

CAPÍTULO VIII

ANÁLISE DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL: natureza jurídica e contratos

Isabella Lucia Poidomani¹

Marcelo Bloizi Iglesias²

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL; 3. PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL; 4. CONTRATOS ENVOLVENDO O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: A presente pesquisa pretende analisar o conceito de estabelecimento comercial trazido pela doutrina brasileira em consonância com a inovação trazida pelo Código de Reale no artigo 1.142. Este novel diploma legal abarcou no seu bojo o conceito de estabelecimento empresarial com a incorporação das regras deste ramo do Direito pelo Código Civil. A natureza jurídica do estabelecimento empresarial é trazida a baila sob a ótica das teorias e correntes existentes no Brasil e no direito comparado, daqueles países que são expoentes e vanguardistas na análise empresarialista jurígena, assim como aquela adotada pela legislação pátria que versa sobre a matéria. Os contratos de trespasse e arrendamento de estabelecimento empresarial, previstos no ordenamento jurídico brasileira, serão objeto de breve estudo no presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: estabelecimento empresarial; conceituação; teorias; universalidade; contratos.

ABSTRACT: This research analyzes the concept of shop brought by Brazilian doctrine in line with the innovation brought by Reale Code Article 1142. This novel statute encompassed in its wake the concept of business establishment with the incorporation of the rules of this branch of law by the Civil Code. The legal nature of the business establishment is brought to the fore from the perspective of theories and currents existing in Brazil and comparative law, those countries are exponents and avant-garde in empresarialista jurígena analysis, as well as that adopted by the Brazilian legislation that deals with the matter. Contracts of goodwill and business property lease, provided for in Brazilian law, will be subject to brief study in this work.

KEYWORDS: business establishment; concept; theories; universality; contracts.

1 Bacharela e Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. e-mail: isbellapoidomani22@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Salvador e Pós graduando em Direito Tributário pela Universidade do Estado da Bahia. Advogado. e-mail: marcelobiglesias@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O estabelecimento empresarial é elemento de extrema importância no ramo do Direito Empresarial, posto que se refere a todos aqueles bens que são destinados à atividade exercida pelo empresário. É objeto que possui relação próxima com o sujeito e com a própria empresa empreendida. Desta maneira, o conceito de estabelecimento comercial mereceu ser revisitado com a análise de seu conceito insculpido pela doutrina, trazida da experiência do direito alienígena e, posteriormente, incorporada pela novel legislação civilista.

O estabelecimento comercial, composto por uma universalidade de bens tangíveis e intangíveis, deve ser entendido patrimonialmente dentro desta complexidade. A compreensão do estabelecimento empresarial no âmbito patrimonial é ingênita aos negócios feitos em seu derredor e no seu cerne.

Observa-se que no Direito brasileiro e ainda em outros ordenamentos jurídicos há diversas construções doutrinárias acerca da sua natureza jurídica. Ademais, muitas construções doutrinárias versam sobre os contratos que podem ser firmados cujo objeto seja o próprio estabelecimento empresarial. Sabendo que este instituto não é pessoa, sujeito de direito, é possível encontrar diversas respostas distintas quanto à sua natureza, o que interfere nas relações envolvendo o estabelecimento empresarial.

O porvir das relações econômicas que se debruçam sobre o estabelecimento empresarial merece especial atenção pela possibilidade negocial deste plexo de bens materiais e imateriais. Verifica-se cada vez mais que os negócios jurídicos firmados envolvendo tal instituto jurídico, objeto do presente estudo, passam pela quantificação da parcela imaterial que o compõe. Não é incomum a utilização do critério de aferição de valor de um estabelecimento empresarial através do que é denominado pela doutrina como *of a trade* ou *goodwill* ou fundo de comércio/empresa para se alcançar um numerário que satisfaça o potencial econômico daquela universalidade de bens organizada pelo empresário. A transversalidade do conhecimento tendo o direito como pedra de toque é imprescindível para essa forma de mensuração.

É necessário, então, ser analisada a teoria construída ao longo da história acerca deste instituto jurídico. Pretende-se, com o presente trabalho, apresentar a evolução doutrinária quanto ao estabelecimento empresarial e sucintamente trazer a lume o critério de aferição do aviamento deste instituto jurídico como fundo de comércio. Para tanto, serão analisadas teses defendidas no Brasil e em outros países.

Objetivo geral ora proposto é analisar a forma como está regulamentado o estabelecimento empresarial no ordenamento jurídico pátrio e de que forma as teorias construídas ao seu redor contribuem para a prática jurídica empresarial.

Os objetivos específicos da pesquisa são os seguintes: a) Analisar a natureza jurídica do estabelecimento empresarial no Brasil e no direito comparado; b) Apresentar os contratos que podem ser firmados tendo como objeto o estabelecimento comercial; c) Estudar o critério de aferição de

valor de um estabelecimento empresarial, o of a trade ou goodwill.

Quanto à metodologia do trabalho, a pesquisa é proposta na vertente jurídico-dogmática, tendo em vista a opção pela avaliação e análise das estruturas interiores do próprio Direito. A linha adotada será a crítico-metodológica, que partirá da compreensão de determinadas legislações pátrias bem como das construções doutrinárias acerca dos institutos estudados. O tipo de raciocínio adotado neste projeto de pesquisa será o dedutivo. Será utilizada a técnica bibliográfica, com consulta à legislação e doutrina.

Este artigo apresenta em sua estrutura três capítulos de desenvolvimento do conteúdo, para que se atinjam os objetivos inicialmente propostos.

O primeiro capítulo do desenvolvimento apresenta o estudo preliminar e necessário à presente pesquisa sobre o conceito de estabelecimento empresarial. O dispositivo do Código Civil pátrio é objeto de análise, bem como as teorias acerca da sua posição nas relações jurídicas. Analise-se, ainda, o aviamento do estabelecimento comercial.

O segundo capítulo passa à análise das principais teorias construídas no Brasil e em outros ordenamentos jurídicos acerca da natureza jurídica do instituto objeto de pesquisa. As teorias do patrimônio e das universalidades são foco de estudo no capítulo para que seja atingida a concepção posta na legislação brasileira vigente.

Por fim, o terceiro capítulo do desenvolvimento apresenta um panorama dos contratos cujo objeto seja o próprio estabelecimento empresarial. Para tanto, foi necessário recorrer à doutrina lusitana, bem como aos autores brasileiros, para verificar que tipos de negócios jurídicos podem ser estabelecidos dessa forma e quais as condições postas em cada situação específica.

2. CONCEITO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O estabelecimento empresarial, ou estabelecimento comercial, corresponde ao conjunto de bens materiais e imateriais de que o empresário se vale para a exploração da sua empresa. Tudo aquilo que o empresário, individualmente ou associado, instrumentaliza para a consecução do seu fim é entendido como estabelecimento empresarial.

No ordenamento jurídico brasileiro, o seu embasamento legal reside no artigo 1.142, do Código Civil de 2002, o qual prescreve o seguinte conceito: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

No supramencionado Código de Reale, é de suma importância verificar que, sobre o estabelecimento comercial, há um conceito jurídico de bastante relevância que deve ser elencado como protagonista desta estrutura conceitual, qual seja, "organizado". Portanto, é possível concluir que a organização é elemento essencial dentro do conceito de estabelecimento empresarial.

A parcela de todo o patrimônio do empresário que é afetada para o fim específico da empre-

sa é o estabelecimento empresarial. Entretanto, vale ressaltar que a sua compreensão enquanto patrimônio de afetação configura apenas uma das correntes doutrinárias acerca da sua natureza jurídica, a serem analisadas. Por ora, será adotado o termo patrimônio afetado apenas com o intuito de ilustrar que há um fim específico para todos aqueles bens, materiais e imateriais, que estão nele inseridos.

O autor lusitano Miguel Correia³ faz comentários quanto à concepção de estabelecimento empresarial enquanto organização destes bens mencionados, explicitando que os bens componentes do estabelecimento não estão apenas reunidos, “mas sim entre si conjugados, interrelacionados, hierarquizados, segundo as suas específicas naturezas e funções específicas”. Resta evidenciado, por este viés, que deve haver obrigatoriamente um fim a ser destinado ao estabelecimento empresarial como um todo.

O aviamento do estabelecimento empresarial corresponde ao sobrevalor atingido pela organização destes bens materiais e imateriais, como bem elucidam Márcia Carla Ribeiro e Marcelo Bertoldi⁴. O conceito de aviamento congrega a ideia de que é conferida uma qualidade específica, um atributo, a este estabelecimento empresarial, decorrente da organização que o empresário lhe empresta⁵.

Assim, aqueles mesmos bens componentes do estabelecimento empresarial, quando não agrupados neste, têm um valor econômico menor do que quando estão reunidos no estabelecimento e devidamente organizados. Neste diapasão, existe uma valorização dos bens tangíveis e intangíveis para a conformação da universalidade do estabelecimento comercial.

O aviamento do estabelecimento empresarial pode ser considerado como a aptidão de gerar lucro, que é o objetivo do empresário. É o elemento que funde todos os bens que compõe o estabelecimento. Wilges Ariana Bruscatto aponta três fatores principais para o desenvolvimento do aviamento, quais sejam: o aparelhamento, a freguesia e o crédito ou a reputação comercial do estabelecimento. Todos eles, a depender da forma de organização que lhes seja empregada e dos esforços do empresário neste sentido, resultam em um maior ou menor valor reputado ao aviamento e, conseqüentemente, ao estabelecimento empresarial.

A posição do estabelecimento empresarial nas relações jurídicas é a de objeto de direito, e não sujeito de direito, de acordo com entendimentos doutrinários e legislativos⁶. Entende-se que o próprio estabelecimento empresarial não pode ser o titular dos direitos e obrigações decorrentes da

3 CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito Comercial: Direito da Empresa – Vol. 1*, 12 ed. Lisboa: Ediforum – Edições Jurídica Lda., 2011. p. 50.

4 BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 111.

5 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Volume 1*, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 169.

6 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 95

empresa. Dessa forma, Sylvio Marcondes Machado⁷ apresenta esclarecedora explicação acerca dos elementos componentes de uma relação jurídica:

“Qualquer que possa ser a concepção de relação jurídica e de direito subjetivo, é fora de dúvida que sujeito e objeto são termos necessário desses conceitos. Mesmo quando se admita a existência de um direito cujo sujeito seja atualmente indeterminado, ou tenha por objeto coisa ainda inexistente, não se pode conceber um direito sem a idéia de sujeito, ou um direito sem objeto.”

O estabelecimento empresarial, compreendido como objeto de direito, composto pelos bens materiais e imateriais do empresário para a execução do fim da empresa, é analisado ainda, com divergências doutrinárias, sobre a sua natureza jurídica. Antes de se adentrar neste estudo, é importante que seja feita uma distinção essencial: o estabelecimento empresarial é distinto do patrimônio do empresário, seja ele empresário individual, EIRELI ou sociedade empresária.

O patrimônio do empresário pode conter bens que não tenham por finalidade a empresa, mas diversas outras, a exemplo de imóveis adquiridos para investimento, sem relação direta com o negócio. O estabelecimento é uma universalidade que está inserida no patrimônio geral do empresário.

3.PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Patrimônio é um conceito que está impregnado no cotidiano das pessoas, sem que haja uma preocupação em delimitá-lo teoricamente, o que acarreta em um conceito vago. O primeiro recorte proposto é justamente promover a conceituação de patrimônio. Segundo leciona Caio Mário da Silva Pereira, o patrimônio seria “o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente”⁸. Aduz ainda o referido autor que chega o patrimônio a ser um reflexo econômico da personalidade da pessoa natural, vetusta lição que se infere de ensinamentos de contratualistas como Rousseau tanto no seu Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens⁹ como em sua obra denominada Emílio, ou, Da Educação¹⁰ e as noções de propriedade que se extraem destes trabalhos.

O patrimônio do empresário é uma universalidade que engloba outra universalidade de bens, o estabelecimento empresarial, ou ainda, pode ser entendido como conjunto e subconjunto. A com-

7 MACHADO, Sylvio Marcondes. Limitação da responsabilidade de comerciante individual. São Paulo: 1956. p. 198.

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume 1, 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 391.

9 ROUSSEAU. Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens – Tradução: Maria Ermantina Galvão; Cronologia e Introdução Jacques Roger. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 203.

10 Idem. Emílio, ou, Da Educação – Tradução: Roberto Leal Ferreira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 103-107.

preensão do estabelecimento empresarial enquanto universalidade foi adotada e reconhecida juridicamente após diversas construções doutrinárias. Entretanto, ainda existem diversas teorias acerca da natureza jurídica do estabelecimento empresarial, as quais podem ser divididas em três: aquelas que o encaram enquanto sujeito de direito; as que entendem ser um objeto de direito; e, por fim, as que o concebem enquanto bem imaterial.

A primeira teoria mencionada é defendida por uma única corrente. Trata-se da Teoria da Personalidade, desenvolvida por Endemann, Mommsen e outros teóricos. O entendimento predominante que reside nesta teoria é o de que o estabelecimento teria uma individualidade própria, com personalidade jurídica distinta da do seu titular, o empresário.

Não há espaço para ser acolhida tal teoria, como bem retrata Miguel J. A. Pupo Correia¹¹, tendo em vista que o estabelecimento empresarial é objeto de direito, passível de ser alienado, não podendo ser caracterizado enquanto pessoa. Ademais, outro argumento utilizado pela doutrina, e com plena aplicabilidade, é no sentido de que no ordenamento jurídico brasileiro o rol de pessoas jurídicas é taxativamente previsto no artigo 44 da Codificação Civil, sem qualquer menção ao estabelecimento empresarial¹².

Em seguida, há as teorias cujo entendimento é de que o estabelecimento empresarial se trata de objeto de direito. Há duas correntes doutrinárias neste caso: Teoria do Patrimônio Autônomo e Teoria das Universalidades. A primeira teoria mencionada, de origem alemã e encabeçada por Bekker, adota o entendimento de que o estabelecimento se traduz enquanto um patrimônio destacado do patrimônio restante do seu titular, o empresário, e, pelo fato de estar afetado a um determinado fim, responderia apenas pelas obrigações referentes a este, assim como o restante do patrimônio apenas seria atacado subsidiariamente para cumprir as obrigações afetadas.

A Teoria do Patrimônio Autônomo¹³ é alvo de críticas e não fora acolhida pelo legislador brasileiro. Inicialmente, vale destacar que o patrimônio do empresário, seja ele a EIRELI, o empresário individual ou a sociedade empresária, não possui uma separação estanque, em que a parcela que se refere ao estabelecimento empresarial não responderia pelas dívidas da parcela restante e vice-versa. Explica-se, há uma separação para melhor compreensão dos institutos, daquilo que é efetivamente utilizado pelo empresário no exercício da sua atividade, principalmente para fins fiscais e, ainda, para que seja possível a sua alienação como um todo, mas, em verdade, existe apenas

11 CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito Comercial: Direito da Empresa – Vol. 1*, 12 ed. Lisboa: Ediforum – Edições Jurídica Lda., 2011. p. 57.

12 BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 111.

13 Apesar de adotar a mesma nomenclatura da doutrina encabeçada por Francesco Messineo, esta teoria parece adotar o conceito de patrimônio de afetação, e não autônomo, pela forma como é adotado no presente trabalho. Francesco Messineo destaca que: “Si deve adoperare l’espressione patrimonio autonomo, e non quella de patrimonio separato, quando si vuole indicare, non già il distacco di un determinato nucleo di beni, che continua ad appartenere al medesimo titolare, ma il fatto che si formi, con elementi tratti da un altro, o – più spesso – da più altri patrimoni, un patrimonio a sè stante e nuovo, con un proprio soggetto, o quanto meno, con proprie finalità, sul quale incidono autonomi diritti e obblighi, come si è visto accadere nella formazione della persona giuridica.” (MESSINEO, 1947. p. 224). Deve ser utilizada a expressão patrimônio autônomo, e não a de patrimônio separado, quando se quer indicar não já o destacamento de um determinado núcleo de bens, o qual continua a pertencer ao mesmo titular, mas o fato que se forme, com elementos vindos de um outro, ou – mais comum – de muitos outros patrimônio, um patrimônio autônomo e novo, com um próprio sujeito, ou ao menos, com finalidade própria, sobre a qual incidem direitos e obrigações autônomos, como se é visto ocorrer na formação da pessoa jurídica. (tradução nossa).

um único patrimônio do empresário.

O empresário pode dispor de todos os bens do seu patrimônio, lato sensu, o que não seria possível se fosse adotada a Teoria do Patrimônio Autônomo, como bem destaca o autor lusitano Miguel J. A. Pupo Correia¹⁴, afirmando que o empresário “a todo tempo pode incluir ou distrair novos bens no e do respectivo acervo patrimonial”, sejam eles componentes do estabelecimento empresarial ou não. A teoria ora explicitada, então, não se aplica ao estabelecimento empresarial, não sendo adotada pelo ordenamento pátrio para designar a natureza jurídica deste instituto.

A Teoria da Universalidade também compreende o estabelecimento empresarial enquanto objeto de direito. A principal distinção entre esta teoria e a anterior, do Patrimônio Autônomo, é de que a presente teoria não separa completamente o estabelecimento do patrimônio, possibilitando a sua alienação, o que não ocorre com a teoria supramencionada, mas lhe confere sim uma unicidade, reconhece um direito único sobre estes bens agrupados a um mesmo fim econômico.

A explanação inicialmente feita traduz o que vem a ser uma universalidade, conceito inserido no bojo desta teoria, como sendo aquela unicidade de bens, seja por determinação legal ou por vontade do homem, cujo objetivo é o mesmo. Sylvio Marcondes Machado¹⁵ bem explicita esta característica que reside nas universalidades, ao destacar que é mantida a autonomia de cada um daqueles bens que a compõem, sejam eles materiais ou imateriais, mas que são unificados “em vista de uma particular valoração”.

As universalidades podem ser de fato ou de direito. Sylvio Marcondes Machado¹⁶ delimita de modo bem claro as principais características de cada uma destas universalidades, distinguindo-as. Destaca-se como o elemento de distinção mais significativo entre ambas a motivação do seu surgimento, pois, na universalidade de fato o seu nascimento se dá pela vontade do homem, enquanto que na universalidade de direito, deve haver uma previsão legal para tanto. Esta divisão está presente nas Teorias Universalistas, havendo doutrina que defenda ser o estabelecimento empresarial uma universalidade de fato ou uma universalidade de direito.

Pelo quanto já exposto no presente trabalho, foram alguns doutrinadores como seguidores de cada uma destas correntes. Márcia Carla Ribeiro e Marcelo Bertoldi referenciam a corrente desta teoria cujo entendimento é de ser uma universalidade de direito, por haver previsão legal no artigo 1.142, do Código Civil, quanto à existência do estabelecimento empresarial. De outro lado, figuram

14 CORREIA, Miguel J. A. Pupo. Direito Comercial: Direito da Empresa – Vol. 1, 12 ed. Lisboa: Ediforum – Edições Jurídica Lda., 2011. p. 58.

15 MACHADO, Sylvio Marcondes. Limitação da responsabilidade de comerciante individual. São Paulo: 1956. p. 208.

16 Quanto à universalidade de fato, o autor destaca as seguintes características: “1º, trata-se de conjunto de coisas autônomas, simples ou compostas, materiais ou imateriais; 2º, formado pelo vontade do sujeito; 3º, para uma destinação unitária.”, enquanto que a universalidade de direito, em sua doutrina, se caracteriza pelos seguintes elementos: “1º, é um complexo de relações jurídicas ativas e passivas; 2º, formado por força da lei; 3º, para unificação das mesmas relações.”. (MACHADO, Sylvio Marcondes. Limitação da responsabilidade de comerciante individual. São Paulo: 1956. p. 213-215.)

renomados doutrinadores como o empresarialista Fran Martins, além de Oscar Barreto Filho, ao explicitarem a sua compreensão quanto à natureza jurídica de universalidade de fato do estabelecimento empresarial.

É interessante observar, neste aspecto, seguindo Sylvio Marcondes Machado, que todas as universalidades são, de certo modo, de direito. Caso não o fossem, tampouco seriam admitidas juridicamente, inviabilizando o debate acerca da sua natureza. As duas universalidades acima expostas são, portanto, jurídicas e admissíveis pelo ordenamento jurídico pátrio¹⁷.

O mesmo autor ora mencionado ainda destaca que as universalidades de fato são compostas puramente por bens. Entretanto, o próprio contrato de trespasse do estabelecimento empresarial, adiante analisado, corrobora a ideia de que não há apenas bens compondo-o, haja vista que as dívidas do empresário trespasante podem ser transferidas para o trespasário, inclusive as de natureza cível. Importante destacar que antes de 2002, as obrigações transferidas para o trespasário eram apenas as trabalhistas, de acordo com o artigo 10 e 448 da Consolidação das Leis Trabalhistas, e tributárias, nas hipóteses do artigo 133 do Código Tributário Nacional, já que o Código Civil anterior era omissivo. A partir do novo Código de Reale, no artigo 1.146, as dívidas de natureza civil passaram a ser incorporadas ao estabelecimento empresarial. Não se resume, assim, a um conjunto de bens.

Pelo quanto já exposto, se a universalidade de direito é aquela que surge por força do direito, adota-se o entendimento de que o estabelecimento empresarial se enquadra nesta classificação. Antes da edição do Código Civil de 2002, de fato, o estabelecimento empresarial era uma universalidade formada pelo homem e apenas reconhecida pelo direito, sendo possível classificá-lo enquanto universalidade de fato. Atualmente, com a inovação trazida pela Codificação Civil, esta universalidade é expressamente estabelecida por lei, de acordo com o artigo 1.142 deste diploma legal. A concepção apresentada por Márcia Carla Ribeiro e Marcelo Bertoldi, já exposta, é a mais atual e alinhada com o ordenamento jurídico vigente.

A Teoria Imaterialista não tem aplicação prática no ordenamento jurídico brasileiro, pelo quanto exposto, por ser adotada a Teoria Universalista, compreendida por qualquer das suas correntes doutrinárias. Esta última teoria a ser analisada, também de origem alemã, não confere personalidade jurídica ao estabelecimento empresarial e tampouco lhe reconhece enquanto objeto de direito. Afirma-se, então, que o estabelecimento não se confundiria com os bens que lhe compõem, sendo uma “criação do espírito humano”¹⁸, cuja estrutura tem por base a organização da atividade empresarial.

Miguel J. A. Pupo Correia¹⁹, entretanto, entende que haveria sim uma face do estabelecimen-

17 MACHADO, Sylvio Marcondes. Limitação da responsabilidade de comerciante individual. São Paulo: 1956. p. 210.

18 BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 111

19 CORREIA, Miguel J. A. Pupo. Direito Comercial: Direito da Empresa – Vol. 1, 12 ed. Lisboa: Ediforum – Edições

to empresarial revestida por esta imaterialidade, relacionada à organização que o mesmo confere aos bens que lhe componentes, adotando então uma nova teoria, denominada como Teoria Eclética. Explicita o autor que o estabelecimento empresarial seria tanto uma universalidade, quanto este fator organização, conjugando as duas últimas teorias expostas.

A Teoria Eclética não seria aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. O estabelecimento empresarial é uma universalidade, composta pelos bens materiais e imateriais indispensáveis à sua atuação empresarial, tendo em vista que a organização é um dos elementos componentes do conceito de empresário. Assim, a organização, no Brasil, está mais voltada ao conceito do sujeito de direito, do empresário, e não ao do objeto de direito, qual seja, o estabelecimento empresarial.

Com isso, tem-se no ordenamento jurídico brasileiro que o estabelecimento comercial é objeto de direito, cuja teoria aplicada sobre esta concepção é a Universalista, tendo o Codex Civilista indicado se tratar de uma universalidade de direito, não obstante existir posicionamento doutrinário de expoentes deste ramo do Direito que indiquem se tratar o estabelecimento empresarial de universalidade de fato.

4.CONTRATOS ENVOLVENDO O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

A compreensão do conceito de estabelecimento empresarial, do sobrevalor que lhe é agregado pelo aviamento, da sua posição nas relações jurídicas e, ainda, quanto à sua natureza jurídica, permite que se passe à análise de alguns dos mais importantes contratos que envolvem o estabelecimento empresarial. Podem ser destacados, assim, o trespasse, contrato pelo qual é realizada a alienação do estabelecimento empresarial, e o contrato arrendamento de estabelecimento empresarial, no qual há a cessão da exploração do mesmo.

Pelo que já fora alhures explicado, o estabelecimento empresarial pode ser objeto de negócio jurídico e enxergado de forma una, muito embora se saiba que os bens materiais e imateriais que o compõe possuem determinado valor de mercado per si e, por isso, podem ser mensurados individualmente. O negócio jurídico firmado sobre a universalidade dos bens materiais somado aos imateriais catalisa o valor de mercado do estabelecimento empresarial que passa a ter um valor determinável.

O critério de aferição deste sobrevalor insito ao estabelecimento empresarial pode ser feito de diversas formas e este sobrevalor tem recebido diversas denominações pela doutrina como goodwill, of a trade, ou mesmo fundo de comércio/empresa. O goodwill pode ser sucintamente definido como a diferença entre o valor de mercado do ativo e o valor contábil de uma empresa, que é um bem intangível. No magistério de Bassan²⁰ o goodwill é composto dentre outros elementos, clientela e ponto comercial, essenciais para a quantificação das espécies de contratos a serem analisados. O

Jurídica Lda., 2011. p. 59.

20 BASSAN, Adilson do Carmo. Ativos Intangíveis - Goodwill. São Paulo, 2006, p. 33 a 40. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br/scholar?q=ativo+intangivel&hl=pt-BR&um=1&ie=UTF-8&oi=scholar>>. Acesso em: 07 de ago. 2015.

goodwill é, portanto, critério de aferição do potencial de geração de riqueza da empresa.

A avaliação elaborada do aviamento é deveras complexa tanto de um ponto de vista jurídico, como do econômico, pois não se trata de "coisa", mas de valor²¹. O aviamento não compõe o estabelecimento empresarial. O aviamento também não se confunde com o fundo empresa, entretanto tais conceitos se encontram amalgamados por aquele ser utilizado como mensurador de potencial de lucratividade deste. Desta feita, tem-se que a linguagem jurídica se apropriou do conceito empresarial de goodwill para atribuir o conteúdo deste termo ao conceito de fundo de empresa para a quantificação de determinados bens imateriais, segundo o magistério de Fábio Ulhoa Coelho²². Ainda segundo este Autor, a origem deste conceito no Brasil advém do francês *founds de commerce*²³.

O trespasse é a alienação do estabelecimento empresarial por ato inter vivos. Ocorre a cessão desta universalidade de bens, sendo estes transmitidos ao adquirente. Com base em Miguel J. A. Pupo Correia²⁴, podem ser denominados os sujeitos deste contrato como trespasante e trespasário. O trespasário é aquele que adquire o estabelecimento empresarial, devendo inserir no nome empresarial, caso opte por manter o mesmo do trespasante, o seu próprio nome e a sua qualificação enquanto sucessor deste, atendendo ao princípio da veracidade dos nomes empresariais e ao preceito do parágrafo único do artigo 1.164, da Codificação Civil. A doutrina brasileira, de forma majoritária, apresenta o trespasse como sendo a venda do estabelecimento como um todo. O trespasse é a alienação e deve ocorrer por ato entre vivos, como ressaltado. O mencionado doutrinador lusitano²⁵, por outro lado, amplia este conceito de trespasse e o apresenta como sendo uma pluralidade de modalidades, pelas quais é possível haver a transferência desta universalidade de bens, sempre por ato inter vivos, destacando as hipóteses de: “a compra e venda, a venda judicial, a troca, a doação, a realização de entrada numa sociedade, a adjudicação a um sócio na liquidação da sociedade”.

É possível que algumas destas modalidades no Brasil realizem efetivamente o trespasse, não se limitando à compra e venda. Contudo, é de suma importância destacar que a venda da sociedade é algo bem diferente do trespasse, tendo em vista que a primeira situação se dá quando todos os sócios da sociedade optam por alienar todas as suas quotas sociais, o que altera o quadro societário da mesma, mas sem que haja alteração do titular daquele estabelecimento empresarial. Na venda da sociedade pela alienação de todas as quotas sociais, o empresário continua a ser o mesmo, detentor do mesmo estabelecimento empresarial. No trespasse, um novo empresário passa a titularizar o estabelecimento empresarial.

21 MÜLLER, Sérgio José Dulac, MÜLLER, Thomas. Empresa e estabelecimento - a avaliação do goodwill. Publicado na Revista Jurídica 318, p. 24. Disponível em <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/179.htm>>. Acesso em 07 de ago. 2015.

22 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, v.1, p. 97-98.

23 Ibidem, p. 97

24 CORREIA, Miguel J. A. Pupo. Direito Comercial: Direito da Empresa – Vol. 1, 12 ed. Lisboa: Ediforum – Edições Jurídica Lda., 2011. p. 68.

25 CORREIA, Miguel J. A. Pupo. Direito Comercial: Direito da Empresa – Vol. 1, 12 ed. Lisboa: Ediforum – Edições Jurídica Lda., 2011 p. 69.

É cediço que, quando se negocia um contrato de trespasse de estabelecimento comercial é fulcral a avaliação do passivo, apesar de este não onerar o estabelecimento, mas pode onerar o trespasário que assume a dívida como devedor principal caso o passivo ultrapasse o valor do conjunto de bens que compõe o estabelecimento, conforme se depreende do giro legislativo no que tange à matéria com o Código Civil de 2002. A solidariedade do trespasante se estende por um ano, desde que as dívidas estejam devidamente contabilizadas, sob o risco de a inobservância de correta contabilidade implicar em hipótese de anulabilidade do negócio pelos credores ou pelo trespasário, de acordo com o artigo 1.145 da Lei Civil.

São três os requisitos para que seja feito um trespasse válido. O contrato do trespasse deve ser feito por escrito, publicado na imprensa oficial e com a anuência de todos os credores, expressa ou tácita²⁶. Este último requisito, entretanto, será dispensado caso o patrimônio restante do empresário trespasante seja solvente, havendo então a possibilidade de serem quitadas as dívidas de todos os credores. Caso contrário, será considerado como ato de falência, pelo quanto previsto na Lei 11.101/2005, podendo os credores ingressarem com ação de falência contra este empresário com base nesta alienação sem a anuência dos mesmos, pedido este que não necessita da comprovação de um valor mínimo.

Outra hipótese muito utilizada no ordenamento brasileiro é a do Arrendamento do Estabelecimento Empresarial. O contrato referido acarreta a transferência do uso temporário do estabelecimento empresarial a um terceiro, o arrendatário. Marco doutrinário acerca deste contrato é a obra de Oscar Barreto Filho, o qual elenca as principais características deste negócio jurídico. Vale ressaltar, entretanto, que à época não havia previsão legal do mesmo, o que levou o autor a se basear no regimento italiano então vigente²⁷.

Oscar Barreto Filho destaca, assim, que o arrendador deve entregar ao arrendatário o seu estabelecimento empresarial com todos os acessórios e pertencas, pois só assim será viável que este locatário prossiga na execução da empresa, sem que haja discrepância na sua atuação. Tendo em vista que a empresa é a atividade empreendida pelo empresário por meio dos bens componentes do estabelecimento empresarial, conclui-se que a transferência deste acarreta também a transferência da própria empresa, da atividade realizada.

O empresário que loca o seu estabelecimento empresarial não é mais o sujeito de direito que está, naquele momento, empreendendo esforços para a consecução da empresa. Há, então, uma distinção entre a figura do empresário arrendador e do empresário arrendatário. A compreensão de que são estes sujeitos de direito distintos leva ao entendimento de que o nome empresarial pelo qual se exerce a empresa também será distinto. O arrendatário, que deve ser empresário, utiliza o seu próprio nome enquanto estiver fazendo uso daquele estabelecimento empresarial que fora objeto do contrato²⁸.

A locação do estabelecimento empresarial é contrato bem distinto da locação do ponto empresarial, pois neste último caso, é o próprio empresário titular do estabelecimento empresarial que está executando a sua empresa, mas não é titular do imóvel em que a realiza. A importância que é conferida a este imóvel dá ao locatário o direito de inerência ao ponto, sendo possível então que este

26 A anuência tácita se dá com o decurso do tempo, pelo prazo de 30 dias, a contar da notificação.

27 BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 266.

28 Ibidem. p. 269.

ingresse com ação renovatória do contrato de locação do imóvel não residencial. Contudo, no caso do arrendamento do estabelecimento empresarial, não é conferido o direito de ação renovatória ao arrendatário, pela sua própria natureza, pois não é este empresário o titular daquela universalidade²⁹.

O arrendamento de estabelecimento empresarial já é expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 1.144, do Código Civil. Está previsto que este contrato apenas produzirá efeitos perante terceiros após a ter sido averbado perante o Registro Público de Empresas Mercantis e de publicado na imprensa oficial, atos estes que conferem publicidade ao referido contrato.

5.CONCLUSÃO

O estabelecimento empresário é o conjunto de bens materiais e imateriais utilizados pelo empresário na consecução da sua empresa, compreensão nitidamente verificada dentro do Código Civil no seu artigo 1.142.

É possível concluir também que, muito embora existam correntes doutrinárias no direito comparado que pretendem atribuir autonomia jurídica ao estabelecimento empresarial ao trata-lo como sujeito de direito, este tem natureza jurídica de objeto de direito no Direito brasileiro. Seditamentado os alicerces de que o estabelecimento empresarial se trata de um objeto de direito, parte-se para debate doutrinário sobre a relação deste com o empresário, o qual, aplica-se no Brasil a Teoria Universalista pelo que se extrai do Código Civil.

Os contratos acima apontados que são utilizados em negócios jurídicos que envolvem estabelecimento empresarial mereceram a guarida do Codex civilista e possuem o condão de transmitir a universalidade de bens, materiais e imateriais que compõe o estabelecimento. Apesar de ser um tema jurídico, é imprescindível buscar em outras ciências critérios para se mensurar o intangível que integra o estabelecimento empresarial, decerto que não se tratam de coisas, mas de valores. Neste ponto o goodwill é um critério capaz de captar o ativo não operacional de um estabelecimento comercial e convertê-lo em valores pecuniários para a conformação do sinalagma contratual que deve nortear as relações submetidas ao sistema jurídico brasileiro.

Aviamento é o sobrevalor atingido pela organização destes bens. Importante destacar que o estabelecimento empresarial está inserido no patrimônio do empresário e com este não se confunde. Adota-se o entendimento de que o estabelecimento empresarial é uma universalidade de direito, após o Código Civil de 2002. Ao ser compreendido como fundo de comércio a análise econômica sobre o objeto jurídico - estabelecimento comercial - necessitará do auxílio da contabilidade a atribuir valor àquela organização diante da transversalidade do conhecimento e globalização do mercado.

29 Ibidem, p. 265.

6.REFERÊNCIAS

- BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BASSAN, Adilson do Carmo. Ativos Intangíveis - Goodwill. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br/scholar?q=ativo+intangivel&hl=pt-BR&um=1&ie=UTF-8&oi=scholar>>. Acesso em: 07 ago de 2015.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial – Volume 1, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Constituição (2002). Código Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.
- BRUSCATO, Wilges Ariana. Empresário Individual de Responsabilidade Limitada. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – Volume 1, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CORREIA, Miguel J. A. Pupo. Direito Comercial: Direito da Empresa – Vol. 1, 12 ed. Lisboa: Ediforum – Edições Jurídica Lda., 2011.
- GOMES, Emerson Souza. Estabelecimento Empresarial. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5383>. Acesso em 06 ago 2015.
- GUSTIN, Miracy B. de Sousa, DIAS, Maria Tereza F.. (Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MACHADO, Sylvio Marcondes. Limitação da responsabilidade de comerciante individual. São Paulo: 1956.
- MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codice e Legislazione Complementare). Vol. 1. 7 ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947.
- MÜLLER, Sérgio José Dulac, MÜLLER, Thomas. Empresa e estabelecimento: A avaliação do goodwill. Revista Jurídica, 318, p. 24. Disponível em <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/179.htm>>. Acesso em 07 de ago 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume 1, 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ROUSSEAU. Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens – Tradução: Maria Ermantina Galvão; Cronologia e Introdução Jacques Roger. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. Emílio, ou, Da Educação – Tradução: Roberto Leal Ferreira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário. São Paulo: Atlas, 2011.