

E-STABELECIMENTO

ESTABELECIMENTO COMERCIAL NA INTERNET, APLICATIVOS,
WEBSITES, TRADE DRESS ELETRÔNICO, CONCORRÊNCIA ONLINE,
LINKS PATROCINADOS, AFETAÇÃO PATRIMONIAL NA
INTERNET E NEGÓCIOS JURÍDICOS

QUARTIER LATIN

PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA

E-STABELECIMENTO

ESTABELECIMENTO COMERCIAL NA INTERNET, APLICATIVOS,
WEBSITES, TRADE DRESS ELETRÔNICO, CONCORRÊNCIA ONLINE,
LINKS PATROCINADOS, AFETAÇÃO PATRIMONIAL NA
INTERNET E NEGÓCIOS JURÍDICOS

PREFÁCIO: NEWTON SILVEIRA

APRESENTAÇÃO: HELOISA HELENA BARBOZA

2ª EDIÇÃO

REVISTA E ATUALIZADA

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, Primavera de 2024

Copyright © 2024 by Editora Quartier Latin do Brasil

BARBOSA, PEDRO MARCOS NUNES

E–Stabelecimento – Estabelecimento Comercial na Internet, Aplicativos, Websites, Trade Dress Eletrônico, Concorrência Online, Links Patrocinados, Afetação Patrimonial na Internet e Negócios Jurídicos.

São Paulo: Quartier Latin, 2024.

E–Stabelecimento – Estabelecimento Comercial na Internet, Aplicativos, Websites, Trade Dress Eletrônico, Concorrência Online, Links Patrocinados, Afetação Patrimonial na Internet e Negócios Jurídicos – 2ª ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2024.

ISBN 978-65-5575-XXX-X

1. Lorem Ipsum; 2. Lorem Ipsum; 3. Lorem Ipsum; 4. Lorem Ipsum; 5. Lorem Ipsum;
6. Lorem Ipsum; 7. Lorem Ipsum. I. Título

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefone e whatsapp: +55 11 9 9431 1922

 @editoraquartierlatin

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

2. O ESTABELECIMENTO COMERCIAL E SUA VIRTUALIZAÇÃO

O presente capítulo é fincado, propedeuticamente, à narrativa da revolução trazida pela tecnologia cibernética¹ às relações comerciais tradicionais e, especialmente, ao perfil objetivo da empresa. Realizando comparações entre os estabelecimentos mercantis físicos com aqueles sediados *online* buscar-se-á demonstrar similitudes e idiossincrasias próprias que habilitam uma profunda adaptação nos conceitos e na teoria geral do estabelecimento comercial². Entre as *fattispecie* transformadas pelas *vicissitudes* contemporâneas, dar-se-á ênfase no aviamento cibernético e na sua relação para com a clientela.

2.1. O ESTADO DA ARTE NO ESTUDO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL: COMO A INTERNET ALTEROU OS PARÂMETROS JURÍDICOS

Desde a segunda edição da obra (de idêntico tema) de Oscar Barreto Filho³, a doutrina brasileira de Direito Mercantil pouco evoluiu no tratamento *institucional* do estabelecimento comercial. Nesse sentido, quase

1 “Em suma, a cibernética é uma ciência cujo objeto consiste no estudo das mensagens como mecanismo de controle tanto em seres humanos como nas máquinas” JANINI, Tiago Cappi. *Direito Tributário Eletrônico. SPED e os Direitos Fundamentais do Contribuinte*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 57.

2 Optou-se pela utilização da cognominação “estabelecimento comercial”, ao invés de “estabelecimento empresarial”, tendo em vista que aquela é a expressão consignada no Código Civil de 2002, em dois dispositivos distintos: Art. 5º “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”; e Art. 1.268. “Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono”. Não obstante, conforme será exposto, a doutrina hodierna consolida o estabelecimento empresarial um gênero do qual os estabelecimentos comerciais seriam espécie. Por exemplo, os escritórios de advocacia têm estabelecimentos, mas estes não são comerciais.

3 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988.

toda a produção⁴ relevante, a partir de então, enveredou pelo foco obrigacional da *fattispecie*, peculiarmente na faceta do *trespasse*, ou seja, na radiografia da alteração subjetiva da titularidade do estabelecimento.

Por sua vez, quando se trata de enfrentar a expansão dos estabelecimentos comerciais na Internet⁵, ressalvados alguns *sucintos* artigos publicados, o cuidado doutrinário é ainda mais parco⁶, ganhando subcapítulos de três ou quatro parágrafos, ou o máximo de dez páginas em algumas obras⁷. Desta feita, cerca de vinte anos desde a expansão do acesso à Internet no Brasil, o mercado relevante foi multiplicado pelas ofertas de negócios jurídicos patrimoniais via *web*, sem que houvesse o acompanhamento regulatório-reflexivo correspondente.

O silêncio das “revoluções” perpetradas pela Internet nos campos jurídicos não é algo uniforme noutras sendas do Direito, mas é típico das rupturas paradigmáticas a ausência de sua concreta percepção até que muito tenham avançado⁸; e tal evolução não se deu sem o *estranhamen-*

4 FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial*. Trespasse e Efeitos Obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007; POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito Empresarial*. O estabelecimento e seus aspectos contratuais. Barueri, SP: Ed. Manole, 2006; Livros lidos sobre trespasse.

5 Art. 5º da Lei 12.965/2014: “Para os efeitos desta Lei, considera-se: I – internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”.

6 “Podemos considerar que o Direito comercial, como bom Direito privado que é, vai evoluindo lentamente, ao sabor do progresso científico-cultural da matéria, disciplinando soluções já experimentadas” CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 70. Mesmo na doutrina estrangeira há quem aponte a relevância do comércio eletrônico e no neo *estabelecimento virtual*, sem, contudo, enfrentar o tema: HOUTCIEFF, Dimitri. *Droit Commercial*. 3ª Edição, Paris: Sirey, 2011, p. 212.

7 TEIXEIRA, Tarciso. *Curso de direito e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 155 -164, FONTES, Marcos Rolim Fernandes. *Nomes de Domínios no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito Empresarial*. O estabelecimento e seus aspectos contratuais. Barueri, SP: Ed. Manole, 2006, p. 33, 51 e 99; PEREIRA, Ademar & ALMEIDA, Amador Paes. *Manual do estabelecimento comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33. BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário Individual de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 105.

8 BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Traduzido por AZEVEDO, Dinah de Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.28.

to tradicional dos novos contextos⁹ tecnológicos. Para alguns autores, o avanço técnico relevante trazido pela Internet funciona como um *condicionante*, para o desenvolvimento do comércio, da cultura e da comunicação, mas ela não é determinante para a contemporaneidade¹⁰. Ou seja, apesar de protagonizar transformações mercantis operadas *online*, foi o conjunto social-contextual (que ocorreu simultaneamente à popularização da Internet) que determinou a nova faceta do comércio internacional.

Por sua vez, na propriedade intelectual (que não deixa de ser tópicos de Direito Comercial *lato sensu*) muitos estudiosos¹¹ vêm elaborando artigos e livros sobre as dificuldades de se controlar o uso dos direitos autorais (*tidos* como verdadeiros insumos dos serviços oferecidos *online*) com as facilidades de cópia e transmissão característicos da Internet. Ademais, no ambiente do Direito Tributário notou-se uma evolução pretoriana¹² e doutrinária preocupadas no tocante à tributação dos negócios jurídicos, perante as operações interestaduais realizadas por estabelecimentos mercantis *online*. Por sinal, se há um ramo do estudo do Direito que acompanha com mais habilidade as modificações dos axiomas tecnológicos, tal é o ramo do Direito Tributário¹³, visto que este representa um campo sensível entre o administrado e o Poder Público, em geral preocupado com o interesse público secundário (arrecadatório). Digno de registro também é a doutrina¹⁴ pertinente ao Direito do

- 9 LESSIG, Lawrence. *CODE And Other Laws of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. 22.
- 10 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 25.
- 11 WACHOWICZ, Marcos. *Org. Propriedade Intelectual & Internet*. Vol. II, Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- 12 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Ferreira Mendes, REx 680.089/SE, DJ 03.12.2014.
- 13 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Eficácia Probatória dos Contratos Celebrados Pela Internet*. In Org. LUCCA, Newton de. & SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet*. 2ª Edição, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 337. Vide ainda: JANINI, Tiago Cappi. *Direito Tributário Eletrônico. SPED e os Direitos Fundamentais do Contribuinte*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 30.
- 14 *Verbi Gratia*: KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2014. Enfrentando a costumeira característica de contratos de adesão na internet, vide BIX, Brian H. *Contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 28 e seguintes; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo Via Internet*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Consumidor, que se destinou ao estudo das garantias efetivas nas relações contratuais assimétricas, e realizou considerável produção sob o enfoque do *comércio eletrônico*¹⁵, de suas idiossincrasias e do perfil integrativo da Lei 8.078/1990 (o Código de Defesa do Consumidor). Pode-se asseverar, sem qualquer generalização, que a produção crítica-acadêmica do ambiente da Internet é enveredada para o conteúdo obrigacional, a formação do negócio jurídico, os deveres anexos incidentes, o direito ao arrendimento, o tratamento¹⁶ dos dados sensíveis¹⁷, e outros subtemas.

Por último, também se faz mister consignar que os estudiosos¹⁸ do Direito constitucional vêm analisando as formas benéficas com as quais a Internet ampliou a noção de democracia e do princípio republicano. Tais lentes focalizam as possibilidades ampliadas no tocante à liberdade de expressão, à organização de movimentos sociais cibernéticos, além de alguns países em que o escrutínio é realizado *online*¹⁹.

No entanto, a presente obra não tem como escopo o enveredamento consumerista dos negócios jurídicos efetuados *online*, a parcela tributária pertinente incidente sobre tais contratos, ou mesmo a análise do estabelecimento comercial na alteração de sua titularidade. A polpa deste

15 “A rigor, pode ser apontado como comércio eletrônico aquele em que qualquer de suas quatro fases principais oferta, compra/manifestação da vontade, pagamento e entrega – se realiza, de forma isolada ou conjunta, através da Rede Mundial de Computadores (Internet ou World Wide Web)” BRASIL, Marco Aurélio. *Breve Estudo da Taxonomia do E-commerce Brasileiro à Luz do Marco Civil da Internet*. In ARTESE, Gustavo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p.338.

16 Sobre tratamento de dados dos consumidores e sua “pegada digital” vide SAMPAIO, Vinícius. *Proteção de Dados Pessoais*. Da privacidade ao interesse coletivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 54.

17 Para uma conceituação de quais dados seriam sensíveis vide PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de Dados Pessoais*. Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 26.

18 LONGHI, João Victor Rozatti & BECAK, Rubens. A democracia participativa e sua realização: Perspectiva histórica e prospecção futura. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 105, p. 185, 2010. MAGRANI, Eduardo. *Democracia Conectada*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. BRITO, Auriney & LONGHI, João Victor Rozatti. *Propaganda Eleitoral na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2014.

19 Entre os exemplos mais pujantes, destaca-se a Islândia, local em que a democracia participativa elaborou sua Constituição via internet, no ano recente de 2011: LIMA, José Antonio. *Na Islândia, a Constituição é feita pela Internet*. Disponível em <http://colunas.revistaepoca.globo.com/ofiltro/2011/06/09/na-islandia-a-constituicao-e-feita-pela-internet/>, acessado em 22.05.2015, às 11:01.

estudo tem como norte o perfil funcional-objetivo-institucional do estabelecimento comercial na Internet, e as consequências jurídicas advindas desta realidade pós-moderna.

Ao lado da necessidade de *atualização* normativa, também não se faz possível a importação dos velhos conceitos para vestir *novas realidades*²⁰, sob pena de destinar a categorização jurídica *contemporânea* ao anacronismo. Se é verdade que alguns bons conceitos jurídicos podem ter valor para muitas décadas após sua formação, a descontextualização e a ignorância da historicidade *originária* pode servir como ferramenta *claudicante* do jurista²¹. Entretanto, de uma forma ou de outra, não é possível realizar “gambiarra” ou corromper uma definição²².

Noutras palavras, o transporte de fórmulas caducas do direito tradicional²³ em nada auxilia à adequada compreensão jurígena do contexto internauta comercial. Como não se desconhece, os conceitos jurídicos não são (ou pelo menos não deveriam ser) frutos de *invenções arbitrárias*²⁴ e são incompatíveis com uma concepção de neutralidade/imparcialidade (visto que edificadas sob uma ou diversas ideologias²⁵), mas devem corresponder a *real dialética de um transcurso de experiências*²⁶. Ou seja, não há conceitos perenes²⁷, ou lógicas pressupostas e intra-

20 Vide a inteligente crítica (“muito vinho novo tem enchido os velhos odres do direito”) feita pelo jurista baiano em GOMES, Orlando. *A crise do direito*. Revista da Faculdade de Direito do Ceará, Fortaleza, v.6, 2ª fase, 1952, p.190.

21 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. XXXI.

22 “O poeta é o esposo da palavra. Não a compra nem a estupra. Ele a possui no amor e passa toda a vida a cuidar da intimidade do corpo e da inteligência da palavra” BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval Tributário*. 2ª Edição, São Paulo: LEJUS, 1999, p. 47. No mesmo sentido DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 29.

23 ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940, p. 11.

24 PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Coimbra: 1972, p. 41.

25 PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Coimbra: 1972, p. 62.

26 PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Coimbra: 1972, p. 52.

27 “E o exemplo mais célebre: a propriedade. Quem de nós pede licença para entrar em um supermercado, como pedimos licença para entrar na casa de

sistemáticas estáveis, metafísicas e ahistóricas²⁸, mas tais conceitos e lógicas devem ser dotados de coerência de formação e de desenvolvimento de determinada forma de pensar e classificar²⁹. Em suma, os conceitos são *instrumentais*³⁰.

Em geral, quando o desenvolvimento tecnológico altera o contexto social, é comum que os juristas apegados às categorias jurídicas edificadas sob outra realidade tentem “esticar” a conceituação do passado a novos fenômenos do presente. Segundo PAESANI³¹, a *Era dos computadores* despertou a *desconfiança* e a *defesa* dos profissionais do direito que, em resposta, se fecharam hermeticamente às inovações tecnológicas e à interação dos campos de conhecimento (jurídico-técnico informacional). *Verbi gratia* o estabelecimento comercial tradicional, com domicílio específico, poderia ser uma ferramenta para o emprego de medidas competitivas desleais em desfavor do titular do estabelecimento concorrente. Com as limitações físicas intrínsecas ao bairro, ao conjunto de bairros vicinais, ao município, ou quiçá ao Estado, a *azienda*³² tradicional não desafiava o emprego acrítico de categorias do direito econômico como “mercado relevante”, o aspecto territorial pertinente à apuração da eventual deslealdade competitiva. Por sua vez, o uso dos estabeleci-

alguém? Como foi que a “propriedade” converteu-se nisto que aí está? Como foi que o capital transformou-se em propriedade exatamente igual à propriedade privada dos bens de consumo? E como é que isto está sendo mudado? A história pode mostrar-nos que as coisas nem sempre foram assim: e já não são como dizem muitos” LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 4ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2012, p.6. No mesmo sentido ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A Teoria da Autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional. 2ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 27.

28 MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. *Usucapião de Coisa Incorporável: breves notas sobre um velho tema novo*. In TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 647.

29 PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Coimbra: 1972, p. 90.

30 BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 30.

31 PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.13.

32 Segundo o disposto no art. 2.555 do Código Civil Italiano: “L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa”.

mentos virtuais dificulta a delimitação de um dos três tradicionais requisitos de deflagração da concorrência desleal³³. Tal exemplo constitui apenas uma das hipóteses da revolução cibernética que a Internet proporcionou ao Direito Comercial.

Na presente tese se buscará demonstrar que algumas das, *então*, corretas premissas da ordem jurídica prévia (à Constituição de 1988, bem como) à Codificação Civil de 2002, encontram-se desatualizadas; e outras tantas foram concebidas em um ambiente do predomínio do comércio pessoal e tradicional, superado e complementado³⁴ pelo comércio eletrônico (ou telemático³⁵). O cuidado metodológico com a contextualização conceitual é necessário diante de um *nicho* rico de expressões advindas das lógicas técnicas como a informática; razão pela qual a realidade jurídica na Internet labora com enorme interdisciplinaridade.

2.2. O PERFIL INSTITUCIONAL DO ESTABELECIMENTO

COMERCIAL: EMPRESA, ESTABELECIMENTO E AVIAMENTO

O influente texto de Asquini³⁶, fncado na análise do perfil poliédrico dos significados oriundos do significante *empresa*, delineou e diferenciou suas facetas subjetivas/de titularidade, funcionais/de exercício, objetivas/patrimoniais, e institucionais/corporativas. A partir de tal esboço esquemático, o enfoque do presente trabalho foi realizado para com o perfil *patrimonial* da empresa, ou seja, o estabelecimento comercial exercido na Internet (com o uso dos nomes de domínio mediado pelos *programas de computador* denominados de *navegadores*, ou pelo *acesso direto via aplicativos*).

33 Permite-se remissão ao BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Curso de Concorrência Desleal*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024, p. 116.

34 Sobre a virtualidade tomando espaço da vida “real” vide BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Traduzido por Jesús Ernesto García Rodríguez. Madri: Editorial Trotta, 1996, p. 162.

35 LUCCA, Newton de. *Titulos e Contratos Eletrônicos: o advento da Informática e suas consequências para a pesquisa jurídica*. In: Org. LUCCA, Newton de. & SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet*. 2ª Edição, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

36 ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v.35, n. 104, p. 109-26. out/dez 1996.

Para tal rubrica classificatória, por oposição ao perfil *subjetivo*, o estabelecimento não deflagra pessoa jurídica³⁷, bem como importaria em acervo patrimonial *objetivo* do titular da empresa. Há na doutrina³⁸ portuguesa, aliás, quem, de modo holístico, conceitue o estabelecimento como *empresa* despida do elemento humano e de sua direção. Ao contrário do enfoque “separatista” de boa parte da doutrina, um importante jurista³⁹ da Universidade de Coimbra propugnava ser saudável a sinonímia do emprego da palavra “empresa” para designar seu perfil subjetivo ou objetivo, tendo em vista que fora das preocupações puramente teóricas, não é possível cindir uma faceta da outra. O termo “empresa”, portanto, seria de um conceito *gelatinoso*⁴⁰. Logo, a *empresa* seria o todo, e, sem tal noção *universalista* dos contextos, qualquer análise comercial torna-se bitolada.

Sem discordar de tal enveredamento doutrinário, de fato a abordagem propedêutica desaconselha o uso de idêntico significante para destacar óticas diversas de uma *mesma atividade*⁴¹, de modo que é vantajoso o endosso da classificação *seccionária* promovida pela doutrina nacional. Nos termos da boa doutrina italiana⁴², é a *precisão das palavras*, a *garantia do desenvolvimento* da prudência que é o núcleo do direito. A *azienda* e a *empresa* são expressões distintas da atividade empresarial, restando à derradeira em um círculo concêntrico maior, do qual é integrante o círculo-menor, mas central, que é o estabelecimento⁴³. Portanto, na presente tese não se empregará a palavra “empresa” para

37 FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial*. Trespasse e Efeitos Obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23.

38 CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 329.

39 CARVALHO, Orlando de. *Direito das Empresas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012, p. 265.

40 BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 302.

41 Tal sinonímia não é empregada, apenas, pelos portugueses, a própria doutrina italiana por vezes utiliza a expressão *azienda* para designar o perfil subjetivo e o perfil objetivo da empresa.

42 CARNELUTTI, Francesco. *Usucapión de La Propiedad Industrial*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1945, p. 65.

43 VIANNA, Bomfim. *Perfil Analítico-Comparativo do Estabelecimento*. São Paulo: RT, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 30, Ano XVII, 1978, p. 71.

designar o perfil objetivo do sujeito de direito, sendo utilizadas as expressões “estabelecimento”, “azienda” e “fundo de comércio”⁴⁴ para tal mister. Por sinal, um *sujeito* de direito pode em sua atividade empresarial titularizar *estabelecimentos* distintos, realizando a *unidade da empresa* e a *pluralidade das aziende*⁴⁵. Pode-se, portanto, anuir com a perspectiva de que o estabelecimento é a *organização em si* dos elementos que o compõem, funcional e finalisticamente destinados à produção, uma *unidade de fim*⁴⁶. Deste modo, é o escopo produtivo e o liame funcional dos bens *organizados* que resulta do estabelecimento⁴⁷; visto que a aglutinação *sem nexa de funcionalidade* integra o patrimônio do titular “aziendal”, mas não compõe a última.

Não obstante, um dos pontos mais polêmicos acerca do conteúdo jurídico do estabelecimento comercial versa sobre a delimitação técnica do que seja *aviamento*. Endossando o conceito “ascarrelliano”⁴⁸, pode-se ratificar a perspectiva do aviamento como o foco jurígeno que percebe a *probabilidade*⁴⁹ de *ganho futuro*⁵⁰, de *lucro*, do *feixe de direito na prática efetiva do estabelecimento*. Ou ainda, o aviamento pode ser qualificado economicamente como a eficiência⁵¹ do estabelecimento do

44 BARRETO FILHO, Oscar. *O Fundo de Comércio nas Desapropriações*. São Paulo: Saraiva, 1959, p.12.

45 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil – Sexto Volume. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 27.

46 CORREIA, António Ferrer. *Reivindicação do Estabelecimento Comercial como Unidade Jurídica*. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1962, p. 8.

47 NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. *Código Civil Comentado*. 11ª Edição, São Paulo: RT, 2014, p. 1390.

48 ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960, p. 40.

49 Muitos doutrinadores utilizam o termo “capacidade” em substituição a “probabilidade”: FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Estabelecimento Empresarial, Trespasse e suas Consequências*. In Org. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Direito Empresarial – Os novos Enunciados da Justiça Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.149.

50 AULETTA, Giuseppe. & SALANITRO, Niccolò. *Diritto Commerciale*. 19ª Edição, Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 36.

51 “Como um bem de uso, o aviamento representa a capacidade de entrar em um mercado, nele manter-se ou mesmo de adiantar-se à concorrência, captando maior clientela do que seria a probabilidade estatística de um empresário sem clientela” BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 197.

ponto de vista de sua *produção*⁵². Tal conceito é complementado pela análise de Barreto Filho, que cristaliza o aviamento como *conjunto de variados fatores que afetam, concretamente, a aptidão de produção de lucros do estabelecimento*⁵³.

Ou seja, como a percepção econômica *positiva* de uma empresa depende de uma diversidade de fatores tais como concorrência⁵⁴, público-alvo, tradição, consumidores em potencial, qualidade do produto, habilidade de vendas, publicidade⁵⁵ etc., a proteção ao aviamento não resulta em um direito de exclusividade⁵⁶ sobre sua base predominante que é a clientela. Sendo os consumidores *sujeitos de direito* e, em geral, pessoas físicas, não há como falar em nexo de pertencimento entre *sujeito de direito empresário* e público-alvo⁵⁷. E será a *cambialidade* de tais *fatores* que caracterizará o aviamento como qualidade⁵⁸ pendular, em um movimento sistólico e diastólico, ora em expansão ora em retração.

Ademais, não se haveria que falar de concorrência desleal como instrumento de proteção imediata da *clientela*, visto que a tutela obrigacional recai sobre o *meio abusivo de desvio* da essência do fundo de co-

52 Registre-se que a tradução lusitana do clássico italiano utiliza a expressão reputação para adaptar o conceito de aviamento, mas não há que se concordar com tal “permuta” linguística. Vide ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. Traduzido por Cabral de Moncada. São Paulo: Editora Saraiva, 1934, p. 267.

53 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 169.

54 “É bastante que o lucro de cada empresa, como vimos, seja incessantemente ameaçado pela competição real ou potencial de novas mercadorias e novos métodos de produção, o que o converterá em prejuízo, no decorrer do tempo” SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 45.

55 VIVANTE, Cesar. *Tratado de Derecho Mercantil*. Vol. 3. Traduzido por Miguel Cabeza Y Anido. Madrid: Editorial Reus, 1936, p. 2

56 Em sentido diverso: BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela*. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. 31.

57 TOKARS, Fábio Leandro. *Estabelecimento Empresarial*. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 30.

58 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito Empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 138.

mércio, mas não sobre a apropriação dos consumidores em si⁵⁹. Noutras palavras, é perfeitamente lícito (e conforme o sistema jurídico) que um agente econômico conquiste os *destinatários* de seu concorrente⁶⁰, em um Estado de Direito que positive a *livre iniciativa e concorrência*⁶¹, desde que assim o faça, exemplificativamente, por questões vinculadas (i) à maior eficiência de seus produtos, (ii) ao preço mais em conta (sem que isso importe em *dumping* ou valores *predatórios*), (iii) à estética⁶² ou à ornamentalidade mais atrativa, (iv) ao fato de oferecer maior período de garantia do bem alienado; (v) à prestação de serviço pós-venda de maior confiabilidade; (vi) à maior celeridade de entrega a domicílio; (vii) ao fato de titularizar e empregar signo distintivo de reputação mais sedutora, dentre outros. Noutros termos, a concorrência é leal quando se *vence o oponente* pelas próprias forças⁶³, pelo mérito, ou até por fatores aleatórios, mas nunca por “arapucas”.

De outra monta, releva ressaltar que o aviamento (e a clientela⁶⁴) não é um elemento⁶⁵ necessário do estabelecimento comercial, visto que este pode, inclusive, ser deficitário, mas sim um atributo⁶⁶, uma qualidade⁶⁷

- 59 ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. Editore Dott A. Giuffré, Milano, 1960, p. 182.
- 60 Inclusive levando-o a bancarrota.
- 61 ROUBIER, Paul. *Le Droit de La Propriété Industrielle*. Vol I, Paris: Recueil Sirey, 1952, p. 10.
- 62 Sobre o sentimento estético que atraiu e desenvolveu a humanidade vide SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no design*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.
- 63 CARNELUTTI, Francesco. *Usucapión de La Propiedad Industrial*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1945, p. 40.
- 64 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 182.
- 65 Em sentido contrário: CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 330; TOURINHO, José Basto. *Fundo de Comércio*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1954, p. 58; MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 22ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 471.
- 66 FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial*. Trespasse e Efeitos Obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34; FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1022.
- 67 BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário Individual de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 105; CORREIA, António Ferrer. *Reivindicação do Estabelecimento Comercial como Unidade Jurídica*. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1962, p. 17; TEPEDINO, Gustavo. & BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. & MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 363.

de tal *instrumento mercantil*. Coteje-se a hipótese do *neo* agente econômico que está às vésperas de inaugurar sua primeira atividade econômica organizada com fito lucrativo na seara gastronômica. Ele pode (a) ter o estabelecimento comercial *tradicional* devidamente decorado, (b) ter realizado o contrato de locação do bem imóvel em um bom ponto da cidade, (c) ter contratado os empregados para atender o público alvo, (d) ter elegido e protegido os signos distintivos com os quais ele identificará o sujeito de direito (empresa/empresário), bem como os produtos/serviços, (e) ter adquirido os insumos para o preparo dos alimentos no restaurante; mas, até o momento em que ele realiza a *estreia* da abertura da casa aos consumidores, não há que se falar em aviamento. Ou seja, o estabelecimento já existe, a empresa já iniciou suas atividades *internas*, e, só terá aviamento mensurável após razoável hiato temporal para que ocupe sua posição no nicho.

As escolhas empregadas pelo agente econômico no estabelecimento comercial podem ter sido as melhores, o menu edificado com base nas receitas mais deliciosas e leves, o ponto ter sido perfeito para atender ao grande público que labora nas cercanias; e, ainda assim a receita oriunda do público consumidor ser insuficiente a manter os custos fixos e variáveis da sociedade empresária. Elementos externos certamente impactarão no bojo quantitativo e qualitativo do *aviamento*, visto que o último não cuida de *substrato* ao perfeito controle do sujeito de direito. O empresário exerce *influencia* sobre a captação de atenção⁶⁸ e dos capitais do destinatário, mas jamais muito mais do que isso.

Tal hipótese denota o caráter do aviamento como *qualidade*, e não *elemento* intrínseco-necessário da *azienda*. Por sinal, quanto maior for a simbiose dos elementos do estabelecimento, bem como sua repercussão favorável perante o público-alvo, maior tende a ser o valor do aviamento.

68 Sobre o mercado da atenção na internet e a capacidade de manutenção do engajamento do consumidor como ativo intangível fundamental ao e-stabelecimento, mais especificamente as redes sociais, vide LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade Civil e Redes Sociais*. Retirada de Conteúdo, Perfis Falsos, Discurso de Ódio e Fake News. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 149

Por sua vez, há quem⁶⁹ enxergue no *aviamento* um conjunto que congloba a *accorsatura* (capitais, mercadorias, máquinas, pessoal), o crédito da casa e sua clientela. Entretanto, tal ótica é demasiadamente abrangente e, quiçá, equívoca, visto que – *exempli gratia* – um trespasse não garante a *clientela*, *per se*, ao adquirente. Contemple-se o caso em que o destinatário do *trespasse* altere, exatamente, as características do estabelecimento que resultaram na captação de generosa clientela. Com o passar do tempo o novo titular afastará os consumidores então fiéis da *azienda*, posto que sua *lealdade* era *acorde a determinado contexto*. Ou seja, se é nítida a relação de causa e efeito entre *clientela* e *aviamento*, um enfrentamento delas enquanto *espécie/elemento* e *gênero/origem* é deveras enganosa. Deste modo, precisa é a posição da doutrina que cataloga o *aviamento* como *resultado dos fatores de produção*, e que é, corriqueiramente, reconhecido na clientela⁷⁰. Ou seja, um estabelecimento que goze de valioso *aviamento* certamente contará com expressiva quantidade⁷¹ e qualidade de consumidores; mas, de outra monta, é possível que outro estabelecimento goze do mesmo conteúdo quantitativo e qualitativo de clientes, mas, pela má-administração e custos – desnecessariamente altos –, tenha um *aviamento* comparativamente irrelevante.

Por sinal, o *aviamento* (a mais valia, o sobrevalor) é advindo dos efeitos positivos derivados de determinada organização⁷² de bens, capital, e labuta, não importando em atributo da faceta *subjéctiva* da empresa.

Decerto que uma sociedade empresária pode titularizar diversos⁷³ estabelecimentos físicos (*verbi gratia*), alguns alocados em “pontos no-

69 BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela*. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. 92.

70 SILVEIRA, Newton. *Concorrência desleal e propriedade imaterial*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, março de 1975, p. 140.

71 A não ser em uma situação de monopsômico ou oligopsômico, em que a concentração do interlocutor é balanceada pelo seu poder de aquisição.

72 Sobre a situação jurídica complementar de sujeito e objeto da atividade *empresarial* vide BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13ª Edição revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.15.

73 MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. 7ª Edição, São Paulo: Atlas, 2013, p. 251.

bres”, e outros sediados em localidades mais ermas, e, cada *azienda* disponha de aviamentos muito distintos. Tal ilustração pode ser estendida aos estabelecimentos comerciais na Internet: um determinado sítio com um nome de domínio (*rectius*, direção eletrônica alfanumérica de seleção de seu titular⁷⁴) de *suave* memorização, em um *domínio* tradicional (a exemplo do internacional “.com”, de extensão para fins comerciais), dotado de um sistema de programas de computador⁷⁵ de fácil utência ao consumidor, gerará, decerto, um público e um lucro maior do que outra *azienda virtual* com características díspares, ainda que ambas sejam de propriedade do mesmo titular. Ainda, o titular de um estabelecimento comercial cibernético disponibilizado por um aplicativo que funciona sempre, que não exige constante atualização ou ocupa espaço substantivo no *hardware*, de fácil manuseio provavelmente disporá de aviamen- to melhor que seu congênere que tenha em seu aplicativo características antônimas ao primeiro.

Ressalte-se que a expressão “virtual”, diversas vezes reiteradas neste ensaio, é empregada no sentido técnico (e não no sentido antagonista ao conceito do que seja *real*), correspondendo à *realidade* sem territórios, que existe sem estar presente, sem limitações físicas comuns, e sem estar vinculada a uma origem específica⁷⁶. Ou seja, a fluidez, o chamado “ambiente amigável” ao usuário, a celeridade de funcionamento dos aplicativos ou da navegação, e a dinamicidade de atualização do conteúdo são

74 GONÇALVES, Luís Couto. *Sociedade da Informação e Direito Industrial*. APDI, Associação Portuguesa de Direito Intelectual. *Direito Industrial*. Vol. VI, Coimbra: Almedina, 2009, p. 300.

75 “Atualmente o software é entendido como o programa de computador, ou escrito destinado a processamento de dados, compreendendo todo o conjunto de instruções para o processamento, produção e interpretação e transferência de texto, manuais codificações, dentre outros. As unidades físicas que compõem o computador são denominadas de hardware, a exemplo do disquete, chip, teclado, CPU, monitor, e demais elementos mecânicos elétricos ou eletrônicos, e que necessitam do software para ganhar funcionalidade e utilidade” WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 70. Nas palavras do Supremo, “é uma linguagem matemática binária que compõe os programas de software” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Min. Nelson Jobim, voto vista na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.945/MT, DJ 14.03.2011.

76 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 49.

algumas das peculiaridades que impactarão no chamado aviamento digital⁷⁷. Como bem denota parte da doutrina⁷⁸, o magnetismo em manter a atenção do consumidor e seu tempo nas redes sociais, influi nos montantes obtidos a título de patrocínio de terceiros – anunciantes.

Deste modo, não é o sujeito de direito (empresário/empresa) que está no “polo ativo” do *aviamento*, mas o perfil objetivo empresarial *per se*⁷⁹. Por sua vez, a doutrina subdivide o aviamento em seus elementos subjetivos e objetivos.

No tocante ao aviamento objetivo ou “local goodwill”, ou “achalandage⁸⁰”, um bom exemplo seria o de uma sociedade que explora o ramo dos banheiros em rodoviárias. Em que pese tais estabelecimentos sejam conhecidos por características extremamente negativas, nenhum usuário de tais recintos elege a prestação dos serviços pelas idiossincrasias pessoais de quem empresaria no nicho, nem deixará de realizar tal contrato de consumo se houver uma sucessão societária ou trespasse.

Contrata-se, exclusiva e especificamente em razão do *ponto estratégico* em que o estabelecimento comercial está alocado, bem como pela costumeira ausência de concorrência⁸¹. Deste modo, tal modalidade de aviamento é aquela que resulta em menor ou irrisória alteração econômica do *estabelecimento* em eventual alteração no polo *subjetivo* do perfil empresarial. Tal idêntico raciocínio se espelha nos estabelecimentos comerciais na Internet, em especial nos *grandes portais* de conteúdo

-
- 77 RIDOLFO, José Olinto de Toledo. *Aspectos da Valoração do Estabelecimento Comercial de Empresas da Nova Economia*. In Org. LUCCA, Newton de. & SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet*. 2ª Edição, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 302. No mesmo sentido acerca da eficiência operacional nos *pontos virtuais*, vide BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Do Estabelecimento*. In Org. PELUSO, Cezar. *Código civil comentado*. São Paulo: Manole, 4ª Edição, 2010, p. 1100. Nos capítulos ulteriores, tal será melhor explanado.
- 78 QUINELATO, Pietra Daneluzzi. *Preços Personalizados à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados*. Viabilidade e Juridicidade. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 55.
- 79 FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial*. Trespasse e Efeitos Obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.
- 80 BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela*. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. 117.
- 81 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 175.

que dispõem de enorme público cativo. É muito comum que sociedades empresárias façam contratos de locação de espaços publicitário em tais *sites*⁸² e aplicativos, de modo a expandir a cognição de seus produtos e serviços pelos consumidores do titular do sítio cibernético contratado. *Verbi gratia*, o estabelecimento virtual www.youtube.com, quando de sua *fundação* (em 2005), disponibilizava, prontamente, vasto conteúdo audiovisual com o qual conquistou gigantesco público consumidor que ultrapassa um bilhão⁸³ de pessoas. Nos tempos hodiernos, antes de acessar qualquer conteúdo de entretenimento o consumidor é “*obrigado a assistir*”⁸⁴ a teores publicitários de outros sujeitos de direito – por no mínimo cinco segundos. Em tal contexto, quanto mais valioso (maior número de acessos⁸⁵) for o *ponto* (*site* de conteúdo), mais cara e possivelmente mais abrangente será o empenho publicitário⁸⁶.

De outra monta, o “*personal goodwill*”⁸⁷ é característico de estabelecimentos que têm em seu *empresário*, peculiarmente um ponto alto da atividade mercantil. Uma hipótese de sua ocorrência pode ser nominada em restaurantes de *haute cuisine*, que têm sua reputação edificada pelo

82 “SITE – Um conjunto de páginas da Web que façam parte de um mesmo URL ou “endereço”. A ideia de *site* está relacionada à ideia de “local”, o que na verdade é um tópico complexo em se tratando de um espaço virtual criado por uma rede distribuída que lida com hiperdocumentos. Creio que a maneira mais simples de entender “*site*” é pensar que um *site* corresponde a um hiperdocumento, com todas suas imagens, vínculos e referências, mesmo que esse hiperdocumento possa ter, potencialmente, o tamanho e a complexidade de uma grande enciclopédia” LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 268.

83 Disponível em: <<https://www.youtube.com/yt/about/pt-BR/>>, acessado em 30.12.2014, às 16:19.

84 O titular do estabelecimento passou a fazer uso da tecnologia para, *coercitivamente*, fazer com que os interessados sejam submetidos aos *reclames diversos* de seus patrocinadores. Ou seja, maximizou o interesse daqueles que adimplem com capital a divulgação em seu sítio, e, portanto, também sobrevalorizou a publicidade em sua *praça cibernética*.

85 SUNSTEIN, Cass Robert. *Republic.com2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 207.

86 VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything*. (And Why We Should Worry). Los Angeles: University Of California Press, 2012, p.19.

87 BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela*. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. 241.

labor talentoso⁸⁸ de um determinado *chef*. Acaso o proprietário da empresa alimentícia sofra com a descontinuidade da relação laboral com o profissional renomado, é provável que as perspectivas de lucros futuros serão reduzidas. Já no ambiente virtual, o *goodwill* pessoal é comum nos blogs⁸⁹ de especialistas (críticos gastronômicos, de moda, *connoisseurs* de política), que contam com sua reputação *personalíssima* para catalisar e manter fiel seus consumidores/destinatários na frequência de acesso dos *sites*. Neste ambiente, ainda que um grande portal de conteúdo *inaugure* uma seção específica sobre “moda”, “comida”, ou política, afora seus outros atributos mais tradicionais, pode-se esperar um menor interesse pelos consumidores interessados em tais ramos, se o sujeito de direito não contar com um profissional *renomado* para editar tal conteúdo⁹⁰.

Se é inegável que boa e vasta reputação costuma tomar muitos anos para ser edificada, a infâmia é fenômeno que pode ocorrer celeremente, mesmo em desconstrução às décadas de cândida imagem pública.

Destarte, tal repartição de aviamentos (subjetiva/objetiva) é melhor encarada sob a hipótese de prestação de serviços ou bens que tenham – ou não – um caráter *personalíssimo* para com o sujeito da empresa. Noutras palavras: quando se está diante de um bem jurídico que só é consumido/contratado pelas características pessoais de quem exerce o comércio, estar-se-ia diante do que se denomina de *goodwill* subjetivo.

Averbe-se, contudo, que o estabelecimento comercial na Internet (afora a hipótese dos blogs supracitada) é menos afeito à hipótese do aviamento subjetivo, visto que a *virtualidade* é um modo de despersonalização do liame entre *consumidor* e prestador de serviços. Aliás, a pós-

88 Sobre a atração de público (na internet) via virtude infungível e personalíssima, vide BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006, p. 52.

89 SUNSTEIN, Cass Robert. *Republic.com2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 145.

90 *Verbi gratia* o portal Uol, no nome de domínio <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/>, contratou um eloquente professor doutor da PUC-SP para realizar críticas políticas. Seu sucesso perante o público específico do consumo de dados políticos transborda para as outras seções do estabelecimento *mainframe* www.uol.com.br.

-modernidade influenciou as relações contratuais comerciais⁹¹, civis e consumeristas, à objetivação, à padronização e à mercadorização. Note-se que tal assertiva é válida mesmo para quem é cliente, especificamente, de apenas uma única empresa. *Verbi gratia*⁹², delineie-se uma determinada companhia aérea que (i) realize voos comerciais e (ii) venda suas passagens aéreas diretamente em seu estabelecimento comercial *online*. Preambularmente é óbvio que se não houver a terceirização da primeira atividade, apenas esta poderá realizar o transporte aéreo. Entretanto, quanto à atividade da venda das passagens aéreas, mesmo para aquele determinado consumidor *fidelizado*, este pode utilizar outros *sites* – intermediários – para realizar a pesquisa comparativa⁹³ de preços, as opções de datas e horários, e a aquisição do serviço. Se de um lado é inegável que a prestadora de serviços – final – lucrará com a venda da passagem aérea, por certo que repartirá parcela de sua receita com o *intermediário*, bem como não disporá de um *monopólio* de interação com seu consumidor para com o seu estabelecimento comercial na Internet.

Ademais, em geral, nestas espécies de estabelecimento comercial, o adquirente está voltado ao resultado (serviço ou produto *per se*) perquirido do negócio jurídico, aos signos distintivos bem reputados que distinguem o conteúdo do bem contratado, e menos focado em quem o exerce⁹⁴.

Saliente-se, entretanto, uma nova perspectiva da relação com o consumidor, de parte do titular do estabelecimento comercial na Internet, e seu aviamento. Em uma azienda, cibernética como o Google (que oferta serviços – ao consumidor – de busca, e-mail, armazenamento etc.; e ao comerciante de publicidade não orgânica), o último faz corrente uso

91 VERÇOSA, Haroldo M. D. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. Ed. Quartier Latin; São Paulo, 2010, p. 27 – 28.

92 Exemplificativamente, um consumidor pode adquirir passagens aéreas nos *site* www.tam.com.br; www.voegol.com.br; www.voeazul.com.br; ou realizar uma pesquisa conglobante e adquirir as mesmas passagens no *sítio* www.decolar.com.

93 Sobre os chamados *sites de comparação* vide BRASIL, Marco Aurélio. *Breve Estudo da Taxonomia do E-commerce Brasileiro à Luz do Marco Civil da Internet*. In ARTESE, Gustavo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p.343.

94 Neste quadrante, desde que atendidos os escopos contratuais, não importará ao *homem médio* se a interface negocial será feita com um ser humano ou com um computador.

dos dados⁹⁵ sensíveis de seus utentes como *riqueza* mercantil. Como não se desconhece, a grande lucratividade de tal agente econômico vem de sua proposta publicitária, e sua enorme eficiência – em saber as predileções⁹⁶ de cada um – gera uma gigantesca receita na alienação de tais dados aos patrocinadores⁹⁷. A publicidade via e-stabelecimento é eficiente visto que com os dados pessoais do utente, é possível fazê-las “sob medida”⁹⁸ do interessado. Ou seja, a evanescência das relações cibernéticas permite afirmar que os utentes do sítio virtual são, simultaneamente, consumidores e os “insumos”⁹⁹ da Google. Nesta lente, o aviamento tem como um de seus elementos o *consumidor*, ou melhor, os dados sobre o consumidor. Para o desenvolvimento de suas técnicas de colheita de dados, o largo escaneamento de obras permitiu que desenvolvesse seus algoritmos¹⁰⁰ para a leitura de semiótica avançada, podendo, inclusive, compreender padrões de linguagem e prever o que o usuário espera nas suas buscas¹⁰¹.

-
- 95 “A integração de nossas informações pessoais – rebatizada pelos marqueteiros da mídia social como nosso “gráfico social” – no conteúdo on-line é o principal motor da inovação da internet na era da Web 3.0 de Reid Hoffman. Ao permitir que nossos milhares de “amigos” saibam o que fazemos, pensamos, lemos, vemos e compramos, os produtos e serviços da web fortalecem nossa era hipervisível de grande exibicionismo. Assim, não espanta que o Fórum Econômico Mundial descreva as informações pessoais como uma “nova classe de ativos” da economia global” KEEN, Andrew. *#vertigemdigital. Por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando*. Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 41.
- 96 Sobre a eficiência da “publicidade personalizada” vide TIGRE, Paulo Bastos. *Plataformas Tecnológicas e a Economia do Compartilhamento*. TIGRE, Paulo Bastos & PINHEIRO, Alessandro Maia. *Inovação em Serviços na Economia do Compartilhamento*. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 38.
- 97 VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything. (And Why We Should Worry)*. Los Angeles: University Of California Press, 2012, p. 3.
- 98 Acerca da publicidade direcionada vide: O’ NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction*. Nova Iorque: Broadway Books, 2016, p. 69. Agradeço a indicação bibliográfica – e o presente do exemplar – da Profa. Beatriz Beserra.
- 99 Denominando o consumidor de “produto” das redes sociais: KEEN, Andrew. *#vertigemdigital. Por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando*. Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 88.
- 100 Sobre os algoritmos que geram lucrativos modelos de negócio por filtragem, perfilamento e outras técnicas vide MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e Robôs. Ética e Privacidade na era da Hiperconectividade*. Porto Alegre: Arquipélago, 2019, p. 157.
- 101 VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything. (And Why We Should Worry)*. Los Angeles: University Of California Press, 2012, p. 23.

Nos últimos anos, por sinal, farmácias, supermercados e até restaurantes desenvolveram aplicativos em que os dados pessoais dos consumidores são tratados como *contrapartida* para descontos¹⁰². Em alguns casos, quantos mais detalhes da vida pessoal – dados sensíveis – são fornecidos, menor seriam os preços praticados pelo alienante pela elevação de descontos. Ou seja, os estabelecimentos comerciais na internet têm sido arquitetados para absorver bem mais do que o capital monetário dos consumidores¹⁰³. Pior, mesmo àqueles que decidirem ser egressos de redes sociais, nada lhes garante que seus dados serão “esquecidos” pelo titular-recipientes, o titular do e-stabelecimento¹⁰⁴.

2.3. OS ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO

A doutrina enumera que entre os elementos integrantes do acervo patrimonial ativo do estabelecimento podem ser encontrados: (i) os bens corpóreos (tecnicamente chamados de *coisas*¹⁰⁵) e (ii) os bens incorpóreos¹⁰⁶. Ao contrário do paradigma econômico-jurídico do século passado, nos tempos hodiernos é preciso afirmar que os *bens incorpóreos* sempre se farão presentes¹⁰⁷, e são, outrossim, uma constante; enquan-

102 Sobre a relevância dos dados pessoais e de sua titularidade pelas pessoas físicas vide MAIA, Roberta Mauro Medina. *A Natureza Jurídica da Titularidade dos Dados Pessoais*. In: Org. MULLHOLLAND, Caitlin. *A LGPD e o Novo Marco Normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020, p. 179.

103 Agradeço à Professora Mestra Amanda Albano pela sugestão do exemplo.

104 BRANCO, Sérgio. *Memória e Esquecimento na Internet*. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 141.

105 CARNELUTTI, Francesco. *Usucapión de La Propiedad Industrial*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1945, p. 36.

106 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito Comercial*. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 330. Sobre a qualificação dicotômica corpóreo-incorpóreo vide BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 173.

107 Neste sentido vide a palestra proferida por ministro do Superior Tribunal de Justiça na 1ª Jornada de Direito Empresarial realizada pelo Conselho da Justiça Federal: “O velho estabelecimento comercial, de onde tudo começava, ficou deslocado mais para frente. Esse estabelecimento comercial é algo impensável para os grandes comercialistas que construíram o Direito Comercial. Basta imaginarmos que o estabelecimento comercial é composto, hoje em dia, por uma larga parcela de propriedade imaterial, que vale muito mais do que os bens materiais a comporem o ativo patrimonial do estabelecimento comercial. Quanto vale uma marca importante? Quanto valem os contratos que essa marca apresenta

to os *bens corpóreos* importarão em uma mera variável do *estabelecimento comercial*, e na maioria delas sem a característica de primazia.

Menezes Cordeiro, nesta toada, aponta que o costume de certos comercialistas em limitarem os elementos do estabelecimento à parcela *material* das titularidades, resulta em uma *falsa realidade da azienda*¹⁰⁸; visto que é a combinação de tais fatores (incluindo os evanescentes) que gera a *aptidão de produção dos lucros*. Aliás, conforme se defende neste livro, os ativos intangíveis perpassaram a relevância econômica de qualquer elemento físico que – eventualmente – participe do acervo de bens do estabelecimento. Por sinal a evolução da *cibercultura* tem dado conta de formas alternativas de uso de capital, inclusive com as invenções de *moedas próprias*¹⁰⁹.

Se não é possível fazer uma listagem exaustiva sobre quais bens compõem, imperativamente, um *mínimo existencial* do estabelecimento físico, é corriqueira a enumeração: (a) do imóvel (seja próprio, locado, ou sujeito à usufruto), das mercadorias, das prateleiras, vitrines, da decoração, da estrutura de instalação (a espinha dorsal do recinto mercantil), enquanto exemplos dos bens corpóreos; e (b) dos signos distintivos, do

no mundo da publicidade? Ao passo que o estabelecimento físico, por outro lado, tornou-se também, muitas vezes, imaterial e na nuvem. É, como se diz nos termos da comunicação informática, um pequeno estabelecimento na nuvem. É, como se diz nos termos da comunicação informática, um pequeno estabelecimento de comércio a serem interpretados pelo Direito Comercial”, BENETI, Sidnei. *O Direito Comercial na Jurisprudência do STJ in BRASIL*, Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Comercial*. Brasília: Justiça Federal, 2013, p. 12 e 13.

108 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito Comercial*. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 332.

109 Sem qualquer pretensão de enfrentar as complexidades havidas acerca da licitude do tráfego nacional de moedas alternativas, o que pode conflitar com a *ratio* do art. 318 do Código Civil (“Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”), registre-se a expansão do *dinheiro eletrônico* que compõe o *bitcoin*. Tal moeda não é de criação estatal, não tem existência ou repercussão física (afora os bits que ocupa), e pode ser adquirida no *site* <https://www.mercadobitcoin.com.br/>, acessado em 06.03.2024, às 20:53. Também aqui não se pretende esmiuçar as contendas versando sobre o uso de tal sistema para a possível lavagem de capitais: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/04/1440697-operador-de-cambio-de-bitcoin-e-indiciado-por-lavagem-de-dinheiro.shtml>, acessado em 06.03.2024, às 20:54. O relevante é que a realidade virtual também revoluciona o uso tradicional da moeda, tal como desafia a manutenção dos conceitos de direito comercial.

know-how, a reputação¹¹⁰, os direitos¹¹¹ de ação (como a renovatória), as posições contratuais¹¹², e dos créditos¹¹³, como a enumeração não taxativa dos bens incorpóreos. Há quem enxergue o poder de controle de uma sociedade, na realidade pós-moderna de separação entre *titularidade* e *controle*, como bem imaterial partícipe do estabelecimento empresarial; resultando na institucionalização do *poder*¹¹⁴ das macroempresas. Ou seja, para tal parcela doutrinária, a *mais-valia* paga para o bloco de controle tem como pertinente a potência decisória sobre como se opera a *organização do estabelecimento*. Sem que se possa subscrever a íntegra da teoria, que endossa a visão *corporativista* do poder de controle é lícito consignar que o ordenamento jurídico nacional não designa a partilha dessa mais-valia, mas outorga a oferta pública de ações (sem tal poder) de, no mínimo, 80%¹¹⁵ do montante pago àquelas.

Note-se que o malfadado anteprojeto de Código Comercial, PL 1.572/2011 (ora arquivado), prescreve que a alienação do estabelecimento comercial englobaria, inclusive, o nome de empresa do alienante¹¹⁶; bem

110 “Reputação não é clientela; esta pode emanar daquela’, com ela não se confunde. Reputação é o crédito ou renome que gozam os produtos no mercado” BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela*. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. XIX.

111 Sobre os Direitos em si serem incorpóreos CANDIDO, Austréia Magalhães. *Da Pessoa Jurídica no Direito Romano*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito, USP. Vol. 105: São Paulo, 2010, p.1029.

112 CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 335. Entretanto, pode-se questionar se um *objeto de direito* pode na *posição contratual* um de seus elementos, eis que apenas *partes* podem participar de contratos.

113 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 154.

114 MAGALHÃES, José Carlos de. *O Poder de Controle como Bem Imaterial do Estabelecimento Comercial*. São Paulo: RT, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Ano XX, número 42, Abril-Junho, 1981, p. 62.

115 Lei 6.404/76: Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

116 Art. 47. O nome empresarial de empresário individual não pode ser objeto de alienação, mas o adquirente de estabelecimento de empresário individual, por ato entre vivos, se também for empresário individual, pode, em o permitindo o

como averba haver ilícito na utilização de qualquer *elemento imaterial* do estabelecimento de concorrente¹¹⁷, o que apenas confirma sua qualidade de *universalidade* de dúplice abrangência: bens físicos e intangíveis.

Com relação ao estabelecimento comercial na Internet, os principais elementos constituem os programas de computador¹¹⁸ adotados no *site* ou pelo *aplicativo*, bem como os signos distintivos, sejam eles registráveis (marca, nome de empresa¹¹⁹ e nome de domínio¹²⁰) ou não (“trade dress”¹²¹). Não obstante, muitos estabelecimentos comerciais na Internet também fazem uso de música, cuja execução inicia com a *abertura da home-page* ou com o funcionamento do *aplicativo*. Se em alguns casos tais componentes sensoriais¹²² cuidam, especificamente, de “jingles” ressaltando as

contrato, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de “sucessor”.

117 Art. 94. São exemplos de parasitismo: II – a utilização de qualquer elemento de estabelecimento empresarial de outro empresário, concorrente ou não, especialmente os intangíveis, que possibilite a vantagem indevida de não ter que realizar determinado investimento na própria empresa.

118 No tocante aos elementos do estabelecimento no ambiente pós-moderno vide LACERDA, Maurício Andere von Bruck. *O Contrato de Locação Comercial no âmbito da Transferência do Estabelecimento*. In Org. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Direito Empresarial – Os novos Enunciados da Justiça Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 241.

119 “De acordo com essas noções, é fácil reconhecer a diferença entre a função distintiva peculiar a cada um desses três importantes elementos do estabelecimento comercial ou industrial, diferença que se pode precisar do seguinte modo: o *nome comercial* individualiza o comerciante ou industrial, pessoa física ou jurídica; a *insígnia* indica o estabelecimento comercial ou industrial; a *marca de fábrica ou de comércio* assinala os produtos e mercadorias” CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Volume I – Da propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. 3ª Edição, atualizada por Denis Borges Barbosa e Newton Silveira, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 269.

120 Entende-se que o nome de domínio é um sinal distintivo objeto de eventual direito de propriedade. No mesmo sentido é a doutrina peruana e chilena: SANTIAGO, Mónica Lastiri. *La Comercialización del Nombre de Dominio*. Régimen jurídico. Madri: Marcial Pons, 2014, p. 216.

121 “O conceito de “Trade Dress” guarda origem no direito norte-americano e faz referência à forma pela qual um produto ou um estabelecimento assume uma roupagem de forma a diferenciá-lo de seus concorrentes, por intermédio de sinais que lhes são característicos, os quais, formando uma identidade visual se agregam ao ativo empresarial intangível (Goodwill)” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 8ª Câmara Cível, Des. Monica Maria Costa, AC 043258093201280001, DJ 17.12.2014.

122 No *site* da Disney, há conteúdo audiovisual ativo e efeitos especiais, maximizando a atenção do utente, e servindo de estímulo à visita da *azienda* tradicional: <https://disneyworld.disney.go.com/pt-br/>, acessado em 06.03.2024, às 20:53.

características positivas do produto ou serviço; noutros tantos o ambiente musical é cautelosamente eleito para tranquilizar e seduzir o consumidor, aproximando-o do “look and feel” do estabelecimento. Portanto, é a soma do nome de domínio, a aparência (cores, alocação dos links, quantidade de informações), a facilidade de uso dos *softwares*¹²³ alocados, e a eventual sonoridade, que compõem os elementos do estabelecimento virtual.

Outro elemento relevante ao estabelecimento comercial na Internet é a segurança dos dados pessoais¹²⁴ tratados junto ao público consumidor, em especial quando as operações econômicas envolverem elementos da privacidade¹²⁵ do último (tal como cartão de crédito, contas bancárias, endereços, e outras informações de sua intimidade). Fato é que o desenvolvimento econômico de uma sociedade empresária titular de um e-stabelecimento, pode depender do tratamento de tal tipo de dado pessoal¹²⁶. Conforme bem destaca parcela da doutrina, a maior “ameaça” à privacidade¹²⁷ na Internet¹²⁸ não advém das atividades governamentais, mas

123 Responsáveis pela execução das tarefas junto aos processadores, interpretam dados, transformam outros computadores, redes: LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1996, p.41.

124 Lei 12.965/2014, em seu artigo: “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”.

125 Entre todos vide RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da Vigilância*. Traduzido por DONEDA, Danilo & DONEDA, Luciana Cabral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

126 CABRAL, Filipe Fonteles. *Proteção de Dados Pessoais na Atividade Empresarial*. Gerenciamento de Riscos e o Relatório de Impacto à Proteção de Dados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 13.

127 KEEN, Andrew. *#vertigemdigital. Por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando*. Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 66.

128 TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Computador Bisbilhoteiro*. In. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Vol. 1, 4a Edição, Rio de Janeiro: 2008, p. 561 – 563.

do próprio comércio¹²⁹ que *desloca* a categoria jurídica de um “interesse juridicamente protegível” para uma “commodity”¹³⁰. Não é à toa, aliás, que há quem – mesmo antes do advento de uma Lei Geral de Proteção de Dados – legitimamente defendia que a coleta de dados¹³¹ dos usuários apenas deveria se dar por uma razão *pertinente* (a exemplo de uma denúncia), e não como paradigma *standard*¹³². De outro lado, com o vigor da Lei 13.709/2018, há diversos limites e contextos para o tratamento de dados sensíveis dos utentes do e-stabelecimento¹³³.

129 VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything. (And Why We Should Worry)*. Los Angeles: University Of California Press, 2012, p. 84 e 92.

130 PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37.

131 Sobre a importância de uma prévia autorização dos utentes da internet para que se possa realizar coleta de dados, vide LIMA, Caio César Carvalho. *Garantia da Privacidade e Dados Pessoais à Luz do Marco Civil da Internet*. LEITE, George Salomão. LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil Da Internet*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, 158.

132 LEONARDI, Marcel. *Marco Civil da Internet, Plataformas Digitais e Redes Sociais*. In ARTESE, Gustavo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p. 283.

133 LGPD: “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII – para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; VIII – para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. § 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização. § 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei. § 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta

Quanto maior for o controle sobre tais dados, e menor, portanto, as hipóteses de tais formas de insumos informacionais serem conhecidos por terceiros não autorizados; melhores são as chances de se estabelecer um forte elemento fiduciário para com o cliente. Note-se que aqui não se está a tangenciar as obrigações de sigilo *per se*, típicas do *sujeito de direito* que intitula o estabelecimento comercial (virtual ou tradicional), mas dos softwares cujos algoritmos são *destinados* à estratégica guarda e recepção dos dados sensíveis. *Mutatis mutandi*, a qualidade dos programas computacionais utilizados nas operações realizadas via Internet pode ser comparada, nas *aziendas tradicionais*, com os seguranças de um banco.

Por certo que consumidores cautelosos irão optar por realizar negócios jurídicos nos rincões em há maior segurança (ou, ao menos, aonde eles assim se sentirem). Desta forma, além do perfil distintivo-sonoro, a segurança havida contra *crackers*¹³⁴ e outros agentes maliciosos também pode ser enquadrada como pertinente elemento do estabelecimento *on-line*. Por tais razões, em *aziendas mercantis* cibernéticas *acessórias*, como os *banklines*, há o uso de arquiteturas de *certificação digital*, o emprego de senhas, o uso de cadastramento das impressões digitais ou das expressões faciais (biometrias¹³⁵), cadastros, a verificação de IPs, enfim, o exer-

Lei. § 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular. § 7º O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei”.

134 “Os *crakers* valem-se, no caso, da disseminação de programas maliciosos que alteram o funcionamento do programa de navegação (*browser*) da vítima. Quando essa tenta acessar o *site* de um banco ou de outro fornecedor de produtos e serviços na Internet, o navegador infectado a redireciona para o *site* falso, que apresenta as mesmas características gráficas do *site* verdadeiro, onde serão normalmente solicitados dados pessoais e financeiros, como o número, data de expiração e código de segurança do seu crédito, ou os números de sua agência e conta bancária e senha do cartão do banco” MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.101.

135 Conforme a Lei Geral de Proteção de Dados, LGPD, Lei 13.709/2018, o tipo de informação juridicamente delicada absorvida para, supostamente, maximizar a segurança do consumidor é classificada como *dado pessoal sensível*: “Art. 5º Para

cício de um severo controle sobre os negócios jurídicos ofertados¹³⁶. Não é à toa, afinal, que a criptografia¹³⁷ passou a ser um dos nichos de maior investimento por parte do *e*-comércio, constituindo-se em um dos elementos estruturais para seu contínuo crescimento¹³⁸.

Como o comércio essencialmente, ou predominantemente, feito na Internet pode não contar com *coisas*, mas apenas com a circulação¹³⁹ de mercadorias ubíquas, *bens/serviços* imateriais¹⁴⁰ (tal como o acesso a bancos de dados, jogos eletrônicos, comunicação via redes sociais, e-mails¹⁴¹), o aparato *distintivo-comunicativo* prevalece na interface com o consumidor. Noutros termos, se no comércio tradicional-físico o predomínio clássico era dos bens físicos, tendo nos bens imateriais o caráter de acessoriedade na composição do aviamento; o comércio eletrônico já exsurge com a prevalência dos bens imateriais¹⁴², e tende a reduzir a relevância do próprio caráter acessório dos bens físicos¹⁴³.

os fins desta Lei, considera-se: (,) II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. Agradeço à Profa. Dra. MAIA, L.B. pela crítica construtiva a esse respeito.

136 LESSIG, Lawrence. *CODE And Other Laws of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. 41.

137 Sobre a importância da blindagem de dados para assegurar os consumidores vide BRASIL, Marco Aurélio. *Breve Estudo da Taxonomia do E-commerce Brasileiro à Luz do Marco Civil da Internet*. In ARTESE, Gustavo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p. 355.

138 VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything. (And Why We Should Worry)*. Los Angeles: University Of California Press, 2012, p. 126.

139 “O substantivo “circulação”, ele é que exige do intérprete um novo olhar hermenêutico, Porque a mercadoria circula, só que circula virtualmente” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Min. Ayres Britto, voto vista na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.945/MT, DJ 14.03.2011.

140 Como diria o autor francês, “O essencial é invisível aos olhos” tradução livre de “L’essentiel est invisible pour les yeux», SAINT-EXUPÉRY, Antonie de. *Le Petit Prince*. Paris : Éditions Gallimard, 1999, p. 76.

141 Segundo a doutrina, e-mail é como a transcrição de um telefonema: LESSIG, Lawrence. *CODE And Other Laws Of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. 144.

142 MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. *Usucapião de Coisa Incorpórea: breves notas sobre um velho tema novo*. In TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 644.

143 Sobre o predomínio de bens materiais ou imateriais a depender do ramo de atuação do comerciante, vide BARRETO FILHO, Oscar. *O Fundo de Comércio nas Desapropriações*. São Paulo: Saraiva, 1959, p.13.

Desta forma, no tocante ao estabelecimento comercial na Internet, a “arquitetura” do conteúdo do sítio, sua disposição distintiva, e a simplicidade¹⁴⁴ de acesso comportarão os elementos mais relevantes da *azienda internauta*.

2.4. A MINORAÇÃO DA RELEVÂNCIA ECONÔMICA DO TRESPASSE

O trespasse é deflagrado quando o pretérito titular da *azienda* realiza negócio jurídico voltado à continuidade do *processo produtivo* mediante a circulação dos *ativos econômicos* envoltos no estabelecimento comercial¹⁴⁵, incluindo os bens imateriais que o compõem¹⁴⁶. Noutras palavras, trata-se de modo unitário de transferir o complexo de bens preteritamente *afetados* à realização da finalidade empresarial. Nesta senda, para o titular do estabelecimento é economicamente mais interessante a alienação da aglutinação conjunta que compõe tal unidade jurídica, do que a segregação dos seus elementos. Tal se dá pelo fato da *mais valia* havida pelo “todo”, além dos custos de transação envoltos na negociação de preços e condições para cada bem que esteja agregado¹⁴⁷.

Deste modo, quando um determinado titular desejasse dispor de específico núcleo econômico empresarial em favor, ou até mesmo ao prejuízo de um terceiro anuente, realizava-se, exclusivamente, o *trespasse*.

¹⁴⁴ O excesso de informações é tão perigoso quanto à deficiência delas, ao menos para as partes mais débeis que contratarão *via e-stabelecimento*: “o dever de informar tem o sentido original de proteger, avisar, tendo em vista o vocábulo *warn*, da expressão *duty to warn*, sentido esse muitas vezes violado não apenas pela falta ou deficiência da informação, mas também pelo seu excesso” BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação e Consumo: A Proteção da Privacidade do Consumidor no Mercado Contemporâneo da Oferta*. Coordenadores MARTINS, Guilherme Magalhães & LONGHI, João Victor Rozatti. Org. Guilherme Mucelin. *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2024, p. 481 e seguintes.

¹⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Vasco della Giustina, REsp 1202077/MS, DJ 10.03.2011.

¹⁴⁶ “A incorporação do fundo de empresa da titular originária transfere à sucessora também a titularidade da marca, haja vista estar inclusa naquela universalidade jurídica, afigurando-se inócua a invocação da ausência da averbação da transferência, pois tal fato não transforma o mencionado bem incorpóreo em *res nullius* ou *res communes omnium* nem legitima o registro equivocado em nome de outra sociedade empresária” BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 6ª Turma, Des. André Fontes, AC 960237369-5, J 12.04.2004.

¹⁴⁷ TOKARS, Fábio Leandro. *Estabelecimento Empresarial*. São Paulo: Editora LTr, 2006, p.12.

No entanto, com o desenvolvimento do uso das técnicas de separação patrimonial havidas com o sistema das *personalidades*, ou, *rectius*, novos sujeitos de direito, nota-se, segundo parcela doutrinária¹⁴⁸, uma gradual superação do tradicional instituto do *trespasse* pela transferência de posições sociais¹⁴⁹.

Ainda que a cessão de cotas ou ações possa produzir idêntico efeito *funcional* ao do *trespasse*, o caminho *estrutural* é deveras diverso¹⁵⁰, visto que no primeiro caso há uma transposição do sócio/acionista sem se permutar o *formal* titular do direito; enquanto na derradeira hipótese modifica-se, efetivamente, o sujeito de direito que titulariza, diretamente, tal complexo de bens.

Uma das razões havidas para que o instituto do *trespasse* esteja em *relativo* declínio cuida da regência *standard* de não concorrência advinda do artigo 1.177, do Código Civil¹⁵¹. Diversas vezes em um contrato mercantil os custos de transação envolvidos podem gerar a escolha de omissões propositais (alcunhadas de *contratos incompletos*¹⁵²) e, nestas hipóteses, a existência de padrões legais restritivos serve de convite à eleição de outros *negócios jurídicos* possíveis.

Portanto, na hipótese de o alienante querer dispor dos bens, mas não desejar ficar privado de sua manutenção em um determinado mercado e,

148 Em sentido contrário, o professor Paulo Fernando Campos Salles de Tolledo, na realização da banca de qualificação da tese que deu ensejo à primeira edição deste livro, defendeu que há a equivalência do número de negócios jurídicos envolvendo *trespasse* e aqueles versando sobre a cessão de cotas.

149 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito Comercial*. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 339.

150 LACERDA, Maurício Andere von Bruck. *O Contrato de Locação Comercial no âmbito da Transferência do Estabelecimento*. In Org. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Direito Empresarial – Os novos Enunciados da Justiça Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.244.

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

152 Merece ligeira crítica a etimologia da expressão visto que dá a entender que existiriam *instrumentos contratuais* completos, deixando clara a herança do positivismo legalista (exauriente de toda a expressão jurídica) na elaboração dos conceitos empregados hoje.

não havendo anuência do adquirente para o reestabelecimento, decerto que a melhor via é a cessão da participação societária ou de eventual cessão. Ressalte-se, aliás, que o sujeito de direito que elege a cessão de sua titularidade na posição de determinada sociedade (como modo de fugir da vedação do Código Civil) não opera em violação à boa-fé objetiva, extremamente peculiar no âmbito empresarial¹⁵³.

Ainda, o próprio receio da solidariedade passiva¹⁵⁴ do alienante, face ao adquirente, nas hipóteses de *trespasse*, também pode ser uma causa de desestímulo de tal vertente de negócio jurídico empresarial.

Uma outra razão, desta vez ilegítima, para o uso *abusivo* do *trespasse* resta na camuflagem de eventual ato de concentração econômica, no intuito de fugir ao controle da Comissão de Valores Mobiliários, e, especificamente, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da regulação da Lei 12.529/2011. Factualmente, é possível que a autarquia federal atenta aos atos de *transposição societária* permaneça *desavisada* (ou menos atenta) perante a utilização de uma *simulação* via *trespasse*.

Os estabelecimentos comerciais na Internet também podem ser sujeitos ao *trespasse*, sendo que, nesta hipótese, a *tradição* dos bens se aperfeiçoa com a entrega de senhas ao adquirente (que provavelmente alterará as chaves aptas à atualização e manutenção do sítio ou dos softwares do aplicativo), bem como com a transposição registral perante a entidade pertinente (ex: registro.br). Deste modo nada veda que um sujeito de direito negocie com outro sujeito de direito o *trespasse* do sítio virtual, sendo tal prática extremamente comum quando na década de 1990, muitos entes econômicos foram céleres em promover o registro

153 Vide a ressalva no sufixo do Enunciado 29, do Conselho da Justiça Federal, relevante à 1ª Jornada de Direito Empresarial: Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

154 “O suporte fático normativo previsto no art. 1.146 do Código Civil, impõe outros requisitos além da mera transferência do estabelecimento comercial para a cristalização da solidariedade entre alienante e adquirente, notadamente a exigência de regular contabilização dos débitos anteriores à alienação, circunstância que não foi sequer alvo de argumentação da parte em sede recursal” STJ, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, AgInt no REsp 1.457.672/DF, DJ 25.09.2018.

de nomes de domínio descritivos. Quando nestes sítios virtuais alguma atividade comercial era realizada, por óbvio que o adquirente não se tornava titular, tão somente do nome de domínio (um ativo específico), mas também daquela universalidade envolta (ex: *trade dress*) que ele poderia, ou não, dar sequência. Em diversas oportunidades há aquisições de *aziendas online*, envolvendo grandes fortunas (desde que se esteja diante de relevante aviamento cibernético), bem como atrairá a incidência dos ônus tributários¹⁵⁵, trabalhistas, e eventualmente civis.

Entretanto, tal como suscitado no tocante aos estabelecimentos comerciais tradicionais, não se nota a prevalência do *trespasse* (negócio jurídico com predomínio objetivo) perante a cessão de cotas/ações (negócio jurídico com o predomínio subjetivo de alteração) na *azienda* internauta.

2.5. CAUSAS DA RELATIVA ESTAGNAÇÃO MERCANTIL PELAS VIAS TRADICIONAIS

Os custos¹⁵⁶ operacionais são um dos fatores comerciais mais relevantes para qualquer empresário, ao lado do *risco negocial*, razão pela qual o pensamento estratégico o direciona a escolha de determinado tipo social, o montante a ser destinado na atividade etc. Noutras palavras, para além dos investimentos iniciais (que podem ser reembolsáveis ou não – neste caso chamados de “sunk costs”, em português *custos iniciais* sem perspectiva de retorno), o capital de giro, os tributos, os ônus trabalhistas, os *alugueres* e as obrigações¹⁵⁷ *propter rem* impactam diretamente nas escolhas *mercantis* realizadas. Aliás, em países de dimensões geográficas diminutas e alta densidade populacional, a manutenção e o crescimen-

155 GRECO, Marco Aurélio. *Estabelecimento Tributário e Sítios na Internet*. In Org. LUCCA, Newton de. & SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet*. 2ª Edição, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 349.

156 COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. Volume 2, 14ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 5.

157 Há autores que criticam a expressão obrigacional para tais institutos, visto que não haveria, propriamente, um crédito; razão pela qual tecnicamente se estaria diante de uma *situação jurídica* “*propter rem*”; nesse sentido vide MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013, p. 47.

to físico de estabelecimentos comerciais tradicionais encontra óbice na escassez de *bens disponíveis* para servirem de sede.

Nesta senda, o Brasil vive – especialmente nas últimas décadas – uma explosão do mercado imobiliário, fazendo com que diversos ramos do comércio reduzissem e otimizassem suas ocupações físicas; levando certas searas à franca retroação¹⁵⁸. Portanto, é possível observar a evolução de despesas envoltas na ocupação estrutural imobiliária sem que houvesse equivalente catalisação nos lucros de certos nichos.

Não obstante, certas searas de atuação mercantil encontram na especificidade de seu público-alvo, e nas restrições naturais de acesso a *estabelecimentos comerciais tradicionais*, um delimita à sua percepção lucrativa. Nesta banda, por exemplo, o mercado de sebos jurídicos é calcado pela necessidade de *aziendas* próximas aos Tribunais de Justiça ou às boas Faculdades de Direito; ou seja, locais que costumam ser caracterizados pela valoração imobiliária e, logo, de preços altos ao locatário. Contudo, os consumidores efetivos de tais bens podem estar a milhares de quilômetros de distância¹⁵⁹ e, até mesmo, ignorarem a existência do estabelecimento, ou de que o último dispõe de uma edição rara de uma obra de seu interesse. Nos tempos hodiernos a expansão de *intermediários*¹⁶⁰ virtuais na atuação de *sebos* já responde por uma parcela relevante

¹⁵⁸ *Verbi gratia* sobre o que tem ocorrido com cinemas, livrarias, lojas de música e até restaurantes: “Em uma folha de papel, afixada na entrada, a notícia que ninguém queria receber. Os administradores do Cine Leblon anunciaram nesta quinta-feira que o local será fechado, vencido por uma crise financeira. “Após mais de uma década de tentativas sem sucesso, no sentido de tornar o Cinema Leblon não deficitário, informamos que suas atividades serão encerradas em breve” em <http://oglobo.globo.com/rio/cine-leblon-administradores-anunciam-fechamento-devido- crise-financeira-12740038>, acessado em 06.03.2024, às 21:16; “RIO – Entre dezembro de 2011 e dezembro de 2012, houve uma redução de 12% no número de livrarias em todo o país, segundo o presidente da Associação Nacional de Livrarias (ANL), Edmilson Xavier. Eram 3.481 e agora são 3.073” em <http://oglobo.globo.com/cultura/brasil-tem-reducao-de-12-no-umero-de-livrarias-8167058>, acessado em 06.03.2024, às 21:17. Com o advento da pandemia de COVID-19 os fenômenos narrados se agravaram, gerando uma busca por redução de custos, o aumento do trabalho em regime de “home-office” etc.

¹⁵⁹ Sobre como a internet amplia o horizonte mercantil pela superação das separações físicas, vide IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. *A Liberdade na Contratação dos Negócios Promovidos na Internet*. LEITE, George Salomão. LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil Da Internet*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 217.

¹⁶⁰ O estabelecimento www.estantevirtual.com.br cuida de um dos maiores intermediários de sebos no Brasil.

de tal mercado, tendo um agente econômico se estabelecido como predominante¹⁶¹. Com boa parte do mercado *migrou* para o ambiente virtual, muitos dos estabelecimentos tradicionais sem *utência virtual* se viram jungidos de tal fatia mercantil (além de onerados por um preço de locação *desproporcional*); e, de outro lado, os partícipes dos serviços de tal *azienda virtual* viram-se *oprimidos* com o aumento das *tarifas* praticadas pelo *semimonopolista*¹⁶². Na prática, para tal setor de atuação econômica, percebe-se a descendência da atuação majoritária por *aziendas* tradicionais, bem como a concentração¹⁶³ do poder de controle¹⁶⁴ mercantil nas *mãos* do intermediário cibernético¹⁶⁵. Paradoxalmente, portanto, pode se observar a especulação imobiliária *reprimindo* as *aziendas tradicionais*, e o “monopólio”¹⁶⁶ virtual do maior *intermediário online*, delimitando a real concorrência no mercado *virtual*.

161 “Um dos maiores *sites* de sebos e livrarias de todo o País, o Estante Virtual, que reúne 1.300 estabelecimentos, viu seu acervo virtual ser reduzido drasticamente na última segunda-feira. O motivo foi um protesto de cerca de 150 livreiros cadastrados na plataforma, que retiraram do ar seus catálogos em ação contra mudanças nas tarifas e nas políticas do portal consideradas abusivas” CARVALHO, Bruna. *Sebos fazem greve virtual contra monopólio de site*. Brasília: Carta Capital, disponível em <https://www.cartacapital.com.br/cultura/sebos-fazem-greve-virtual-contramonopolio-de-site-7183/> acessado em 06.03.2024, às 21:25.

162 Sobre a aglutinação de poder que ocorre *online*, vide BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006, p. 214.

163 “Deve-se ponderar, ainda, que essas diferentes formas de poder social são, a um tempo, interdependentes e aglutinantes. Uma certa soma deles, em diversos setores, é a condição indispensável para a existência de um forte poder, em um determinado campo. A partir de certo grau, a predominância política, para subsistir, deve combinar-se com um mínimo de força econômica e de autoridade moral. O titular de qualquer das formas de poder é levado, naturalmente, a adquirir outras. Tudo isso explica a incoercível tendência à concentração do poder, no curso da História” COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p.2.

164 Analisando a dicotomia entre controle e titularidade vide BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Traduzido por AZEVEDO, Dinah de Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.35.

165 “De acordo com informações fornecidas pela comScore, a participação conjunta da Yahoo! e da Microsoft no mercado de buscas patrocinadas no Brasil é de apenas 3%. A principal concorrente, Google, detém os 97% restantes do mercado” BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan, Ato de Concentração 08012006419/2009-94, J. 16.12.2009.

166 Sobre o capitalismo monopolista superando o capitalismo da era liberal, vide MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3ª Edição. Editora: Centelha; Coimbra, 1978, p. 52.

Neste afã, ainda que os entes econômicos sejam dotados de racionalidade limitada¹⁶⁷ é intuitiva a escolha empresarial pela minimização de custos e, simultaneamente, do exercício de maior exposição de seus produtos e serviços ao potencial consumidor. Desta forma, sem prejuízo da manutenção de estabelecimentos físicos, foi modificado o uso originário de *sites* na Internet como mera forma de *auxiliar* o conhecimento dos produtos/serviços disponibilizados tradicionalmente.

2.6. ALGUMAS CAUSAS DA EXPANSÃO¹⁶⁸ MERCANTIL PELA INTERNET

A *cibercultura*¹⁶⁹ pode ser delimitada como o conjunto de técnicas, a *práxis*, as formas de pensamentos e os valores empregados na Internet por seus usuários. Como *iter* comunicativo eficiente, de baixo custo¹⁷⁰, sem delimitações territoriais, quase todos os ramos de atuação da mercancia passaram a fazer uso da ferramenta da Internet, empenhando sua atividade neste novo ambiente cultural. Se a origem da Internet estava vinculada, essencialmente, com as práticas militares, acadêmicas, e puramente culturais, é facultado afirmar que o tempo presente revela uma Internet *predominantemente* mercantil, controlada pelos valores e interesses comerciais¹⁷¹. Neste quadrante, as aplicações cibernéticas permitem a oferta, a venda de produtos e serviços *online* engendrando um verdadeiro *centro comercial eletrônico*¹⁷².

167 WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Londres: Free Press, 1985, p. 15.

168 “A internetização da vida leva à proliferação dos negócios via *on line*” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Min. Ayres Britto, voto vista na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.945/MT, DJ 14.03.2011.

169 Tal temática é bem enfrentada por LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Traduzido por COSTA, Carlos Irineu da. 3ª Edição, São Paulo: Editora 34, 2010.

170 FONTES, Marcos Rolim Fernandes. *Nomes de Domínios no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 23.

171 LESSIG, Lawrence. *CODE And Other Laws of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. X. Vide ainda, GUIMARÃES, Ana Carolina Faria. & NEVES, Rúbia Carneiro. *O Estabelecimento Virtual e sua Condição de Estabelecimento Secundário (filial)*. disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=117ffc1acd844e43>, acessado em 06.03.2024, às 21:39.

172 CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito Comercial*. 12ª Edição, Lisboa: EDIFORUM, 2011, p. 566

Neste afã, diversos serviços públicos estatais¹⁷³ se adaptaram ao uso *cultural* tecnológico, fazendo da utência *virtual* um método eficaz de *universalização* do acesso a tais atividades econômicas *lato sensu*¹⁷⁴. *Exempli gratia*, quase todos os órgãos do Poder Judiciário nacional passaram a fazer uso dos processos exclusivamente eletrônicos, permitindo a consulta, e peticionamento simultâneo nos *autos* para todos. Ou seja, se há alguns anos – até mesmo – uma grande sociedade de advogados necessitaria a contratação de um intermediário para dirimir um litígio em uma comarca distante, com o processo eletrônico acessível *online*, superou-se¹⁷⁵ a necessidade do “atravessador”, do intermediário. Uma decisão política que estimulou o crescimento dos negócios jurídicos e atos estritamente jurídicos *online* foi o fomento da criptografia e da assinatura eletrônica¹⁷⁶ que vieram a trazer segurança jurídica no tráfego virtual¹⁷⁷.

Suscite-se que tal adoção tecnológica por certo que impacta nas relações sociais entre os administrados, jurisdicionados, causídicos para com os administradores, e adjudicadores de direito, reduzindo a necessidade de contato com os órgãos, “despersonalizando” *fisicamente* o serviço público. Lida-se com assinaturas eletrônicas, arquivos em formato

173 Não se trata de redundância o uso da expressão “públicos estatais”, visto que a categoria do “Público” congloba entes privados que prestam serviços e realizam múnus de natureza híbrida ou predominantemente pública como é o caso do terceiro setor.

174 “Motivados pela busca de preços mais baratos na internet, os consumidores brasileiros fizeram o faturamento do comércio eletrônico nacional avançar 24% no primeiro semestre sobre igual período de 2012, chegando a R\$ 12,74 bilhões. Segundo dados divulgados nesta quarta-feira (21) pela E-bit, empresa especializada em informações sobre comércio eletrônico que faz parte do grupo Buscapé, o número de pedidos subiu 20% na comparação anual, para 35,54 milhões de pedidos, enquanto o tíquete médio cresceu 4%, atingindo R\$ 359,49”, em “Vendas na Internet crescem 24% para 12,7 bilhões no 1º semestre” Disponível em <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/08/vendas-pela-internet-crescem-24-no-primeiro-semester-1.html>, acessado em 06.03.2024, às 21:39.

175 Sobre a possibilidade do *faça você mesmo* que a internet possibilita, vide LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 143.

176 No âmbito do processo judicial, a Lei 11.419/2006 veio a prestigiar o peticionamento eletrônico exigindo que as assinaturas eletrônicas fossem objeto de certificação pela Autoridade credenciada, resultando na isonomia de validade entre vias físicas e virtuais.

177 PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.19.

“portable document file”, bits, livra-se do papel, e diminui-se o convívio com a repartição pública. De outra monta amplia-se a abrangência do serviço público universalizando-o, bem como alega-se¹⁷⁸ que o emprego tecnológico diminui o tempo de tramitação processual¹⁷⁹.

Ademais, a Internet é uma forma de mídia diferenciada do ambiente monolítico de um *jornal tradicional*, a televisão, o cinema, ou o rádio, em que o espectador tem a passividade de uma plateia, sem real interação com o meio. Também há uma expansão do poder comunicativo na Internet, do que comparada a mídia telefônica (puramente *dual*) em que se circunscreve os participantes da conferência (desde que se respeite a privacidade alheia). Na Internet há a *participação ativa*¹⁸⁰ do consumidor/internauta, interagindo, criando, modificando¹⁸¹, sugerindo modificações aos produtos e serviços, bem como realizando obras coletivas.

Tal paralelo pode ser fincado, *mutatis mutandi*, com o exercício da empresa e o empenho de seu objeto na Internet: afora os territórios que exercessem o controle sobre os sítios virtuais, o agente econômico consegue dispensar terceiros-intermediários e comercializar diretamente¹⁸² seus produtos junto ao consumidor. Ou seja, o sujeito de direito pro-

178 BARRETO, Ana Amélia Menna. *Novo Código de Processo Civil traz regras para processo eletrônico*. Sítio do Consultor Jurídico; <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/ana-amelia-processo-judicial-eletronico-cpc/>, acessado em 06.03.2024.

179 Os causídicos que laboram com o contencioso, de modo geral, observam que o processo eletrônico realmente traz benesses aos bens protegidos pelo direito ambiental e pela limitação de impressões. Contudo parece que os Tribunais resolveram transferir o trabalho de seus serventuários para os advogados, visto que cabe, hoje, aos últimos todo o complexo labor de delimitação de arquivos, anexação, e submissão às mais arbitrárias regras para o peticionamento eletrônico (como *v.g.* uma disposição imposta no TJESJ em que cada arquivo não pode ter mais do que míseros – aproximadamente – 10 mega bytes, mas a partir de 2 mega bytes o documento será segmentado fazendo com que se tenha de compartimentar um sem número de peças). Em suma: transferiu-se o risco e o tempo de boa parte do labor para os advogados, seus estagiários e assistentes sob a pseudopromessa de *agilidade processual* que não foi categoricamente demonstrada. Dados disponíveis em <https://www.tjsp.jus.br/Download/PeticionamentoEletronico/ManualPetEletronico.pdf>, acessado em 07.03.2024, às 12:45.

180 PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 92.

181 *Verbi gratia* o que ocorre no Wikipédia.

182 Sobre o barateamento dos custos de distribuição na internet vide BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006, p. 80.

dutor que não comporta altas quantias de capital para ter um centro de distribuição¹⁸³, pode fazer uso da *azienda eletrônica* para contatar um público consumidor sem delimites territoriais; e fazer uso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ou outra similar alhures, para realizar a atividade de intermediação que, dantes, terceirizava. Logo percebe-se que a Internet representa a abertura de novos mercados, (i) facilitando a ampliação das atividades de produção para produção e distribuição, (ii) catalisando o ingresso na distribuição por terceiros que, antes, não exerciam nenhum mister comercial; (iii) majorando o conhecimento do sujeito de direito pelo público consumidor distante de sua *base* física; (iv) minimizando custos (trabalhistas, tributários¹⁸⁴, publicitários) e permitindo a eficiente realocação de tais recursos; e (v) ampliando¹⁸⁵ o serviço prestado ao consumidor.

Quanto à expansão de finalidades *empresariais*, factualmente o baixo custo de acesso ao consumidor – canalizado pela Internet – permite a distribuição direta por parte do fabricante/produtor. Aliás se forem cogitados bens/serviços puramente imateriais, como jogos eletrônicos, a indústria de *games* não necessita de um intermediário para prestar seu fito econômico; e, nas hipóteses de bens/serviços que demandam a entrega tradicional, a capilaridade das redes oficiais de interlocução bastará ao agente econômico, que embutirá tal custo no preço final. Por sua vez, se se pensar em produtores que ficavam completamente à mercê de grandes distribuidores como supermercados, a utilização das vias virtuais maximizam o lucro, bem como majoram a possibilidade de fixação autônoma dos preços¹⁸⁶.

183 BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. 6ª edição, São Paulo: Forense, 2010, p.72.

184 Se o estabelecimento físico é tributado via IPTU e IPVA, por enquanto, o poder tributário estatal ainda não incide sobre as *aziendas virtuais*. Não se está aqui, contudo, a tratar-se do imposto de renda, mas da inadequação de uma política tributária que propositalmente olvida de cobrar tributos sobre a titularidade dos bens imateriais (marcas, patentes, nomes de domínio).

185 SUNSTEIN, Cass Robert. *Republic.com2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 131.

186 Tal não significa dizer que, se o mercado for razoavelmente dotado de concorrentes, ou de substitutos fungíveis, ele terá completa autonomia na fixação de preços abusivos.

Não obstante, a *racionalidade limitada*¹⁸⁷ dos consumidores catalisa a atividade de intermediários na Internet, visto que na hipótese de serviços/produtos fungíveis, não é incomum que o destinatário disponha de pouco tempo para realizar a pesquisa de preços. Ou seja, cogite-se a hipótese do sujeito/consumidor que visa realizar aprazível passeio noutra país, e, diante de sua natural vontade de economizar custos, ingresse no sítio de uma, duas, ou, se ele realmente for proativo e cauteloso, em três ou mais empresas hoteleiras. Por certo que encontrará uma variedade significativa de preços exercidos pela mesma sede hoteleira (“X”) entre fornecedores concorrentes (“Y”, “W e “Z”), todos com seus estabelecimentos comerciais *online*. A pesquisa individual traz um custo, *per se*, que é o tempo empenhado na busca do produto *ótimo*. De outro lado, há estabelecimentos virtuais *intermediários*, com softwares para a realização de buscas *horizontais*, que realizam celeremente uma busca em *todas as companhias de hotelaria* que realizam o serviço buscado¹⁸⁸.

Ademais, em geral, os consumidores têm ciência de um número muito restrito de fornecedores para o produto/serviço buscado. Por tal razão, independentemente do fator¹⁸⁹ qualidade ou preço, é comum que os consumidores repitam seu padrão de consumo, ainda que haja diversas outras opções *qualitativa ou quantitativamente* mais satisfatórias. De fato, não é incomum que certos consumidores tenham *senões* na variação de prestadores de serviço, ou mesmo desconheçam prestadores de serviço que não tenham sedes *físicas* próximas ao seu domicílio. Por tal razão, empresas – muitas de alta qualidade – que não disponham de enorme capital para investimento publicitário, poderão ser conhecidas pelo consumidor-internauta através dos *sites* de busca¹⁹⁰, que são inter-

187 WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985, p. XIII.

188 Tal espécie de intermediário têm se intensificado em todo o setor turístico, especialmente na hotelaria. *Verbi gratia* o estabelecimento www.booking.com; é um dos líderes deste mercado mundo afora.

189 Sobre os elementos, requisitos e fatores concorrenciais permita-se remissão ao BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Curso de Concorrência Desleal*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

190 O mais renomado destes no Brasil é a Google.com.

mediários mercantis que lucram com publicidade¹⁹¹ paga. O consumidor/pesquisador que goze das “palavras-chave” pertinentes, poderá tomar ciência de diversas *outras* opções para a prestação do serviço que buscavam, mesmo aquelas que são adversas ao uso da publicidade tradicional. Deste modo a Internet expande a ciência ao utente, dos agentes econômicos que atendem aos seus anseios consumeristas.

Como seara mercantil que, hoje, faz largo uso do iter tecnológico *online*, no ambiente do comércio de ensino, o mundo jurídico, os concursos públicos e o exame de ordem catalisaram a criação de cursinhos que, até a década de 1990, funcionavam, exclusivamente, em custosas sedes físicas e suas salas de aula. Hoje em dia a maioria dos *cursinhos* desenvolve suas atividades com as *teleaulas* disponíveis, exclusivamente¹⁹², pela Internet, nos seus estabelecimentos comerciais virtuais nos quais os consumidores adquirem um acesso por tempo controlado pelo uso de um *login* e uma senha. Cuida-se do ensino aberto e à distância, técnica que afeta o *monopólio* do saber advindo da academia tradicional formada pelas universidades e escolas¹⁹³. Se tal pode ser – de modo justificado – objeto de críticas em virtude da tendência do *fetichismo* da práxis ao arrepio do ensino teórico e mais completo; em ambientes de escassez de professores com alto gabarito acadêmico, e de limitações econômicas ao investimento em caras estruturas, técnicas ao modo das *teleaulas/aulas online*, é notável que esta forma de *comunicação e instrução* possa auxiliar o ensino privado e público.

Tais aulas gravadas em formato audiovisual formaram enorme e lucrativo nicho mercantil, combinando a maximização da utilidade ao consumidor (visto que podem acessar tal conteúdo no horário¹⁹⁴ que melhor

191 Ou seja, formas de persuasão ao interlocutor: DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: RT, 2010, p. 27.

192 E, neste sentido, a doutrina qualifica tal *azienda* como “estabelecimento virtual”, vide TEPEDINO, Gustavo. & BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. & MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 362. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial 1*. 3ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 296.

193 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 160.

194 Sobre as questões regulatórias acerca do hiato temporal do funcionamento de estabelecimentos comerciais tradicionais vide o verbete da Súmula Vinculante

lhe convier¹⁹⁵, ao contrário das tradicionais aulas que exigem o deslocamento¹⁹⁶ físico do corpo discente, bem como sua pontualidade) e a minimização dos custos (seja para o sujeito titular da empresa que só paga o expositor uma vez, pode alienar o acesso às aulas por um número infinito de oportunidades, e não arca com os custos relevantes à locação de grandes espaços; seja para o consumidor que acessará uma quantidade de conteúdos informáticos a preço mais acessível). Deste modo, percebe-se a ampliação da prestação do serviço junto ao utente, afora das limitações de dia e horário “útil”¹⁹⁷, gerando ganhos em escala.

O mesmo *fenômeno* de minoração de custos e maximização de benefícios é observado na transposição do paradigma dos livros físicos, para bases de dados mediante assinatura (ou seja, a transposição de bens em serviços¹⁹⁸), ou para e-books (arquivos em formato “p.d.f.”, que são vendidos a menor preço)¹⁹⁹, e facilitam a pesquisa com a utilização dos programas de computadores de buscas. Neste quadrante, muitas universidades têm preferido o acesso de tais conteúdos informáticos via estabelecimentos comerciais virtuais (das próprias editoras), pela escassez física dos espaços destinados à biblioteca²⁰⁰. Outra razão que inten-

do STF, de número 39: “É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial”

- 195 Sobre os “tempos Virtuais”, a melhor doutrina assevera que a internet “cria uma colagem temporal em que não se misturam gêneros, mas seus tempos tornam-se síncronos em um horizonte aberto sem começo, nem fim, nem sequência” CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 1º Volume, 11ª Edição, São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 553.
- 196 Sobre as vantagens do acesso sem deslocamento proporcionadas pelas aziendas *online* vide SUNSTEIN, Cass Robert. *Republic.com2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 19.
- 197 FRANCO, Flavio. *O Impacto do Marco Civil da Internet nas Atividades do E-Commerce*. In ARTESE, Gustavo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p. 302.
- 198 PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 80.
- 199 *Verbi gratia*, a editora Gen Forense oferece a mesma obra (“Obrigações”) do culto jurista baiano Orlando Gomes em formato físico e em formato eletrônico, sendo que se o consumidor optar pelo derradeiro, arcará com cerca de 70% do preço da via tradicional. Dados disponíveis em <http://www.grupogen.com.br/catalogsearch/result/?q=orlando+gomes>, acessado em 09.03.2024, às 16:07.
- 200 Como exemplo a biblioteca do Senado brasileiro editou um regramento da sua política de descartes, em que regulamentou a preferência pelo conteúdo digital (fl.

sifica tal espécie de utilização das *aziendas virtuais* das editoras tem a ver com a ausência de escassez intrínseca dos livros virtuais. Por regulamentações²⁰¹ do Ministério da Educação, as faculdades devem dispor de um número de exemplares de obras, proporcionais à quantidade de estudantes matriculados. Ou seja, não basta disponibilizar a obra, mas tê-la em quantias variáveis, o que também atrai um custo na aquisição de obras (e sua multiplicação). Se se cogitar as universidades que dispõem de diversos *campi* a reiteração de empenhos financeiros na aquisição das mesmas obras literárias apenas ratifica as vantagens advindas do *comércio eletrônico de bens imateriais*. A opção pela aquisição dos serviços prestados nas *aziendas online* permite que o corpo universitário “adquira” o bem apenas uma vez, e este possa ser gozado por infinito número do corpo discente ou docente. Portanto, apura-se que o próprio ambiente regulatório estatal catalisa a eleição da *virtualidade* comercial.

Deste modo, a preferência do consumidor na manutenção de uma assinatura mensal que lhe disponibilize um enorme banco de dados literários, sem o ônus da ocupação física finita (e cara), e do empenho econômico com exemplares físicos repetidos, *estimula* tal vetor da atividade econômica. Se o enfoque for sobre as faculdades de direito, tais escolhas parecem ainda mais racionais tendo em vista à celeríssima obsolescência que caracteriza os manuais, tratados, compêndios legislativos, e outras obras jurídicas. A obrigação de manter um acervo literário atualizado acaba por manietar, desnecessariamente, recursos na aquisição de bens com curtíssima vida útil. Outrossim, ao realizar as assinaturas de acesso, em que pese não controlarem o bem adquirido, os estabelecimentos de ensino não ficam adstritos aos exemplares antigos, e, tal como ocorre no *leasing*, o consumidor simplesmente pode optar por *novos modelos*.

17 do arquivo): <https://www12.senado.leg.br/institucional/biblioteca/biblioteca/pdf/politica-de-selecao-de-publicacoes>, acessado em 09.03.2024, às 16:08.

201 Segundo o Ministério da Educação o perfil ótimo de uma instituição de ensino superior depende da disponibilização de uma obra indicada para o programa, a cada quinze estudantes daquela faculdade matriculados. Nesse sentido vide item II.3.1 Biblioteca de suporte ao Curso, item B. MEC (fl. 12 do arquivo). Disponível em http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/ag_pad.pdf, acessado em 09.03.2024, às 16:10.

No polo do titular da atividade empresarial, a manutenção de um estabelecimento comercial na Internet que, ao invés de distribuir bens (“download”/“upload”) permite o acesso controlado ao conteúdo (pelo “streaming”²⁰² ou visualização iterativa) apenas durante o uso do sítio²⁰³, (i) pereniza a relação com os consumidores, (ii) maximiza a venda de outros serviços, (iii) bem como majora o lucro macro envolto nas transações econômicas. Como exemplo de setor empresarial-cibernético que vem fazendo uso de tais vantagens tecnológicas para acrescer consumidores, destaca-se o ramo do serviço de assinatura de teor audiovisual (a exemplo de filmes e séries²⁰⁴). Muito longe de serem meros distribuidores de produtos estéticos, ou concorrentes de locadoras tradicionais ou de prestadora de serviço de televisão “a cabo”, algumas dessas sociedades passaram a produzir suas próprias séries e filmes – conteúdo exclusivo – que não pode ser acessado por nenhuma outra via, afora sua prestação de serviços²⁰⁵.

Por sua vez, dependendo dos “softwares” utilizados no fornecimento do acesso ao conteúdo intelectual/cultural/audiovisual, também é mais fácil o controle sobre os direitos de propriedade intelectual envolto (já que

202 “Com crescimento expressivo nos últimos anos em todo o mundo um dos principais players, o Naspter cresceu mais de 66% entre janeiro de 2014 e o mesmo mês desse ano o serviço de streaming de música registra alta no Brasil, mas ainda enfrenta problemas no mercado nacional: a pirataria e a resistência do brasileiro em aderir a serviços pagos (...) Ao mesmo tempo em que há problemas que ainda atrasam o crescimento, as empresas que oferecem serviços de streaming veem um grande potencial no mercado brasileiro. Segundo dados da Associação Brasileira de Produtores de Discos, (ABPD), o consumo de música em formato digital representou 36,5% das vendas totais da indústria no país já em 2013, ano do início da chegada dos principais players do mercado de streaming ao Brasil. Os números de 2014 ainda não foram divulgados” MURNO, Gabriela. “Pirataria [sic] de música limita Streaming”. Brasília: Brasil Econômico, 13.01.2015. Sobre as transformações advindas do modelo do “download” para o “streaming” vide VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 154.

203 Sobre o *streaming* como atividade de locação de bens imateriais, vide AMORIM, Isabela Lobianco V. *A Rede Contratual do Streaming*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 57.

204 As sociedades empresárias mais conhecidas possuem seu estabelecimento comercial virtual no endereço www.netflix.com; <https://primevideo.com/>; e www.disneyplus.com.

205 Como exemplo, novamente, destaca-se a sociedade Netflix, que entre suas obras produzidas tem o seriado “House of Cards” com diversas nomeações ao Emmy, protagonizado pelo ator vencedor do Oscar, Kevin Spacey.

o consumidor não disponibilizará autonomamente do conteúdo contratado). Caracteriza-se por ser um modo *arquitetural*, que amplia o “domínio” do titular, servindo ao desincentivo de condutas indesejadas do uso oportunístico dos direitos de propriedade intelectual de terceiros²⁰⁶, pois à escassez artificial advinda da Lei (que outorga pretensão ao titular) soma-se uma *regulação* privada da utência alheia. Aliás, a depender da eficácia arquitetônica (o “código”, o “software” e modos de controle) empregada, torna-se o ilícito custoso demais para ser praticado²⁰⁷. Contudo, a *dose* do controle exercido através da *arquitetura* digital também pode ser um ilícito, *per se*²⁰⁸, se este não permite o uso das salvaguardas de liberdade tomadas em Lei como direitos culturais, ou limitações aos direitos de propriedade intelectual²⁰⁹; na prática, tal força de controle desproporcional vilipendia as cláusulas finalísticas da Carta Magna. Em síntese, nota-se a tríplice vantagem (essencial) para o *comerciante* na utilização dos estabelecimentos comerciais internauticos: (i) a minoração de seus custos²¹⁰; (ii) o estabelecimento de vínculos mais duradouros com o consumidor pela superposição de bens, pelos serviços de acesso; e (iii) maior controle (qualidade *dominial*) sobre a utilização dos bens/serviços acessados.

Por sinal a superação das barreiras cognitivas físicas permite a edificação de freguesia²¹¹ e clientela²¹², mesmo que sejam compostos de ha-

206 LESSIG, Lawrence. *CODE And Other Laws of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. 49.

207 LESSIG, Lawrence. *CODE And Other Laws of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. 124.

208 LESSIG, Lawrence. *CODE And Other Laws of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. 130.

209 Toma-se como exemplo uma *azienda mercantil* que disponibilize textos, mas não permita, sequer, a cópia de um pequeno trecho, ao arrepio do disposto na Lei de Direitos Autorais (9.610/98): “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”.

210 Inclusive trabalhista visto que a farta utilização tecnológica (como caixas automáticos nos bancos, terminais de autoatendimento em aeroportos etc.) minora a necessidade da intervenção humana quanto à mão de obra disponibilizada.

211 Chamados de *achalandage* no vernáculo francês, BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 180.

212 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 178.

bitantes de territórios longínquos (quicá transnacionais²¹³) ao da sede, da filial de determinada *atividade econômica organizada, com o fito lucrativo, para a produção de bens e serviços*.

Portanto, ao disponibilizar serviços/bens no estabelecimento comercial na Internet, o público e o mercado relevante são exponencialmente majorados²¹⁴, sem que isso importe em um custo imobilizado e considerável. Registre-se que a *azienda mercantil online* pode ser uma ou plúrima²¹⁵, bastando para que no segundo caso o titular disponha de dois nomes de domínio distintos, cujo bojo seja utilizado para o exercício da mercancia na Internet.

Neste quadrante, o exercício da publicidade também resta menos oneroso quando feito *on-line*, seja pela *potência alavancada* de destinatários que são atingidos pela comunicação de cunho patrimonial-econômico, ou pela possibilidade do uso dos meios não tradicionais de exposição (jornais, televisões e rádios). O chamado “comércio eletrônico”²¹⁶ é cotidiana e corriqueiramente utilizado nas redes sociais, muitas delas praticando o chamado “pay per click”. Ainda, o uso dos dados pessoais pelos e-stabelecimentos com os quais os consumidores edificam relações continuadas (imagine-se um serviço de streaming) atrai a atenção e a responsabilidade sobre tais insumos informativos pelo prestador de serviços²¹⁷.

Noutros termos, é possível laborar com uma segmentação de audiência e a alocação pertinente do seu conhecimento/empenho²¹⁸. Neste

213 FONTES, Marcos Rolim Fernandes. *Nomes de Domínios no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 95.

214 Segundo a boa doutrina canadense, o que define o Mercado relevante de um estabelecimento comercial na internet, acessível pelo nome de domínio, é o grosso da origem dos “clicks”, ou seja, de onde os consumidores acessam a *azienda*. Vide VAVER, David. *Intellectual Property Law*. 2ª Edição, Toronto: Irwin Law, 2011, p. 517.

215 VIANNA, Bomfim. *Perfil Analítico-Comparativo do Estabelecimento*. São Paulo: RT, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 30, Ano XVII, 1978, p. 70.

216 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet*. São Paulo: RT 2008, p. 80.

217 Sobre consentimento, controle e relações de longo prazo envolvendo dados pessoais vide: BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2019, p.246.

218 ARTESE, Gustavo. *Autorregulamentação em Privacidade: O Caso da Publicidade Online*. In ARTESE, Gustavo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Ed. Quartier Latin,

sistema o anunciante não desperdiça capital com, por exemplo, papeletas e filipetas que o transeunte abandonará perante a primeira lixeira, mas remunerará ao *provedor de conteúdo*²¹⁹ que destinar o *consumidor* ao link desejado²²⁰. Ou seja, mediante auditoria eletrônica, percebem-se as preferências dos internautas a certos conteúdos, e se faz uso de tal *vitrine* para a cobrança de “outdoors” eletrônicos de publicidade²²¹.

Por derradeiro, faz-se necessário o registro de que a expansão do comércio eletrônico *lato sensu* não trouxe, apenas, benesses mercantis e resultou na majoração do comércio como um todo. Assim, pelo fato de facilitar a avocação de atividades d’antes terceirizadas e minimizar²²² as barreiras à entrada²²³, a Internet também foi um condutor da retroação de atividades de intermediação tradicionais.

Entre tantas, pode-se destacar que a indústria das *salas de cinema*, locadoras de conteúdo audiovisual, e livrarias, sofreram e continuam a sofrer demasiadamente com a “concorrência” promovida com estabelecimentos virtuais da monta da *www.amazon.com* e *www.netflix.com*; tendo a primeira indústria (das salas de cinemas) sua resistência amofinada com a diminuição do *tempo* entre as estreias dos filmes, e a disponibilização do mesmo produto nos estabelecimentos comerciais de assinatura *online*.

Se é inegável que a *nova economia*²²⁴ da “Era da Informação” sacudiu o protagonismo da “era industrial”, não há como prever qualquer tipo

2015, p. 319 e 326.

219 TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de Direito e Processo Eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

220 VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything*. (And Why We Should Worry). Los Angeles: University Of California Press, 2012, p.9.

221 RIDOLFO, José Olinto de Toledo. *Aspectos da Valoração do Estabelecimento Comercial de Empresas da Nova Economia*. In Org. LUCCA, Newton de. & SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet*. 2ª Edição, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 304.

222 BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006, p. 30.

223 VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything*. (And Why We Should Worry). Los Angeles: University Of California Press, 2012, p. 19.

224 Sobre a íntima relação entre o direito comercial e a economia, vide BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 13.

de extinção da última pela primeira; mas, tão somente, apurar a alteração de paradigmas econômicos²²⁵.

2.7. SÍNTESE DO CAPÍTULO

As principais ideias deste capítulo podem ser sintetizadas na tabela abaixo:

PREMISSAS	RESULTADOS
Conceito de Empresa	Atividade econômica organizada – com a finalidade de produção de lucros – para a produção de bens ou serviços (art. 966 do CC).
Conceito de Estabelecimento	Perfil objetivo da empresa, produto da organização entre capital, trabalho e estrutura. Universalidade que contempla bens imateriais e materiais afetados à função empresarial.
Estabelecimento na Internet	E-stabelecimento. Perfil patrimonial disponível na internet para a finalidade empresarial.
Tendência de Majoração do número de E-stabelecimentos	Consequência econômica das fugas legítimas à tributação, aos custos com locação, mão de obra e demais obrigações <i>propter rem</i> .
Tendência de Minoração da Ocorrência ao Trespasse	Afora aqueles que visam a fuga ao controle do CADE, tem-se notado uma predileção pelos negócios de transposição subjetiva (cessão de quotas ou ações) face aos de alienação objetiva (trespasse, alienação do estabelecimento ou e-stabelecimento). Tal também pode ser um fenômeno decorrente à limitação presumida de não-concorrência do trespasse.

²²⁵ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006, p. 32.

3. O ESTABELECIMENTO COMERCIAL NA INTERNET E SEU IMPACTO NO DIREITO

O presente capítulo enfrenta alguns dos questionamentos trazidos pelo paradigma comercial-cibernético ao ambiente da concorrência, à qualificação e classificação das espécies de *aziendas virtuais* existentes, bem como a ligação entre tal forma de *fundo de comércio* e os consumidores.

3.1. DO PROCESSO DE VIRTUALIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

O comércio historicamente se beneficia dos avanços tecnológicos originalmente prescritos para outra função. Este aperfeiçoamento, entretanto, só ocorre uma vez contextualizada a técnica ao ambiente mercantil, e simbioticamente adaptando melhorias às invenções embrutecidas. Desde a demonstração da existência das ondas eletromagnéticas no século XIX, por um britânico denominado James C. Maxwell, perpassando pelo salto tecnológico propugnado pelo pesquisador tedesco Henrich R. Hertz; houve uma considerável evolução da propagação radiofônica²²⁶. Posteriormente, com a invenção do circuito elétrico sintonizado, a válvula tríodo, e o empenho de tais tecnologias para a produção de ondas eletromagnéticas de forma continuada, o embrião do que viria ser o rádio fora plantado. Neste esteio, um padre brasileiro – Roberto Landell de Moura – teve relevante importância internacional ao, no limine do século XX, obter uma patente no Brasil²²⁷ e três outras nos Estados Unidos

226 Dados disponíveis em <http://www.microfone.jor.br/historia.htm>, acessado em 09.03.2024, às 16:58.

227 Dados disponíveis em http://en.wikipedia.org/wiki/Landell_de_Moura, acessado em 09.03.2024, às 16:59. Em consulta ao sítio virtual do INPI, não se conseguiu localizar o documento. Entretanto, em busca ao site virtual do Escritório Estadunidense de Propriedade Industrial, um pedido de patente US 20120285907 A1 – de autoria de David Edward Emmons – depositado em 07.05.2012 trouxe em seu relatório descritivo a informação constante acima.