

## PRINCIPAIS TRABALHOS DO AUTOR

- A REFORMA DA LEI DO INQUILINATO, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1952.
- O ESTATUTO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1953; separata da Revista dos Tribunais, vols. 240 e 241.
- REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES DE INVESTIMENTOS (INVESTMENT TRUSTS), edição Max Limonad, 1956 (Obra Premiada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo).
- AS JUNTAS COMERCIAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946, Revista dos Tribunais, vol. 253, 1956.
- NATUREZA JURÍDICA DAS BOLSAS DE VALORES NO DIREITO BRASILEIRO, separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LIV, 1959; Revista dos Tribunais, vol. 283.
- O FUNDO DE COMÉRCIO NAS DESAPROPRIAÇÕES, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1959.
- OS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA FALÊNCIA, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1959; Revista Forense, vol. 186; Revista dos Tribunais, vol. 289.
- LIMITES CONSTITUCIONAIS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA PRIVADA, Revista Forense, vol. 184, 1959; Revista dos Tribunais, vol. 291.
- REFORMA DA LEI DO CHEQUE, Revista dos Tribunais, vol. 292, 1960.
- REGULAMENTAÇÃO DAS VENDAS A PRESTAÇÃO, separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LV, 1960.
- DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL, Revista dos Tribunais, vol. 295, 1960.
- O CRÉDITO NO DIREITO, separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LVII, 1962; Revista dos Tribunais, vol. 315.
- SOCIEDADES DE CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais, vol. 2, 1966.
- COMENTÁRIOS AO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE OBRIGAÇÕES, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1966; separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LXI; Revista Forense, vols. 213 e 214; Revista dos Tribunais, vol. 361.
- OS NOVOS INSTITUTOS DO DIREITO COMERCIAL, Revista dos Tribunais, vol. 382, 1967; Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais, vol. 4.
- NOVOS MÉTODOS DE ENSINO DO DIREITO: A EXPERIÊNCIA AMERICANA, separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LXIII, 1968.

## 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

2ª edição  
1988

VISTORIADO  
Janeiro/1999  
MGM

 editora  
**SARAIVA**

34. De acordo com a noção corrente, chama-se de patrimônio ao complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico<sup>51</sup>.

A significação econômica do patrimônio faz com que nele se compreendam tanto os elementos ativos (os bens econômicos) quanto os passivos (as dívidas, que também constituem bens do ponto de vista dos credores). Patrimônio líquido é o que resta depois de solvido o passivo, e constitui a expressão econômica atual do patrimônio.

Embora alguns autores afirmem não serem os débitos elemento constitutivo, mas ônus ou encargo do patrimônio, a doutrina mais aceita, esposada por *Windscheid* e *Von Tuhr*, sustenta que, no sentido jurídico, o termo patrimônio pode empregar-se corretamente seja para indicar a soma do ativo (patrimônio bruto), seja o conjunto do ativo com dedução do passivo que o grava (patrimônio líquido)<sup>52</sup>.

Em muitos casos, o direito acolhe a concepção econômica, aplicando o princípio segundo o qual: *bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno*. Esse princípio é fundamental, pois, constituindo o patrimônio do devedor a garantia comum dos credores, o titular do patrimônio não pode admitir como ativo de que possa livremente dispor, senão aquela parte que exceda ao passivo<sup>53</sup>.

35. Reina grande controvérsia em torno do conceito de patrimônio. A respeito, os escritores desenvolveram várias teorias, as quais costumam ser agrupadas em duas grandes correntes opostas e irreductíveis: 1.º, a teoria clássica, de caráter sub-

51. É a definição de *Clóvis Beviláqua*, elaborada à vista das formuladas por *Plantol*, *Fadda* e *Bensa*, *Aubry* e *Rau*, *Dernburg* e *Lafayette*; V. *Teoria geral*, § 29, pág. 209.

52. *A. von Tuhr*, *Derecho civil*, trad. esp., vol. I, § 18, n. 4, pág. 398; *Vicente Ráo*, *O Diritto e a Vida dos Diritos*, II, n. 194, pág. 358.

53. *Barassi*, apud *J. M. de Carvalho Santos*, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, II, pág. 59.

jetivo e personalista, cuja elaboração se deve principalmente a *Aubry* e *Rau*; 2.º, a teoria moderna, de orientação objetiva e realista, à qual se filiam *Duguit*, *Brinz*, *Bekker* e vários escritores germânicos.

A teoria tradicional ou clássica liga, indissolúvelmente, a noção de patrimônio à de personalidade. Na formulação de *Aubry* e *Rau*, o patrimônio é o conjunto dos bens de uma pessoa, considerado como universalidade de direito. A idéia de patrimônio deduz-se, diretamente, da idéia de personalidade, pois, seja qual for a variedade de coisas (objetos) sobre as quais o homem tenha direitos a exercer, estes objetos, formando a matéria dos direitos de uma pessoa determinada, se encontram sujeitos ao livre-arbítrio de uma só e mesma vontade. Por ser o patrimônio a emanção da personalidade é a expressão do poder jurídico em que toda pessoa, como tal, se acha investida. Daí resulta: 1.º, que só as pessoas, naturais ou jurídicas, podem ter patrimônio; 2.º, que toda pessoa tem, necessariamente, um patrimônio, ainda que atualmente nenhum bem possua; 3.º, que cada pessoa só pode ter um patrimônio. O patrimônio, em princípio, é uno e indivisível como a própria personalidade, de modo que, em razão de sua natureza incorpórea, não é divisível em partes materiais ou quantitativas, nem tampouco, em razão da unidade da pessoa, em universalidades jurídicas distintas umas das outras, sendo, entretanto, suscetível de divisão em quotas ou partes ideais<sup>54</sup>.

36. Outras teorias foram elaboradas, nos vários países, para definir a natureza jurídica do patrimônio. Na impossibilidade de referirmo-nos a todas elas, o que desbordaria dos objetivos deste trabalho, limitamo-nos a citar algumas concepções das mais ilustrativas.

Na doutrina italiana, exprime *Biondi* o seu pensamento em elegante síntese: "o patrimônio compreende, dentro da esfera ju-

54. *Cours de Droit Civil Français*, vol. IX, §§ 573 e 574, págs. 333 e segs.

rídica constituída pelas relações e situações da pessoa, as relações de conteúdo econômico, unificadas por pertencerem à mesma pessoa<sup>55</sup>”.

Na construção de *Von Tuhr*, o conjunto dos direitos que competem a um sujeito constitui seu âmbito jurídico, a esfera de poder que a ordem jurídica lhe reconhece. Nesta se encontra inscrita outra esfera menor que, sem embargo, é a mais importante e interessante sob o ponto de vista das relações privadas; denomina-se-lhe “patrimônio”. Não entram no patrimônio os direitos de família, nem os da pessoa; são direitos patrimoniais os que garantem ao homem os meios econômicos para sua existência e sua atividade volitiva<sup>56</sup>. Coincide substancialmente com esta a concepção de *Enneccerus*.

A teoria moderna adota uma concepção objetiva do patrimônio, procurando justificar a coesão dos elementos que o integram pela sua destinação comum. Patrimônio é, portanto, o conjunto de bens coesos porque afetados a um fim econômico determinado. Rompem-se, destarte, os princípios da unicidade e da indivisibilidade do patrimônio. Admite-se, em consequência, a possibilidade da coexistência de um *patrimônio geral* e *patrimônios especiais*<sup>57</sup>.

37. Em valioso estudo dedicado às teorias do patrimônio, *Paulo Cunha*, professor da Universidade de Lisboa, mostra a impossibilidade de reduzi-las a duas teorias fundamentais, pois entre elas se dispõem muitas soluções intermédias, em transições sucessivas. Diz o jurista lusitano que “a demarcação de concepções fundamentais constitui um esforço de abstração, necessariamente com alguma coisa de artificial, pois que na realidade as doutrinas se interpenetram e se esbatem por forma que as fronteiras das próprias concepções se diluem e desaparecem até.<sup>58</sup>”

55. *Biondi, I beni*, n. 29, págs. 102/103.

56. *A. von Tuhr, Derecho Civil*, I, § 18, pág. 385.

57. *Oertmann, Introducion al Derecho Civil*, trad. esp., § 24.

58. *Paulo A. V. Cunha, Do Patrimônio*, Lisboa, 1934, vol. I, n. 19, pág. 61.

Na sua obra, *Paulo Cunha* apresenta um quadro sistemático das concepções fundamentais sobre o conceito de patrimônio, desde a teoria da personalidade do patrimônio (concepção clássica) até a da objetivação absoluta do patrimônio, que o reduz a uma massa de bens; circunscrita e unificada por certos fins, com escalas pelas várias doutrinas intermédias. A matéria é assaz interessante, pois fornece elementos de valia para a elaboração jurídica do conceito de estabelecimento comercial.

38. A definição da natureza jurídica de um instituto, em dado sistema, deve partir, necessariamente, das premissas postas pelo direito positivo.

A idéia predominante no conceito de patrimônio, seja qual for a concepção adotada, é a de massa de responsabilidade. O nosso código civil, não obstante fundar toda a teoria das obrigações no princípio da responsabilidade patrimonial, não o enunciou de maneira expressa<sup>59</sup>. Mas toda a doutrina moderna aceita o princípio de que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros, pelo cumprimento de suas obrigações<sup>60</sup>.

Independentemente da fonte convencional ou legal da obrigação, o patrimônio do devedor constitui a garantia comum dos credores. O princípio, que é acolhido em outras legislações de modo expresso<sup>61</sup>, também se infere do disposto no art. 1.556 do nosso código civil: “Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum.”

Deduz-se, dessas premissas, que, no comércio jurídico, se estabelecem vínculos entre as pessoas de devedor e credor, com

59. A lacuna é sanada pelo projeto do código de obrigações, cujo art. 91 estabelece: “Com as limitações não defesas em lei, respondem os bens do devedor por suas obrigações”.

60. Sobre a distinção entre débito e responsabilidade, veja-se *Fabio Konder Comparato, Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, 1964.

61. Código civil francês, arts. 2.092 e 2.093; Código civil italiano, art. 2.740.

repercussão sobre os respectivos acervos de bens<sup>62</sup>. Encarado do ângulo de um determinado sujeito, o complexo de relações jurídicas ativas e passivas, com valor econômico, de que é titular, constitui seu patrimônio. Mas a unificação desse complexo de relações jurídicas ativas e passivas, efetuada por força de lei, traduz-se no conceito de universalidade de direito. Emerge, dessas premissas, a conclusão de que o patrimônio tem o caráter de uma *universitas juris*.

A dedução é corroborada pelo art. 57 do código civil, que diz: "O patrimônio e a herança constituem coisas universais ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais". Adverte Clóvis Beviláqua que a frase final do artigo "quer dizer que o patrimônio e a herança podem constar somente de direitos e obrigações", o que significa que, "para o código civil, o patrimônio é uma universalidade de direito."<sup>63</sup>

39. A aceitação das idéias de que a noção de patrimônio tem por suporte a personalidade, e de que o patrimônio reveste o caráter de uma universalidade de direito, não implica necessariamente o reconhecimento, em sua rigidez, dos princípios que decorrem das doutrinas extremadas da personalidade.

Sem chegar ao ponto de afirmar a existência de patrimônios sem sujeito, pode-se, na esteira de *Gény* e *Capitant*, adotar uma posição intermediária, que *Paulo Cunha* resume da seguinte forma: O patrimônio é uma *universitas juris*, mas é excessivo e errado dizer-se que é uma noção intimamente ligada à pessoa do seu titular ou que há uma íntima relação entre a noção de patrimônio e a de personalidade (a não ser na base da idéia elementar de que a personalidade jurídica é o pressuposto lógico constante da noção de patrimônio). Em consequência, não são

62. *Plantol e Ripert, Traité Pratique de Droit Civil*, vol. VI, n. 3.

63. *Clóvis Beviláqua, Código Comentado*, vol. I, 6.<sup>a</sup> ed., págs. 288-289, ns. 1 e 4. Esta é, aliás, a opinião partilhada pela maioria dos autores, que se filiam às concepções personalistas do patrimônio.

de aceitar os princípios da unicidade, indivisibilidade e inseparabilidade do patrimônio da pessoa do seu titular; ao contrário, é perfeitamente admissível a idéia de unificação patrimonial pela identidade de *fim*, de tal sorte que a mesma pessoa pode ser titular de mais de um patrimônio<sup>64</sup>.

40. Na opinião de *Sylvio Marcondes*, esta é também a filiação doutrinária do nosso código civil, que admite a coexistência, na mesma pessoa, do patrimônio e da herança, que são ambas universalidades de direito<sup>65</sup>. Em regra, diz *Clóvis Beviláqua*, cada pessoa tem um patrimônio e não mais; entretanto, em certos casos, o direito permite a divisão dele, para satisfazer a necessidades de ordem prática, a fim de impedir a junção de bens de procedência diversa<sup>66</sup>.

Em casos como o da falência póstuma (lei de falências, art. 3.<sup>o</sup>, I, e art. 4.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>), há a separação da parte do espólio do devedor falecido atingida pela falência, dos patrimônios dos seus herdeiros<sup>67</sup>; os credores daquele têm o direito de se pagar de preferência aos credores do herdeiro sobre o patrimônio do "de cujus" (art. 1.799 do código civil).

Outras figuras existem de patrimônios *especiais* ou *separados*, que a lei, para determinados fins, trata como massas distintas dos respectivos elementos, considerando-as como unidades submetidas a um regramento particular, tais como o dote (código civil, art. 278); comunhão matrimonial de bens (art. 262); o patrimônio do ausente (arts. 463 e segs.); a herança jacente (art. 1591) etc.

64. *Obra cit.*, ns. 33 e 34, págs. 88-90 e 148-149. V. *François Gény, Méthode d'Interpretacion et Sources en Droit Privé Positif* Paris, 1932, vol. I, n. 67, págs. 141 a 144; *Henri Capitant, Introduction à l'étude du droit civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, § 5, págs. 237 a 240.

65. *Sylvio Marcondes, obra cit.*, n. 80, pág. 227 e segs.

66. *Clóvis Beviláqua, Teoria Geral*, § 29, pág. 211, *Código Civil Comentado*, vol. I, pág. 289, onde são citados exemplos.

67. *Trajanos de Miranda Valverde, Comentários à Lei de Falências*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. I, n. 258, pág. 281.

A única dificuldade, adverte *Ruggiero*, está em achar o critério para estabelecer quando se deve reconhecer a existência de um patrimônio separado<sup>68</sup>.

41. Fornece *Von Tuhr* os elementos necessários para a caracterização do patrimônio separado ou especial. Parte o jurista alemão do asserto de que o sujeito dá unidade ao patrimônio porque, em princípio, vigora a norma de que a cada sujeito corresponde um único patrimônio; só excepcionalmente, e por disposição da lei, um grupo de direitos, em certa medida, pode ter existência separada do patrimônio. A unidade patrimonial se parte "quando um conjunto de direitos, cujos elementos possivelmente são mutáveis, é regido por normas especiais. No âmbito do patrimônio existe, então, uma esfera jurídica mais restrita, delimitada por critérios determinados e suscetível de desenvolvimento econômico próprio, da mesma maneira que aquele. Fala-se, neste caso, de patrimônio especial ou bem especial"<sup>69</sup>.

Aponta *Von Tuhr*, discriminadamente, as características do patrimônio separado ou especial: 1.º, a situação peculiar do patrimônio especial decorre dos fins próprios e específicos que lhe são prefixados, ao contrário do que sucede com o patrimônio normal, o qual serve a fins gerais que, em princípio, são fixados livremente pelo titular ou seu representante legal; 2.º, às vezes, a administração do patrimônio separado é conferida a pessoa diversa do seu titular, ou daquela que detem a administração do patrimônio geral, embora em outros casos seja atribuída ao mesmo titular a administração de ambos patrimônios, cabendo-lhe manter a separação entre as duas massas patrimoniais; 3.º, os limites entre o patrimônio especial e o principal são marcados pela lei, de sorte que, naquele, ingressam todos os direitos que a lei consigna, integrando-se neste todos os demais; a propósito, os elementos do patrimônio especial podem ser classificados em duas categorias: a primeira, os que desde o princípio lhe pertencem, quase de forma originária, e a segunda, os

68. *Instituições*, II, § 67, pág. 284, nota 2.

69. *Derecho Civil*, I, § 19, pág. 406.

que derivam do seu próprio desenvolvimento; 4.º, a lei não estabelece de modo taxativo os limites entre patrimônio especial e geral, de maneira que, em certos casos, é dado aos interessados modificá-los, através da *transferência* de elementos entre ambas massas patrimoniais; 5.º, assim como o patrimônio geral, o especial também pode ter um *passivo* ao lado do ativo, no sentido de que o titular do patrimônio, ou aquele que exerce a sua administração, é adstrito a cumprir certas obrigações, por meio do patrimônio especial, que responderá pelo inadimplemento; neste sentido, pode-se falar de obrigações do patrimônio especial; 6.º, existe a possibilidade de *relações* jurídicas entre o patrimônio especial e o geral, as quais normalmente só podem existir entre pessoas distintas<sup>70</sup>.

O exemplo mais frisante de patrimônio especial ou separado, no campo do direito mercantil, é o da massa falida, em referência à qual concorrem as características acima apontadas. Trata-se, com efeito, de uma certa massa destacada do patrimônio do devedor, compreensiva de direitos e obrigações, sujeitos à execução coletiva, e destinada ao fim da sua liquidação para a satisfação dos credores. A administração da massa falida é confiada a um terceiro, o síndico, cujas atribuições são enumeradas na lei, e ao qual compete proceder à arrecadação dos bens que integram a massa falida, discriminando-os dos que compõem o patrimônio impenhorável (créditos por alimentos, pensões, ordenados, bens dotais etc.)<sup>71</sup>.

42. Não é pacífica, no direito brasileiro, a tese da existência do patrimônio separado.

Em sentido afirmativo, podem ser arroladas valiosas opiniões. No monumental *Tratado de Direito Privado*, afirma *Pontes de Miranda* que todo patrimônio é unido pelo titular único, o que não significa que a cada pessoa só corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais,

70. *Obra cit.*, págs. 408 e segs.

71. *Ferrara, apud Trajano de Miranda Valverde, Comentários à Lei de Falências*, I, 2.ª ed., n. 246, pág. 269.

por força de lei<sup>72</sup>. Também *Vicente Ráo* afirma a possibilidade de a mesma pessoa ser titular de vários patrimônios, ou participar da titularidade de patrimônios distintos<sup>73</sup>. Para demonstrar a tese da limitação da responsabilidade do comerciante individual, apega-se *Sylvio Marcondes* ao pressuposto da separação patrimonial<sup>74</sup>. Essa orientação, que hoje parece a dominante na doutrina brasileira, foi acolhida pelo prof. *Orlando Gomes* no projeto de código civil<sup>75</sup>.

Na corrente que nega a pluralidade ou divisibilidade do patrimônio, alinha-se *Caio Mário da Silva Pereira*. Para ele, pode haver, no mesmo patrimônio, acervos distintos pela origem ou pela destinação (os bens da herança, o dote, os bens recebidos em fideicomisso). Os bens existem no patrimônio do titular, sob encargo ou condição, e nele poderão, ou não, ser integrados em definitivo; mas sempre como massa de bens e não como um patrimônio distinto do seu sujeito. Por uma questão terminológica, às vezes chama-se a estes acervos de bens de "patrimônios separados"; não obstante a separação de tais acervos ou massas, o patrimônio do indivíduo há de ser tratado como unidade, em razão da unidade subjetiva das relações jurídicas<sup>76</sup>.

Como se verifica, trata-se, no fundo, de uma questão de palavras; uma vez reconhecido que, no patrimônio de uma pessoa, pode haver acervos ou massas de bens, suscetíveis de responsabilidades por certos compromissos, exclusivos ou preferenciais, tanto faz chamá-los ou não de *patrimônios separados*: as consequências jurídicas que disso dimanam serão as mesmas.

Temos por assentado, com *Paulo Cunha*, que não se pode deixar de distinguir certos agrupamentos dentro da totalidade

72. *Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado*, Rio, 1955, tomo V, § 596, pág. 368.

73. *Obra cit.*, n. 194, pág. 367.

74. *Obra cit.*, n. 84, pág. 237.

75. Art. 332: "Do patrimônio pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, assim por mandamento legal como por destinação do titular".

76. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, n. 67, pág. 232. V. *Planiol, Ripert e Boulanger*, vol. I, n. 2.516.

das relações jurídicas de caráter pecuniário de uma pessoa; neste sentido, é lícito afirmar que cada pessoa pode ter mais de um patrimônio. E, mais, que o patrimônio de uma pessoa, sendo divisível, é suscetível de repartir-se em várias universalidades de direito, distintas umas das outras. Não se pode negar a evidência de que o conjunto dos bens de uma pessoa pode ser subdividido, para efeitos de responsabilidade por dívidas, em diversas massas de bens, sujeitas a regimes de responsabilidade diferentes (os regimes matrimoniais, a herança)<sup>77</sup>.

43. Alguns autores distinguem o *patrimônio separado* do *patrimônio autônomo*.

É o caso de *Messineo*, para quem são patrimônios separados as massas de bens existentes de per si, embora não cessando de pertencer ao mesmo sujeito; a separação de bens se faz, dentro de um patrimônio geral, para destiná-los a determinado fim, ou para reservá-los como garantia de certo grupo de credores, em caráter preferencial ou exclusivo.

Deve-se adotar, ao contrário, a expressão *patrimônio autônomo*, quando se queira designar, não o destaque de um determinado núcleo de bens, que continua a pertencer ao mesmo titular, mas a criação, com elementos tirados de outro ou outros patrimônios, de um patrimônio novo e independente, com sujeito próprio ou, pelo menos, com finalidades próprias, sobre o qual incidem direitos e obrigações autônomos, como acontece na formação da pessoa jurídica (corporação ou fundação)<sup>78</sup>. *Pugliatti* sublinha no patrimônio autônomo o caráter objetivo da destinação, independentemente de qualquer aspecto subjetivo; o patrimônio seria destacado de qualquer sujeito<sup>79</sup>.

Costuma-se, todavia, unir patrimônios separados e patrimônios autônomos sob a denominação comum de *patrimônios*

77. *Paulo Cunha, Do Patrimônio*, I, ns. 183-192, págs. 390 a 405.

78. *Francesco Messineo, Manuale*, vol. I, 9.<sup>a</sup> ed., § 26, pág. 383 e segs.

79. *Salvatore Pugliatti, Istituti*, pág. 307.

de afetação (em alemão, *Zweckvermögen*). Isto porque neles sempre está presente o elemento unificador da comunidade de aplicação a um fim determinado. A afetação não implica a disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas na sua vinculação a uma finalidade específica (*Brinz, De Page*). Enquanto afetados a um fim, os bens são considerados como patrimônio separado, no quadro dos bens que compõem o patrimônio geral do indivíduo. Se, porém, a afetação implicar a criação de uma personalidade (como no caso das fundações) e, *ipso facto*, a formação de um patrimônio, este será um patrimônio autônomo.

Com esta noção, terminamos o retrospecto de alguns conceitos básicos, que constituem pressupostos doutrinários indispensáveis para o estudo do tema deste ensaio.

## CAPÍTULO II

### CONCEITO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL

**SUMÁRIO:** 44 — Novos dados da realidade econômico-social. 45 — Conceito econômico de “patrimônio aziendal”. 46 — Patrimônio civil e patrimônio comercial. 47 — Noção econômica de estabelecimento. 48 — Escorço histórico do instituto. 49 — As primeiras leis francesas sobre o fundo de comércio. 50 — Equivalência das expressões *azienda*, fundo de comércio e estabelecimento comercial. 51 — A doutrina francesa. 52 — No direito alemão. 53 — A doutrina italiana mais antiga. 54 — Escritores italianos anteriores ao código de 1942. 55 — Ainda os juristas italianos. 56 — No direito brasileiro. 57 — Esboço conceitual do estabelecimento comercial.

44. O fenômeno econômico da organização de uma pluralidade de bens em função de uma atividade econômica é muito antigo. Mas os contornos da empresa e do estabelecimento, tais como hoje se apresentam nos planos econômico e jurídico, constituem novos dados da realidade econômica e social.

Torna-se difícil, por isso mesmo, definir e caracterizar, em termos jurídicos, essas novas realidades, enquadrando-as nas categorias dogmáticas tradicionais<sup>1</sup>. Por outro lado, a formulação normativa do regime jurídico do estabelecimento, como tal, é bastante recente, e, não obstante os precedentes da legislação francesa e de outros países, somente foi feita, de modo orgânico, pelo código civil italiano de 1942.

1. *Giorgio Ferrari*, verbete *Azienda*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, pág. 618.

Nesse terreno, é preciso reconhecer, como proclama *Escarra*, que, quando se quer encontrar, no exame dos fatos, as bases de um estudo científico e de uma construção sistemática, encontramos em presença de matéria complexa, de contornos imprecisos, e compreendemos tanto a reserva do legislador como as divergências que a esse respeito oferecem a jurisprudência e a doutrina<sup>2</sup>.

Tendo presente a recomendação de *Vivante*, antes de iniciarmos o estudo da teoria jurídica do estabelecimento, impõe-se que examinemos a estrutura técnica e a função econômica do instituto<sup>3</sup>.

45. Quando um indivíduo se dispõe a exercer a atividade mercantil, deve reunir os meios necessários para tal, obtendo e organizando um conjunto de bens que sirva de base econômica ao empreendimento.

Para isso, deve apartar do seu patrimônio — complexo das relações jurídicas com valor econômico — uma parcela determinada de bens, recursos ou valores, que vai constituir, conforme o caso, o capital do comerciante individual, ou a quota com que contribui o sócio, para a formação do capital de uma sociedade comercial.

Em relação ao comerciante singular, ocorre, sob o ângulo econômico, uma separação entre o patrimônio civil ou geral, e o chamado patrimônio comercial, destinado especificamente ao exercício do comércio, sob firma individual.

Para fins de administração e de organização internas, prevalece a discriminação entre a massa de bens destinada pelo comerciante singular à sua vida privada, e aquela outra aplicada à atividade mercantil, em um ou vários estabelecimentos (o chamado "patrimônio aziendal" dos economistas). Será exatamente considerando o montante do capital, que o comerciante irá ampliando ou restringindo a sua atividade.

2. *Jean Escarra, Principes de Droit Commercial*, I, 1934, n. 427, pág. 421.

3. *Trattato di Diritto Commerciale*, prefácio à 5.<sup>a</sup> edição, Milão, 1929.

Justificam *Franchi* e *Pagani* essa discriminação, dizendo que "o conceito de estabelecimento (*azienda*) rigorosamente também implicaria uma administração autônoma, dotada de direitos e obrigações próprios, distintos dos de qualquer outro ente ou pessoa. Porém, a maioria das vezes, ao invés, tão-somente se acena a uma separação fictícia, com efeitos simplesmente contábeis-econômicos, feita pelo proprietário, ao qual apraz, para a boa regra de gestão, manter distinta a administração doméstica da indústria agrícola ou da exploração comercial, na eventualidade de que a exerça"<sup>4</sup>.

Existem algumas implicações jurídicas decorrentes dessa discriminação de caráter econômico, como, por exemplo, a obrigação de manter a escrituração contábil com referência às operações do giro mercantil. Mas, nas relações externas, perante terceiros, a repercussão é de somenos importância, como veremos em seguida.

46. A distinção entre patrimônio civil e patrimônio comercial do comerciante individual não se reflete no plano jurídico, em razão da unidade do patrimônio (*supra*, n. 38).

Não se concebe a existência de duas massas patrimoniais sob a titularidade de um mesmo sujeito. É tal a interdependência entre as relações jurídicas atinentes ao sujeito, que ambas massas se fundem num só patrimônio.

Nem poderia ser de outra forma, observa *Messineo*, ante o princípio de que o sujeito responde pelos seus débitos *com todos os seus bens* (responsabilidade ilimitada); se fosse possível, à vontade do sujeito, destacar núcleos de bens do patrimônio, para erigi-los em massas separadas, cada qual poderia subtrair bens aos próprios credores<sup>5</sup>.

É certo que existe, em tese, a possibilidade da criação de *patrimônios separados*, mas somente a lei pode admitir a sepa-

4. *Franchi-Pagani, Del commercio in generale*, n. 91, pág. 204.

5. *Manuale*, vol. I, 9.<sup>a</sup> ed., § 26, n. 2, pág. 384. Como se vê, o conceito de "patrimônio aziendal", peculiar à economia e à contabilidade, não tem relevância jurídica; vide *Ferrara Junior, La Teoria giuridica dell'azienda*, n. 40, pág. 105.

ração de patrimônios (*supra*, n. 40). Ora, em face de nosso direito positivo, inexistente qualquer fundamento para afirmar que constitua patrimônio separado aquele núcleo de bens destinado pelo comerciante individual ao exercício do comércio. Na verdade, o patrimônio uno do comerciante (pessoa física) constitui a garantia comum de todos os credores, civis ou comerciais.

Ocorre diversamente quando se organiza uma pessoa jurídica para o exercício do comércio — a sociedade comercial. Neste caso, as parcelas destacadas dos patrimônios particulares de cada um dos sócios são reunidas para formar o capital da sociedade, que se apresenta como um *patrimônio autônomo*, independente dos patrimônios dos que contribuíram para sua integração.

A autonomia do patrimônio social se justifica e fundamenta pelo fato da formação de nova pessoa jurídica à qual é atribuída a titularidade do complexo de relações jurídicas que constituem o patrimônio. No caso da sociedade é lícito falar de *patrimônio comercial*, no sentido próprio da expressão, visto que todas as relações jurídicas que nele confluem são pertinentes ao exercício do comércio.

47. No sentido econômico, o patrimônio comercial, tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, se constitui, inicialmente, pelo *capital*, que, de ordinário, é representado por dinheiro.

Mas, para a consecução do objetivo econômico, faz-se mister aplicar o capital em bens adequados ao exercício do comércio (máquinas, matérias-primas, mercadorias etc.). Da transformação do capital num complexo de bens apropriados para o exercício da atividade mercantil resulta o estabelecimento comercial.

Não é suficiente, contudo, o elemento estático, representado pelo capital, para formar o estabelecimento comercial, como unidade econômica. Faz-se mister juntar-lhe o elemento dinâmico, representado pelo *trabalho*, que se converte em serviços, por sua vez adequados aos objetivos que se tem em mira alcançar.

Esses bens (oriundos do capital) e serviços (provenientes do trabalho) são conjugados em função do fim colimado, e aí surge o elemento estrutural: a *organização*. Não basta, com efeito,

a coexistência desordenada de fatores da produção em uma quantidade qualquer; é preciso que os diversos elementos se encontrem em certa proporção, consoante sua finalidade. Assim, nas indústrias manufatureiras, o elemento trabalho tem maior importância, enquanto que o elemento capital prevalece nos bancos; do mesmo modo, nas indústrias mineiras ou nas agrícolas, são exploradas sobretudo as forças naturais.

A combinação desses três elementos ou fatores — capital, trabalho e organização — que servem ao comerciante para o exercício de sua atividade produtiva é que se denomina, em economia, de *estabelecimento comercial*. Este se apresenta, sob o ponto de vista econômico, como um organismo unitário resultante da organização concreta dos fatores da produção dirigida para uma determinada atividade produtiva.<sup>6</sup>

48. Traçado dessa forma o conceito econômico de estabelecimento, insta remontar às origens históricas do instituto.

Mostra *Marghieri* que, embora o argumento não fosse tratado de modo amplo e orgânico, dele se encontram noções nas fontes romanas, em vários trechos do *Digesto*<sup>7</sup>.

Em erudito ensaio publicado nos *Studi per Vivante*, expõe *Valeri* que a doutrina do estabelecimento comercial fora de primeiro fixada por *Bartolo da Sassoferrato* (século XIV) e depois desenvolvida nas obras dos pós-glosadores: *Baldo* e *Angelo degli Ubaldi*, *Paolo di Castro*, *Pietro da Ancarano*, *Bartolomeo Socini* e outros<sup>8</sup>.

Merece relevo a contribuição de *Baldo*, que, como consultor da *ars mercatorum* de Perugia, lançou nos *Consilia* os primeiros fundamentos para a formação da teoria, chegando a sustentar a personalidade do estabelecimento, como sujeito de direitos,

6. *Mario Rotondi, Trattato di Diritto dell'Industria, Teoria Generale dell'Azienda*, Padua, 1935, n. 25, pág. 59.

7. *Alberto Marghieri, Il Diritto Commerciale Italiano*, 2.<sup>a</sup> ed., I, pág. 248, nota 1.

8. *Valeri, La dottrina dell'azienda commerciale nelle opere dei post-glossatori*, em "*Studi in onore di Cesare Vivante*", 1931, vol. II, págs. 313-314.