde se lia que "o patrimônio e a herança são coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora

4. Cf. Sylvio Marcondes, *Problemas de Direito Mercantil*, pp. 68-69.

5. V. Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, p. 42.

não constem de objetos materiais". A massa falida correspondente ao antigo patrimônio do empresário cuja falência veio a ser decretada (comerciante individual ou sociedade comercial) também era reconhecida como uma espécie de universalidade de direito.⁶

Em relação ao patrimônio, a doutrina clássica dizia que (i) somente as pessoas podem ter um patrimônio; (ii) toda pessoa tem, necessariamente, um patrimônio; e (iii) cada pessoa somente pode ter um único patrimônio. Mas essa noção veio a ser superada pela criação legal de *patrimônios separados* ou *especiais* e de *patrimônios autônomos*. Os primeiros encontram-se dentro do patrimônio geral de uma pessoa, com caráter independente para efeitos de separação de responsabilidades do titular (bem de família). Os segundos surgem em caráter provisório, sem um titular determinado (herança e massa falida).⁷

O NCC, por sua vez, nos arts. 90 e 91, definiu diretamente as duas espécies de universalidades:

"Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

"Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

"Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico."

Observe-se que o Código Civil/2002, ao definir "universalidade de direito", como tal recepcionou a concepção tradicional de "patrimônio", parecendo haver dela excluído a herança e a massa falida, uma vez que estas não são atribuídas a uma pessoa. Quanto à primeira, o titular faleceu; e, no tocante à segunda, desapareceu a personalidade jurídica com a decretação da quebra. Nesse caso, especialmente no que toca à falência, abrir-se-á, com toda certeza, uma questão na doutrina – que não será abordada, aqui –, pois que seu regramento decorre de lei especial, o qual não poderia ser modificado pelo Código Civil. Mas este, por sua vez, estabelece as normas gerais de Direito Privado, entre as quais se inclui o conceito de "universalidade".

6. Nesse sentido, a massa falida tem sido reconhecida como um patrimônio separado ou de afetação (cf. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 24ª ed., vol. I, pp. 180-182).

7. Sylvio Marcondes, *Problemas* ..., pp. 85 e 96.

O requisito fundamental para o reconhecimento da universalidade de direito está na necessária atribuição legal. Referindo-se às universalidades de direito e de fato, dizia Barreto Filho que as primeiras apresentam “características (...) definidas e impostas pela lei, que lhes imprime o caráter unitário”; e as segundas, “embora sendo reconhecidas pela lei como unidades, não correspondem a tipos fixos e predeterminados”.⁸

Passando ao largo dessa discussão – que não é oportuna –, interessa no presente momento o conceito de “universalidade de fato”, onde fica albergado o de “estabelecimento”, como uma de suas modalidades, segundo será demonstrado adiante. A essa conclusão tem chegado a doutrina mais abalizada, encontrando-se Barreto Filho de forma destacada, entre outros representantes do Direito Brasileiro, na obra que vem sendo citada. A essa conclusão chega o mencionado autor depois de haver efetuado um longo e profundo estudo das mais importantes concepções doutrinárias sobre a natureza jurídica do estabelecimento comercial, divididas em teorias clássicas e modernas, sobre as quais se fará uma brevíssima referência, fundada no estudo acima referido.⁹

Importante fonte para o estudo da matéria está na obra de Evaristo de Moraes Filho, que fez uma resenha de grande proveito para quem procura discernir a natureza jurídica do estabelecimento. Ao final o autor deixou de tomar partido entre as diversas posições, porque não teria encontrado guarida para qualquer das teorias abaixo estudadas no plano do Direito Positivo.¹⁰

5.2.1.1 Doutrinas clássicas

5.2.1.1.1 Teoria da personalidade jurídica do estabelecimento

Para essa teoria – cujo principal expositor foi G. Endemann¹¹ –, o estabelecimento seria sujeito de direito (nova modalidade de pessoa jurídica), enquanto o empresário seria considerado como “seu principal empregado”. Isto porque a fusão dos elementos individuais do es-

8. Teoria ..., p. 43.

9. Barreto Filho, Teoria ..., pp. 78-109.

10. Evaristo de Moraes Filho, *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*, pp. 89-137 e 183-217.

11. Segundo Barreto Filho, Teoria..., pp. 80 e 81.

tabelecimento acarretaria sua independência jurídica, dando lugar a um ente capaz de assumir direitos e obrigações em seu próprio nome.

Dessa concepção surgiriam algumas importantes consequências para o Direito: (i) a morte ou mudança daquele “primeiro empregado” (o empresário) não afetaria o estabelecimento, pois este seria sujeito de direito; (ii) cada estabelecimento pertencente ao mesmo empresário teria personalidade jurídica própria; (iii) o credor de cada estabelecimento somente poderia exercer seus direitos sobre os bens integrantes deste, e não sobre os bens do empresário, pessoa distinta, com patrimônio próprio; e (iv) cada estabelecimento teria uma firma para designá-lo (seu nome comercial), capacidade processual própria, nacionalidade e domicílio próprios.

Evidentemente, esta teoria não tem lugar no Direito Brasileiro, que jamais contemplou o estabelecimento com o reconhecimento da personalidade jurídica, outorgada às pessoas naturais, às sociedades, às associações e às fundações, no plano privado (CCB, art. 16; e NCC, art. 44). Observe-se haverem os partidos políticos sido incluídos na relação do Código Civil de 1916 como categoria própria, inicialmente omitidos, mas presentes no Código Civil/2002. Esta omissão foi corrigida com a promulgação da Lei 10.825, de 22.12.2003, que definiu tais aquelas entidades e mais as organizações religiosas como pessoas jurídicas de Direito Privado, havendo dado nova redação aos arts. 44 e 2.031 do NCC.

5.2.1.1.2 Teoria do estabelecimento concebido como patrimônio autônomo (ou separado)

Para essa doutrina, originada de Brinz e Bekker,¹² o estabelecimento seria um patrimônio sem sujeito, uma entidade jurídica diferenciada, assim constituída em virtude de uma destinação especial dada aos seus bens, voltados para o alcance de um fim determinado. Tomando-se em consideração o patrimônio geral do titular, dentro dele se encontraria separada uma parcela. Cada estabelecimento pertencente ao mesmo titular seria um patrimônio separado distinto.

Como efeitos jurídicos, verifica-se que os credores da atividade mercantil teriam nos bens componentes do estabelecimento a garantia prefe-

12. Cf. Barreto Filho, Teoria..., pp. 81 a 83.

rencial dos seus créditos, podendo voltar-se contra o patrimônio geral do titular em caráter subsidiário. Dessa forma, tais credores seriam privilegiados em relação aos credores gerais do titular do estabelecimento.

Tomando-se a *fundação* como referência, tem-se uma situação semelhante, porque também nela existe um patrimônio destinado a uma determinada finalidade. No entanto, o Direito expressamente acolhe a fundação como uma pessoa jurídica, não ocorrendo isto em relação ao estabelecimento comercial.

5.2.1.1.3 Teoria da personificação da "maison de commerce" (casa de comércio) titular do fundo de comércio

Segundo seu criador, J. Valéry,¹³ deve-se fazer, inicialmente, uma distinção entre "casa de comércio" e "fundo de comércio". A primeira, classificada juridicamente como *pessoa*, corresponderia ao grupo de pessoas participantes da direção e do funcionamento do estabelecimento. O segundo seria o conjunto de bens formadores do patrimônio do estabelecimento, sendo, portanto, *um patrimônio destinado a um fim*. A "casa de comércio" (pessoa complexa, formada pelo empresário e pelos seus colaboradores) seria o titular do "fundo de comércio". Nesse sentido, a "casa de comércio" estaria classificada como instituição, ou seja, em ente indefinido quanto às pessoas dos seus componentes, permanecendo como tal, no tempo e no espaço, mesmo que os participantes originais morram ou sejam substituídos por outros.

A par de não se poder visualizar no Direito Brasileiro esse novo tipo de pessoa, o tratamento dado pelo Direito ao empresário e aos seus colaboradores coloca-os em planos muito diversos uns dos outros, com consequências jurídicas distintas.

5.2.1.1.4 Teoria do estabelecimento como negócio jurídico ("negozio aziendale")

No pensamento de G. Carrara,¹⁴ o estabelecimento entraria na categoria dos "negócios jurídicos", cujos participantes seriam o seu titular, os empregados, os fornecedores etc. – ou seja, o conjunto de

13. Segundo Barreto Filho, *Teoria...*, pp. 83 e 84.

14. Segundo Barreto Filho, pp. 87 a 89.

pessoas que mantivessem com o estabelecimento algum tipo de relação jurídica. A definição desse "negócio aziendale", na tradução de Barreto Filho, o explica como "o 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".¹⁵

Ora, primeiramente deve-se ter em vista que não se pode falar em um "acordo" único, abrangente de todas as relações entre as pessoas enumeradas no conceito de Carrara. Tais relações são distintas tanto em relação às pessoas como no tempo em que se efetuam, ao longo de toda a vida do estabelecimento. Não existe "um acordo", mas "diversos acordos" na realização da atividade que tem o estabelecimento como seu centro negocial. E o negócio jurídico complexo é caracterizado tão-somente quando todas as declarações de vontade das partes convergem para um determinado fim – o que não ocorre no complexo de relações jurídicas enumerados em tal doutrina.

Para Carrara, o estabelecimento representaria uma abstração, formada por uma complexa rede de relações jurídicas. Esse foi o conceito de "empresa" formulado por Coase,¹⁶ acima examinado, tida como um "feixe de contratos". Feixe de contratos formadores da empresa, e não do estabelecimento – explique-se.

5.2.1.1.5 Teoria do estabelecimento como instituição

Essa doutrina teve seu expositor na pessoa de Ferrara,¹⁷ para quem o estabelecimento e outros entes – tais como entidades de finalidade social, hospitais, asilos etc. – entrariam no campo das "instituições" ou "organizações", despidos de personalidade jurídica, constituídos por elementos heterogêneos, voltados para um mesmo fim.

Não existe tal regramento jurídico no Direito Brasileiro no qual, como se disse acima, as pessoas de Direito Privado são determinadas em número fechado, tanto quanto os patrimônios de afetação.

15. *Teoria...*, p. 88.

16. *The Firm, the Market and the Law*.

17. Segundo Barreto Filho, *Teoria...*, pp. 89 e 90.

5.2.1.2 Doutrinas modernas

5.2.1.2.1 Teorias imaterialistas (o estabelecimento como bem imaterial)

Para Pisko, Isay e Hubmann,¹⁸ seus principais defensores, o estabelecimento seria um bem imaterial, objeto autônomo de direito. Dentro do patrimônio geral haveria um "patrimônio comercial", formado por elementos ativos e passivos utilizados na atividade mercantil, passíveis de individualização. Contrapondo-se a esse patrimônio comercial estaria o estabelecimento, caracterizado como objeto de contratos e de direitos reais, tais como venda, locação, usufruto, sucessão, seguro etc., dotado de conotação jurídica própria, pois seria distinto dos bens que o constituem – uma nova espécie de bem imaterial.

Em outras palavras, seria possível, nessa concepção, visualizar um direito subjetivo sobre o estabelecimento, na qualidade de um bem imaterial, incorporado àquele, correspondente a uma criação do espírito no campo da produção (justamente, a organização harmoniosa e dinâmica dos bens componentês, efetuada pelo empresário).

Na verdade, o estabelecimento é um conjunto orgânico de bens materiais e imateriais postos a serviço do empresário, pela sua vontade.

Não há como agasalhar tais teorias no Direito Brasileiro. Tais doutrinas configuram uma confusão entre um bem (o estabelecimento) e o interesse protegido pelo legislador, como seja, o reconhecimento da importância de se manter íntegro aquele conjunto de bens materiais e/ou imateriais formadores do estabelecimento, porque, em sua reunião harmônica, eles representam maior valor – e, portanto, melhor garantia para os credores – do que se individualmente considerados.

5.2.1.2.2 Teorias atomistas (é impossível a configuração unitária do estabelecimento)

Seus defensores principais são Scialoja, Barbero e Ghiron.¹⁹ Para eles, em resumo, o estabelecimento é formado por uma pluralidade de coisas, correspondendo a uma unidade econômica, mas não aconte-

18. Segundo Barreto Filho, *Teoria...*, pp. 90 a 93.

19. Segundo Barreto Filho, *Teoria...*, pp. 95 a 98.

cendo tal no plano jurídico, pois a lei não o tomaria como um todo subordinado a tratamento unificado especial. Segundo tais autores, o fato de existir uma coordenação de vários elementos da produção dentro do estabelecimento não é fator juridicamente apto a fazer com que tais elementos percam sua identidade própria. Dessa forma, os negócios relativos ao estabelecimento devem ser feitos tomando-se cada elemento singular que o constitui, seja bem material ou imaterial. A unidade patrimonial do estabelecimento não seria reconhecida pelo Direito.

No entanto, verificando-se como o Direito tutela, por exemplo, a venda do estabelecimento, considerado como um todo, verifica-se que existe efetivamente o reconhecimento de uma unidade jurídica, como tal protegida, sendo necessário encontrar o lugar que ela merece no ordenamento jurídico.

5.2.1.2.3 Teorias patrimonialistas

5.2.1.2.3.1 O estabelecimento e as universalidades de direito – O reconhecimento jurídico das universalidades depende do preenchimento de duas condições essenciais: (i) previsão legal no sentido de um tratamento jurídico diferenciado para a soma dos elementos do estabelecimento, quando considerados os elementos diversos na sua individualidade; e, (ii) conseqüentemente, o reconhecimento da validade da realização de negócios jurídicos relativos a esse conjunto de bens, considerado como um todo, diversos dos negócios efetuados com os bens isolados.²⁰

Conforme foi dito linhas atrás, o exame da legislação indica que em várias oportunidades o estabelecimento comercial preenche os dois requisitos acima, concomitantemente, disso decorrendo que ele é tido como uma universalidade. Ora, o ordenamento jurídico tutela dois tipos de universalidades: as de direito e as de fato. Portanto, seria tão-somente necessário verificar em qual das duas o estabelecimento estaria colocado – investigação brilhantemente realizada por Barreto Filho na obra em que este estudo tem sua base.

O tema já foi tangenciado no tópico 4.7.2, retro, quando se tratou do patrimônio, ao lado da herança e da massa falida, que consti-

20. Cf. M. Rotondi, *apud* Barreto Filho, *Teoria...*, p. 101.

tuam universalidades de direito, nos termos do art. 57 do CCB e da legislação falimentar. O NCC, no art. 91, procurou dar uma definição genérica, mas com isso parece ter restringido o alcance do instituto: "Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico".

Não se pode dizer que as fundações, a herança e a massa falida preencham a condição de pertencerem a uma pessoa. A fundação é uma pessoa (NCC, art. 44, III). De outro lado, a herança e a massa falida seriam patrimônios autônomos, sem titular enquanto tais.

A discussão não necessita ir mais longe quando são examinados os elementos essenciais das referidas universalidades. A *de direito* é um conjunto de relações jurídicas ativas e passivas, dotadas de valor econômico. A *de fato* corresponde a um conjunto de objetos de direito. Nesta última o caráter unitário decorre da vontade do sujeito, quando dá aos bens que a compõem uma destinação determinada. Naquela, a unidade tem sua fonte na lei.²¹

Nesse sentido, Sylvio Marcondes já havia delimitado os requisitos básicos diferenciadores das universalidades de direito e de fato.

Universalidades de direito: (i) um complexo de relações jurídicas ativas e passivas; (ii) formado por força de lei (portanto, uma relação de número fechado); e (iii) para unificação das mesmas relações.

Universalidades de fato: (i) um conjunto de coisas autônomas, simples ou compostas, materiais ou imateriais; (ii) formado pela vontade do sujeito (portanto, uma relação infinita em sua variedade); e (iii) para uma destinação unitária.²²

Dessa forma, não pode o estabelecimento ser incluído entre as universalidades de direito.

5.2.2 O estabelecimento como universalidade de fato. Conceito e elementos

A partir das colocações acima, Barreto Filho classifica o estabelecimento como universalidade de fato, nele presentes características

21. Cf. Sylvio Marcondes, *Problemas* ..., pp. 82-83.

22. Idem, *ibidem*, pp. 79 e 81-82.

específicas: (i) é o centro da organização da atividade produtora do empresário; (ii) tem existência real, e não abstrata, como é o caso do patrimônio; (iii) sua criação depende da vontade do empresário; (iv) é formado exclusivamente por elementos do ativo (bens materiais e/ou imateriais), dele não fazendo parte elementos do passivo do titular.²³

Rachel Sztajn ensina que o legislador concebeu o *estabelecimento* como complexo de bens o qual, mediante estipulação, o prende ao exercício da empresa, acrescentando que outros complexos de bens com destinação diversa não serão como tal considerados.²⁴

Para Lucas Rocha Furtado o estabelecimento é, ao mesmo tempo, universalidade de fato e bem móvel, composto e incorpóreo, em consonância com os arts. 1.143 e 1.144 do NCC. *Composto* porque formado por diversos elementos organicamente agregados pelo empresário para uma determinada finalidade; e *incorpóreo* porque, enquanto universalidade de fato, não pode ser tocado ou acessado fisicamente em sua integralidade.²⁵

Duas observações necessárias devem ser feitas, neste ponto.

A primeira delas diz respeito à questão dos elementos do passivo. O NCC estabeleceu expressamente no art. 1.146 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, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento".

Portanto, na transferência de um estabelecimento, elementos do passivo acompanham elementos do ativo, desde que preencham a condição de estarem contabilizados como inerentes ao estabelecimento negociado. No interesse dos credores, o vendedor fica solidariamente responsável por tais débitos, segundo os prazos previstos no dispositivo supra. Dessa forma, o conceito de "estabelecimento" de-

23. *Teoria* ..., p. 107.

24. In Álvaro Villaza Azevedo (coord.), *Código Civil Comentado*, art. 1.142, p. 784.

25. Lucas Rocha Furtado, "Estabelecimento empresarial", in Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (coords.), *O Novo Código Civil. Estudos em Homenagem a Miguel Reale*, pp. 939-940.

verá ser integrado pela presença de elementos do passivo, sob a condição de estarem ou não regularmente contabilizados.

Observe-se que a Lei de Recuperação de Empresas e Falências, na condição de lei especial em relação ao Código Civil/2002, prevalece sobre as disposições deste, inclusive no que toca ao sistema do "trespasse do estabelecimento". Nestes termos, a LREF determina, no seu art. 94, III, "c", que será decretada a falência do devedor que transferir seu estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo. Para o efeito do consentimento dos credores, o empresário deverá notificá-los da intenção da venda do estabelecimento. Esta medida, a ser efetuada no prazo de 30 dias, nos termos dos arts. 129, VI, da LREF e 1.145 do NCC, será sempre necessária quando for alienado o único estabelecimento do empresário, ou adotada como cautela por parte do interessado, para que não fique subordinado a uma discussão sobre lhe terem restado, ou não, bens suficientes para o cumprimento de suas obrigações. Na falta da autorização dos credores, a falência do alienante do estabelecimento poderá ser decretada pelo juiz, mediante o requerimento adequado.

Feita a venda do estabelecimento sem o consentimento dos credores, uma vez decretada a falência (inclusive por outra razão qualquer que não a falta de notificação vertente), o negócio será ineficaz, voltando as partes ao estado original: o estabelecimento se reintegra no patrimônio do empresário (agora como massa falida) e os recursos pagos ao comprador lhe serão devolvidos.

As regras do Código Civil/2002 (arts. 1.144 e 1.145) somente terão aplicação quando, por alguma razão, não tiver sido decretada a falência do empresário que alienou seu estabelecimento sem a autorização dos credores, caso em que qualquer deles poderá preferir requerer em juízo tão-somente que seja decretada a ineficácia deste negócio. O credor assim agirá somente se entender que a decretação da falência do devedor, mesmo diante da eventual possibilidade de adoção de um plano de recuperação, lhe trouxer piores resultados pessoais.

Quanto à segunda observação, trata-se da verificação do lugar dos serviços na atividade empresarial, e Barreto Filho os coloca como elementos constitutivos do estabelecimento, ao afirmar que o empresário necessita deles para o exercício da atividade, pois os bens mate-

riais e imateriais que o compõem são inanimados, necessitando de quem os implemente para o fim de atingirem sua utilidade. Os referidos bens seriam apenas mero "instrumento potencial da atividade econômica" do empresário. Sua colocação "em ato" somente poderia ocorrer a partir dos serviços prestados por empregados ou outros profissionais. Sob esse ponto de vista, as pessoas dos empregados e dos demais prestadores de serviços ao estabelecimento não podem ser consideradas como bens. Mas seus serviços decorrem de prestações obrigacionais, dotadas de valor econômico, podendo, portanto, ser consideradas bens no sentido jurídico. Dessa forma, tais prestações estariam incluídas a título de bens no estabelecimento.²⁶

A esse respeito devem ser feitas algumas observações importantes. No regime inaugural do Código Civil de 1916 a universalidade de fato correspondente ao estabelecimento somente poderia ser reconhecida quanto aos bens materiais e imateriais que o formassem segundo a vontade dinâmica do empresário. Tais bens, no momento da alienação do estabelecimento, eram de propriedade do empresário ou se encontravam à sua disposição em virtude de direito real ou de contrato, titular, portanto, da faculdade de cedê-los a terceiros. Quanto aos contratos celebrados entre o empresário e terceiros cujo objeto fosse de proveito para o estabelecimento, não seriam naturalmente transmitidos ao adquirente quando do trespasse. Para tanto seria necessário o consentimento das outras partes, negociado caso a caso.²⁷

A regra original do Código Civil de 1916 foi modificada em circunstâncias específicas, tendo em vista a proteção de determinados interesses. Em primeiro lugar, com o fim de atender aos direitos dos empregados que prestavam serviços ao estabelecimento, a CLT, em seu art. 448, dispôs que "a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados" (grifei).

Considerados os perfis da empresa na visão de Asquini,²⁸ tudo indica que a utilização deste termo no art. 448, supra, foi feita com o

26. Barreto Filho, *Teoria* p. 122.

27. Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. XIII, pp. 652-653.

28. *Os Perfis da Empresa*.

significado de “empresário” ou de “instituição”. Portanto, a norma acima não parece, à primeira vista, dizer respeito a negócios com o estabelecimento (alienação ou arrendamento), pois podem ocorrer sem qualquer mudança na estrutura jurídica do empresário (venda de um dos estabelecimentos a ele pertencentes, v.g.) ou da instituição. O dispositivo sob comentário teria aplicação nos casos de mudança de controle da sociedade empresária ou de transformação, fusão, incorporação e cisão.

No entanto, tem-se entendido que o art. 448 da CLT se aplica ao caso da alienação ou do arrendamento do estabelecimento, para o fim de serem atendidos os direitos dos empregados que prestavam serviços no estabelecimento negociado. Haveria sub-rogação do adquirente ou do arrendatário nos contratos de trabalho inerentes ao estabelecimento objeto do negócio. Ainda em benefício dos empregados, estes poderiam rescindir unilateralmente seus contratos de trabalho nas hipóteses em que se verificasse mudança do ramo de atividade até então exercido no estabelecimento.²⁹

Outra mudança das regras do Código Civil de 1916 surgiu com a promulgação do Decreto 24.150/1934, a primeira “Lei de Luvras”. Na sua vigência se entendeu – conforme já dito acima – que a única forma de proteção, da chamada “propriedade comercial” ou “ponto comercial” estaria em dar ao cessionário do estabelecimento alienado ou arrendado o direito à sub-rogação no contrato de locação do imóvel onde aquele funcionava, independentemente do consentimento do locador. O exercício desse direito dependeria do pagamento do aluguel justo (se fosse o caso, apurado mediante perícia) e do fornecimento de um fiador idôneo em substituição do fiador do antigo comerciante locatário. Essa situação foi mantida pela Lei 8.245, de 18.10.1991, que, nos arts. 51 a 57, passou a regular a locação não-residencial em substituição ao Decreto 24.150/1934.

O advento do Código Civil/2002 confirmou legalmente esse entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos termos do art. 1.148, *verbis*: “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

29. Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários* ..., vol. XIII, pp. 658-659.

contrato em 90 dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante”.

Não ficou claro no texto acima se a “disposição em contrário” seria de natureza legal ou poderia dar-se por meio de cláusula do contrato de alienação. Entendendo-se que a Lei 8.245/1991 – tomada como lei especial – foi recepcionada pelo Código Civil/2002 na sua integralidade, seus mecanismos continuaram inteiramente em vigor, sem alteração no capítulo referente à locação não-residencial. Eventual cláusula contratual restritiva do direito de transferência da locação que impedisse a alienação ou o arrendamento do estabelecimento contrariaria os princípios regentes da “propriedade comercial” e, portanto, seria ilegal e, conseqüentemente, nula, porque buscaria frustrar o proveito que dela poderia auferir o seu titular (no sentido de usar, fruir ou dispor).³⁰

Voltando à questão dos serviços como integrantes ou não do estabelecimento, as regras explícitas do NCC, nos termos do art. 1.148, são as seguintes, esquematicamente: (i) integram-no os contratos estipulados para exploração do estabelecimento; (ii) não o integram os contratos celebrados *intuitu personae*; (iii) mesmo considerados seus serviços como integrantes do estabelecimento, os terceiros prestadores poderão rescindir os respectivos contratos com o adquirente subrogado dentro de 90 dias da publicação da transferência, na hipótese de justa causa, ressalvada a responsabilidade do alienante.

Na qualidade de lei especial em relação ao Código Civil/2002, mantém-se igualmente aplicável o art. 448 da CLT, acima referido, devendo ser compatibilizado com o art. 1.148 daquele.

Algumas dificuldades práticas de aplicação do art. 1.148 do NCC podem ocorrer nos casos em que o empresário ou a sociedade empresária seja titular de mais de um estabelecimento e tenha uma administração centralizada (compras, vendas, contabilidade etc.). Neste caso enfrentar-se-á o problema de saber quais os contratos celebrados pelo titular do estabelecimento alienado e em que medida eles seriam referentes à exploração do estabelecimento alienado.

30. Assim sendo, seria errôneo o entendimento de Modesto Carvalhosa no sentido de que a cessão da locação do estabelecimento dependeria de inequívoco consentimento do locador (*Comentários* ..., vol. XIII, pp. 658-660).

Dessa forma, o conceito de "estabelecimento" fornecido por Barreto Filho torna-se perfeitamente aceitável no Direito vigente, desde que se entenda nele estarem integrados apenas os serviços relativos aos contratos estipulados para a exploração do estabelecimento. Ou seja, considera-se "estabelecimento comercial" (também chamado de "fundo" ou "fazenda comercial") o "complexo de bens *lato sensu* organizados pelo empresário como instrumento para o exercício da atividade empresarial".³¹

Esse conceito doutrinário é fundamentalmente igual àquele que veio a ser adotado pelo NCC no seu art. 1.142: "Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária".

Mas, levando em conta os termos do art. 1.146 do NCC, acima comentado, o conceito de "estabelecimento" estaria completo com o acréscimo referente a elementos do passivo, da seguinte forma: "Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária, juntamente com os débitos àquele referidos, estes desde que devidamente contabilizados".

Tendo em conta que a organização do complexo de bens formado pelo empresário é ditada, na sua qualidade e quantidade, pela vontade do titular do estabelecimento, e não pela lei, este continua classificado pelo Código Civil/2002 na categoria das universalidades de fato.

Deve ser ressaltado, ainda, que o NCC, em seu art. 90, apresenta o conceito de "propriedade dinâmica" ou "propriedade-pertinência", onde se lê que "constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, *pertinentes à mesma pessoa*, tenham destinação unitária"³² (grifei). Desta forma, o estabelecimento é formado não somente pelos bens que integram a propriedade do empresário no sentido tradicional (dos quais ele tem o domínio), mas também por aqueles bens dos quais ele se utiliza a título de contratos de locação, de arrendamento mercantil etc., os quais se encontram na esfera de sua "pertinência subjetiva", por aqueles organizados para o exercício de sua atividade.

31. Barreto Filho, *Teoria* ..., p. 132.

32. Cf. Erasmo V. A. e Novaes França, "Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades", *Revista do Advogado* 71/20.

A referida *propriedade-pertinência* está agasalhada no art. 1.148 do NCC, onde se lê que, "*salvo disposição em contrário*, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para a exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em 90 dias a contar da publicação da transferência, *se ocorrer justa causa*, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante" (grifei). Ou seja, a única hipótese de rescisão dos contratos em tela reside na presença de justa causa, perdendo o proprietário dos bens o direito de retomar sua posse na transferência do estabelecimento. Esta propriedade também é chamada de "dinâmica", porque seu conceito evoluiu substancialmente em relação àquela regulada pelo Código Civil de 1916, considerada clássica, estática e, basicamente, improdutiva.

Quanto à natureza jurídica do estabelecimento, Lucas Rocha Furtado faz interessantes considerações. Em primeiro lugar, ele se refere à posição de Fábio Ulhôa Coelho, para quem "o estabelecimento empresarial, como um bem do patrimônio do empresário, não se confunde, assim, com os bens que o compõem".³³ Rocha Furtado não concorda com a inclusão do estabelecimento no patrimônio do empresário. Para este autor o conceito de "patrimônio" é contábil, representado pelo balanço patrimonial, por meio do qual se tem uma visão meramente estática dos valores individualizados de cada um dos bens, dos direitos e das obrigações do empresário. Rocha Furtado observa, adequadamente, que alguns elementos não-patrimoniais integram o estabelecimento e, portanto, não aparecem no balanço, tais como a expectativa de lucro, a clientela e o bom nome do empresário na praça. Embora no balanço o ativo do empresário se aproxime da identidade do estabelecimento, com aquele não se confunde, por duas razões: (i) o valor total do ativo corresponde à soma aritmética dos haveres do empresário; e (ii) elementos não-patrimoniais integram significativamente o estabelecimento, não constando do balanço.³⁴ E a prova disto está no preço que se atribui ao estabelecimento no momento de sua venda, freqüentemente muito superior à soma dos valo-

33. Fábio Ulhôa Coelho, *Manual de Direito Comercial*, 13ª ed., p. 58.

34. Rocha Furtado, "Estabelecimento empresarial", in Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (coords.), *O Novo Código Civil* ..., pp. 938-939.

res contábeis – diferença correspondente, apropriadamente, aos elementos não-patrimoniais.

5.2.2.1 Elementos do estabelecimento

Tendo em vista toda a discussão acima desenvolvida, pode-se agora traçar o perfil dos elementos do estabelecimento.

5.2.2.1.1 Elementos corpóreos

Constituídos pelas mercadorias, pelo mobiliário, pelas máquinas ou equipamentos etc.

Como se sabe, alguns autores consideram o imóvel onde o empresário exerce sua atividade como elemento corpóreo do estabelecimento. Entre estes, Rocha Furtado alega ser contraditório admitir que o ponto comercial integre o estabelecimento, mas não o imóvel onde ele está instalado.³⁵ No entanto, não pode ser superada a crítica contrária a tal inclusão, na medida em que a tutela do estabelecimento não abrange a tutela do imóvel no qual se localiza, mesmo que ele pertença ao empresário e não seja alugado. Neste caso, por exemplo, a venda do estabelecimento não pode ser objeto de um único instrumento contratual, devendo a transferência do imóvel ser feita por meio de contrato de compra e venda específico, reconhecendo-se a mudança do titular da propriedade imobiliária tão-somente quando obedecidas as solenidades legais (escritura pública e registro em Cartório de Imóveis).

Compare-se esta situação com a da conferência de bens imóveis por acionista ao capital da sociedade. De acordo com o art. 89 da Lei 6.404, de 15.12.1976, a incorporação de imóveis para formação do capital não exige escritura pública. Desta maneira, a ata da assembleia-geral que tiver deliberado tal matéria será instrumento necessário e suficiente para a transferência em favor da companhia dos imóveis dados em pagamento de ações. Caso o contrato de trespasse do estabelecimento comercial tivesse o mesmo efeito, aí, sim, poder-se-ia incluir o imóvel onde aquele funciona como dele integrante.

35. Idem, ibidem, pp. 941-942.

5.2.2.1.2 Elementos incorpóreos

São constituídos pela expectativa de lucros (aviamento), pelo bom nome do empresário, pelo ponto comercial, pelos contratos relacionados com a atividade do empresário, pelo título, pela insígnia do estabelecimento e pelos bens inerentes à chamada “propriedade industrial” (marcas e patentes).

O título do estabelecimento corresponde ao nome ou à expressão utilizados pelo empresário para identificar o local onde está instalado. Por sua vez, a insígnia, segundo Rubens Requião, seria a sigla, emblema ou figura característica usada ao lado do título do estabelecimento. Aquele autor completa a noção de “insígnia” dizendo que ela é uma representação gráfica, podendo expressar-se por sinais (emblemática) ou por palavras (nominativa), destinados sempre a fixar na mente da clientela determinado local.³⁶

A insígnia pode ser registrada como marca do empresário, assim protegida, como será visto no próximo capítulo. Mas ela e o título do estabelecimento são igualmente tutelados pela disciplina que cosbe a concorrência desleal, nos termos das Leis 8.884/1994 e 9.279/1996, art. 195, V. Este último dispositivo criminaliza a utilização indevida do título de estabelecimento ou da insígnia, além do nome comercial (empresarial) de outro empresário.

No mundo moderno são também encontrados “estabelecimentos virtuais”, integrantes de empresas que desenvolvem sua atividade na WEB (*World Wide Web*), acessados pelos clientes por meio de rede mundial de computadores (Internet). Tais estabelecimentos são formados por bens imateriais, em sua quase-totalidade, devendo estar fixados em algum lugar geográfico os empregados que a eles prestam serviços, seus armazéns etc.

Um empresário ou sociedade empresária poderá ter mais de um estabelecimento. Nestes casos, o principal é conhecido como matriz, e os demais como filiais, sucursais, agências ou dependências (estas duas últimas designações as mais usadas para as instituições financeiras).

Caso um fazendeiro faça a opção por sua atuação como empresário, sua fazenda corresponderá a um estabelecimento rural.

36. *Curso ...*, 24ª ed., vol. I, pp. 290-291.

5.3 NOTAS SOBRE A ESTRUTURA E O FUNCIONAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Constituído por bens materiais e/ou imateriais, a unidade do estabelecimento decorre de organicidade dinâmica que lhe dá o empresário, como instrumento da atividade deste. Barreto Filho lembra, a propósito, a diferença entre um amontoado de livros e uma biblioteca devidamente organizada.³⁷ Pode-se acrescentar que, muitas vezes, bibliotecas são especializadas em determinado ramo do conhecimento, tanto quanto certos estabelecimentos em relação a determinados ramos da atividade econômica.

É no estabelecimento que o empresário conjuga dinamicamente os fatores da produção³⁸ (classicamente, natureza, capital e trabalho — aos quais a Economia moderna acrescentou a tecnologia, com grande peso na atividade econômica, muitas vezes até predominante).

Sob outro aspecto, sabe-se que o empresário pode ter um ou mais estabelecimentos. Esse empresário, pessoa natural, será titular de um patrimônio geral único, dentro do qual o estabelecimento se acha individualizado como uma universalidade de fato, instrumentalmente direcionado para o exercício da atividade econômica escolhida pelo empresário para exploração. Legalmente separados dentro do patrimônio do empresário encontram-se elementos do ativo formadores do chamado “bem de família”, os quais não poderão ser objeto de execução por dívidas do seu titular (NCC, arts. 1.711 e ss.). Cada estabelecimento do mesmo empresário constitui uma universalidade de fato. Quando se trata de sociedade empresária, pessoa jurídica, seu patrimônio será integralmente destinado à realização do objeto social previsto e delimitado no estatuto. Dentro do patrimônio da sociedade empresária não existe qualquer outro patrimônio autônomo ou separado. Esta, semelhantemente, poderá ser titular de um ou mais estabelecimentos comerciais.

Pode ocorrer que a titularidade do estabelecimento seja de terceira pessoa, conforme acontece nos contratos de arrendamento. Nestes casos, considerando-se ser uma universalidade de fato, deve o arrendador relacionar em instrumento integrante do contrato de arrendamento os bens que o compõem, na sua totalidade, para que venham a ser entregues como unidade jurídica ao arrendatário, novo responsável pela sua utilização econômica também como uma unidade, a ser devolvida íntegra ao arrendador no final do contrato, exceto quanto aos bens naturalmente consumíveis.

37. Teoria ..., p. 133.

38. Cf. Sylvio Marcondes, *Problemas* ..., p. 4.

mento os bens que o compõem, na sua totalidade, para que venham a ser entregues como unidade jurídica ao arrendatário, novo responsável pela sua utilização econômica também como uma unidade, a ser devolvida íntegra ao arrendador no final do contrato, exceto quanto aos bens naturalmente consumíveis.

Tomando-se em conta que os imóveis, como visto acima, mesmo pertencentes ao próprio empresário, não integram o estabelecimento, os bens móveis que o compõem (materiais e/ou imateriais) costumam ser classificados em *capital fixo*, ou *capital de produção*, e *capital de giro*, ou *capital circulante*. Os primeiros são formados por instalações, máquinas e equipamentos, cuja permanência no estabelecimento dá-se por mais longo espaço de tempo. Os demais são representados por fundos destinados a financiar a atividade produtiva ou de intermediação. Podem ser constituídos por recursos próprios (fornecidos pelos sócios em troca de ações ou de quotas de sociedades limitadas) ou de terceiros (oriundos de empréstimos). Os insumos industriais e as mercadorias integram o chamado “capital circulante”, caracterizado por ser composto de elementos intrínseca ou economicamente consumíveis.

5.3.1 O aviamento e a clientela

A criação de estabelecimentos pelo empresário tem por objetivo a realização de lucros, dentro da área de exploração econômica escolhida por aquele. A experiência mostra que, quanto à geração de lucros, os estabelecimentos podem ser classificados em duas categorias básicas e uma mista. A capacidade de geração de lucros, proporcionados pelos estabelecimentos comerciais, é chamada de “aviamento”. Esse aviamento pode decorrer fundamentalmente da própria localização do estabelecimento (*aviamento objetivo*, ou *local goodwill*) ou da especial e competente atuação do empresário à sua frente (*aviamento subjetivo*, ou *personal goodwill*).

Uma livraria localizada no saguão de um aeroporto é capaz de gerar grandes lucros independentemente da boa organização do empresário. Muitas pessoas nela comprarão livros e revistas porque simplesmente têm urgente necessidade de matar o tempo quando ocorrem longas esperas para embarque ou se preparam para enfrentar muitas horas de voo. Aí está presente o *aviamento objetivo*.

Consumidores podem ser levados a atravessar toda a cidade em busca de um conhecido restaurante ou de uma padaria famosa por seus pães. Neste último caso, matematicamente, a relação custo/benefício, representada pelo gasto de tempo e combustível, levaria geralmente os consumidores a adquirir pães na padaria mais próxima de suas casas. Mas a qualidade de determinada padaria os leva a desprezar os aspectos econômicos negativos. Nestes casos nota-se a presença indubitável do *aviamento subjetivo*. Os estabelecimentos assim caracterizados apresentam capacidade geradora de lucros em função do papel particular do empresário na organização, no preço, na qualidade, na apresentação dos produtos etc.

Um exemplo marcante de *aviamento subjetivo puro* deu-se durante o mês de dezembro de 2003, em São Paulo, em relação a uma conhecida sociedade empresária do ramo do varejo que, na época do Natal, alugou um pavilhão, normalmente utilizado por convenções, onde instalou uma loja provisória, a qual apresentou um afluxo substancial de clientes, tendo gerado altíssimo volume de vendas.

Em um *shopping center*, consideradas duas lojas que exploram a mesma atividade, uma delas pode ir muito bem e a outra tão mal que termina fechando. Esses centros de venda apresentam um *aviamento* objetivo natural, pelas comodidades oferecidas aos consumidores. Basta ver que no mesmo dia da inauguração, e a partir dessa data, passa a estar a eles agregada uma clientela ponderável, que não mais os abandonará. Portanto, identificação de *aviamento objetivo*. Mas, a partir deste *aviamento* preexistente, outro se lhe superpõe – o *subjetivo*, que leva os frequentadores do *shopping center* a preferirem um estabelecimento em detrimento de outro do mesmo ramo, conforme acima exemplificado. A diferença estará no melhor *aviamento* subjetivo apresentado por um em relação ao outro. Neste caso, identifica-se a categoria mista acima mencionada, *aviamento objetivo/subjetivo*.

É o reconhecimento do *aviamento* subjetivo a força justificadora da renovação compulsória da locação do imóvel onde se localiza o estabelecimento comercial. Os juristas chegam a referir-se, nesses casos, à formação de um novo tipo de propriedade: a *propriedade comercial* criada pelo comerciante locatário e pertencente a ele, paralelamente à *propriedade imobiliária*, esta inerente ao locador. Determinada pelo juiz a renovação compulsória da locação, dá-se, como

feito, a continuidade da exploração da propriedade imobiliária pelo locador – que receberá o preço do aluguel economicamente “justo”, enquanto o comerciante locatário auferirá o proveito da propriedade comercial por ele criada, sendo proibido ao locador locupletar-se diante daquele pela indevida cobrança de “luvas”.

Em certos casos poder-se-ia falar em “desaviamento” – ou seja, a presença de aspectos tão negativos, em termos de qualidade e de organização, que tais fatos afugentam a clientela e levam o empresário rapidamente à bancarrota. Em uma economia globalizada, na qual a informação corre de forma célere, uma notícia negativa sobre determinado produto ou estabelecimento pode levar o empresário titular à falência em pouquíssimos dias, caso venha a estar totalmente arruinado o *aviamento*. A deterioração econômica da região onde se localiza um estabelecimento pode levar ao mesmo efeito da perda do *aviamento*. Este efeito altamente negativo tem ocorrido com grande frequência em avenidas transformadas pelo Poder Público em “corredores de transporte público”, tal como aconteceu com grandes trechos da Radial Leste, em São Paulo, onde se nota uma triste sequência de imóveis abandonados, nos quais antes estavam localizados estabelecimentos comerciais.

A prova da existência de *aviamento* é a presença de *clientela* significativa. Ela é definida como “o conjunto de pessoas que, de fato, mantêm com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens e de serviços”. Trata-se da manifestação objetiva externa da existência de *aviamento*.³⁹

A *clientela* não pertence ao empresário ou ao estabelecimento, como se pode entender dentro de uma economia livre, na qual os empresários atuam em regime de livre concorrência. A ligação da *clientela* ao estabelecimento está fundada na confiança. Enquanto esta durar, permanece o *aviamento*, pois a *clientela* mantém-se fiel. Mesmo que o empresário seja declarado falido, pode ocorrer que esse fato não tenha manchado de forma definitiva aquela confiança. A falência, por exemplo, pode ter decorrido de crise econômica local, e não da desorganização do empresário. Nestes casos, mantém-se íntegro o *aviamento* ainda por um certo lapso de tempo, esmaecendo-se pouco a pouco,

39. Barreto Filho. *Teoria* p. 178.

conforme o passar dos dias, na medida em que a clientela começa a fixar-se em novos fornecedores ou prestadores de serviços. A prova da permanência de tal aviamento, faticamente considerado, está na existência do interesse de empresários no sentido da compra ou venda dos estabelecimentos pertencentes ao empresário falido.

Nesse sentido, Marcos Paulo de Almeida Salles observa representar a clientela uma questão controvertida, sendo ora aceito, ora não aceito, que ela integre a universalidade do estabelecimento, afirmando que ela não se incorpora aos bens integrantes do estabelecimento, uma vez não ser possível individualizá-la como alienável, sendo-lhe factível (obviamente – se acrescentaria) desligar-se daquele sem qualquer acessoriedade, por isto considerada intangível.⁴⁰

A própria legislação falimentar reconhece a permanência desse aviamento, ao adotar medidas destinadas à preservação da integridade do estabelecimento comercial do empresário mal-sucedido, especialmente a partir do advento da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, cujo foco principal voltou-se para a recuperação da empresa. Por exemplo, nos termos do art. 141, I, será feita preferencialmente a alienação da empresa (ou seja, da atividade organizada) de forma indireta, pela venda dos seus estabelecimentos em bloco. Ou seja: não se deve fazer sua desagregação objetivando a venda isolada dos bens. Deve-se vendê-lo íntegro, e o mais rapidamente possível, para o fim de continuar proporcionando lucros ao seu titular. O estabelecimento somente será considerado extinto, dentro da falência, caso seja feita sua desconstituição pela liquidação individual dos bens que o formavam⁴¹.

Algumas teorias procuraram explicar a natureza jurídica do aviamento: (i) bem material ou elemento incorpóreo do estabelecimento, constituindo objeto autônomo de direitos; (ii) sinônimo de estabelecimento; (iii) qualidade ou atributo do estabelecimento; e (iv) um bem resultante dos fatores do estabelecimento e da pessoa do titular.

Considerando-se que o Direito em momento algum tutela o aviamento em si mesmo, mas apenas nos seus efeitos; levando-se em conta, ainda, que existem estabelecimentos despidos de aviamento, ou

40. "Estabelecimento, uma universalidade de fato ou de direito?". *Revista do Advogado* 71/75.

que vieram a perdê-lo de forma significativa por motivo superveniente (deterioração significativa da região onde se encontravam, v.g.), não se pode aceitar como válidas as duas primeiras teorias.

De outro lado, o aviamento revela-se efetivamente como uma qualidade ou atributo do estabelecimento, mas esse fato decorre não somente do local ou de circunstâncias técnicas, mas também da pessoa do empresário, que implementa um caráter especial àquele conjunto de bens. Dessa forma, unem-se as duas últimas posições doutrinárias para explicar juridicamente o instituto.

Se o aviamento é atributo do estabelecimento, a clientela é um dos fatores do aviamento, ambos pressupondo a existência do estabelecimento.⁴¹ Ou seja, a formação do aviamento resulta, objetivamente, da localização do estabelecimento e das facilidades a este relacionadas. Do ponto de vista subjetivo, o aviamento é resultante da atuação diferenciada do empresário à frente do estabelecimento. Esses dois fatores agregam⁴² clientela ao estabelecimento. A clientela resultante do local e de suas facilidades poderia ser chamada mais precisamente de "freguesia" (*achalandage* "versus" *clientèle*, no Direito Francês). Dessa forma, o aviamento de um estabelecimento seria resultante da existência conjunta de freguesia e de clientela. Mas tem-se feito o uso do termo "clientela" de forma generalizada, para um ou outro dos sentidos acima.

Diante de um estabelecimento em pleno funcionamento, fala-se em "clientela atual". Enquanto o estabelecimento não está sendo explorado, diz-se da "clientela potencial". Esta está claramente presente quando se trata de um *shopping center* em fase de construção. Sua existência potencial significativa justifica os altos preços que são cobrados dos compradores de lojas e dos comerciantes futuros locatários.

Não podem ser isolados os fatores do aviamento. A experiência indica que eles se relacionam com caráter de interação recíproca, sendo cada um efeito e causa dos demais.⁴³

O aviamento objetivo – decorrente das condições de localização do imóvel, bem como das facilidades àquele inerentes (encontráveis

41. Barreto Filho. *Teoria* ..., pp. 179-180.

42. Idem, *ibidem*, pp. 179-182.

43. Idem, *ibidem*, p. 180.

destacadamente em *shopping centers*, por exemplo) – está integrado na propriedade imobiliária. Pode sofrer valorização ou desvalorização, como fruto de mudanças das condições locais para melhor ou para pior, como resultado das alterações freqüentemente surgidas nos centros urbanos ao longo dos anos. Está sujeito a risco, portanto, e sua proteção dá-se indiretamente pela proteção concedida ao direito de propriedade. No entanto, se um empresário pagou “luvas” por esse aviamento como condição de um contrato de locação mercantil, se tal aviamento vier a ser minorado ou extinto como efeito de uma desapropriação, o comerciante locatário terá direito a uma indenização, a ser obtida por meio de ação em seu próprio nome, como pessoa dotada de legitimidade para tanto, paralelamente ao titular da propriedade imobiliária, que terá o mesmo direito em ação própria.

O aviamento subjetivo, produto da atividade do empresário, integra-se ao estabelecimento. Caso o comerciante seja proprietário do imóvel, esse “bem” intangível poderá ser objeto de alienação, fazendo parte do preço do estabelecimento. Caberá ao empresário sucessor mantê-lo no mesmo nível ou incrementá-lo em decorrência de sua própria atividade. No caso de ser tal aviamento criado por empresário locatário, ele integrará a chamada “propriedade comercial”, protegida pela renovação compulsória do contrato de locação mercantil.

No caso acima, pode-se entender, desavisadamente, que o locador é prejudicado ao ser obrigado a renovar um contrato de locação. Isto não ocorre. Se o imóvel continua disponível no mercado para locação, não sendo o caso de o proprietário desejá-lo para uso próprio, não há qualquer prejuízo para seu patrimônio, uma vez que terá direito a receber o aluguel justo, eventualmente a ser apurado mediante perícia. O que não pode acontecer é que ele exija alguma forma de compensação financeira para renovar o contrato, alegando valorização do imóvel, quando isto tenha sido o resultado da atuação do empresário locatário (aviamento subjetivo), e não por circunstância relacionada ao imóvel (aviamento objetivo).

No tocante à clientela – entendida esta como uma situação de fato de determinado estabelecimento –, representa ela um valor econômico maior ou menor, conforme sua importância para o aviamento. Portanto, a forma de protegê-la não se dá diretamente, porque não

se trata de um bem imaterial, conforme erroneamente defendido por parte da doutrina.⁴⁴

Nesses termos, a proteção da clientela (atual ou potencial) é realizada no campo da proteção à concorrência. Como se sabe, entre os princípios constitucionais disciplinadores da atividade econômica estão os da liberdade de iniciativa e de livre concorrência. Ninguém, ao se estabelecer como empresário, poderá apropriar-se da clientela dos seus concorrentes de forma desleal. Mas, se o fizer lealmente – ou seja, pela qualidade dos seus produtos, por melhores condições de atendimento etc. –, nada poderá fazer o concorrente prejudicado. Isto faz parte do risco do negócio.

Efetuada a alienação do estabelecimento, o vendedor não poderá fazer concorrência desleal ao comprador, o que sucederia caso ele viesse logo em seguida a explorar um estabelecimento na mesma região e no mesmo ramo de negócio. A doutrina e a jurisprudência entendiam, na falta de dispositivo legal a respeito, que nos casos de transação do estabelecimento existe implícita no contrato uma cláusula de interdição de concorrência, que se estende pelo prazo de cinco anos. Esse prazo é entendido como o período de tempo necessário à desvinculação da clientela em relação à pessoa do antigo empresário. Caso, depois de cinco anos, ele venha a instalar estabelecimento no mesmo ramo de atividade e na mesma região daquele anteriormente vendido, não estará fazendo concorrência desleal ao comprador.⁴⁵ Mas o NCC trouxe regra própria no art. 1.147, *caput*, segundo o qual: “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que no caso de arrendamento ou usufruto a proibição prevista persistirá durante o prazo do contrato.

A avaliação do aviamento é um processo bastante complicado, devendo contar com conhecimentos da Economia e da Contabilidade. Expliquemo-lo nas palavras de Sérgio José Dulac Müller e de Thomas Müller:

44. Cf. Barreto Filho, *Teoria* ..., pp. 181 e 182.

45. A esse respeito, v., entre outros, Luiz Gastão Paes de Barros Leães. “Convenção impeditiva de novo estabelecimento”, *RDM* 110/231.

"E corresponderia ele, tal ágio, [*o aviamento*] à constatação da produção de lucros superiores aos de outros investimentos *linkados* à idéia de que uma hipotética venda da empresa, como um todo, viesse a alcançar um preço superior ao do preço dos ativos isolados. Assim, o valor do aviamento de um negócio singular ou de uma empresa é essencialmente igual ao valor atual do excesso dos lucros que, na hipótese de uma administração normal, dirigida por energias físicas, de vontade e de inteligência normais, comuns, possam ser esperados ou presumidos de capitais investidos efetivamente no negócio ou empresa, sobre lucros médios que costumam produzir capitais empregados com igual segurança em outros negócios ou empresas similares ou análogos, mas em condições comuns, não-privilegiadas, considerado que só é lucro do negócio o que a empresa consegue produzir de resultado, além do que conseguiria em outra operação.

"Com efeito, o Fundo de Comércio equivaleria ao excesso de lucro que se obteria acima do rendimento normal esperado para o capital empatado.

"A avaliação do *Goodwill*, a mensuração do aviamento, a medida do Fundo de Comércio, as bitolas da 'esperança', são apuradas, ainda que o mercado, o primeiro juiz, o mais severo deles e o mais correto, com suas leis inexoráveis possa pontualmente não placetar, podem ser razoavelmente sinalizadas com tal forma, com tal esquema, porquanto este, de modo sistêmico, atende ao que está registrado, como ativos e sua avaliação, e como lucros auferidos dentro de periodicidade correta. Com a perspectiva de uma certa duração e supostas como constantes determinadas variáveis, sem que se pretenda a perenidade, escoimadas as margens de subjetividade no que é possível, respeitando-se a ponderação de que os números que possam ser encontrados nunca serão os mesmos em casos de venda da empresa como um todo ou de reembolso a sócio que se retira, variando aí também a situação de quem saia em razão do exercício de direito de retirada e a de quem saia ou se despeça em função do distrato.

"Ou seja, o valor agregado existe e é medido."⁴⁶

46. "Empresa e estabelecimento - A avaliação do *goodwill*", *Revista do Advogado* 71/109.

Os autores acima indicados indicam dois métodos para tal efeito: o do Fluxo de Caixa Descontado e o da Avaliação Relativa. Singelamente, o primeiro representa o valor presente dos fluxos de caixa esperados de um ativo, redescontados a uma taxa que reflete o risco dos fluxos de caixa. O segundo, o valor obtido por meio de ativos já valorados de empresas semelhantes. E tal valor pode ser negativo, denominado *badwill* ou *goodwill* negativo, na hipótese de deságio e/ou relacionado à expectativa de prejuízos futuros,⁴⁷ ao qual acima se chamou "desaviamento".

Os negócios que tenham por objeto o estabelecimento serão estudados de forma mais completa no volume deste *Curso* destinado aos contratos empresariais.

5.4 ELEMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO DO EMPRESÁRIO E DO ESTABELECIMENTO. O NOME EMPRESARIAL. SISTEMAS. PROTEÇÃO PELA EXCLUSIVIDADE

Os doutrinadores costumam, neste tópico, referir-se aos "elementos de identificação da empresa", neles incluídos o nome comercial, as marcas, as expressões e sinais de propaganda etc.⁴⁸ Há alguma confusão terminológica neste campo, que precisa ser deslindada. Como atividade organizada, a empresa não tem nome. Sua designação vem por empréstimo do nome empresarial ou do título do estabelecimento.

Se pensarmos em alguma grande empresa da área bancária, geralmente ela será identificada pela parte mais expressiva do seu nome empresarial (a chamada "expressão de fantasia"). Uma loja de departamentos poderá ser conhecida pelo título do estabelecimento (por exemplo, a "Casa Anglobrasileira S/A" era por todos conhecida como "Mappin"). Uma empresa de televisão será conhecida pelo número do canal que transmite suas imagens ou pelo título do seu "estabelecimento virtual" ("TV Tupi", por exemplo).

As marcas nem sempre são exploradas pelos seus titulares. Elas podem ser objeto de cessão para uso por terceiros. Dessa forma, a empresa "A" poderá estar fabricando produtos com marca de propriedade da empresa "B".

47. Idem, *ibidem*, pp. 109-110.

48. V., a propósito, Rubens Requião, *Curso ...*, 24ª ed., vol. I, p. XVIII.

Dessa forma, a identificação da atividade será dada, fundamentalmente, pelo nome empresarial e/ou pelo título do estabelecimento.

5.4.1 O nome empresarial

O nome empresarial é tratado pelo NCC nos seus arts. 1.155 a 1.168. Ele tem a mesma função do nome civil – ou seja, a identificação do empresário, para todos os fins de direito, nos negócios que ele vier a realizar no exercício de sua atividade. A proteção do nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos da firma individual e de sociedades e de suas alterações (Lei 8.934, de 18.11.1994, art. 33, c/c NCC, art. 1.166).

A Constituição Federal estabelece proteção aos “nomes de empresas e a outros signos distintivos” (art. 5º, XXIX), ora sujeitos às regras do Código Civil/2002. Do ponto de vista da natureza jurídica do nome da empresa, o Código Civil/2002, na esteira do melhor entendimento doutrinário anterior, afastou-a claramente da propriedade ao proibir que seja objeto de alienação (art. 1.164, *caput*). Representa o nome empresarial, da mesma forma que o nome civil, pura emanção do direito de personalidade.

Havendo dedicado um capítulo inteiro ao tema, entende-se que o Código Civil/2002 teria revogado as disposições legais anteriores, presentes na Lei 8.934/1994 e no seu Regulamento, o Decreto 1.800, de 30.1.1996. No entretanto, mantido este entendimento, problemas jurídicos certamente surgirão, porque o Direito atual apresenta lacunas no tratamento da matéria. Neste caso, os Tribunais certamente se orientarão pela aplicação subsidiária das normas acima, caso a caso, as quais terão uma sobrevida efetiva, na expressão de uma solução crítica, mas prática.

Há duas modalidades de nome empresarial: a *firma* e a *denominação*. A firma divide-se em *individual* (utilizada pelo “empresário”, nova designação do antigo comerciante individual) e *social* (também conhecida como “razão social”). Para efeito de proteção quanto ao nome por elas adotado, é equiparada ao nome empresarial a denominação das sociedades simples, das associações e das fundações.

O nome empresarial obedece, na sua formação, a dois princípios básicos: o da *veracidade* e o da *novidade* (Lei 8.934/1994, art. 34).

No primeiro caso, deve formar o nome do empresário ou da sociedade empresária o nome dele próprio ou o nome dos sócios verdadeiros da sociedade empresária, não permitidos nomes de terceiros, a não ser em casos excepcionais.

No respeitante ao princípio da *novidade*, dispõe o art. 1.163 do NCC que o nome do empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo Registro. Quando um empresário encontrar nome empresarial idêntico ao seu já anteriormente registrado, devem ser coordenados os dois princípios acima referidos. Pelo princípio da *veracidade*, seu nome empresarial deve ser formado a partir do nome civil. Pelo princípio da *novidade*, ele deverá acrescentar alguma designação que venha a distingui-lo dos nomes anteriormente registrados (por exemplo, pelo ramo de negócio ao qual vai dedicar-se).

Portanto, a *firma individual*, sob a qual opera o empresário, será formada pelo seu nome (completo ou abreviado). Se o desejar, ou se vier a ser necessário para fins de diferenciação com empresário homônimo, deverá ser acrescentada designação mais precisa de sua pessoa ou do gênero de atividade que exerce.

Segundo será estudado mais adiante, existem sociedades empresárias nas quais todos ou um dos tipos de sócios têm responsabilidade pessoal solidária e ilimitada pelas obrigações daquelas (sociedade em nome coletivo e sociedade em comandita simples). Nestes casos, somente os nomes destes sócios podem compor a firma, utilizando-se os nomes de todos eles ou somente de um ou alguns. Neste último caso, ao seu nome será aditada a expressão “e Companhia” (que pode ser abreviada para “e Cia.”).

Mesmo que, pelo contrato social, certas pessoas não sejam sócios de responsabilidade solidária e ilimitada, caso seu nome venha a fazer parte da firma social ou razão social, eles passarão a estar sujeitos àquela forma de responsabilidade. Isto porque dá-se a entender a terceiros, com quem a sociedade venha a fazer negócios, que ela conta com o patrimônio de todos os que constam de seu nome empresarial para o pagamento de suas obrigações, em caráter subsidiário.

Os sócios da *sociedade limitada* podem escolher dar-lhe nome empresarial sob a forma de firma social ou de denominação, o que melhor lhes aprouver. Caso façam opção por *firma social*, ela será composta do nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas. Caso

seja preferida *denominação*, ela deverá designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios.

No tocante à *denominação* o Código Civil/2002 cometeu uma impropriedade. O que tem caracterizado a *denominação* é, justamente, a ausência de nome de sócios. Para esse efeito já existe a firma ou razão social.

Do nome empresarial da sociedade limitada deve constar necessariamente o termo "limitada". Mesmo que os sócios, pelo contrato social, hajam regulado uma sociedade limitada com um nome empresarial adequado, a omissão daquele termo em qualquer ato jurídico praticado pelos administradores – pela utilização da firma ou razão social – acarreta sua *responsabilidade solidária*. Neste ponto há uma diferença entre a regra do Código Civil/2002 e a do Decreto 3.708/1919, anterior "Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada". Com base no art. 3º, § 2º, dessa lei, tal responsabilidade solidária ocorria apenas quando não estivesse presente no nome da sociedade a expressão "limitada", e não nas omissões deste termo nos atos jurídicos praticados por seus administradores.⁴⁹

Quanto à *sociedade cooperativa*, para esta é obrigatório o uso de *denominação*, seguida do vocábulo "cooperativa".

No tocante à *sociedade anônima*, ela deve adotar nome empresarial exclusivamente sob a forma de *denominação*, da qual deve fazer parte a designação do objeto social, integrada pelas expressões "Sociedade Anônima" ou "Companhia", por extenso ou abreviadamente ("S.A." ou "S/A" e "Cia."). Para que não pudesse haver qualquer confusão com uma das demais sociedades tratadas no Código Comercial Brasileiro, o art. 3º, *caput*, da Lei 6.404/1976 proibia que o termo "Companhia" fosse usado ao final da *denominação* da sociedade anônima. Essa restrição deixou de existir no Código Civil/2002, mas ela deve continuar sendo seguida, como medida de bom alvitre.

Em caráter excepcional, como forma de homenagem, pode constar da *denominação* da sociedade anônima o nome de acionista fundador, de qualquer acionista ou de pessoa que haja concorrido para o bom êxito da formação da empresa.

49. Neste sentido o entendimento de Rubens Requião, *Curso* ..., 24ª ed., vol. I, p. 414.

As *sociedades em comandita por ações* podem tanto adotar firma ou *denominação*, esta última designativa do objeto social, aditada da expressão "Comandita por Ações".

A *sociedade em conta de participação* não pode ter firma ou razão social. Conforme se verá a seu tempo, trata-se de uma sociedade interna entre o sócio ostensivo e o sócio oculto, a qual não celebrará atos jurídicos como tal, mas apenas pela pessoa do sócio ostensivo. Este, sim, utilizará seu nome empresarial no exercício de sua atividade.

Barreto Filho lembra o ensinamento da doutrina no sentido de que o nome empresarial (designado como "nome comercial", tradicionalmente) tem duas funções: *subjéctiva* e *objectiva*. Em relação à primeira – correspondente a um direito da personalidade –, trata-se do nome que tanto o empresário como a sociedade empresária utilizam na prática de atos jurídicos. Esta modalidade não admite negociação.⁵⁰

Na esteira dessa concepção, continua aquele autor enunciando que, além da *firma* e da *denominação*, fazem parte do nome empresarial, vinculados à pessoa do seu titular, o *título do estabelecimento*; a *insígnia*; qualquer outro elemento que possa indicar a relação com a atividade da empresa ou seu titular (pseudônimos; alcunhas; iniciais da firma; siglas formadas pelas iniciais ou sílabas destacadas do nome da empresa ou da sociedade; a palavra característica da *denominação* social – a "expressão de fantasia" –, desde que adquira algum sentido, passando a identificar o estabelecimento ou seus produtos; o nome dos produtos e dos lugares de produção); e outros elementos eventualmente ligados ao complexo formado pelo estabelecimento.

O título do estabelecimento e a insígnia correspondem a sinais de identificação diretamente ligados ao próprio estabelecimento, integrando o chamado "aviamento objetivo" ou "aziendal".⁵¹

A segunda espécie de nome comercial, com *função objectiva*, corresponde à "projeção da individualidade do comerciante ou do complexo do estabelecimento no campo da concorrência". Somente neste último caso o nome empresarial pode ser considerado um *bem*, constituindo *elemento do estabelecimento*, dotado de valor patrimonial.

50. Barreto Filho, *Teoria* ..., pp. 214-216.

51. Cf. Newton Silveira, *Licença de Uso de Marcas e Outros Sinais Distintivos*, p. 12.

Neste caso estão incluídos o título do estabelecimento, a insígnia e outros elementos com aquele caráter objetivo, integrando todos o nome empresarial.

Em negócios relacionados ao nome empresarial freqüentemente serão necessários, portanto, o título do estabelecimento, a insígnia, outros elementos objetivos, bem como marcas àquele relacionadas. Isto porque o inciso V do art. 124 da Lei 9.279, de 14.5.1996 (Código da Propriedade Industrial), proíbe o registro, como tal, da "reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento, ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos".

Finalmente, observe-se que pode ocorrer o desaparecimento ou perda do nome empresarial, em caso de falecimento do titular, da decretação de sua falência ou de renúncia (esta, passível de ocorrer tão-somente quanto ao nome empresarial, pois a ninguém é dado renunciar ao seu nome civil).

Portanto, ao proibir que o nome empresarial possa ser objeto de alienação, o NCC, no seu art. 1.164, estaria fazendo referência tão-somente ao seu *aspecto subjetivo*, uma vez que, interpretado o dispositivo em sentido mais amplo, estaria havendo uma proibição inconstitucional do direito de propriedade que o titular do estabelecimento tem em relação aos *aspectos objetivos* do nome empresarial, conceituados como *bens*, de acordo com a melhor doutrina.

No contrato de trespasse do estabelecimento (ato entre vivos) as partes podem determinar que o nome do alienante seja mantido no nome empresarial, precedido do nome do adquirente, acompanhado da qualificação "sucessor". Neste caso se estaria abrindo uma exceção expressa para a utilização do *aspecto subjetivo* do nome do empresário alienante.

Atendendo, ainda, ao princípio da *veracidade*, o nome de sócio que vier a falecer, for excluído ou se retirar não pode ser conservado na firma social.

A amplitude comum da proteção geográfica dada ao nome empresarial diz respeito ao âmbito do respectivo Estado onde foi feita a inscrição do empresário ou realizado o registro dos atos constitutivos das sociedades empresárias ou respectivas averbações. Observado o direito adquirido, a proteção do nome empresarial em todo o territó-

rio nacional dependerá de lei especial a ser futuramente editada (NCC, art. 1.166, parágrafo único, com fundamento no inciso XXIX do art. 5º da CF).

No entanto, deve ser observado que o Brasil é signatário da "Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial", revisão de Estocolmo de 1967, aqui promulgada pelo Decreto 75.572, de 8.4.1975. Este tratado internacional, datado originariamente de 20.3.1888, destinou-se à proteção da chamada "propriedade industrial", abrangendo as patentes, as marcas e o *nome comercial* (art. 1º). Aos Direitos nacionais ficaram ressalvadas tão-somente as disposições da legislação de cada país-membro no tocante ao processo judicial e à competência, bem como à escolha de domicílio ou à designação de mandatário eventualmente exigidas pelas leis locais de propriedade industrial (art. 2, n. 3).

No que diz respeito à amplitude geográfica da proteção, o nome comercial, nos termos do art. 8º da União de Paris, será protegido em todos os países participantes desse acordo internacional, *sem obrigação de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca*. Ora, a proteção dada a um empresário, ou sociedade empresária, domiciliado ou com sede no Exterior terá como alcance todo o território nacional dos países-membros. Caso venha a se aceitar que a da proteção aos nacionais ficaria na dependência de lei especial a ser futuramente editada, então, terá sido estabelecida uma situação de desigualdade entre nacionais e estrangeiros, com favorecimento destes.

Ora, a CF, no seu art. 5º, *caput*, estabelece a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, tornando inviolável o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à *propriedade*. Como o nome comercial objetivo pode ser considerado um bem, a União de Paris o protegia como tal (inclusive diretamente, pelo inciso XXII do dispositivo acima), tanto para brasileiros como para estrangeiros, em todo o território nacional. Quanto ao nome comercial subjetivo, emanado da personalidade, ele será como tal protegido, sendo necessário, se for o caso de homônimos, fazer o acréscimo de um elemento diferenciador.

Para operacionalizar tal proteção, uma vez tendo regularizado a situação de sua empresa perante qualquer Junta Comercial do País, esta deveria comunicar as demais de tal ato. O ideal é que fosse cria-

do um sistema centralizado de informações. Não tendo isso sido feito, bastaria que o empresário nacional ou sociedade empresária nacional requeresse a averbação do seu registro perante as demais Juntas Comerciais locais – atos não correspondentes a novos registros, mas tão-somente à ciência do deferimento daquele que já havia sido efetuado.

Ora, o Código Civil/2002 acarretou mudança de um sistema em pleno vigor, sem o atendimento dos requisitos necessários à revogação de tratados internacionais. Para esse efeito, como se sabe, torna-se necessária sua denúncia formal pelo país participante interessado, o que não ocorreu em relação ao presente caso.

De tudo isso se conclui que o art. 1.166 do NCC (*caput* e parágrafo único) é inconstitucional. A proteção ao nome comercial, uma vez praticados os atos próprios pelo interessado, tem alcance em todo o território do País e dos países-membros signatários da União de Paris.

Note-se que, por tratar de forma completa as questões relacionadas com o nome empresarial, as regras do Código Civil/2002 revogaram todas as normas anteriores em contrário (LICC, art. 2º, § 1º), exceto – como se afirmou há pouco – quanto ao campo geográfico de proteção do nome comercial.

Sujeito aos princípios da veracidade e novidade, dos quais aqui já se falou, tendo sido eles infringidos, cabe ao prejudicado, *a qualquer tempo*, ação para anular a inscrição do nome empresarial feita com violação da lei ou do contrato. Entende-se, portanto, ser direito imprescritível. Esse caráter decorre, quanto ao nome comercial subjetivo, do fato de ser um direito de personalidade. Mas em relação ao nome comercial objetivo (um bem, portanto dotado de valor patrimonial) não seria cabível a imprescritibilidade da ação pelo prejudicado, entendendo-se que não foi estabelecida para este caso particular. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência devem fazer a necessária distinção.

Conforme será melhor estudado abaixo, a regra geral da proteção às marcas dá-se conforme as classes dos produtos ou serviços por elas tornados distintos. A mesma marca pode ser utilizada por empresários diferentes em diferentes classes de produtos ou de serviços. Quanto ao nome comercial, a tutela legal independe do ramo da atividade do titular, sendo genérica, não restrita a classes. Existe, portanto, uma inter-

seção entre estes dois institutos, na medida em que o titular de um nome comercial genericamente protegido poderá impedir que outro empresário o utilize (especialmente na parcela mais significativa e identificadora, a chamada “expressão de fantasia”) em qualquer ramo de atividade, de forma a não surgir confusão diante dos consumidores.

Lembra Newton Silveira que a situação inversa apresenta outra solução. O titular de uma marca (portanto, protegida apenas dentro da classe na qual foi registrada) não pode impedir que outro empresário registre nome comercial utilizando a mesma marca, desde que venha a utilizá-lo em ramo distinto daquela.⁵²

Um último elemento do nome empresarial está na sua *utilização dinâmica permanente*. Uma vez cessado o exercício da atividade para a qual foi adotado, ou ultimada a liquidação da sociedade que o inscreveu, a inscrição correspondente será cancelada, a requerimento de qualquer interessado. Como efeito, o *nome empresarial objetivo* virá a cair em disponibilidade, podendo ser atribuído, mediante novo registro, a quem o requerer. Quanto ao *nome empresarial subjetivo*, este permanece protegido como direito de personalidade, não podendo ser usurpado por qualquer pessoa.

5.5 O EMPRESÁRIO MERCANTIL E OS COLABORADORES DA EMPRESA. OS LEILOEIROS

No regime do Código Comercial Brasileiro o comerciante era auxiliado em sua atividade por certas espécies de profissionais que não se caracterizavam como comerciantes, mas cuja atividade era de interesse para a empresa. Estavam sujeitos a regimes jurídicos próprios, como é o caso dos *leiloeiros*.

O Código Civil/2002 estabeleceu uma disciplina geral para os prepostos do empresário, no Capítulo III do Direito de Empresa, arts. 1.169 a 1.178.

Os prepostos podem ser classificados como dependentes ou independentes. No primeiro caso prestam serviços sob relação de emprego. No segundo caso atuam como profissionais liberais ou não-liberais, por meio da celebração de contratos apropriados. Os primeiros são

52. *Licença de Uso de Marcas* p. 18.

