Marcello Pietro Iacomini

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL
NEGÓCIOS JURÍDICOS PERTINENTES

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

Universidade de São Paulo – USP

São Paulo

2010

Marcello Pietro Iacomini

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL
NEGÓCIOS JURÍDICOS PERTINENTES

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Comercial, sob orientação do Professor Doutor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

Universidade de São Paulo – USP

São Paulo

2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
 CAPÍTULO I – DOS ALICERCES DO DIREITO COMERCIAL.....	11
1.1. Evolução histórica do direito comercial.....	11
1.2. Do empresário.....	18
1.3. Da Empresa.....	20
1.4. Do Estabelecimento.....	23
1.5. Entrelaçamento dos institutos.....	26
1.6. Considerações Finais.....	29
 CAPÍTULO II – NOÇÕES GERAIS DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	30
2.1. Conceito legal.....	30
2.2. Patrimônio e estabelecimento.....	32
2.3. Natureza jurídica.....	38
2.4. Elementos do estabelecimento.....	46
2.5. Do aviamento e da clientela.....	54
2.5.1. Do aviamento.....	54
2.5.2. Da clientela.....	58
2.6. Pluralidade de estabelecimentos.....	61
 CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS INFORMADORES DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	64
3.1. Noções gerais a respeito dos princípios.....	64
3.2. Princípio da preservação do estabelecimento.....	67
3.3. Princípio da livre circulação do estabelecimento.....	72
3.4. Princípio da continuidade do estabelecimento.....	75
3.5. Princípio da função social do estabelecimento.....	77

CAPÍTULO IV - DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL NO DIREITO COMPARADO.....	81
4.1. Na antiguidade.....	81
4.2. Direito Francês.....	83
4.3. Direito Argentino.....	85
4.4. Direito Português.....	86
4.5. Direito Italiano.....	87
CAPÍTULO V – DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	89
5.1. Noções gerais.....	89
<i>5.1.1. Titularidade do estabelecimento empresarial.....</i>	<i>90</i>
<i>5.1.2. Circulação do estabelecimento empresarial.....</i>	<i>92</i>
<i>5.1.3. Publicidade e publicação do negócio jurídico translativo ou constitutivo.....</i>	<i>96</i>
<i>5.1.4. Negócios jurídicos.....</i>	<i>98</i>
5.2. Negócios jurídicos translativos (trespasse).....	104
<i>5.2.1. Introdução.....</i>	<i>104</i>
<i>5.2.2. Conceito de trespasse.....</i>	<i>105</i>
<i>5.2.3. Característica do trespasse.....</i>	<i>106</i>
<i>5.2.4. Classificação do trespasse.....</i>	<i>108</i>
<i>5.2.5. Sucessão nos débitos do estabelecimento empresarial cedido.....</i>	<i>111</i>
<i>5.2.6. Alienação do estabelecimento e a cessão de crédito.....</i>	<i>118</i>
<i>5.2.7. Eficácia do negócio jurídico translativo.....</i>	<i>122</i>
5.3. Negócios jurídicos constitutivos (arrendamento, usufruto, penhor).....	128
<i>5.3.1. Introdução.....</i>	<i>128</i>
<i>5.3.2. Arrendamento do estabelecimento empresarial no Código Civil.....</i>	<i>129</i>
<i>5.3.2.1. Classificação do contrato de arrendamento.....</i>	<i>131</i>
<i>5.3.2.2. Duração do arrendamento.....</i>	<i>132</i>
<i>5.3.2.3. Obrigações das partes.....</i>	<i>133</i>
<i>5.3.3. Usufruto ao estabelecimento empresarial.....</i>	<i>135</i>
<i>5.3.4. Penhor do estabelecimento empresarial.....</i>	<i>136</i>
5.4. Dever de não concorrência.....	138
<i>5.4.1. Definição do instituto.....</i>	<i>138</i>

5.4.2. Teorias fundamentadoras do dever de não concorrência.....	139
5.4.3. A legislação Italiana e a legislação pátria e as limitações temporal, espacial, pessoal e material.....	144
5.4.4. Leading case nacional.....	151
5.5. Sub-rogação do adquirente nos contratos.....	153
5.5.1. Noções gerais.....	153
5.5.2. Elementos informadores da legislação italiana aplicáveis ao direito. pátrio...	161
5.5.3. Dos contratos em espécie.....	163
5.5.3.1. Contrato de locação.....	163
5.5.3.2. Contrato de trabalho.....	167
5.5.3.3. Contrato de franquia ou franchising.....	169
5.5.3.4. Contrato de licença de uso de marca.....	170
5.5.3.5. Contrato de arrendamento mercantil ou leasing.....	171
5.5.3.6. Contrato de consórcio.....	172
5.5.3.7. Contrato de seguro.....	174
5.5.3.8. Contrato de concessão mercantil.....	175
 CONCLUSÃO.....	 177
 BIBLIOGRAFIA.....	 178
 RESUMO.....	 200
 ABSTRAT.....	 201

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
c.	Comma
c/c	Cumulado com
CC	Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10.1.2002)
CC/ 1916	Código Civil revogado (Lei nº. 3.071, de 1º. 1. 1916)
CCIt	Código Civil Italiano, de 1942 (Codice Civile)
CCom	Código Comercial (Lei nº. 556, de 25.6.185)
CDC	Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11.9.1991)
Cf.	Confira
CEJ/CJF	Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho (Dec- Lei nº. 5.452, de 1.5.1943)
CPC	Código de Processo Civil (Lei nº. 5.869, de 11.1.1973)
CR	Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988
CTN	Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172, de 25.10.1996)
Dec.	Decreto
Dec.-Lei	Decreto- Lei
Enc.del.dir	Enciclopedia del diritto
g.n.	Grifo(s) nosso(s)
Inc.	Inciso
LF	Lei de Falências revogada (Dec- Lei nº. 7.661, de 21.6.1945)
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil (Dec- Lei nº. 4.656, de 4.9.1942)
LL	Lei de Locações (Lei nº. 8.245, de 18.10.1991)
LPI	Lei de Propriedade Industrial (Lei nº. 9.279, de 14.5.1996)
LFR	Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº. 11.101, de 9.2.2005)

LRPEM	Lei de Registro Público das Empresas Mercantis e Atividade Afins (Lei nº. 8.934, de 18.11.1994)
LSA	Lei das Sociedades por Ações (Lei nº. 6.404, de 15.12.1976)
n.	Número
p.; pp.	Página; páginas
RDM	Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro
Riv.dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv.dir. comm.	Rivista di diritto commerciale
RT	Revista dos Tribunais
v.	Volume
v.g	Verbi gratia

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como escopo abordar os principais aspectos jurídicos a respeito do estabelecimento empresarial. Não se pode negar, sob pena de faltar com a verdade, que muitas questões, que hoje se impõem como novas, já foram abordadas pelo professor desta casa, Oscar Barreto Filho, em sua obra clássica Teoria do Estabelecimento Empresarial. Aliás, a atual legislação nada mais é do que fruto da atividade intelectual desenvolvida pelo mencionado lente. Portanto, a dissertação por nós elaborada tem como viga mestra o mencionado compêndio. Inverdade é, no entanto, inferir que deixaremos de colacionar as principais ideias de outros estudiosos, mormente da fecunda doutrina italiana que, há muitos anos, tem se debruçado sobre o assunto.

Importante deixar mencionado neste preâmbulo que, por uma questão de estilística e procurando dar maior elegância ao texto, utilizamos como sinônimos os termos: estabelecimento empresarial, azienda mercantil, fazenda mercantil, casa de comércio e fundo de comércio.

Também é importante enfatizar que a divisão do presente trabalho teve em mente abordar todos os dispositivos pertinentes ao estabelecimento empresarial, contidos no Código Civil. Ainda que algumas regras legais não tenham sido mencionadas expressamente, os pensamentos que as inspiraram foram expostos e analisados por nós.

No primeiro capítulo elaboramos algumas noções gerais a respeito da matéria, denominando-o de alicerces do direito comercial. Entendemos que a chamada teoria geral do direito mercantil possui três institutos que fundamentam toda a matéria. Se o estudioso partir dessas ideias iniciais, a compreensão da matéria mercantil ficará facilitada. Ademais, sem o devido entendimento dos conceitos de empresário, de empresa e de estabelecimento, não há como enveredar para o estudo de outros ramos do direito comercial. Não se pode visualizar o direito societário sem antes conhecer as figuras de empresário individual e coletivo. Como entender o plano de recuperação judicial sem antes estudar o estabelecimento empresarial ou o instituto complexo da empresa? Analisar algumas espécies contratuais, v.g., franquia ou trespasse, sem saber o que é estabelecimento, torna-

se tarefa difícil de imaginar. O próprio art. nº. 1.142, do atual Código Civil, torna-se incompreensível sem o estudo prévio e acurado dos alicerces do direito comercial.

No capítulo segundo, abordamos o conceito legal de estabelecimento oferecido pelo legislador, no art. 1.142 do Código Civil, cotejando-o com outros ordenamentos que também possuem dispositivos semelhantes, mormente o art. nº. 2.555 do Código Civil Italiano. Questões a respeito do patrimônio e do estabelecimento são analisadas. A natureza jurídica, outro assunto instigante, também foi dissecada neste tópico, bem como os elementos da azienda. Quanto aos elementos incorpóreos, aproveitou-se o ensejo para tecerem-se alguns comentários a respeito do nome empresarial, do título do estabelecimento, do ponto empresarial e dos bens da propriedade industrial. O aviamento e a clientela, por uma questão didática, foram tratados em um subcapítulo apartado dos elementos da azienda. Por fim, analisou-se a pluralidade de estabelecimento e a questão da competência que isso enseja.

Em seguida, elaboramos um capítulo denominado dos princípios informadores do estabelecimento empresarial. Procuramos extrair alguns vetores que orientam a exata compreensão das normas que disciplinam o estabelecimento. Assunto novo e não tratado de modo explícito pela doutrina comercialista, no entanto, preferimos, ainda que sob pena de censura, ousar. Outros princípios foram expostos por nós neste capítulo: o da preservação do estabelecimento, o da livre circulação do estabelecimento, o da continuidade e o da função social do estabelecimento.

Por seu turno, no quarto capítulo, como é de regra em uma dissertação na qual se tenciona tratar de um assunto em certa extensão e profundidade, há que se abordar a doutrina estrangeira, dando-se, é verdade, mais ênfase aos sistemas jurídicos da família do direito romano. Abordou-se, portanto, neste capítulo, a origem do estabelecimento e os diversos tratamentos oferecidos pela doutrina alienígena.

No último capítulo, no âmago da dissertação, tratamos dos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento empresarial. Iniciamos com algumas noções gerais de negócios jurídicos em que podem ter por objeto o estabelecimento empresarial. Elegemos alguns tópicos que entendemos de relevo para o trabalho. Em seguida, abordamos os negócios jurídicos translativos, o trespasse e os negócios jurídicos constitutivos. Após, abordamos o dever de não concorrência e abrimos um tópico próprio para tratar da sub-rogação do adquirente nos contratos.

Tentamos, na medida do possível, enxertar os temas com a mais atual jurisprudência a respeito do assunto, transcrevendo algumas decisões que entendemos de rigor.

CAPÍTULO I

ALICERCES DO DIREITO COMERCIAL

1.1 Evolução histórica do direito comercial

A literatura jurídica propaga que o direito comercial, como conjunto de normas organizadas, somente tomou feição na idade média¹. Conquanto isso seja verdade, pode-se afirmar que havia resquícios de regras mercantis no direito romano e, segundo alguns autores², até no Código de Hamurabi³. No entanto, é sabido e consabido de todos que neste momento histórico não se podia ainda falar em um ramo específico do direito privado, conhecido posteriormente como direito comercial, pois, segundo se depreende, não havia uma ordenação sistemática e principiológica dessas normas. Tratavam-se, na verdade, de normas esparsas regulando situações fáticas aleatórias e desconhecidas. Foi somente na Idade Média, por volta do século XII ao XVI, que o direito comercial surgiu como um conjunto de normas ordenadas e específicas.

O direito romano clássico também entendeu não ser necessário separar do direito civil as regras de direito mercantil, criando assim, um direito especial para a classe dos mercadores. O direito civil era apto a regular todas as relações jurídicas envolvendo

¹ P. CERAMI; A. PETRUCCI, *Lezioni di Diritto Commerciale Romano*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 5. Os autores, em acurado estudo a respeito do direito comercial em Roma, no início de sua obra, assim se manifestam: “*Lenin Goldschmidt, nella sua ben nota Univesalgeschichte des Handelsrechts del 1891, dopo avere affermato che il diritto commerciale universale moderno ha radice nel diritto romano del traffico degli stati del Mediterraneo, ebbe cura di precisare che il diritto commerciale in senso proprio, come ramo distinto del diritto è opera del Medioevo italiano inoltrato e delle codificazioni moderne*”.

² J. E. BORGES, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 2

³ J. E. BORGES, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 18. O autor afirma que havia no Código de Hamurabi normas destinadas a regular a atividade mercantil, mormente os arts. 101 a 107. São suas estas palavras: “Os dispositivos do Código de Hamurabi que, sem qualquer dúvida se referem especialmente ao comércio, não podem ser integralmente conhecidos porque o começo daquela série de normas encontra-se precisamente no lugar em que são ilegíveis. Assim, os §§ 101 a 107, cujo texto se salvou, tratam de uma relação jurídica entre duas pessoas, uma das quais confia a outra dinheiro ou gêneros. A pessoa que dá dinheiro ou gêneros denomina-se ‘damgar’ ou ‘damkuro’, e a que recebe, ‘samello’. O contrato corrente seria o de comissão, o de mútuo ou mais provavelmente o de sociedade em comandita, a commenda.”

comerciantes e não comerciantes. Não havia, portanto, necessidade do “*jus mercatorum*” em Roma. Ademais, o exercício do comércio era reservado aos escravos, sendo que as relações jurídicas objeto dessa atividade eram tratadas como um direito acessório ou de hierarquia inferior se comparadas ao “*jus civile*” romano. Pode-se, portanto, afirmar que não existia um direito comercial romano autônomo.

Logo, o direito comercial, como conjunto de normas estruturadas e organizadas por um sistema próprio e hierarquizado por princípios únicos informadores, somente teve lugar na idade média, mormente a partir da segunda metade do século XII com o agrupamento dos comerciantes em corporações de ofícios. Este período é denominado pela doutrina de corporativo. É a primeira fase do direito comercial, também denominada de fase subjetiva.

Nesta etapa evolutiva, o direito comercial, segundo nosso entendimento, é um conjunto de normas de natureza classista, fechado e corporativo. O direito comercial era baseado nos usos e costumes mercantis e aplicado somente aos inscritos em determinada classe de mercadores. Havia, também, tribunais especiais, com competência própria, para dirimir os litígios entre mercadores⁴.

Não se pode deixar de observar que a competência desses tribunais especiais era determinada pela qualidade do sujeito (*mercator*), bem como pela natureza da causa. Em outras palavras, não bastava a qualidade de comerciante para que a justiça consular tivesse competência absoluta, era necessária, também, que a origem do litígio tivesse causa mercantil. Isto restringia a competência desses tribunais⁵.

Importante deixar consignado que, nesta primeira fase, os tribunais fundamentavam as suas decisões nos usos e costumes mercantis. Ressalta-se que essa fonte do direito comercial continua sendo de suma importância para o Direito Comercial moderno. Não devemos olvidar que, ainda hoje, a Lei de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins⁶, em seu art. 8º, determina que caiba às juntas comerciais

⁴ V. H. M. FRANCO, *Manual de Direito Comercial*, vol I, São Paulo, RT, 2001, p.19. A autora doutrina que, nesta primeira fase evolutiva, o direito comercial tinha uma concepção subjetiva, pois era a qualidade do sujeito que determinava a competência do tribunal especial.

⁵ V. H. M. FRANCO, *Manual de Direito Comercial*, vol I, São Paulo, RT, 2001, p. 19.

⁶ Trata-se da Lei 8.934, de 18 de Novembro de 1994 e do Decreto nº. 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Este último diploma, em seu art. 87, determina que o assentamento de usos ou práticas mercantis deverá ser efetivada pelas Juntas Comerciais. O professor Américo Luis Martins da Silva oferece uma distinção entre usos e práticas mercantis. O primeiro seria a prática constante e ininterrupta, por certo tempo, oriunda da praxe cotidiana nos negócios. A prática mercantil constitui a rotina e o hábito comercial, a experiência e a técnica mercantil aperfeiçoada no dia a dia do exercício empresarial. (*Registro Público da Atividade Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 71).

realizar o assentamento dos usos e práticas mercantis⁷. Nota-se, portanto, que esta fonte de direito privado ainda serve de ferramenta para auxiliar o intérprete ou o juiz a dirimir os conflitos entre empresários, quando a legislação for omissa⁸.

Este sistema de jurisdição especial alastrou-se pela Europa atingindo a França, Espanha e Inglaterra. Neste período, metade do século XVI, floresceu o chamado mercantilismo e o centro econômico deslocou-se das cidades medievais italianas para o Ocidente. Na França, os tribunais consulares perderam competência para os tribunais organizados pelo estado francês; teve início o monopólio da jurisdição. No entanto, os litígios mercantis continuavam a ser decididos com supedâneo nos usos e costumes mercantis.

A revolução francesa de 1789 e as ideias difundidas pelos iluministas de: igualdade, fraternidade e de liberdade entraram em choque com regras jurídicas que eram concebidas e aplicadas a uma determinada classe de cidadãos. O direito comercial precisava deslocar o seu elemento nuclear do sujeito para o ato praticado. Em outros termos, não se concebia mais um direito comercial que analisava apenas a qualidade do sujeito em detrimento da atividade que este indivíduo realizava. Surgiu, neste momento, a teoria dos atos de comércio, ou seja, o segundo período evolutivo do direito comercial.

Esta segunda fase teve como marco inicial o Código Comercial francês de 1807. Pode-se dizer que este diploma legal tem como cerne a objetivação do direito comercial. Essa legislação influenciou o Código de Comércio Espanhol de 1885; o Código Comercial português de 1833; o Código Comercial alemão de 1861; o Código de Comércio italiano de 1882, bem com o nosso de 1850⁹.

A teoria dos atos do comércio pode ser descrita como a sistematização de um elenco de atividades econômicas que eram consideradas mercantis. Pode-se afirmar que era comerciante quem com habitualidade, mais o intuito de lucro, praticasse atos do comércio. Em nosso país, o elenco de atos do comércio estava descrito no art. 19 do Regulamento nº. 737 de 1850. Esse dispositivo considerava como atividade comercial, ou mercancia: a

⁷ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. VI, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, p. 180. Segundo o tratadista, “usos comerciais são as normas ou regras observadas uniforme, pública e constantemente pelos comerciantes de uma praça e por estes consideradas como juridicamente obrigatórias para, na falta da lei, regularem determinados negócios”.

⁸ Assim pensamos, pois a Lei de Introdução Civil, Decreto-Lei nº. 4.657 de 4 de setembro de 1942, em seu art. 4º, assim dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Ademais, é quase uma regra no direito mercantil, que este ramo do direito utiliza-se do método indutivo para a construção de suas regras, partindo do caso concreto para formar as regras abstratas imperativas.

⁹ V. H. M. FRANCO, *Manual de Direito Comercial*, vol I, São Paulo, RT, 2001, p. 21.

compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para vender por grosso ou a retalha, na mesma espécie ou manufaturadas, ou para alugar o seu uso; as operações de câmbio, banco e corretagem; as empresas de fábrica de comissões, de depósito, de expedição, de consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; a armação e expedição de navios. Esse era o rol de atividades consideradas comerciais pelo sobredito regulamento.

Nota-se que com a adoção da teoria dos atos do comércio pelo legislador colonial, o direito comercial brasileiro aproximou-se do direito comercial francês, sendo influenciado sobremaneira por este último. A nossa vez, este período histórico pode ser concebido como a fase gaulesa do direito mercantil nacional. Na Argentina não foi diferente, como comenta J. R. Garrone¹⁰.

A doutrina comercialista sempre acoimou o sistema objetivo de inapropriado e o censurou pela sua falta de técnica. Não havia um elemento de conexão comum a todos eles. Tratava-se, segundo alguns^{11 12}, de uma lista casuística sem critério lógico ou científico que pudesse justificar a inclusão ou não de certos atos.

É verdade que alguns autores¹³ propuseram-se a tentar elaborar uma classificação científica dos atos de comércio, como, J. X. Carvalho de Mendonça. Este, após avaliar o regulamento nº. 737 de 1850, dividiu os atos do comércio em: atos de comércio por natureza ou por profissionais, atos do comércio por dependência da conexão e atos do comércio por força ou autoridade da lei. O. Mendes, lente de direito comercial na Faculdade de São Paulo, assim se manifestou: “A classificação, portanto, apresentada pelo ilustre jurisconsulto, nada tem de nova, como ele mesmo reconhece, quando diz: ‘Esta classificação não é criada pela phantasia, mas corresponde a letra e espírito da nossa lei, informa-se no direito positivo’ ”¹⁴.

¹⁰ *Derecho Comercial*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 2003, p. 28. O autor nos ensina, ao comentar o Código Comercial argentino de 1859: “Esta legislação teve como fonte o código francês, espanhol, português, holandês e inclusive o nosso de 1850”.

¹¹ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 23ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 13. O autor comenta: “O sistema objetivista, que desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para a dos atos de comércio, tem sido acoimado de infeliz, de vez que até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles”.

¹² O. MENDES, *Direito Comercial Terrestre*, São Paulo, Saraiva, 1930, p. 106. O autor manifesta-se no mesmo sentido: “Effectivamente, não é possível determinar scientificamente os elementos componentes do comércio, diante do arbítrio com que o legislador classifica como taes os actos mais diversos”.

¹³ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, vol. VI. I, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, p. 449 – 526.

¹⁴ *Direito Comercial Terrestre*, São Paulo, Saraiva, 1930, p. 115.

Inglez de Souza, em seu projeto de Código Comercial,¹⁵ resolveu, entre a incerteza da teoria dos atos do comércio ou disciplinar a atividade mercantil conforme a natureza econômica e social, sem atenção ao fim especulativo que os indivíduos tenham em vista, optar pelo segundo critério. Importante que se diga que o trabalho apresentado pelo renomado comercialista merece ser consultado. Não tanto pelo primor técnico, mas pelo seu valor histórico. A propósito, o projeto regulou, nos arts. 782 a 793¹⁶, a venda do

¹⁵ *Projecto de Código Commercial*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913, [S.D].

¹⁶ Art. 782. O instrumento da compra-venda de um fundo de commercio, estabelecimento ou empreza commercial ou industrial em globo, deverá ser, dentro de 15 dias da sua data, archivado na Junta Commercial do districto em que o estabelecimento tiver a sua séde e no districto onde houver succursal ou filial, sob pena de não valer contra terceiros.

Art. 783. Se o fundo, empreza ou estabelecimento pertencer individualmente a homem casado no regimen da communhão de bens, os immoveis que do dito fundo, empreza ou estabelecimento fizerem parte não poderão ser alienados sem outorga ou consentimento expresso da mulher, guardada a disposição as empresas de que trata o art. 248.

Art. 784. A compra-venda dum fundo de commercio, estabelecimento ou empreza, deverá ser publicada por annuncios insertos no jornal que publicar o expediente da Junta Commercial e em outro de grande circulação editado no termo da séde do estabelecimento e reproduzidos em jornaes do termo em que houver succursal ou filial. Os annuncios deverão ser publicados tres vezes pelo menos no primeiro mez que se seguir á compra-venda e seis vezes pelo menos durante 60 dias seo o fundo, estabelecimento ou empreza tiver transacções com praças estrangeiras ou com praças nacionaes situadas a mais de seis dias de viagem da séde do estabelecimento.

Quando o estabelecimento cedido fôr de fundo capital inferior a cinco contos de réis, o prazo dos annuncios poderá ser limitado a 15 dias para todos os casos.

Art. 785. Pertencendo o fundo cedido a alguma sociedade legalmente constituida, o adquirente responde por todas as dividas da mesma sociedade constantes do balanço e escripturação do estabelecimento, ou já accionados ou de que tiver notificação judicial no prazo dos annuncios; e se não tiver sido archivado o instrumento da compra-venda, na fórmula do art.782, ou se não tiver sido publicada a transacção como se dispõe no art. 784, responderá o adquirente por todas as dividas contrahidas pela sociedade vendedora até a data da compra-venda, guardadas as regras sobre a prova contra terceiros estabelecidas neste Codigo.

Art. 786. Pertencendo o estabelecimento a firma individual ou a sociedade irregular, o adquirente responde por todas as dividas constantes da escripturação e por todas que houverem sido contrahidas pelo cedente ou pelos membros da sociedade irregular, até a data da compra-venda, sendo reclamadas dentro do prazo dos annuncios, se tiver archivados o instrumento e publicado a transacção, e em geral todas as dívidas de cedente ou cedentes legalmente provadas, se tiver omitido as formalidades prescriptas nos arts. 782 e 784.

Art. 787. Sendo as dividas visivelmente estranhas ao fundo, empreza ou estabelecimento vendido, o adquirente só responderá por ellas se o vendedor não tiver outros bens em que possa correr a execução, ou se for insolvel.

Art. 789. Vendendo-se um fundo de commercio, estabelecimento ou empreza, parte a dinheiro e parte a credito ou tudo a credito, o adquirente não poderá demorar o pagamento devido pelas prestações que se vencerem a pretexto de haverem apparecido credores que não constavamdo balanço e escripta do estabelecimento, mas poderá requerer a consignação em deposito judicial das importancias devidas, todas de uma vez ou à medida que se vencerem as prestações, notificando os credores para exercerem o seu direito sobre as ditas importancias. O deposito libera o adquirente salvo se os credores provarem que a venda ou preço foram simulados em seu detrimento.

Pressumi-se a simulação do preço quando é notoriamente inferior ao valor do fundo cedido e o vendedor não ficou com outros bens que garantam o pagamento das dividas.

Pressumi-se a simulação da venda quando o vendedor ou seu conjuge fica à testa do estabelecimento empresa, ou administra o fundo, que como mandatario do comprar simulado.

Art. 790. Sempre que o adquirente pelo pagamento que fez a credores legitimos, desembolsa quantia do que o preço ajustado na compra e venda tem opção ou de rescindir o contracto, pedindo ao vendedor a restituição das quantias desembolsadas e o juros da mora com indemnisação das perdas e damnos que houver soffrido, incluidos os lucros cessantes, ou demandar o vendedor pelo excesso pago, com juros da mora, sem prejuizo das penas criminaes em que tenha incorrido o vendedor .

estabelecimento empresarial, denominado de venda de fundo de comércio. Vale a pena mencionar que alguns dispositivos previstos no projeto, que data de 30 de abril de 1912, possuem correspondência parcial no atual Código Civil. Pode-se fazer um paralelo entre o art. 1144 do Código Civil e o art. 752 do projeto de Código Comercial, pois ambos determinam que instrumento do contrato de alienação do estabelecimento empresarial, para valer contra terceiros, deverá ser averbado na Junta Comercial. Ademais, este último dispositivo impunha o prazo de quinze dias para essa averbação, sob pena de não gerar efeitos legais em relação a terceiros.

A terceira fase do direito comercial foi a da aproximação da nossa legislação com a do sistema peninsular. Foi a fase da empresa e da unificação, pelo menos legislativa, do direito privado brasileiro. Nesta etapa histórica, apenas com o intuito de darmos uma ideia geral, pois a teoria da empresa será melhor desenvolvida nos capítulos vindouros, o foco do direito comercial moderno deslocou-se do ato e passou a ser a atividade econômica organizada pelo empresário ou pela sociedade empresária. Diante desse novo enfoque, o âmbito de incidência do direito comercial ampliou-se; atividades que antes estavam excluídas do regime mercantil como, v.g., a prestação de serviços e negócios imobiliários, passaram a ser matéria empresarial. O ato isoladamente considerado cedeu lugar para a atividade.

Iniciou-se esta fase atual do direito comercial com a promulgação do Código Civil Italiano de 1942. Este é, a nosso ver, a marco legislativo inaugural da terceira fase do direito comercial moderno, ou como querem alguns, do direito empresarial¹⁷. Nesta etapa

Art. 791. O vendedor de fundo de commercio, empreza ou estabelecimento, póde estipular no contracto, devidamente archivado, a preferencia para o pagamento das prestações aprazadas, quando preço ou parte do preço ficou por pagar, e nesse caso seu credito, occorendo a fallencia do adquirente, será classificado como se dispõe o capitulo IV do Título II DO Livro V. O privilegio do vendedor recabe sobre os elementos do fundo do commercio enumerados no instrumento de compra- venda e , em falta de designação precisa-se sobre os immoveis, as mercadorias, os moveis de que trata o art. 279, o direito autoral, as patentes de invenção as marcas de fabrica e de commercio, o nome commercial, sempre que esses bens já faziam parte do fundo cedido.

Art. 792. Sendo revendida uma parte do fundo de commercio, estabelecimento ou empreza, antes de pago interamente o primeiro vendedor, o privilegio deste se exercera sobre a parte revendida guardada a devida proporção entre a parte do preço ainda devido ao primeiro vendedor e o preço da revenda.

Art.793. As diposição desta secção ão applicaveis a qualquer venda cessão ou transferencia de fundo de commercio, empreza ou estabelecimento commercial ou industrial, ainda que resulte de contribuição para o capital de uma sociedade.

¹⁷ Alguns autores e faculdades de Direito, por modismo apenas ou em virtude da adoção da teoria da empresa pelo legislador pátrio, têm chamado o direito comercial de empresarial, modificando, com isso, a denominação clássica de um ramo de direito privado sem uma justificativa plausível. Continuaremos a denominar o nosso ramo do direito de comercial, independentemente da teoria adotada. Aliás, essa é a tendência da doutrina e faculdades italianas. Também não devemos olvidar que a Constituição Federal, no art. 22, I, expressamente refere-se ao direito comercial ao listar as matérias da competência legislativa privativa da União.

evolutiva, conforme já assinalamos, além do aumento do campo da incidência do direito comercial, açambarcando atividades que antes estavam sendo reguladas por outros ramos do direito, ocorreu também a chamada unificação do direito privado. Esta unificação legislativa, contudo, não afetou a autonomia didática do direito comercial. Trata-se, na verdade, de uma unificação formal e não material, conforme expôs G. Ferri.¹⁸

É verdade que o nosso trabalho não comporta, por questão de técnica e de tempo, a abordagem de questões incidentes; entretanto, é de rigor, ainda que perfunctoriamente, tecermos algumas ideias a respeito da autonomia do direito comercial. Primeiro, o direito comercial tem por escopo regular a atividade econômica por meio de normas técnicas¹⁹ e princípios próprios²⁰. Trata-se, como se nota, de um direito específico e que, às vezes, se distancia das regras do direito civil. Um exemplo desse distanciamento está no art. 972 do Código Civil²¹, que é regra de exceção ao princípio geral de que o absolutamente incapaz pode ser representado e o relativamente incapaz pode ser assistido nos negócios jurídicos praticados. Para a prática de atividade de empresário, o sujeito deve ser plenamente capaz, não se admitindo o exercício de atividade empresarial por incapaz, nem por meio de representante, nem com o auxílio de assistente, salvo as exceções contidas no art. 974 do mesmo diploma legal²². Segundo, a unificação do direito privado não trouxe qualquer benefício ao ordenamento jurídico pátrio. É de se lembrar que o arauto da tese da

¹⁸ *Manuale di Diritto Commerciale*, 2ª Ed., Turim, Editrice Torinese, 1962, p.12. “L’inserzione delle norme commerciali nel Codice Civile è un fatto che può essere eliminato, ma non può essere disconosciuto; fin quando rimane: l’autonomia del diritto commerciale non può pertanto essere sostenuta sotto il profilo formale, ma può esserlo soltanto sotto il profilo sostanziale e cioè sotto il profilo della inenitabilmente in una specializzazione e differenziazione della disciplina giuridica”.

¹⁹ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p.12. Ao tratar da autonomia do direito comercial, o professor assim se manifestou: “Bastam estas notas conceituais, que ilustram as peculiaridades do fenômeno econômico, e das normas que o regulam, para justificar a especialização técnica científica do direito mercantil, como disciplina à parte no campo do direito privado; a especialidade da matéria leva à especialidade da ciência”.

²⁰ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, 23ª Ed., São Paulo, 1988, p. 31. O autor elenca alguns princípios próprios do direito comercial, sobretudo para distinguir esse ramo do direito do direito civil. São eles: cosmopolitismo, individualismo, onerosidade, informalismo, fragmentarismo e solidariedade presumida.

²¹ Art. 972 do Código Civil- Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos

²² Art. 974 do Código Civil- Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

unificação redimiu-se²³. A despeito dos aspectos negativos da unificação do direito privado, é de se ressaltar que a nova legislação, atendendo aos reclamos da doutrina comercialista²⁴, deu um tratamento sistemático e adequado à disciplina do estabelecimento empresarial.

Feita essa incursão preambular pelas etapas evolutivas do direito comercial, situando, assim, o leitor no momento histórico atual, vamos, em seguida, abordar os três institutos básicos, que denominamos de alicerces do direito comercial: o empresário, a empresa e o estabelecimento.

1.2 Do empresário

A atividade empresarial pode ser exercida por um empresário individual (art. 966, CC)²⁵ ou por meio de uma sociedade empresária (art. 982, CC)²⁶. No primeiro caso, é a própria pessoa física que exercerá a atividade econômica organizada. No segundo, haverá a criação de uma pessoa jurídica²⁷ para o exercício da atividade empresarial.

O nosso atual Código Civil, no Livro II, dedicado à empresa, bipartiu o empresário em títulos separados. No Título I, regulou o empresário individual e no Título II tratou do empresário coletivo, ou seja, da sociedade. É verdade que ambos são espécies de empresário e a matéria toda poderia ter sido subordinada em um título único, entretanto,

²³ W. BULGARELLI, *Direito Comercial*, 14ª Ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 60, “Na Europa, na Itália mais precisamente, o movimento unionista iniciou-se, praticamente, com a célebre aula inaugural de Cesare Vivante, em Bolonha, cujas noções se encontram na sua célebre Prolusione, tendo, porém, se retratado em 1919, quando, inclusive, fora indicado para presidir a comissão de reforma do Código Comercial, adotando a concepção autonomista”.

²⁴ O professor de direito comercial da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Oscar Barreto Filho, foi um estudioso da matéria. Seu livro clássico, *Teoria do estabelecimento comercial*, serviu de alicerce para a elaboração das regras legais esculpidas no atual Código Civil.

²⁵ Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

²⁶ Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

²⁷ Nem sempre, é bom deixar claro, a sociedade é uma pessoa jurídica. Há sociedades que podem ser empresárias, mas não são pessoas jurídicas. Exemplo disso é a sociedade em comum, prevista no art. 986 do Código Civil.

conforme exposto por S. Marcondes Machado²⁸, a complexidade do assunto não permitiu a reunião de toda a matéria em um só título.

A propósito, não foi diferente o tratamento dispensado à matéria pelo legislador italiano, que no Título II, art. 2.082²⁹ do Código Civil italiano regulou o empresário individual e no Título V, art. 2.247³⁰ da mesma legislação, manifestou-se a respeito do contrato de sociedade. Outras legislações, como a portuguesa e a argentina, também adotaram a mesma técnica legislativa. No direito portenho o legislador regulou, no livro primeiro, do Código de Comércio, o empresário individual e somente cuidou das sociedades empresárias na legislação extravagante³¹.

Pois bem, o empresário é o sujeito de direito que realiza a atividade econômica organizada. Aproveitando a dicção da lei, conforme dispõe o art. 966 do Código Civil, considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Logo, segundo nosso entendimento, empresário é aquele que com profissionalismo exerce a empresa.

A nosso ver, o conceito moderno de empresário é muito mais amplo que a vetusta definição de comerciante. Hoje em dia, empresário é aquele dedicado à produção ou circulação de bens e serviços, sendo que a figura do comerciante, diante da legislação de outrora, era aquele que praticasse atos de comércio. Pode-se, no entanto, dizer, como o fez

²⁸ O professor, um dos idealizadores do Código Civil, explica quais as razões que o levaram a separar o empresário em dois títulos distintos. Transcrevo a lição da lente: “É conveniente esclarecer, desde logo, que o empresário pode ser pessoa física ou pessoa jurídica. Portanto, esta divisão em dois títulos, um do empresário, e outro da sociedade, é um pouco estranha, já que podem ser empresários pessoas individuais ou coletivas. Então, poder-se-ia subordinar toda esta matéria a um só título: “Do Empresário”. Mas a complexidade do assunto não permitiu essa idéia de tudo reunir sob um título único. Em primeiro lugar, porque nem toda pessoa jurídica é sociedade, e estamos tratando, no Código, das coletividades que não podem estar unidas à coletividade denominada sociedade. Portanto, abrindo um título apenas - Do Empresário - estaríamos incluindo, em pessoas coletivas, coletividades que são pessoas jurídicas, mas não são sociedades. Em segundo lugar, nem toda sociedade é pessoa jurídica, pois se a personalidade decorre da inscrição do ato constitutivo, enquanto não for inscrita ela é sociedade, mas não é pessoa jurídica. Deve, assim, ter um tratamento diverso, que não seria possível, se estivesse englobada com o conceito de empresário individual. Em terceiro lugar, nem toda sociedade, mesmo personificada, tem por objeto atividade empresária, pois há sociedades cujo objeto não visa essa atividade: são as sociedades não empresárias. Logo, dentro de um título único – Do empresário – abrangendo os indivíduos e os coletivos, ficaria mal colocada esta sociedade, que não é empresária. Em quarto lugar, as multiformes relações internas e externas da sociedade, dos sócios entre si, da sociedade com terceiros, de ligações subsidiárias dos sócios com esses terceiros, dão uma tal complexidade ao instituto que ele não poderia ser tratado como parte de um título - Do empresário - porque chegaríamos quase a idéia de dar ao todo, tamanho menor do que a parte. Enfim, o Projeto trata de todas as sociedades, inclusive as sociedades não empresárias”.

²⁹ Art. 2082 (CCIt)- Imprenditore- “È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi”.

³⁰ Art. 2247(CCIt)- Contratto di società – “Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili”.

³¹ Lei 19.550/84. Esta lei revogou os arts. 282 a 449 do Código de Comércio Argentino que tratava das sociedades comerciais.

F. Galgano, que: *“La figura dell'imprenditore prende, nel sistema del diritto privato vigente, il posto che nel diritto anteriore aveva occupato una diversa figura: quella del commerciante”*.^{32 33}

E podemos acrescentar às palavras do autor, sem, contudo, entender que as duas figuras, empresário e comerciante, abrangem as mesmas atividades de mercado. Talvez pudéssemos dizer que o empresário é gênero do qual comerciante seria a espécie.

Para o desenvolvimento do nosso trabalho, importante é deixar assentado que é o empresário, seja individual ou coletivo, quem organiza o complexo de bens para o exercício da empresa, como veremos mais adiante.

Apenas para concluir este tópico, devemos salientar que não é o registro do empresário no órgão competente que lhe atribui a condição de empresário, mas sim o exercício da atividade econômica feita organizada e profissionalmente que lhe dá a condição de empresário. O registro na Junta Comercial tem apenas natureza declaratória e não constitutiva.³⁴ Logo, aplica-se ao direito comercial moderno, o brocado latino: *“matricula non facit mercatorem”*.³⁵ Ademais, o registro na Junta Comercial gera apenas uma presunção relativa de que o sujeito de direito é empresário, podendo ser elidida a qualquer momento por qualquer meio de prova.

1.3 Da Empresa

O legislador do Código Civil não nos oferece um conceito de empresa, no que andou bem, pois, como é cediço, não lhe cabe essa tarefa. Definições, classificações ou exegese da lei são tarefas atinentes à doutrina. A norma jurídica deve ter um caráter

³² *Diritto Commerciale – L' imprenditore, Impresa, Contratti di impresa, crediti, Fallimento*, 12ª ed., Bologna, Zanichelli, 2008, p. 11.

³³ *A figura do empresário toma, no sistema do direito privado vigente, o lugar que no direito anterior era ocupado por uma figura diversa: aquela do comerciante (Tradução livre do autor)*.

³⁴ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 23ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 109.

³⁵ O. BARRETO. FILHO, *Teoria do estabelecimento comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p.115. “Advirta-se, contudo, que é o exercício in concreto de atividade econômica que atribui a qualificação jurídica de empresário comercial; não se é empresário somente pelo fato de estar inscrito no registro do comércio: *matricula non facit mercatorem*”.

autorizante e não conceitual. A norma jurídica é um imperativo autorizante.³⁶ A definição de empresário, no art. 966 do Código Civil foi deveras desnecessária. Talvez a conceituação legal tenha sido ofertada pelo legislador no intuito de, no parágrafo único, estabelecer quem não é empresário.³⁷ Aproveitando o momento, a conceituação ofertada de estabelecimento empresarial deve-se, a nosso ver, a dois motivos: primeiro, o trato da matéria é nova em nossa legislação; segundo, que a visão do estabelecimento empresarial como unidade organizada de bens, e não simplesmente como bens isolados pertencentes ao empresário, precisava ser afirmada expressamente. Por isso, a sua localização topográfica, no Livro II do Código Civil, “Do Direito de Empresa” e não no Livro “Das Coisas” ou “Das Obrigações”³⁸.

Conquanto não se tenha um conceito legal de empresa, a doutrina comercialista nos oferece uma ideia jurídica de empresa. Um estudo mais acurado desse fenômeno jurídico tão complexo foi realizado por Alberto Asquini.³⁹ De acordo com o jurista italiano, a empresa, sob o ponto de vista jurídico, apresenta-se como um fenômeno poliédrico, ou

³⁶ G. TELLES JÚNIOR, *Iniciação na Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 43. Segundo o professor da Faculdade de Direito de São Paulo: “A norma jurídica é autorizante porque ela autoriza quem foi lesado por violação dela a empregar, pelos meios competentes, as sanções da lei, contra o violador (violador efetivo ou provável), para fazer cessar ou obstar a violação, ou para obter, do violador, reparação pelo mal que a infringência causou; ou para forçar ou violar a repor as coisas no estado em que estavam antes da violação; ou, por último, nos casos de crime, para submeter o violador às penas da lei e às medidas legais de segurança social”. Mais adiante o autor explica: “Todas as normas são imperativas porque, de uma ou outra maneira todas são mandamentos, como explicamos no capítulo anterior. Mas somente as normas jurídicas são autorizantes. A norma jurídica, portanto, é sempre um autorizamento, além de ser um mandamento”. E em remate, adverte o estudioso: “Este é o motivo pelo qual se diz que a norma jurídica é bilateral. De fato, por um lado, ela é um mandamento, imposto a determinadas pessoas; e, por outro lado, é um autorizante, instituído em benefício de outras pessoas”.

³⁷ O parágrafo único do art. 966 do Código Civil segue uma tradição dos países da família do direito romano-germânico. Nestes, a atividade intelectual é considerada não empresarial, pois, como exposto por S. Marcondes Machado: “O esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço”. (*Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p.11).

³⁸ S. MARCONDES MACHADO, *Questões do Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p.23. O autor transcreve tópico da exposição de motivos do anteprojeto que trata do estabelecimento empresarial. Peço, também, vênha para trazer à colação trecho do texto: “A doutrina brasileira, consagrada no Anteprojeto de Código do Trabalho, elaborado no plano de reforma dos códigos nacionais, considera a empresa como unidade organizada que se serve de um ou vários estabelecimentos, vinculados entre si pelo empresário, pessoa física ou jurídica; e o estabelecimento, como unidade organizada, na qual o empresário reúne os meios para a consecução contínua de um objeto técnico, tendo em conta os bens que compõem o estabelecimento, a disciplina deste caberia no projetado Código Civil, em seu Livro (Das Coisas). Mas constituindo ele objeto de direitos e obrigações do empresário, poderia, sob esse aspecto, ser enquadrado no Livro (Das Obrigações). A verdade, porém, é que ambos os aspectos são absolvidos pelo caráter unitário de sua organização, como instrumento com o qual o empresário exerce a sua empresa assim, considerando que esse livro do projeto tem como fulcro o conceito de empresário e de sociedade empresária, e, ainda, dada a intimidade da conexão do empresário com o estabelecimento veio encontrar melhor guarida nos quadros da atividade negocial”. Importante salientar que o Livro II do Código Civil era denominada no projeto: “Da atividade negocial” e não: “Do direito da empresa”, como hoje conhecemos.

³⁹ *Profilì dell'impresa*, in Rivista di Diritto Commerciale V XLI, Milano, Vallardi, 1943. Existe uma excelente tradução do texto feito pelo professor Fabio Konder Comparato na Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v.104, pp. 109-126.

seja, com vários perfis. Razão pela qual tanta confusão instaura-se na doutrina e na legislação, dificultando, assim, o estudo da teoria da empresa.

Asquini entendia a empresa sob quatro perfis. O primeiro seria o perfil subjetivo em que a empresa é vista como empresário ou sociedade empresária. Trata-se de uma atecnia essa visão de empresa. Não se pode entender a empresa sob o perfil subjetivo. O empresário, individual ao coletivo, é aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. É verdade que o legislador, às vezes, utiliza-se da empresa no sentido subjetivo, como, por exemplo, no art. 1º da Lei 8.934, de 18 de novembro de 1994 que dispõe sobre o Registro Público de empresas mercantis e atividades afins. A redação do dispositivo é a seguinte:

“O Registro Público de empresas mercantis e atividades afins, subordinado às normas gerais prescritas em lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistemática, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades:

I- dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidas a registro na forma desta lei;

II- cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no país e manter atualizadas as informações pertinentes.”⁴⁰

Nota-se claramente que o legislador deveria ter denominado a sobredita legislação de Lei de Registro das Sociedades Empresariais ou simplesmente Lei de Registro das Atividades Mercantis.

Outro perfil analisado por Asquini é o objetivo. Neste aspecto, a empresa é vista como o complexo de bens utilizados pelo empresário. O termo empresa é utilizado como sinônimo de estabelecimento empresarial. O Código de Processo Civil, em seu art. 678 atribui à empresa esta feição. Transcrevo o dispositivo:

“A penhora de empresa, que funcione, mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores”.⁴¹

⁴⁰ O exemplo utilizado por nós foi extraído das aulas ministradas pelo professor Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França na pós-graduação da Faculdade de Direito da USP.

⁴¹ Exemplo ministrado em aula de pós-graduação na Faculdade de Direito da USP- pelo professor Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França.

Trata-se, conforme assinalamos, de penhora do estabelecimento empresarial. Aliás, não é privilégio do legislador processualista utilizar o termo empresa em vários significados. A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101/05), em seu art. 140, parágrafo 3º, determina que a alienação da empresa terá por objetivo o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos. Vê-se claramente empresa no sentido objetivo.

A empresa pode, ainda, ter uma concepção corporativa, seguindo o estudioso italiano. Neste contexto, a empresa é vista como instituição. Influenciado pelo facismo italiano, que entendia a empresa como a organização interna compreendendo trabalhadores, empresários e os colaboradores, todos unidos para a realização de um objeto comum. Não encontramos a concepção corporativa de empresa em nossa legislação.

Finalmente a empresa assume um perfil funcional. Trata-se, a nosso ver, do conceito técnico de empresa. Pode-se afirmar que empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Em síntese, empresa é atividade. É justamente neste sentido que o legislador o empregou no art. 1.142⁴² do Código Civil. Ou ainda, secundado nas lições do professor Erasmo Valladão, no art. 2º da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que reza: “Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário a lei, à ordem pública e aos bons costumes”.

Em nosso trabalho, utilizaremos empresa em seu perfil funcional. Contudo, devemos deixar assentado que todos os perfis de empresa mencionados auxiliam o estudioso a transpor, para o mundo jurídico, um fenômeno econômico.

1.4 Do Estabelecimento

Antes de iniciar a sua atividade empresarial, o empresário, seja ele individual ou coletivo, necessita de instrumentos para o bom desempenho de seu mister. Esses

⁴² Art. 1.142 do Código Civil - Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

instrumentos, ou elementos, quando organizados para exercício da empresa são denominados de estabelecimento empresarial. Logo, pode-se afirmar que o estabelecimento é o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa.⁴³

É importante, neste momento, deixar assentado ao nosso leitor que apenas bens podem compor o estabelecimento empresarial, não fazendo parte do estabelecimento, por exemplo, relações jurídicas. Isto, contudo, será melhor desenvolvido quando tratarmos de estabelecimento e patrimônio.

Esses elementos que compõem o estabelecimento empresarial podem ser, para fins didáticos, divididos em corpóreos e incorpóreos. Os primeiros são aqueles que possuem matéria física, ou seja, bens materiais de existência concreta e real, tais como o maquinário, o balcão, etc.. Os bens incorpóreos são aqueles que não possuem existência real, entretanto, podem ser valorados economicamente. São exemplos destes bens, a marca, o título de estabelecimento e o nome empresarial. Quando essenciais ao exercício da atividade empresarial são elementos do estabelecimento empresarial.

A nosso ver, não há como exercer a atividade empresarial sem antes organizar os elementos do estabelecimento. Por mais insignificante que seja a atividade desenvolvida pelo empresário, alguns elementos precisam estar organizados. Não conseguimos visualizar este aspecto de outra maneira. Da mesma opinião comunga Oscar Barreto Filho.⁴⁴ Contudo, esse assunto será mais desenvolvido no decorrer da dissertação.

Importante se observar que o estabelecimento não é, em regra, um conjunto de bens homogêneos como, v.g, uma biblioteca⁴⁵. Trata-se de um conjunto heterogêneo de bens organizados pelo empresário. E é justamente esta organização o elemento preponderante do estabelecimento empresarial, pois se o empresário não souber ordenar esses elementos, provavelmente a sua atividade estará relegada ao insucesso. Em outras palavras, a organização é o que denominamos, na linguagem popular, de tino comercial e necessita de um talento especial do empresário para o bom desempenho da empresa.

A natureza jurídica e os elementos do estabelecimento empresarial, bem como outros aspectos importantes ligados ao tema serão tratados no decorrer do nosso trabalho.

⁴³ Aliás, não é outra a definição ofertada pelo Código em seu art.1.142.

⁴⁴ Teoria do estabelecimento comercial, 2ª Ed., São Paulo Saraiva, 1988, p.60. “Quando um indivíduo se dispõe a exercer a atividade mercantil, deve reunir os meios necessários para tal, obtendo e organizando um conjunto de bens que sirva de base econômica ao empreendimento”.

⁴⁵ M. CASANOVA, *Impresa e Azienda*, Turim, Torinese, p. 323- 324.

No entanto, é preciso posicionar o leitor a respeito de algumas reflexões. Primeiramente, não obstante receba, diante da nova legislação, uma proteção unitária, os elementos do estabelecimento não perdem a sua individualidade perante o ordenamento jurídico. Cada elemento componente do estabelecimento permanece com sua proteção específica, e pode ser separado do conjunto sem comprometer a unidade e existência deste último. Nesse aspecto, precisa é a lição de O. Barreto Filho⁴⁶ quando aduz que a extinção do estabelecimento somente se opera quando se verifica desagregação total dos fatores de produção, ou, em outras palavras, havendo aniquilamento do aviamento.

Ademais, é importante deixar assentado, que cotejando a literatura jurídica nacional e alienígena, verifica-se que o estabelecimento empresarial é tutelado em razão de diferentes fatores. Portanto, pode-se apontar três sistemas de regulação da matéria⁴⁷: o francês, o alemão e o italiano.

No sistema francês, o estabelecimento empresarial é protegido em virtude da tutela da clientela.^{48 49} Na verdade, pode-se afirmar que o fundo de comércio consiste no direito à clientela. Isto também ocorre no direito argentino que se filiou ao sistema gaulês. Interessante notar que a legislação argentina elenca, expressamente, dentre os bens componentes do fundo de comércio, a clientela.⁵⁰

O sistema alemão identifica o estabelecimento com a empresa em seu perfil funcional, segundo A. Asquini. No Código Comercial Alemão (HGB), verifica-se que a noção de estabelecimento empresarial (Handelsgeschäft) está associada a nossa noção de atividade econômica desenvolvida pelo empresário.⁵¹

No sistema italiano, o estabelecimento empresarial (Azienda) é tutelado levando-se em conta o seu aspecto unitário diante de negócios jurídicos translativos ou constitutivos (trespasse, débitos do estabelecimento, dever de não concorrência do adquirente, sucessão nos contratos).

O legislador pátrio, conforme veremos, adotou o sistema italiano.

⁴⁶ *Teoria do estabelecimento comercial*, São Paulo, Saraiva, 1988, p.149.

⁴⁷ M. A. FERÉS, *Estabelecimento empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 9.

⁴⁸ M. A. FERÉS, *Estabelecimento empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p.9

⁴⁹ G. RIPERT, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Trad. Esp., de Felipe de Solá Canizares. Tea, 1954, p.321.

⁵⁰ A Lei 11.867, de 17 de agosto de 1934 que trata da transferência do fundo de comércio, em seu primeiro dispositivo, declara como elemento componente do fundo a clientela. Esse assunto, a respeito da clientela, iremos abordar em um capítulo próprio, reservado ao tema.

⁵¹ S. L. GOREN; I. S. FORRESTER, *The German Commercial Code*, Fred B. Rothman & Co., 1979.

1.5 Entrelaçamento dos institutos

Conforme já mencionado, entendemos que o empresário, a empresa e o estabelecimento são os alicerces do direito comercial moderno. Todo o direito mercantil encontra-se ligado a esses três institutos. Não há ramo específico do direito comercial que não dependa de seus fundamentos. Portanto, no intuito de isso demonstrar, inauguramos a nossa dissertação com algumas ideias referentes a estes temas. Pelo que foi descrito até então, nota-se que são institutos distintos, mas interligados entre si.⁵²

No intuito de recapitular algumas ideias já expostas, pode-se dizer que o empresário é o protagonista da atividade mercantil, ou, em termos jurídicos, é o sujeito de direito. Contudo, para poder realizar essa atividade, a qual se propõe, precisa de instrumentos, ou seja, do estabelecimento empresarial. E, por derradeiro, a atividade econômica organizada pelo empresário é o que denominamos de empresa. Eis, em apertada síntese, os três institutos.

Dessas ideias chegamos a algumas conclusões. No nosso pensar, haverá necessidade da presença do empresário e do estabelecimento empresarial para a realização da empresa. Essa é a ordem natural da ocorrência desses fenômenos no mundo fático. Sem essa sequência natural, a atividade mercantil não se desenvolve. Logo, há, regra geral: empresário, estabelecimento e empresa, presentes no desenvolvimento da atividade mercantil.

Se o que foi dito é verdade, não menos verdade é que algumas patologias, ou situações excepcionais, possam surgir. Podemos, no momento da inscrição do empresário ou da sociedade empresarial na junta comercial, vislumbrar apenas a figura do sujeito de direito, sem estabelecimento empresarial organizado e, por conseguinte, sem ainda empresa. Temos, aqui, apenas a figura do empresário sem estabelecimento e empresa.

Há, em um segundo momento, quando o empresário, já inscrito, organiza os elementos estruturais de produção: empresário e estabelecimento empresarial, mas ainda não se pode falar em empresa. Neste momento, surge uma indagação interessante, pode-se falar em estabelecimento empresarial sem empresa?

⁵² O. BARRETO FILHO, *Teoria do estabelecimento comercial*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 115.

Há dissenso na doutrina a respeito do assunto⁵³, entendendo a maioria dos escritores que não é possível haver empresário e estabelecimento sem o efetivo início da atividade empresarial. Por outro lado, é verdade que pela redação do art. 1.146 do Código Civil, o estabelecimento é o complexo de bens organizados pelo empresário. O exercício da atividade seria apenas o elemento finalístico do estabelecimento, e não um elemento essencial para a sua existência. Dizer que não existe estabelecimento sem empresa poderia ser um exagero para os que assim pensam.

Na verdade esta celeuma a respeito da gênese do estabelecimento empresarial depende, segundo Oscar Filho⁵⁴, da compreensão do termo “estabelecimento”. Posto de outra maneira, para aqueles⁵⁵ que entendem que a prestação de serviços é elemento do estabelecimento, não existe início desta universalidade antes do efetivo exercício da atividade empresarial, pois não há como se compreender a organização estática de serviços.

⁵³ M. ROTONDI, *Diritto Industriale*, 5ª ed., Padova, Cedam, 1965, n°33. Veja o pensamento interessante do autor: “Il problema di come nasce l’azienda è molto delicato, specialmente quando titolare dell’azienda è una persona giuridica che si potrebbe essere tentati di confondere coll’azienda stessa. Questa confusione però non deve assolutamente farsi: deve nettamente essere distinta la persona giuridica del soggetto titolare dall’azienda stessa. La persona giuridica può quindi, e il caso è molto frequente, preesistere alla nascita dell’azienda di cui è titolare.

Se per la nascita della società occorre il compimento di tutti quegli atti che la legge richiede, indipendentemente per altro dall’esercizio effettivo dell’attività che si prefigge di spiegare- alludiamo in particolare a quelle forme tipiche di società alle quali il legislatore ha espressamente riconosciuto la personalità giuridica, in quattro regolarmente costituite- per la nascita dell’azienda invece, per quanto la nascita sia preceduta da un periodo di preparazione, non l’iscrizione nel registro di commercio, ove esiste; ma occorre l’effettivo inizio dell’esercizio, occorre cioè (CALAMANDREI, NAVARRINI, MANDOLESI) che si venga alla fusione dei tre fattori della produzione: natura, capitale, lavoro. È allora altresì che, per effetto di questa stessa organizzazione interna, sorge anche l’avviamento, che l’ordinamento giuridico tutelerà mediante la repressione della concorrenza sleale, è allora che cominceranno a spiegare la loro funzione differenziatrice tutti i segni caratteristici dell’azienda (ditta, marchi, emblema). Senza l’esercizio effettivo dell’attività produttiva che agita di un moto perpetuo tutti gli elementi dell’azienda, questa non può considerarsi viva, come non può dirsi nato vivo il feto che non abbia respirato.

Sine exercitio seu negotiatione negotium concipi non potest ut ab etimologiae ipsius vocabuli significatione desumitur (v. Select. Rot. Flor. Decis., T. V, Decis. DLXXXVI, N.1). Ciò è confermato d’altra parte dalla stessa definizione che il codice civile, allo art. 2555, ci fornisce dell’azienda. Se l’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa, è evidente che non si avrà azienda fintanto che quest’opera organizzativa dei fattori della produzione non sia stata attuata, e che l’elemento decisivo per il sorgere dell’azienda consiste appunto nell’organizzazione.”

⁵⁴ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 136.

⁵⁵ M. CASANOVA, *Impresa e Azienda*, Turim, Torinese [sd], p. 325. O autor elenca uma série de tratadistas que assim pensam. Dentre alguns: Alfredo Rucco, Cernelutti, Ferrara, Messineo, Rotondi, Auletta, De Gregorio, Santoro- Passarelli. Compartilha dessa opinião, O. Barreto Filho, que assim se manifesta: “Sem adotar a inadmissível formatação de Cernelutti, é preciso reconhecer que o empresário necessita, a par dos bens materiais e imateriais que compõem o estabelecimento, também dos serviços que com ele são coordenados. Despojado dos elementos pessoais, estabelecimento deixa de ser um organismo vivo, dele restando apenas a massa inanimada de bens. (Ob. cit. p.122).”

Contudo, para os que assim não entendem⁵⁶, poderá haver estabelecimento sem o efetivo início da empresa.⁵⁷

Em seguida, poderia haver estabelecimento empresarial e empresa sem, no entanto, a figura do empresário? Quanto a essa indagação, pensamos ser possível de ocorrência. Imaginemos a seguinte situação: determinada sociedade empresária tem a sua falência decretada. Sabemos que quando isto ocorre, a sociedade empresária não é extinta de imediato, mas inicia-se, neste momento, o processo de liquidação.⁵⁸ Imaginemos, também, que haja continuidade no exercício da atividade empresarial, de acordo com a permissão ofertada pelo o art. 99, XI, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.⁵⁹ Neste caso, não se pode deixar de reconhecer que exista estabelecimento empresarial e empresa, mas sem a figura do empresário, que está em processo de liquidação. O titular do estabelecimento seria a massa falida, que, como é cediço, não é pessoa, muito menos sociedade empresária.

Ainda, outra situação hipotética que poderíamos vislumbrar é a seguinte: pode haver empresário e empresa sem estabelecimento empresarial? Neste caso, a resposta deve ser negativa. Não há como exercer a atividade empresarial sem um mínimo de organização. Por mais modesta que seja a atividade exercida, é imprescindível a presença do estabelecimento empresarial.⁶⁰

⁵⁶ H. ESTRELLA, *Dell'Azienda Commerciale Nel Diritto Brasiliano*, in Studi in memoria di Tulio Ascarelli, Milão, 1968, I.

⁵⁷ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 121. O autor, expõe lições de Valery ,sobre o assunto: “Os serviços são energias originadas do trabalho - atividade humana aplicada à produção – e nessa qualidade fazem parte da empresa, que é justamente a organização de atividade. As antigas doutrinas que conceituam a azienda como complexo organizado de coisas e de pessoas, hoje não podem substituir, diante da sistematização acolhida pelo art. 2.555 do Código Civil de 1942.”

⁵⁸ Assim pensamos, pois, existe a possibilidade do falido, seja este empresário individual ou sociedade empresária, retornar a exercer a atividade empresarial, após a declaração de extinção de suas obrigações, previstas no art. 158 da Lei 11.101/05. Portanto, não se pode falar em extinção da pessoa jurídica conforme determina o art. 1.044 do Código Civil. Este dispositivo dispõe que, a sociedade empresária se dissolve de pelo direito pela declaração da falência; regra esta que se aplica à sociedade limitada por força do art. 1.087 do mesmo diploma legal. Não andou bem o legislador na elaboração desta norma. Não compartilha de nosso entendimento Fabio Ulhoa Coelho: “O efeito da decretação da falência em relação à pessoa jurídica da sociedade empresária é sua extinção (*Curso de Direito Comercial*, VIII, 8ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 287).

⁵⁹ Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

⁶⁰ H. ESTRELLA, *Curso de Direito Comercial*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1975, p.237. Transcrevo interessante análise do autor que, também, assim entende: “Para a realização de qualquer empreendimento econômico, por mais modesto que seja, fazem-se necessárias três coisas: capital, trabalho e organização. Este conjunto convencionalmente ordenado e predisposto ao exercício de atividade produtora, comercial ou fabril, recebe o nome de estabelecimento comercial, negócio ou casa de comércio. Apresenta-se como uma unidade, assim formada pela vontade do empresário, que interliga os seus componentes.”

1.6 Considerações Finais

Analizamos, nesse primeiro capítulo, três institutos que percebemos como fundamentais ao direito comercial moderno: o organizador de atividade, os instrumentos necessários para a consecução desse objetivo e a própria atividade econômica organizada. Tentamos demonstrar que esses três institutos jurídicos encontram-se entrelaçados, conquanto não se confundam.

Em linhas gerais, procuramos também, no correr da pena, desenvolver as etapas evolutivas do direito comercial, com o intuito de demonstrar os critérios utilizados para determinar quem é, hoje em dia, empresário. Aliás, esse sempre foi, a nosso ver, o grande dilema do direito privado: quais as matérias pertinentes ao direito civil e qual o campo de incidência do direito comercial.

Aspecto interessante que foi estudado nesse primeiro capítulo é o que denominamos de entrelaçamento dos institutos. E vale a pena ter em mente que chegamos a algumas conclusões importantes. Vimos que pode, dependendo da posição adotada, haver empresário e estabelecimento, sem empresa; pode outrossim, existir estabelecimento e empresa sem a figura do empresário; no entanto, não se pode admitir empresário e empresa sem o estabelecimento. Esta última situação hipotética é impossível de ocorrência. Logo, a conclusão é clara e lógica: sem o estabelecimento empresarial não pode existir empresário com empresa. E mesmo no chamado comércio eletrônico haverá necessidade de organizar-se um conjunto de bens para o exercício da atividade virtual, como, por exemplo, em uma livraria virtual, o empresário precisa, ao menos, dos livros para serem entregues ao adquirente. Sem falar do nome empresarial, da marca, dentre alguns elementos. Ademais, não há como deixar de se reconhecer o aviamento a este estabelecimento virtual.⁶¹

⁶¹ O estabelecimento virtual é tema novo e ainda não tratado pela doutrina comercialista. Por isso, peço vênica para transcrever algumas linhas da lavra de Fabio Ulhoa Coelho que considero interessante: “Por essa razão, também o estabelecimento virtual pode ter *fundo de empresa*, ou seja, um valor agregado ao conjunto de bens que o compõe. Quem adquire estabelecimento virtual pode pagar preço maior que a soma do valor de cada bem(material ou imaterial) envolvido na exploração da atividade econômica. Se o *website* é visitado por significativa quantidade de *internetenautas*, abriga volume expressivo de transações, o *layout* da página é bem estruturado e atraente, o nome de domínio é de fácil assimilação, os sistemas de segurança de transmissão de dados são confiáveis, então o estabelecimento virtual tem seu próprio valor, são independentes dos equipamentos e programas empregados ou da marca. Os portais são exemplos de empresários que titularizam exclusivamente estabelecimento virtuais, que são negócios como qualquer outro estabelecimento, isto é, por preço que reflete mais o potencial de retorno financeiro do investimento que o valor dos bens componentes. O mercado considera como *goodwill of trade* dos estabelecimentos virtuais a “comunidade de internetenautas”, isto é, o perfil e a quantidade diária média de pessoas que transitam pelo *website* e que podem constituir consumidores potenciais de produtos ou serviços nele anunciados.”

CAPÍTULO II

NOÇÕES GERAIS DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

2.1 Conceito legal

Com a unificação legislativa do direito privado, o Código Civil de 2002 estabeleceu um conceito legal de estabelecimento empresarial. No art. 1.142, o legislador assim se manifesta: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. Deu-se um tratamento sistemático à matéria.⁶²

Havia, contudo, antes do advento do Código Civil, dispositivos esparsos regulando, ora o estabelecimento, ora alguns de seus elementos. O Código Civil de 1850, por exemplo, fazia menção ao estabelecimento comercial, em seu artigo primeiro e os arts. 75 e 301 aludiam à casa de comércio.⁶³ Não é só, o Decreto 916, de 24 de outubro de 1890, em seu art. 7º, que tratava das espécies de nomes comerciais, determinava: “É proibida a aquisição de firma sem a do estabelecimento a que estiver ligada.” Hoje em dia, a mesma orientação encontra-se esculpida no art. 1.164, parágrafo único, do Código Civil.⁶⁴

Ademais, a legislação falimentar, Decreto Lei 7.661, de 1º de junho de 1945, cuidava do estabelecimento comercial quando mencionava os atos de falência⁶⁵, bem como

⁶² M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil –Do Direito de Empresa*, v.13, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 616. Nesse sentido: “Ao término dos três anos de trabalhos da comissão, em 23/05/72, já constava do esboço do anteprojeto um tratamento sistemático para o instituto, a fim de sanar a omissão legislativa sempre verificada no direito brasileiro. Isso se deve ao acatamento pelos integrantes da comissão das sugestões formuladas pelo saudoso Profº Oscar Barreto Filho, ilustre jurista, um dos pioneiros no estudo da matéria em nosso país.”

⁶³ P. C. MIGUEL, *O Estabelecimento Comercial*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXVII, p. 15.

⁶⁴ Art. 1.164 do Código Civil: “O nome empresarial não pode ser objeto de alienação. Parágrafo único. O adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor”.

⁶⁵ Art. 2, V e VII do Decreto Lei 7.661/45: “Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: V - transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo; VII - ausenta-se sem deixar representante para administrar o negócio, habilitado com recursos suficientes para pagar os credores; abandona o estabelecimento; oculta-se ou tenta ocultar-se, deixando furtivamente o seu domicílio”.

no dispositivo que tratava dos atos ineficazes, passíveis de revogação pela ação revocatória.⁶⁶ O Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934, conhecido como “Lei de luvas” tutelava o fundo de comércio, dando guarida ao empresário-locatário. A atual lei de locações, Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, também protege o fundo de comércio⁶⁷.

Feita essa pequena reminiscência legislativa, é de rigor afirmar que a definição legal posta pelo legislador pátrio, não foi original, mas trata-se, na verdade, de “empréstimo intelectual” feito pelo nosso legislador ao legislador do Código Civil Italiano de 1942. A redação dos dispositivos é quase idêntica. O art. 2.555 do Código Civil italiano assim dispõe: “*L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*”.⁶⁸ Nota-se a semelhança dos dispositivos.

Logo, havendo identidade legislativa entre os dispositivos italiano e nacional, os comentários elaborados para aquela doutrina valem para esta. Analisando o preceito legal italiano, G. Ferrari asseverou:

“A noção de estabelecimento estatuída no art. 2.555 dá relevo a dois elementos: a) um elemento material objetivo, ou melhor, o complexo de bens; b) um elemento formal finalístico, isto é, a organização, que transforma o complexo de bens em uma combinação de bens instrumentais funcionalmente ligados, os quais adquirem no seu complexo uma aptidão para satisfazer uma necessidade diversa daquela que poderia satisfazer isoladamente considerados, isto é, para ser instrumento de exercício de empresa”.⁶⁹

⁶⁶ Art. 52, VII do Decreto Lei 7.661/45: “Não produzem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção dêste fraudar credores: - VIII - a venda, ou transferência de estabelecimento comercial ou industrial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao falido bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, dentro de 30 dias, nenhuma oposição fizeram os credores à venda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo seu oficial do registro de títulos e documento.”

⁶⁷ M. H. DINIZ, *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p.212: “Assim, locatário que exerça atividade comercial ou industrial, explorando, ininterruptamente, pelo menos há três anos, o mesmo ramo negocial e tendo contratado locação, por escrito, pelo prazo mínimo de cinco anos, terá o direito de renovar, pelo mesmo prazo, o contrato de locação não residencial sem que tal renovação possa ser impedida pelo locador, tutelando-se, assim, o fundo de comércio (*azienda*, na Itália, *goodwill a trade*, na Inglaterra, *handelgesellschaft*, na Alemanha) criado pelo inquilino, ou melhor, o ponto de estabelecimento comercial, que é o conjunto patrimonial organicamente agrupado para a produção, constituído de bens e serviços”. Trata-se de comentários feitos ao art. 51 da mencionada legislação.

⁶⁸ Estabelecimento empresarial é o complexo dos bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa. (tradução livre do autor)

⁶⁹ *Diritto privato*, in enciclopedia del diritto, v. 4, Milão, Giuffrè, 1959, pp.685. Na original: “La nozione di azienda sancita dall’art 2.555 (sul cui valore precettivo v. infra, § 6) pone l’accento su due elementi: a) un elemento materiale oggettivo e cioè il complesso di beni; b) un elemento formale finalistico e cioè l’organizzazione, che trasforma il complesso dei beni in una combinazione di beni strumentali funzionalmente collegati, i quali acquistano nel loro complesso l’attitudine a soddisfare un bisogno diverso da quello che potrebbero soddisfare isolatamente considerati e cioè ad essere strumento di esercizio dell’impresa”.

A análise elaborada por G. Ferrari⁷⁰ é incensurável. São dois elementos estruturais do estabelecimento. O primeiro é o complexo de bens; e quando o legislador se refere a bens, nestes não podemos inserir os créditos, débitos ou os serviços. Estes, quando desejados pelas partes, podem agregar-se acidentalmente ao estabelecimento, aumentando o seu sobrevalor no momento da transferência. Contudo, entender que podem ser tidos como bens é, a nosso ver, criar onde não foi permitido. O segundo é o elemento organização. É neste momento que os empresários se distinguem. Aqueles que detiverem aptidão para articular os bens de modo adequado, serão bem sucedidos; os que carecerem dessa qualidade, provavelmente sucumbirão.

À semelhança do legislador peninsular, andou bem o legislador pátrio em nos ofertar um conceito legal. É verdade que não cabe ao legislador oferecer definições, tarefa essa atribuída à doutrina; contudo, inaugurar o Título III, do Livro II, do Código Civil, com uma definição clara e concisa de um instituto, que antes desconhecia tratamento legal, trouxe alguns benefícios.

A primeira vantagem em ter-se uma definição legal é a de que o legislador foi preciso em determinar que somente bens corpóreos e incorpóreos fazem parte do estabelecimento empresarial. Não são elementos do estabelecimento: direitos, créditos, débitos, contratos ou outras relações jurídicas. Com isso, pode-se ter uma ideia da natureza jurídica do instituto.

A outra vantagem é a de que a definição legal, a nosso ver, deu maior estabilidade⁷¹ e unidade ao instituto, sendo esse considerado um objeto unitário de direitos. Aliás, o dispositivo subsequente é justamente um complemento da definição legal.⁷²

2.2 Patrimônio e estabelecimento

Neste tópico, procurar-se-á desenvolver algumas ideias a respeito de patrimônio e fazer um paralelo entre este último e o estabelecimento. Não é nossa pretensão aprofundar-

⁷⁰ *Vocabolo Azienda (diritto privato)*, in Enciclopedia del diritto, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 680-741.

⁷¹ M. Carvalhosa, Comentários ao Código Civil – Do direito de empresa, v. 13, 2005, p. 616: “Não obstante as normas esparsas que na época já disciplinavam alguns elementos do estabelecimento individualmente, entendia-se que um tratamento legal consistente traria maior estabilidade às relações empresariais, principalmente àquelas envolvendo a transferência do estabelecimento”.

⁷² Art. 1.1143 do Código Civil: “Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza jurídica”.

nos no estado do patrimônio, assunto esse toldado em polêmica e incertezas doutrinárias, apenas desenvolver ideias que facilitem no exame do estabelecimento empresarial e no cortejo entre os institutos.

A princípio, é importante oferecer ao leitor um conceito de patrimônio, haja vista já ter sido ofertado o conceito de estabelecimento empresarial no tópico precedente. O tema é inçado de contendas e debates doutrinários, tornando-se de difícil análise e compreensão. No entanto, vamos estruturá-lo da maneira mais didática possível.

De acordo com a doutrina nacional⁷³, o patrimônio é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente. Ou, segundo as lições de S. Marcondes Machado⁷⁴, a noção de patrimônio repousa nos seguintes elementos: a) conjunto de relações jurídicas; b) essas relações devem ser apreciáveis economicamente; c) coligadas entre si, por serem pertinentes a uma pessoa.

Os escritores têm, de um modo geral, agrupado as diversas teorias a respeito do patrimônio em dois grandes sistemas⁷⁵: a teoria clássica e a teoria moderna. A primeira teoria entende que o conceito de patrimônio está intimamente ligado à noção de personalidade.⁷⁶ Logo, para os seus adeptos, não pode haver patrimônio que não esteja ligado a uma pessoa, podendo esta ser física ou jurídica. Em outras palavras, não há patrimônio sem sujeito. Ademais, toda pessoa obrigatoriamente será titular de um patrimônio, mesmo que não possua ativos. Para os seus seguidores, o patrimônio é essencialmente único, indivisível e inseparável da pessoa.

A teoria clássica, também conhecida como subjetiva, preconiza que a natureza jurídica do patrimônio é a de uma universalidade de direito. Apenas no intuito de aclarar alguns conceitos a respeito de universalidade, pois o tema será melhor desenvolvido no próximo tópico quando tratarmos da natureza jurídica do estabelecimento empresarial, é cediço que as chamadas universalidades são formadas por uma pluralidade de elementos, reunidas por um indivíduo ou assim determinado pelo ordenamento jurídico, tendo em vista um sobrevalor alcançado por esta agregação. Os elementos que compõem a

⁷³ S. MARCONDES MACHADO, *Problemas do direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 85.

⁷⁴ Problemas do direito mercantil, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 85.

⁷⁵ S. MARCONDES MACHADO, *Problemas do direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 86 e O. GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 13ª Ed., Rio de Janeiro, Forever, 1999, p. 202.

⁷⁶ W. B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, São Paulo, Saraiva, 1966, p. 55. O professor nos ensina que, na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de obter direitos e obrigações na órbita civil. Pessoa é sujeito de direito. Em seguida, conceitua capacidade, escrevendo que esta é a aptidão para adquirir direitos e exercer atos da vida civil. E, por fim, remata dizendo que a personalidade é o conjunto desses poderes da capacidade, que reunidos formam a pessoa.

universalidade não perdem, no entanto, a sua autonomia funcional⁷⁷, mas são vistos como parte de um todo. Essa universalidade se sujeita a uma disciplina jurídica própria, distinta das regras jurídicas que regulam cada elemento componente.

As universalidades podem ser: de fato ou de direito. A primeira, segundo a síntese de S. Marcondes Machado⁷⁸ que analisou o conceito oferecido por vários doutrinadores, é: “um conjunto de coisas autônomas, podendo ser simples ou compostas, materiais ou imateriais, formada pela vontade de um sujeito para uma destinação unitária”. Por seu turno, a universalidade de direito, trazendo à colação mais uma vez S. Marcondes Machado⁷⁹, “é o complexo de relações jurídicas ativas e passivas, formada pela lei, para unificação das mesmas relações”.

O legislador pátrio também nos oferece um conceito das duas universalidades. A universalidade de fato, está prevista no art. 90 do Código Civil e é a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Em seguida, o legislador no parágrafo único do mesmo dispositivo dispõe: “os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias”. Nota-se que o conceito legal trilhou os caminhos traçados pelo professor S. Marcondes Machado. No dispositivo subsequente, o legislador disciplina a universalidade de direito, dispondo o seguinte: “constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”. A legislação atual não editou dispositivo semelhante ao contido no Código Civil de 1916. Neste diploma, no art. 57, o legislador dispunha que o patrimônio e a herança eram universalidade de direito, dirimindo, assim, qualquer dúvida a respeito de suas naturezas jurídicas.

Por sua vez, a doutrina moderna, também denominada objetiva, rechaça as premissas postas pelos clássicos. Não admite o vínculo subjetivo entre o patrimônio e a personalidade. O patrimônio é o conjunto de bens coesos pela afetação a um fim econômico determinado. Diante disso, desfazem-se os conceitos de unidade e indivisibilidade patrimonial.⁸⁰ Admite-se a possibilidade de um patrimônio geral e um patrimônio especial. Na órbita jurídica de uma mesma pessoa.

⁷⁷ S. MARCONDES MACHADO, *Problemas do direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 75.

⁷⁸ *Problemas do direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 79.

⁷⁹ *Problemas do direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 81.

⁸⁰ O. GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forever, 1999, p. 204.

Analizando com vagar essas teorias, S. Marcondes Machado⁸¹, secundado nos estudos elaborados por P. Cunha⁸², chegou à conclusão de que entre a teoria subjetiva e a chamada objetiva, existem várias posições intermediárias, sendo que cada modalidade possui nuances próprias. Percebe o leitor que o tema é complexo e comporta discussão extensa e aprofundada. Vamos, no entanto, nos posicionar diante das várias teorias intermediárias.

A nosso ver, entendemos o patrimônio como o conjunto de relações jurídicas pertencentes a uma pessoa, apreciáveis economicamente.⁸³ Integram, portanto, a noção de patrimônio todas as relações jurídicas que possam ser estimadas pecuniariamente. Logo, não fazem parte do patrimônio relações jurídicas que não possam ser valoradas economicamente. Este critério é utilizado pela maioria da doutrina.⁸⁴

Diante desta afirmação, somos forçados chegar à conclusão de que o patrimônio deve ser considerado uma universalidade de direito, diante do nosso sistema legislativo, pois, conforme já exposto anteriormente, o art. 91 do Código Civil vigente dispõe que a universalidade de direito é o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. Aliás, não chegou a outra conclusão S. Marcondes Machado.⁸⁵

Além desta assertiva, não conseguimos compreender o patrimônio desvinculado da ideia de pessoa e, por conseguinte, da personalidade. O arquétipo construído pelos clássicos afigura-nos, ainda hoje, correto e útil. Sendo o patrimônio um complexo de relações jurídicas, não há como desassociá-lo da figura do sujeito de direito. Ademais, não visualizamos utilidade prática em vinculá-lo a entes despersonalizados. Portanto, a nosso ver, a doutrina clássica continua a fazer escola.

Poder-se-ia argumentar que, em algumas situações extremas, encaramos o patrimônio como a ideia preponderante em detrimento do sujeito de direito, como, v.g., na

⁸¹ *Problemas do direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 86.

⁸² Monografista português, elaborou minucioso estudo a respeito do patrimônio. Cf. P. CUNHA, *Do Patrimônio: Estudo de direito privado I*, Lisboa, Minerva, 1934.

⁸³ C. M. S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 12ª Ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 245.

⁸⁴ O. GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 13ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 204; C. M. S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 12ª Ed., V. I, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 249.

⁸⁵ *Problemas do direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 85. Após analisar uma gama de pensamentos a respeito da natureza jurídica do patrimônio, o autor assim se manifestou: “Essa conceituação, adotada por obras expressivas de teorias desenvolvidas à luz do ordenamento jurídico em diversos países, permite reunir no bosquejo da noção de patrimônio os seguintes dados fundamentais, de geral aprovação: a) conjunto de relações jurídicas; b) apreciáveis economicamente; c) coligados entre si, por pertinentes a uma pessoa”.

falência e na herança.⁸⁶ Talvez isto seja verdade, contudo, mesmo nestas situações, o patrimônio não se desvincula da pessoa. Havendo falência do empresário individual, ou mesmo da sociedade empresária, ocorre o chamado desapossamento. Com este ato, o falido perde a posse e a administração de seus bens, no entanto, não perde a titularidade sobre o seu patrimônio. Não há transferência, mesmo nesta hipótese, de bens do falido para a massa falida.⁸⁷ Logo, também aqui, não há que se falar em patrimônio sem sujeito.

A teoria clássica prega, ainda, que o patrimônio é uno e indivisível, não se concebendo a pluralidade de patrimônios na mesma pessoa. No tocante a este argumento, igualmente estamos de acordo. Tratando-se de um complexo de relações jurídicas pertencentes a uma pessoa, dificilmente poder-se-ia imaginar vários patrimônios destacados de um único indivíduo. Ademais, qual seria o critério para separar estas massas patrimoniais e qual seria a utilidade prática desta divisão? A insegurança jurídica que poderia resultar dessa operação seria desastrosa, sem mencionar a instabilidade que geraria entre os credores.⁸⁸ Importante deixar assentado que não estamos negando a possibilidade da existência do chamado patrimônio separado.⁸⁹ Desde que este seja criado por lei, admite-se a sua existência. Um exemplo de patrimônio separado encontra-se no parágrafo segundo do art. 974 do Código Civil que dispõe:

“Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que concedeu a autorização”.

Trata-se, como se nota, da divisão patrimonial do empresário individual incapaz. Outro exemplo de patrimônio separado é o chamado patrimônio de afetação regulado no art. 31- A da Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004: “O patrimônio de afetação não se

⁸⁶ C. M. S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 12ª Ed., V. I, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 248. O autor assim se manifestou: “Afigura-se-nos exato que se possa, em determinadas condições, encarar o patrimônio como idéia preponderante. Na herança, todo o conjunto de valores se apura e se transmite aos sucessores, sem que se dê personalidade ao acervo de bens. O patrimônio é aqui considerado na sua linha mais pura, abrangente do complexo das relações jurídicas do defunto. Na falência, como no concurso de credores, liquidam-se os elementos ativos do patrimônio, para solver o passivo, com abstração da pessoa do devedor. Mas há sempre a aliança entre a idéia de patrimônio, a noção dos seus valores integrantes, e a pessoa, sem que aquele se erija em uma unidade abstrata”.

⁸⁷ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Falimentar*, 15ª Ed., v. I, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 153: “Os bens do falido, com efeito, continuam afetos à sua propriedade, tanto que a lei apenas determina seu desapossamento, ou seja, a perda do direito de detenção sobre eles, de administrá-los e deles dispor. Não há transmissão de bens do falido para a massa falida”.

⁸⁸ C. M. S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 12ª Ed., V. I, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 252.

⁸⁹ S. MARCONDES MACHADO, *Problemas do direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 92. O autor assim definiu o patrimônio separado: “É aquele assim determinado por lei e apartado do patrimônio geral para a realização de um fim específico. Importante advertir: só a lei pode separar patrimônios”.

comunica com os demais bens, direito e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas a incorporações respectivas”.

Em remate, razão assiste a Caio Mario⁹⁰ quando assim se manifestou: “Não há, pois razão para romper com a concepção tradicional da unidade do patrimônio, com a qual se concilia a idéia de poderem existir, no patrimônio, massas de bens objetivamente considerados: bens totais, bens de ausentes, bens de herança e etc. Não obstante as investidas contra a teoria tradicional da unidade do patrimônio, ela subsiste e oferece um duplo interesse prático”. Em seguida, o autor aponta dois aspectos práticos. Apenas um deles nos oferece interesse. É o do princípio da garantia do patrimônio em relação aos credores. Em outras palavras, todo o patrimônio da pessoa responde perante os credores pelas dívidas contraídas. Princípio este consagrado no direito pátrio, no art. 591 do Código de Processo Civil.⁹¹

Por tudo o que foi exposto é que o ordenamento jurídico pátrio tem dificuldade em conceber a chamada cessão total do patrimônio por ato inter vivos⁹².

Feitas estas considerações a respeito do patrimônio, vamos, em seguida, cotejá-lo com o estabelecimento empresarial.

Inicialmente, é de rigor registrar que os institutos não se confundem. O patrimônio, como dissemos, é o complexo de relações jurídicas, ativas e passivas, de uma pessoa, apreciáveis economicamente. Por seu turno, o estabelecimento empresarial é o complexo de bens, organizados pelo empresário para a realização de determinada atividade empresarial. Nota-se, que somente relações jurídicas ativas e passivas integram o primeiro; enquanto que, no segundo, somente bens compõem a sua estrutura. Não fazem parte do estabelecimento empresarial relações jurídicas, apenas bens, e mesmo assim, somente os que tiverem uma função específica instrumental para o exercício da empresa. Elementos sem função específica não pertencem ao estabelecimento.

Além dos elementos que compõem as duas universalidades, a natureza jurídica de ambas também é distinta. O patrimônio, conforme estudado, é uma universalidade de

⁹⁰ *Instituições de Direito Civil*, 12ª Ed., V. I, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 252.

⁹¹ O dispositivo mencionado assim dispõe: “O devedor responde, para o cumprimento de suas de suas obrigações, com todos os seus bens presentes ou futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Este princípio, é verdade, não é absoluto. Há exceções estabelecidas na legislação, como, por exemplo, a impenhorabilidade das quotas sociais nas sociedades constituídas “intuito personae”. Esta regra encontra-se, hoje em dia, no art. 1.026 do Código Civil.

⁹² C. M. S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 12ª ed., V. I, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 250. O autor refere-se a incorporação de uma sociedade anônima por outra com exemplo de transmissão universal inter vivos.

direito; o estabelecimento empresarial, conforme será estudado, é uma universalidade de fato. No tocante a este tema, vamos, no próximo tópico, analisar detalhadamente a natureza do estabelecimento empresarial. Portanto, permanece o leitor no aguardo da mencionada abordagem.

Se por um lado, pode-se considerar o patrimônio como a parcela patrimonial da esfera jurídica, de uma pessoa⁹³; por outro lado, pode-se afirmar que o estabelecimento empresarial é parte integrante do patrimônio do empresário⁹⁴, podendo dele ser destacada para ser objeto de negócios jurídicos translativos ou constitutivos, conforme admite o art. 1.143 do Código Civil.⁹⁵ O patrimônio, segundo nosso ordenamento, não constitui objeto jurídico unitário.⁹⁶ Eis uma das razões que não se admite a cessão total do patrimônio, apenas de parcelas que o compõem.

Não se deve olvidar que a tutela jurídica oferecida ao patrimônio e ao estabelecimento empresarial tem, por supedâneo, determinantes diferentes. A disciplina do patrimônio ocorre, principalmente, em virtude da garantia que este representa aos credores. Por sua vez, o estabelecimento empresarial é considerado essencialmente em virtude de sua natureza dinâmica, ou seja, em razão de sua circulação.⁹⁷

Por derradeiro, em nosso ordenamento jurídico também não se há de considerar o estabelecimento empresarial como um patrimônio separado ou especial. Tal natureza teria que lhe ser atribuída pelo legislador. Não devemos esquecer que somente a lei pode criar esse patrimônio. Também não vislumbramos nenhum benefício que poderia disso resultar.

2.3 Natureza jurídica

A natureza jurídica do estabelecimento empresarial é matéria deveras controvertida na doutrina comercialista, na nacional e na alienígena. Os autores não

⁹³ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Privado*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1990, p. 844.

⁹⁴ A 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça assim já se manifestou entendendo o ministro relator que o estabelecimento empresarial integra o patrimônio do empresário. (STJ, 3ª. Turma, Recurso Especial nº. 52.094- SP, Ministro Relator Nilson Navaes, RJTJ 147, p. 223, de novembro de 2001).

⁹⁵ Art. 1.143 do Código Civil: “Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”.

⁹⁶ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Privado*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1990, p. 344.

⁹⁷ F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L'imprenditore impresa*, Contratti di Impresa, Titolo di Crediti, Fallimento, 12ª ed., Bologna, Zanichelli, 2008, p. 62. “L'azienda è presa in considerazione dal codice civile in vista, essenzialmente, della sua circolazione, ossia per le ipotesi in cui l'imprenditore ceda ad altri la propria azienda, o la dia in usufrutto o in affitto”.

conseguem chegar a um consenso a respeito do assunto. Conforme o escopo de tutela do instituto, pode-se chegar a diferentes orientações. Portanto, para ter-se uma visão ampla do assunto, apresentaremos, perfunctoriamente, as teorias mais importantes, dando-se ênfase apenas àquelas que entendemos serem as mais importantes e que estejam em sintonia com o nosso sistema jurídico.

Antes, contudo, é de rigor darmos uma explicação didática do que se deve entender por: “natureza jurídica”. A nosso ver, o termo significa a semelhança que um fenômeno jurídico tem em aspectos estruturais, com uma categoria jurídica tida como paradigma, podendo ser inserida nesta a título de classificação.⁹⁸

Primeiramente, utilizando a classificação ofertada por O. Barreto Filho⁹⁹, vamos dividir as escolas em nove teorias. A primeira sustenta que a fazenda mercantil seria detentora de uma personalidade jurídica própria, distinta da do titular do estabelecimento empresarial. Haveria, por conseguinte, dois sujeitos de direito: o titular¹⁰⁰ do estabelecimento, empresário individual ou sociedade empresária, e o estabelecimento. Eleva-se o estabelecimento à categoria de pessoa jurídica.¹⁰¹

Para os asseclas dessa teoria – Hassenpflug, Gelpcke, Endermann, Mommsen e Völdemdorff¹⁰² – o estabelecimento não seria apenas um complexo organizado de bens, mais sim, um sujeito de direito distinto de seu titular. E, como pessoa, poderia ser titular de direitos e obrigações na órbita jurídica, trazendo, com isso, grandes repercussões no mundo fático e normativo.¹⁰³ Por exemplo, os débitos e os créditos do estabelecimento não se confundiriam com os do titular do estabelecimento, pois, sendo a fazenda mercantil portadora de uma personalidade jurídica própria, haveria, conseqüentemente, uma esfera patrimonial própria, inconfundível com a esfera do titular da azienda. Poderia, portanto,

⁹⁸ M. H. DINIZ, *Dicionário Jurídico*, v. III, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 337. No verbete natureza jurídica, a autora assim dispõe: “1- Significado último dos institutos jurídicos. 2- Afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluída a título de classificação.”

⁹⁹ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 78.

¹⁰⁰ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 140. “A palavra titularidade em sua acepção genérica, se refere a todos os direitos subjetivos, qualquer que seja a natureza, e, portanto, é o mais adequado para exprimir a relação de pertinência que existe entre o estabelecimento e o empresário”.

¹⁰¹ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 79.

¹⁰² Autores citados por O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 78.

¹⁰³ Ap. 260.996.2, 4ª CAM. Civil., rel. Franciulli: Netto, j.12-9.1995: “O estabelecimento empresarial, como complexo de bens, não é dotado de personalidade jurídica ou personalidade judiciária, não podendo comparecer em juízo na qualidade de autor ou réu, o que deve ser efetuado, isso sim, pelo empresário individual ou coletivo, seu titular”.

seguindo-se esse raciocínio, haver a declaração de quebra da pessoa jurídica estabelecimento, sem se atingir ao empresário.

É verdade que essa teoria não encontrou muitos seguidores, nem na época em que foi elaborada porque, segundo nosso sentir, atribuir-se personalidade jurídica ao estabelecimento comercial é deveras um exagero, não contribuindo em nada para o aperfeiçoamento do instituto. Ademais, essa concepção não se coaduna com o nosso ordenamento que estabelece um rol taxativo das pessoas jurídicas admitidas no sistema.¹⁰⁴

Apenas a título de argumentação, o único benefício, talvez, que essa teoria poderia nos oferecer seria a possibilidade da limitação da responsabilidade do empresário individual, pois, nesse caso, o patrimônio do empresário responderia apenas pelas dívidas particulares e, conseqüentemente, o patrimônio azoidal, que pertence à pessoa jurídica do estabelecimento empresarial, responderia pelas dívidas que este contraiu no exercício da atividade econômica.

Essa concepção subjetiva do estabelecimento empresarial, considerando-o como sujeito de direito, distinto da figura do empresário – pessoa física– ou da sociedade empresária – pessoa jurídica¹⁰⁵, influenciou o legislador trabalhista, mormente nos arts.10 e 448 da consolidação das leis do trabalho.¹⁰⁶

Por sua vez, há os que afirmam ser o estabelecimento empresarial um patrimônio separado.¹⁰⁷ Esta teoria teve origem tedesca e preconiza que a fazenda mercantil é uma esfera patrimonial separada do resto do patrimônio do empresário, possuindo, além de nome próprio, capacidade para contrair obrigações mercantis.

¹⁰⁴ O art. 44 do Código Civil, estabelece um rol taxativo das pessoas jurídicas de direito privado. Portanto, não se pode considerar o condomínio, a massa falida ou o estabelecimento empresarial como pessoas jurídicas. Cada uma possui uma natureza jurídica adequada com seus propósitos finalísticos que o ordenamento lhes atribuiu.

¹⁰⁵ É verdade que nem toda sociedade empresária é pessoa jurídica, por exemplo, a sociedade em comum, prevista no art. 986 do Código Civil, se tiver por objeto atividade própria do empresário, conforme determina o art. 982, será empresário, mesmo não sendo pessoa jurídica. No mesmo sentido D. Kalansky, A sociedade em comum, um novo tipo societário, in França, Erasmo Valladão Azenedo e Novaes, Direito Societário Contemporâneo I, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 514: “Considerando que a sociedade em comum é uma sociedade contratual que, sem registro de seu ato constitutivo explora uma atividade, entendemos que ela pode ser simples ou empresária, dependendo da atividade a ser exercida, o que importa afirmar que a classificação em sociedade simples ou empresária não deve ser própria da sociedade personificada”.

¹⁰⁶ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 80: “A esta concepção subjetiva do estabelecimento e, por extensão, da empresa, se filiam as normas expressas nos arts. 10 e 448 da Consolidação das leis do Trabalho, dispondo o último da seguinte forma: ‘ A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados’ ”.

¹⁰⁷ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 78. O autor cita Bekker e Krükmann.

A teoria do patrimônio separado, conforme propalada por Bekker, confunde-se com a teoria anteriormente exposta, pois atribui tanta autonomia ao estabelecimento que esse torna-se quase que um ente com personalidade jurídica própria.

A tese do patrimônio separado foi encampada por S. Marcondes Machado para sustentar a limitação da responsabilidade do empresário individual.¹⁰⁸

A terceira teoria é a denominada da personificação da *Maison de Commerce*, de Valery.¹⁰⁹ De acordo com esse doutrinador, há que se fazer, primeiramente, uma distinção entre *Maison de Commerce* e o *fonds de commerce*. O primeiro seria um conjunto de pessoas que cooperam para a direção e o funcionamento do estabelecimento empresarial; o segundo, o conjunto de bens materiais ou imateriais que compõem a azienda.

Esta teoria, exposta por Valery, considera o estabelecimento um ser híbrido, atribuindo-lhe, ao mesmo tempo, a natureza de sujeito de direito e objeto de direito. Na verdade, sustenta o autor, a autonomia do estabelecimento teria o próprio estabelecimento como seu titular.

Elaborando alguns comentários a respeito dessa teoria, M. A. Feres¹¹⁰ assim se manifestou:

“Na França, mesclando as duas teorias mencionadas, Valery pregou a personificação da *Maison de Commerce*, o que significava, em verdade, a atribuição de personalidade ao complexo patrimonial. A propósito, G. Ripert e R. Roblot afirmam a sua inadmissão, pois o direito francês consagra tradicionalmente o princípio da unidade do patrimônio, desconhecendo a figura do patrimônio de afetação”.

Outra importante teoria a respeito do estabelecimento empresarial é a que o caracteriza como negócio jurídico¹¹¹. De acordo com essa teoria, a azienda mercantil não é

¹⁰⁸ *Limitação da Responsabilidade de comerciante individual*, São Paulo [S.D.], 1956, p. 283-284. São palavras do autor: “Assim, se a limitação da responsabilidade no sentido autêntico e rigoroso da responsabilidade objetivamente limitada, se produz como fato coetâneo de separação patrimonial, parece fora de dúvida que o patrimônio separado fornece solução ao problema da empresa individual com responsabilidade limitada”.

¹⁰⁹ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 79. Importante deixar assentado ao leitor que, não nos aprofundamos no estado dessa teoria, e de algumas outras que estão por vir, por entender que são desnecessárias ao estudo do instituto do estabelecimento como este é analisado, hoje em dia, pela doutrina. No entanto, elencamos todas as teorias, fornecendo ao estudioso as fontes e os principais expositores, no intuito de auxiliar em futuras pesquisas que forem desenvolvidas.

¹¹⁰ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 17.

¹¹¹ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 87. Trata-se da teoria do estabelecimento como negócio jurídico de G. Carrara.

sujeito de direito, nem tampouco objeto de direito; trata-se, sim, de um negócio jurídico envolvendo várias partes. Explicando com mais vagar, para os seguidores dessa tese, o estabelecimento é uma relação jurídica travada entre este e vários sujeitos. Haveria, portanto, um negócio jurídico entre o estabelecimento e os empregados, entre o estabelecimento e os fornecedores, entre o estabelecimento e a clientela, etc. Ou seja, ter-se-ia uma relação jurídica com todos que porventura tivessem algum vínculo negocial com a azienda.

A ideia central desta mencionada teoria, é abstrata e de difícil compreensão e, segundo o professor O. Barreto Filho¹¹², aceitar-se a concepção do estabelecimento como negócio jurídico implicaria negar a própria realidade do estabelecimento transformando-o em uma rede mais ou menos intrincada de relações jurídicas.

Também existe a teoria do estabelecimento comercial como instituição.¹¹³ Entende-se a fazenda mercantil como uma organização de bens heterogêneos destinados a um fim comum. Os adeptos desta ideia comparam o estabelecimento a outras entidades despersonalizadas como v.g. asilos.

O conceito de instituição é bastante intrincado. G. Renald confessa que via esse conceito: “entre brumas e que, em certos momentos, lhe dava vertigens”.¹¹⁴

Além dessas teorias expostas, vamos chamá-las de pré-modernas, há algumas teorias mais consentâneas com os momentos atuais. Chamemos estas de teorias modernas. Podemos divisar quatro pensamentos a respeito da natureza jurídica do estabelecimento empresarial de acordo com os modernistas.

A primeira é denominada imaterialista.¹¹⁵ Ideia realmente interessante e elaborada elegantemente encontramos nesta teoria. Para os imaterialistas, o estabelecimento é um bem imaterial composto por vários outros bens. Em síntese, o estabelecimento é um bem intangível, que não se confunde com os bens que o compõe, sejam estes: matérias ou imatérias. É, portanto, objeto autônomo de direito.

¹¹² *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 89.

¹¹³ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 90. Teoria do estabelecimento como instituição de Francesco Ferrara Junior.

¹¹⁴ “O mais conceituado divulgador da teoria de Harriou”. Acerca das instituições, confessava que via esse conceito “entre brumas e que, em certos momentos, lhe dava vertigens”. CF. R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, v. I, São Paulo, Saraiva, 2003, p.341.

¹¹⁵ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 90. O autor elenca os seguintes seguidores dessa teoria: Pisko, Isay, Hubmann e Muller- Erzbach.

Essa teoria foi esposada pelo professor Rubens Requião¹¹⁶, para quem o estabelecimento comercial é um bem incorpóreo, constituído de um complexo de bens que não se fundem, mas mantém unitariamente sua individualidade própria.

Seguindo essa trilha, alguns autores chegaram a comparar o direito do titular do estabelecimento ao direito que o inventor possui sobre a patente de invenção.¹¹⁷

A teoria imaterialista, que na verdade resulta em várias matizes, encontra, ainda hoje, vários seguidores na Alemanha e na Itália.¹¹⁸

Outra teoria moderna é a teoria atomista. Assevera esta que a unidade econômica do estabelecimento comercial é irrelevante para o direito, não havendo, portanto, necessidade de um tratamento legal específico para esse instituto. A proteção da fazenda mercantil é encontrada na tutela que o sistema normativo oferece a cada bem isoladamente.¹¹⁹ Para os simpatizantes¹²⁰ dessa teoria, o estabelecimento nada mais é que uma pluralidade de coisas reunidas pelo empresário. Em síntese, não há unidade no estabelecimento mercantil, e este é desmerecedor de sua tutela especial.

A tese proposta pela teoria atomista, não tem como prosperar diante do nosso ordenamento, pois não há dúvidas de que a lei vigente considera o estabelecimento como uma universalidade, oferecendo-lhe um tratamento diferenciado. Ademais, o nosso Código Civil, em seu art. 1.142, também estabelece um tratamento unitário ao estabelecimento

¹¹⁶ *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 250. Após analisar várias teorias a respeito da natureza jurídica do estabelecimento, o comercialista assim se manifesta: “Somos da opinião que o estabelecimento comercial pertence à categoria dos bens móveis, transcendentais às unidades de coisas que o compõem são mantidas unidas pela destinação que lhes dá o empresário, formando em decorrência dessa unidade um patrimônio comercial, que deve ser classificado como incorpóreo. O estabelecimento comercial constitui, em nosso sentir, um bem incorpóreo, constituído de um complexo de bens que não se fundem, mas mantém unitariamente sua individualidade própria”.

¹¹⁷ M. ROTONDI, *Diritto Industriale*, 5ª ed. Padova, Cedam, 1965, nº 25, p. 46. “In connessione con questa va ricordata la dottrina dello HUBMANN, che ha elaborato una costruzione in cui l’analogia tra il diritto sull’azienda ed il diritto d’autore è sottolienata in modo particolare, e condotta a conseguenze pratiche estreme. Secondo quest’autore, infatti, l’azienda è chiaramente il frutto dell’attività creatrice della mente umana nel campo della produzione, come le invenzioni lo sono in quello della tecnica, e le opere letterarie ed artistiche in quello della cultura e dell’ arte.”

¹¹⁸ O BARRETO FILHO, *Curso Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983., p. 93.

¹¹⁹ M. ROTANDI, *Diritto Industriale*, 5ª ed. Padova, Cedam, 1965, p.53. “La dottrina atomistica, quella secondo cui non si riscontra nell’azienda che una pluralità di elementi disparati e nulla più, ha fatto molta strada: in sostanza, data l’instabilità del concetto de universitas e la critica disintegratrice cui tale concetto fu a più riprese ed anche ultimamente sottoposto, anche molti di coloro che ammettono essere l’azienda una universitas, in fondo non ritengono che per tale qualifica scompaia nell’azienda la caratteristica di una pluralità di elementi eterogenei, aventi è vero un’unica destinazione economica, ma in cui il diritto non può riconoscere altro che pluralità di elementi.

¹²⁰ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 95. Filiam-se a esta teoria vários escritores italianos: Barassi, Dusi, Ascoli, Coviello, Ruggiero, Bonfante, Maroi, Ascarelli e Auletta.

empresarial ao preceituar: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizados, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

M. Ghiron¹²¹ elaborou ideia interessante a respeito do assunto, sendo batizada de teoria diferenciada.¹²² Segundo o doutrinador peninsular, há dupla disciplina jurídica do estabelecimento empresarial. Este é visto como uma unidade jurídica sem, contudo, desconsiderar os elementos isoladamente considerados. Aproveitando esse pensamento, poderíamos dizer também que a tutela jurídica é diferenciada. Enquanto o direito civil cuida dos bens isoladamente considerados, o estabelecimento empresarial, como objeto unitário de direito, é amparado pelo direito comercial.

Por sua vez, existe o grupo das teorias patrimonialistas que divisam no estabelecimento uma universalidade de direito. As universalidades são compostas por uma pluralidade de coisas, corpóreas ou incorpóreas, que unificadas por um indivíduo ou reconhecidas pelo ordenamento jurídico, ganham sobrevalores pela organização em detrimento da simples somatória dos bens individualmente considerados.¹²³ Esses bens, entretanto, conforme já constatado anteriormente, não perdem a sua autonomia.

Para os seguidores dessa teoria¹²⁴, o estabelecimento empresarial seria uma universalidade de direito. Não devemos olvidar das lições de S. Marcondes Machado que capitaneou alguns elementos essenciais dessa universalidade. Segundo o doutrinador, a universalidade de direito: a) demanda um complexo de relações jurídicas ativas e passivas; b) deve ser formado por forças de lei; c) para a unificação das mesmas relações.¹²⁵ Esses elementos são encontrados no art. 91 do Código Civil.¹²⁶

Não se pode considerar, diante do nosso direito positivo, o estabelecimento como uma universalidade do direito. Conforme demonstramos alhores, o patrimônio, este sim, é uma universalidade de direito, caracterizando um conjunto de relações jurídicas dotadas de valor econômico. Esse pensamento é corroborado por O. Barreto Filho¹²⁷ que assim se

¹²¹ *L' imprenditore, L' impresa e l' azienda*, Turim, [s.d], p.259.

¹²² O BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 97.

¹²³ S. MARCONDES MACHADO, *Problemas de Direito Mercantil*, 2ª tiragem, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 75.

¹²⁴ O. BARRETO FILHO, *Curso Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 79. O autor refere-se a Fadda e Bensa. No mesmo sentido S. M. Machado, *Problemas de Direito Mercantil*, 2ª tiragem, São Paulo, Max Limonad, 1970,, p.76.

¹²⁵ S. MARCONDES MACHADO, *Problemas de Direito Mercantil*, 2ª tiragem, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 81.

¹²⁶ Dispõe o dispositivo: “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotada de valor econômico”.

¹²⁷ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 105.

manifesta: “Em outras palavras, somente se pode configurar no direito pátrio como *universitas juris* o patrimônio, seja o patrimônio geral do sujeito, sejam os patrimônios especiais ou separados, de que é exemplo a massa falida”. Adere à teoria patrimonialista da universalidade de direito, O. Mendes¹²⁸ que conceitua o estabelecimento como o complexo do ativo e passivo referente a um determinado negócio ou estabelecimento mercantil.

Por derradeiro, existem aqueles^{129 130} que entendem ser o estabelecimento uma universalidade de fato. Essa universalidade é aquela composta por: um conjunto de bens organizados pela vontade de um sujeito, determinado empresário, para uma destinação unitária, ou seja, a realização da empresa.

Dessa mesma opinião comunga P.F.C.S Toledo¹³¹, professor do Largo de São Francisco, que assim se manifesta: “De tudo se infere que o estabelecimento qualifica-se como coisa coletiva ou universalidade. E, para ser mais exato, como universalidade de fato, uma vez que se trata de um conjunto de objetos de direito”. Em seguida o professor transcreve o art. 90 do Código Civil¹³² e faz um paralelo entre o dispositivo legal e as características do estabelecimento empresarial chegando à conclusão de que o estabelecimento enquadra-se perfeitamente no conceito de universalidade de fato, afirmando: “Nele se verificam a pluralidade de bens singulares, a pertinência a uma mesma pessoa (o empresário da sociedade empresária titular do estabelecimento) e a destinação unitária (o exercício da atividade empresarial)”. A nosso ver, razão lhe assiste.

¹²⁸ *Direito Comercial Terrestre*, São Paulo, Saraiva, 1930, p.334.

¹²⁹ O. BARRETO FILHO, *Curso Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 104. O autor elenca uma série de escritos que assim entendem: Na França: Wahl Thaller, Lebre, Lyon- Caen e Renault, Gombeaux, Péliissier, Olivier, Planiol e Ripert, Escarra; na Itália: Vivante, Sraffa, N. Coviello, Navarrini, D’ Amélio, Franchi e Pagani, A. Rocco, La Lumia; na Alemanha: Wieland; em Portugal: Cabral de Moncada, Cunha Gonçalves, Barbosa de Magalhães; entre nós, Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Bento de Faria, J. Eunápio Borges, Ernesto Leme e Honório Monteiro.

¹³⁰ M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 20. O autor também assim entende: “Apesar desse campo de possibilidade, a doutrina brasileira há muito alinhou-se majoritariamente entre os que atribuem à *azienda* a qualidade de *universitas facti*”.

¹³¹ *Lei de falência – Alienação do estabelecimento da concordatária*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 128, pp. 275-286.

¹³² “Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitarista”.

2.4 Elementos do Estabelecimento

De acordo com o art. 1.142 do vigente Código Civil, o estabelecimento empresarial é composto por um complexo de bens. Em outras palavras, seguindo o mencionado dispositivo, somente bens devem compor a azienda. Não fazem parte desta universalidade, portanto, as relações jurídicas, nem os débitos.

Conforme abordado anteriormente, somos da opinião de que o complexo de bens, mencionado no sobredito dispositivo, deve ser entendido em sentido amplo¹³³, compreendendo não só as coisas e os bens imateriais, mas também as prestações decorrentes dos serviços¹³⁴ relacionados com o estabelecimento. Não é correto incluir os

¹³³ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p.132. O autor assim se manifestou: “Em síntese, com base nesses elementos, podemos fixar-nos na seguinte definição do estabelecimento, fundo ou fazenda comercial: complexo de bens ‘lato sensu’ inclusive serviços organizados pelo empresário como instrumento para o exercício da atividade empresarial.”

¹³⁴ M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d], p. 324. Há dissenso doutrinário a respeito do assunto. O autor assim se manifestou: Nell'esercizio dell'impresa, l'imprenditore normalmente organizza non solo un complesso di cose materiali, ma anche il lavoro altrui; si vale cioè di strumenti personali, oltreché di strumenti reali.

Gli scrittori sono discordi intorno alla posizione che i collaboratori dipendenti dell'imprenditore o, se si vuole, le attività da essi svolte, assumono rispetto alla nozione di azienda.

Secondo un'opinione che si richiama anche al tenore letterale della definizione dell'azienda, data dall'art. 2555 cod. civ., raffrontato alla nozione di *bene*, quale risulta dall'art. 810 cod. civ., non dovrebbero essere considerati elementi dell'azienda, né i collaboratori dell'imprenditore, né i servizi da essi prestati.

In realtà, il complesso organismo strumentale nel quale si concreta l'azienda non si risolve, né può esaurirsi, nelle sole cose materiali che la compongono, ma comprende, quali propri elementi costitutivi, anche i servizi coordinati con esse.

Privata di questi suoi vitali elementi di carattere personale, l'azienda perde l'essenza organica che le è peculiare per restare una mole inerte di beni che non assurge a vivente e compiuto organismo; la sua nozione rimane il fallace obiettivo di una visione monca e manchevole, senza riscontro nella concreta realtà.

Si deve dunque ritenere che l'azienda è il complesso di *beni* in ampio senso — *opere* e non soltanto cose — che l'imprenditore organizza nell'esercizio e per l'esercizio dell'impresa.

Per apprezzare l'esattezza di questo concetto, bisogna far capo alle seguenti considerazioni:

a) L'insieme delle cose materiali — ad es. delle macchine, degli edifici, delle materie prime — che appartengono all'azienda non è da solo strumento sufficiente affinché l'imprenditore possa conseguire i suoi intenti produttivi ed economici. Occorre, per riprendere l'esempio testé accennato, che le macchine siano messe in moto e tenute in azione; che le materie prime siano raccolte, elaborate e trasformate, e così via. Occorrono cioè, le *opere*, coordinate e molteplici, dei prestatori di lavoro dipendenti dall'imprenditore — dirigenti, tecnici, impiegati, operai — che sole imprimono agli aggregati di cose materiali l'indispensabile suggello che dà loro natura ed impronta di composito ed unitario *strumento* dell'attività organizzativa.

b) Così le energie lavorative dei prestatori di lavoro, come le opere che risultano ed emergono dal loro assiduo svolgimento, non rientrano nel quadro dell'attività imprenditrice; non costituiscono fasi o stadi di essa, come mostrano di ritenere gli scrittori che considerano i servizi elementi dell'impresa e non dell'azienda, ma, al contrario, sono, alla pari delle cose o dei beni propriamente detti, materia ed oggetto dell'attività organizzativa dell'imprenditore e, conseguentemente, coefficienti costitutivi dell'attività da lui organizzata.

Sono materia ed oggetto dell'impresa la quale, per ciò, si risolve, secondo formule familiari alle discipline economiche, in una combinazione di fattori produttivi che si distinguono e si analizzano in capitali e in lavoro.

serviços como um elemento do estabelecimento; não menos verdade é que não se pode conceber o estabelecimento sem essa característica dinâmica, caso contrário, estar-se-ia protegendo um aglomerado de bens sem função econômica. Por exemplo, dependendo da espécie de estabelecimento, os serviços prestados pelos colaboradores constituem o fator preponderante para o aviamento. Por exemplo: um centro de estudo que, após o curso de graduação, prepara os advogados para o ingresso nas carreiras jurídicas, os chamados “cursinhos preparatórios”. Estes estabelecimentos nada são sem os colaboradores, ou seja, sem a qualidade técnica dos professores. Tanto isso é verdade que, no momento do trespasse, o adquirente exige o registro em carteira de todos os professores, sob pena do negócio translativo tornar-se inviável.

Dentre os elementos do estabelecimento empresarial incluímos os imóveis, não obstante opiniões com sentido contrário.¹³⁵ Não vemos razões plausíveis para excluí-los dos componentes da fazenda mercantil.¹³⁶ No nosso entender a exclusão dos imóveis do estabelecimento empresarial deve-se mais às razões históricas do que propriamente jurídicas.¹³⁷ Por ser considerado um bem de raiz e de difícil negociação, estes bens foram relegados à seara do direito civil, não sendo tratados pelo direito mercantil. Tanto isso é verdade que o Regulamento 737 de 1850, em seu art.19, considera mercancia somente a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para vendê-los por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso.

Ademais, não devemos olvidar que a natureza mobiliária do estabelecimento não é comprometida por nela estar inserida bens imóveis.¹³⁸

A doutrina comercialista divide os elementos do estabelecimento em corpóreos e incorpóreos.¹³⁹ Os primeiros são aqueles que possuem existência física dentro do

In quanto e perché oggetto dell'attività imprenditrice cioè del lavoro organizzativo dell'imprenditore, quelle energie, quelle opere, quei servizi si ascrivono anch'essi a fianco degli altri beni organizzati fra gli *elementi dell'azienda*, e solo di riflesso costituiscono momenti dell'attività *organizzata ad impresa*, anche da essa risultanti.

¹³⁵ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 283.

¹³⁶ F. MARTINS, *Curso de Direito Comercial*, 22ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.429: “Integram, também, o fundo de comércio, como elementos corpóreos, os bens imóveis pertencentes à empresa comercial”. O autor utiliza o termo fundo de comércio para designar o estabelecimento empresarial.

¹³⁷ A. ROCCO, *Princípios de Direito Comercial*, trad. Port. de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2000, p. 203. São palavras do autor: “A lei considera o comércio de imóveis separadamente, ao lado do dos móveis, por razões históricas, por isso que a especulação comercial com os imóveis é de data mais recente e porque só com o código de 1882 é que a legislação italiana, vencendo antigos preconceitos, fez entrar o comércio de imóveis na esfera de aplicação do direito comercial”.

¹³⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 367.

estabelecimento, como, por exemplo, o estoque de mercadorias, balcões e insumos. Estes elementos são importantes para o exercício da atividade empresarial; no entanto, juridicamente, eles estão protegidos diretamente pelo direito civil e até na órbita penal. O direito comercial lhes concede uma proteção subsidiária, vamos dizer. Não estamos afirmando que estes elementos não sejam importantes para o exercício da empresa, nem que eles não tenham importância para o estabelecimento, estamos apenas afirmando que a tutela desses elementos, isoladamente analisados, é oferecida primordialmente pelo direito das coisas, na órbita civil, e pelos crimes contra o patrimônio, na órbita penal. O direito comercial não lhes tutela individualmente, como nestes outros ramos do direito. A tutela mercantil é oferecida à universalidade, ou seja, ao estabelecimento empresarial e somente, indiretamente, lhes tutela. Portanto, não vamos analisar detalhadamente estes elementos.

Por outro lado, o direito comercial regula individualmente os bens incorpóreos do estabelecimento empresarial. Estes podem ser conceituados como aqueles que não possuem existência física, mas podem ser valorados economicamente, bem como instrumentalizam a azienda para a realização da empresa. Como estes bens possuem tutela direta do direito comercial, vamos tratá-los com mais vagar. Expô-lo-emos em seguida.

O primeiro bem incorpóreo é o nome empresarial. O nome identifica o sujeito de direito, ou seja, o empresário individual ou a sociedade empresária. É este sinal distintivo que identifica o empresário perante os credores, fornecedores e consumidores. É verdade que os consumidores reconhecem mais a marca do que o empresário, por isso para estes a marca acaba tendo mais importância.

O nome empresarial encontra proteção quando o empresário ou sociedade empresária se registram na Junta Comercial.¹⁴⁰ Importante perceber que o nome não se

¹³⁹ A doutrina adota uma sistemática, dividindo os elementos do estabelecimento em bens corpóreos e incorpóreos. Trata-se, a nosso ver, de uma classificação didática, que possui a vantagem de permitir ao estudioso, a análise de vários institutos de direito mercantil, dentro do estabelecimento empresarial. CF. R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 282.

¹⁴⁰ A. L. M. SILVA, *Registro Público da Atividade Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense 2002, p. 55: “A proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma mercantil individual e de sociedades mercantis, bem como de específica alteração nesse sentido, e circunscreve-se à unidade federativa de jurisdição da Junta Comercial que o tiver procedido (art. 33 da Lei nº. 8.934, de 18.11.1994, e art. 13 da Instituição Normativa nº. 53, de 6.3.1996). A proteção ao nome empresarial na jurisdição da Junta Comercial decorre, automaticamente, da abertura de filial nela registrada ou do arquivamento de pedido específico, instruído com certidão da Junta Comercial da unidade federativa onde se localiza a sede da empresa mercantil interessada (§ 1º do art. 13). Arquivado o pedido de proteção ao nome empresarial, deve ser expedida comunicação do fato à Junta Comercial da unidade federativa onde estiver localizada a sede da empresa (§ 2º do art. 13)”.

registra por si só, é o empresário que deve proceder o seu registro e disso resulta a proteção ao nome empresarial.

Há três espécies de nomes: a firma individual; a firma social e a denominação. A firma individual identifica o empresário individual e deve ser composta, obrigatoriamente, pelo nome completo ou abreviado do empresário.¹⁴¹ A firma social, por sua vez, designa algumas espécies societárias em que obrigatoriamente, deve constar no nome empresarial, o nome dos sócios.¹⁴² Em regra, a firma social é reservada àquelas sociedades que possuem sócios de responsabilidade ilimitada. Por fim, a denominação é espécie de nome empresarial criada livremente pelos sócios, sem necessidade de retratar os integrantes do quadro societário. É o nome fantasia.

O nome empresarial é regido pelo princípio da novidade e veracidade. O princípio da novidade está estampado no art. 1.163 do Código Civil que determina: “O nome de empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro. Ou seja, o nome é único, não se admite duplicidade. Já o princípio da veracidade determina que o nome deva representar uma situação fática verdadeira do empresário. É este princípio que veda a alienação do nome empresarial.¹⁴³

Importante trazer à colação o sobredito dispositivo, pois há nele regra interessante relacionada ao estudo da azienda. O art. 1.164 do Código Civil é imperativo quando determina, no caput, que o nome empresarial não pode ser objeto de alienação. No entanto, em seu parágrafo único, permite o uso do nome empresarial, desde que ocorra a alienação do estabelecimento empresarial e isto esteja previsto no contrato. O adquirente deve, entretanto, usar o nome do alienante, precedido de seu próprio, com a qualificação do sucessor, respeitando, assim, o princípio da veracidade. Trata-se, a nosso ver, de regra salutar que tem por fim garantir o aviamento do estabelecimento empresarial, tentando consolidar a antiga clientela do alienante nas mãos do adquirente.

Não se deve confundir o nome empresarial com outro sinal distintivo denominado de título de estabelecimento. Este identifica o estabelecimento empresarial. Em outras palavras, é o sinal distinto que consta na fachada da casa comercial e tem por objetivo identificar o local e manter fiel a clientela do empresário.

¹⁴¹ Art. 1.156 do Código Civil. O empresário opera sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado, aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade.

¹⁴² Art. 1.157 do Código Civil. A sociedade em que houver sócios de responsabilidade ilimitada operará sob firma, na qual somente os nomes daqueles poderão figurar, bastando para formá-la aditar ao nome de um deles a expressão “e companhia” ou sua abreviatura.

¹⁴³ Art. 1.164 do Código Civil. O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.

Não raro, o título de estabelecimento surge da designação dada à casa comercial pela clientela, como, por exemplo, “bar do alemão”. E, após tornar-se popular e conhecido, o empresário o incorpora como o seu título de estabelecimento.

Não existe um órgão próprio para o registro do título de estabelecimento. No entanto, diante da regra esculpida no art. 195, V, da lei 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da Propriedade Industrial), que considera crime de concorrência desleal, quem indevidamente, utilizar título de estabelecimento alheio, pode-se afirmar que este sinal distintivo encontra, sim, proteção legal, mesmo sem registro. O titular deve apenas demonstrar, por todos os meios admitidos pelo ordenamento jurídico, que utiliza o título, em seu estabelecimento, com precedência.

Também são considerados bens incorpóreos do estabelecimento, os chamados bens da propriedade industrial, regulados na lei 9.279, de 14 de maio de 1996. São eles: a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca.

A invenção é a criação de algo novo.¹⁴⁴ É tutelado por meio de uma patente obtida junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Deve atender aos requisitos da novidade, atividade inventiva e da industriabilidade. O titular tem o direito de exploração exclusiva da invenção por um prazo de vinte anos, contados da data do depósito. Em suma, a patente de invenção é um bem incorpóreo e elemento do estabelecimento empresarial que pode aumentar o seu aviamento consideravelmente.

O modelo de utilidade¹⁴⁵ é denominado de pequena invenção e representa qualquer inovação, forma ou modificação introduzida em objeto já conhecido, aumentando ou melhorando a sua utilidade prática. Pode-se dar como exemplo, o controle remoto da televisão. É tutelado por meio de uma patente e o seu titular tem o direito de exploração exclusiva por um prazo de 15 anos, contados da data do depósito.

Outro bem incorpóreo do estabelecimento é o desenho industrial¹⁴⁶. É a :

¹⁴⁴ R. E. SCHECHTER, e J. J. THOMAS, *Intellectual Propetery – The Law of copyrights, Patentes and trademarks*, USA, Hornbook, 2003, p. 291: “Section 101 defines the subject matter that may be patented. According to the state, a person who invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or any composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefore, subject to the conditions and requirements of this title”.

¹⁴⁵ Art. 9º da Lei 9.279/96- É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

¹⁴⁶ Art. 95 da Lei 9.279/96- Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

“Forma plástica ornamental de um objeto ou conjunto de ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”.

É o que denominamos de design ou alteração estética nos objetos, trata-se de elemento incorpóreo do estabelecimento muito utilizado na indústria automobilística. Tutela-se o desenho industrial por meio de um registro, obtido junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Este registro vigorará por dez anos, contados do depósito, prorrogável por três períodos sucessivos de cinco anos cada.

O último bem industrial é a marca. Essa identifica os produtos ou serviços que o empresário coloca à disposição de sua clientela. Elemento valioso para a manutenção do aviamento, pois uma vez comprovada a qualidade técnica de certos produtos, o consumidor mantém-se fiel àquela casa comercial. O titular da marca a protege por meio de um registro realizado junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial. A marca pode ser explorada, exclusivamente, por um prazo de dez anos, controlados da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.¹⁴⁷

Como foi exposto, não se confundem esses três sinais distintos, a saber: nome empresarial, o título de estabelecimento e a marca. Todos são elementos incorpóreos importantes para a exploração da atividade empresarial, no entanto, não se confundem e possuem regramentos jurídicos próprios e diferenciados.

A nosso ver, o elemento incorpóreo mais discutido e analisado na doutrina comercialista, é o ponto empresarial. Trata-se do local onde o empresário ou sociedade empresária exercem a sua atividade.

O ponto empresarial é elemento incorpóreo que pertence ao empresário que organizou a fazenda mercantil. Não se confunde com o bem imóvel - e corpóreo- onde ele está instalado. Este pode, ou não, pertencer ao titular do estabelecimento e com o ponto não se confunde. Em outras palavras, se o empresário é proprietário do imóvel, e neste local, organiza os elementos de produção, criando um ponto empresarial. Neste caso, dentre os bens do estabelecimento, encontramos o imóvel e, integrando-o, o ponto

¹⁴⁷ Art.108 da Lei 9.279/96- O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada. § 1º O pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição. § 2º Se o pedido de prorrogação não tiver sido formulado até o termo final da vigência do registro, o titular poderá fazê-lo nos 180 (cento e oitenta) dias subseqüentes, mediante o pagamento de retribuição adicional.

empresarial. Por outro lado, se o titular do estabelecimento, como ocorre na maior parte das vezes por razões estratégicas, não detiver um imóvel para organizar o seu estabelecimento, precisará adquirir o domínio de um local ou locar um imóvel e lá criar o seu ponto empresarial. Neste último caso, apenas integra o estabelecimento o ponto, elemento incorpóreo. Nas duas situações postas, o bem corpóreo e incorpóreo não se confundem; apenas, na primeira situação, ambos pertencem ao titular do estabelecimento e, na segunda, somente o segundo pertence ao titular da azienda.

Ademais, não devemos olvidar que a tutela dos dois bens é feita de maneira diferente pelo direito. A propriedade do imóvel é protegida por meio dos direitos reais, ramo pertencente ao direito civil; enquanto que, o ponto empresarial é protegido por meio da ação renovatória, prevista no art. 51 da lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, matéria concernente ao direito comercial.

Por outro lado, razão assiste a M. A. Feres¹⁴⁸ quando assim se manifesta: “quando o imóvel é de propriedade do empresário, ou mesmo se ele estiver de posse do bem por força de outros direitos reais; a tutela se realiza em conformidade com o Direito Civil”. Não discordamos disso, quando o ponto empresarial e o domínio do imóvel forem da titularidade do empresário, a tutela da propriedade, feita pelo direito civil, compreende, também, a proteção do ponto. Isto, contudo, não invalida o que fora posto por nós: os dois bens não se confundem. Até mesmo porque, o titular da azienda poderia alienar o imóvel e permanecer neste como locatário. E não resta dúvida de que teria, à sua disposição, a ação renovatória, desde que atendidos os requisitos legais.

A ação renovatória, segundo conceito nosso, é o meio judicial posto a disposição do empresário-locatário para renovar compulsoriamente o contrato de locação ou permitir, em certas situações, que o locatário seja indenizado pela perda do ponto. É, no nosso sentir, a tutela legal do ponto empresarial e, por conseguinte, do próprio estabelecimento empresarial.¹⁴⁹

¹⁴⁸ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 29.

¹⁴⁹ A. BUZAID, *Da ação Renovatória – e das demais ações oriundas decorrentes de locação de imóveis destinados a fins comerciais*, vol. I, 2ª Ed., São Paulo Saraiva, 1981, p. 129. O professor, em sua obra clássica, transcreveu interessante justificativa ao dispositivo do decreto nº. 24.150, de 20 de abril de 1934, que instituiu a ação renovatória: “O locatário que, fundando ou mantendo um estabelecimento comercial ou industrial em imóvel alheio, torna conhecido o respectivo local, para ele atraindo vultosa clientela, à custa de pertinaz propaganda e de porfiados esforços, contribui em larga escala para a sua valorização, para o aumento de seu valor locativo e do próprio valor venal. A propriedade comercial, abrangendo todo esse conjunto de elementos materiais e imateriais, que formam o chamado fundo de comércio, é protegida em numerosos países contra o enriquecimento exagerado do proprietário, pois sem essa proteção legal perderia o locatário, vítima de novas luvas extorsivas no fim de cada período contratual, ou de expulsão sumária, todo o

Contudo, deve o locatário, atender a três requisitos: a) o contrato deve ter sido celebrado por escrito e por prazo determinado; b) o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos seja de cinco anos; c) o locatário esteja explorando sua atividade, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.¹⁵⁰

Importante deixar consignado, que, qualquer cláusula aposta no contrato de locação que tenha por finalidade elidir o direito de renovação do empresário-locatário é considerada nula de pleno direito. Trata-se, conforme foi salientado, de medida judicial que visa a proteção de elemento do estabelecimento empresarial e mesmo que o locatário tenha concordado com essa cláusula, nenhum efeito jurídico será extraído desta suposta renúncia. Portanto, tal preceito de ordem pública não pode ser afastado por convenção das partes.^{151 152}

Outro aspecto importante a ressaltar é a exigência de que o estabelecimento esteja sendo explorado, por pelo menos três anos ininterruptamente e no mesmo ramo de atividade pelo locatário. Este prazo parece razoável, a nosso ver, para a consolidação da azienda e a criação de laços de fidelidade com a clientela.

Por derradeiro é de se ressaltar que os débitos não fazem parte do estabelecimento empresarial. Conforme temos sustentado, o estabelecimento empresarial é o complexo de

fruto desse seu ingente trabalho e esforçadíssima cooperação. A preferência do arrendatário à renovação do contrato de locação de imóvel ocupado por estabelecimento de comércio ou de indústria, é, pois um direito que lhe deve ser reconhecido de modo expresso por amor aos princípios da mais elementar justificativa". (Extraído dos anais da Assembleia Nacional Constituinte, Imprensa Oficial, 1937, v. 19, p. 382).

¹⁵⁰ Art. 51 da Lei 8.245 / 91. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.

2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade.

3º Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub-rogado no direito a renovação, desde que continue no mesmo ramo.

4º O direito a renovação do contrato estende-se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo.

5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor).

¹⁵¹ Art. 45 da Lei 8.245/91. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

¹⁵² Nesse sentido RT 471/168.

bens e não se confunde com o patrimônio do empresário ou sociedade empresarial e os débitos integram apenas o patrimônio. Esse tema, no entanto, será melhor explanado no último capítulo, que versará a respeito dos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento.

2.5 Do aviamento e da clientela

2.5.1 Do aviamento

Abordam-se, neste momento, dois atributos^{153 154} do estabelecimento empresarial. Outrora, considerava-se o aviamento e a clientela como elementos do estabelecimento empresarial, pelas razões em seguida expostas, são apenas qualidades ou atributos da azienda mercantil. Por assim entender, não foram inseridos no tópico precedente a respeito dos elementos do estabelecimento empresarial.

Iniciamos pelo aviamento. Esse pode ser conceituado como a aptidão de produzir lucros do estabelecimento empresarial. Segundo a doutrina econômica, o aviamento é um sobrevalor, ou seja, um acréscimo monetário agregado ao complexo de bens utilizado pelo empresário; e é justamente esse plus econômico que faz com que o estabelecimento apresente um valor de mercado superior à simples somatória de bens.

É de rigor asseverar que o aviamento não é merecedor de uma tutela jurídica específica. Ele é protegido em virtude do complexo de bens. No entanto, o novo Código Civil, em dispositivo inovador¹⁵⁵, reconheceu a existência do aviamento, permitindo que

¹⁵³ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 172: “Uma vez que o aviamento não é um elemento autônomo, nem se identifica com o próprio estabelecimento, passou-se a configurá-lo como uma qualidade ou atributo inerente ao complexo de elementos de que é formado o estabelecimento”.

¹⁵⁴ F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L’imprenditore impresa, Contratti di Impresa, Titolo di Crediti, Fallimento*, 12ª Ed., Bologna, Zanichelli, 2008, p.73: “Giuridicamente l’avviamento non è un bene a sé stante ma una qualità dell’azienda, ossia l’attitudine di questa a procurare profitti all’imprenditore: il valore dell’avviamento è nient’altro che il plusvalore dell’azienda avviata”.

¹⁵⁵ Art. 1.187, parágrafo único, III, do Código Civil. Na coleta dos elementos para o inventário serão observados os critérios de avaliação a seguir determinados: Parágrafo único: Entre os valores do ativo podem

esse figure entre os valores do ativo, no caso de trespasse, devendo-se, contudo, proceder à sua amortização anualmente.¹⁵⁶

A doutrina nacional¹⁵⁷ e a alienígena¹⁵⁸ costumam diferenciar duas espécies de aviamento: o objetivo e o subjetivo. O primeiro seria a aptidão de produzir lucros em razão de fatores relacionados com o próprio estabelecimento: os elementos, a organização desses elementos. O segundo é aquele relacionado à pessoa de seu titular. A primeira deriva da qualidade da azienda e, o segundo, de atributos pessoais do organizador da azienda.

Interessante perceber que, o já estudado parágrafo único do art. 1.164 do Código Civil tem por objetivo garantir ao adquirente do estabelecimento a manutenção do aviamento subjetivo. Explicando, quando o legislador permitiu que o adquirente do estabelecimento pudesse usar o nome do alienante, desde que previsto no contrato de trespasse, teve por desígnio garantir a transferência do aviamento subjetivo. Logo, se a sociedade limitada, denominada Farmácia Esmeralda Ltda., alienar o seu estabelecimento para a Farmácia Nova Droga Ltda., havendo cláusula neste pacto, a adquirente poderia ser assim designada: Farmácia Nova Droga Ltda. Sucessora da Farmácia Esmeralda Ltda. Em outras palavras, o adquirente deseja com isso assegurar a clientela conquistada pelo alienante, em virtude de seu prestígio pessoal, e, por conseguinte, manter o aviamento já consolidado pelo organizador da casa comercial.

Ademais, a cláusula de não restabelecimento, prevista no art. 1.147 do Código Civil¹⁵⁹, é também outro dispositivo que tem por finalidade consolidar o aviamento subjetivo do alienante nas mãos do adquirente.

Na verdade, quando, nos sobreditos dispositivos, dissemos que eles têm por objetivo consolidar o aviamento subjetivo nas mãos do adquirente. Isto deve ser recebido com cautela pelo leitor, pois sendo o aviamento uma qualidade pessoal do titular da

figurar, deste que se proceda, anualmente, à sua amortização: II- a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade.

¹⁵⁶ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 808/809: “O inciso III do parágrafo único estabelece a faculdade contabilizar no ativo da quantia paga a título de aviamento de estabelecimento empresarial adquirido”.

¹⁵⁷ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 176.

¹⁵⁸ F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L'imprenditore impresa, Contratti di Impresa, Titolo di Crediti, Fallimento*, 12ª ed., Bologna, Zanichelli, 2008, p. 73.

¹⁵⁹ 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.

azienda, este não se transmite diretamente ao adquirente. Na verdade, busca-se, com os mencionados dispositivos, a proteção indireta do aviamento subjetivo.¹⁶⁰

A doutrina costuma discutir se o aviamento seria um atributo da empresa ou do estabelecimento.¹⁶¹ A nosso ver, não temos dúvida em afirmar que é um atributo do estabelecimento e não da atividade econômica desenvolvida pelo empresário. Tanto esta assertiva é verdadeira, que o empresário pode ser titular, como veremos em seguida, de dois estabelecimentos, sendo que cada um poderá produzir um aviamento objetivo diferente do outro. Veja, neste exemplo, a atividade desenvolvida pelo empresário é a mesma, mas cada estabelecimento terá um aviamento próprio. Em suma, o aviamento é qualidade da azienda e não da empresa.¹⁶²

Por derradeiro, entendemos que o aviamento não pode ser considerado um elemento do estabelecimento empresarial, mas sim um atributo deste. Assim pensamos por duas razões: primeiro, porque não se pode considerar a aptidão de produzir lucros, resultante da organização, como um bem.¹⁶³ A nosso ver, bem é tudo aquilo que pode ser objeto de apropriação pelo homem.¹⁶⁴ O aviamento não é bem possível de apropriação pelo empresário; portanto não pode ser compreendido no conceito jurídico de bem. Melhor entendê-lo, como sugeriu G. Valery¹⁶⁵, como a fertilidade do fundo agrícola, que não é um bem, mas um atributo, e liga-se indissoluvelmente à sua sorte. Segundo, o empresário não possui o domínio, nem a titularidade sobre o aviamento. Este, como notado pelo professor peninsular, depende da sorte do empreendimento.

¹⁶⁰ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983. Interessante a análise feita pelo professor: “Com efeito, somente se pode considerar como inerente ao estabelecimento, independentemente do titular, o aviamento objetivo, que, sendo uma qualidade ou atributo do objeto do direito, com ele se transmite ao nosso titular. Ao contrário, o aviamento subjetivo, que é imanente, à pessoa do comerciante, não se transmite diretamente ao novo titular. Isso não obsta a que, de modo, indireto, se possa beneficiar o novo titular com o aviamento pessoal de seu criador, através da estipulação da cláusula de não restabelecimento do alienante...” No mesmo sentido: CF. F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L' imprenditore impresa, Contratti di Impresa, Titoli di Credito, Fallimento*, 12ª ed., Bologna, Zanichelli, 2008, p.73.

¹⁶¹ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 333.

¹⁶² M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 34.

¹⁶³ S. MARCONDES MACHADO, *Problemas de Direito Mercantil*, 2ª tiragem, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 71. O autor elabora um estudo detalhado a respeito da distinção entre coisas e bens, trazendo à colação doutrina nacional e estrangeira.

¹⁶⁴ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 33: “Sob o ângulo jurídico, bens são valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto de uma relação de direito. Compreendem no seu significado, coisas corpóreas e incorpóreas, fatos e abstenções humanas (obrigações)”.

¹⁶⁵ *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, Casa Editrice 1945.

Por outro lado, poder-se-ia dizer que no momento da transferência do estabelecimento, a determinação do preço é definida com critérios baseados no aviamento. Logo, este integra aquele, podendo ser considerado um elemento. Ademais, poderiam objetar alguns dizendo: Não se poderia inserir, no contrato de trespasse, cláusula resolutiva expressa¹⁶⁶, estipulando que se o aviamento não se mantiver estável por um certo prazo, o contrato estaria resolvido. Nesta situação não seria o aviamento um elemento do estabelecimento empresarial capaz de resolver o negócio jurídico caso não fosse mantido pelo alienante?

Nas duas situações postas, continuamos afirmando que o aviamento não é elemento da casa comercial. No primeiro caso, o aviamento serve apenas de parâmetro valorativo da azienda, em virtude de critério econômicos e do sobrevalor alcançado pela organização dos bens. Na outra situação posta, também entendemos que o aviamento não passa a integrar a azienda.

Existe apenas uma condição resolutiva, inserta em um negócio jurídico, que se vier a ocorrer, resolve o contrato^{167 168}. A manutenção do aviamento, por um certo período de tempo, é elemento de convergência das partes. Havendo variação no faturamento esperado pelo adquirente, e prometido pelo alienante, o contrato é desfeito diante do princípio da autonomia de vontades. A variação na aptidão de produzir lucros do estabelecimento é o evento futuro e incerto, que, ocorrendo, retira o elemento de convergência e desfaz o negócio jurídico.

¹⁶⁶ O. GOMES, *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.135. Segundo o autor é também chamada de pacto comissório expresso. Escreve o professor baiano: “Havendo pacto comissório expresso, o contato se resolve de pleno direito”.

¹⁶⁷ F. U. COELHO, *Curso de Direito Comercial*, V. I, 12ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 101: “Quando se negocia o estabelecimento empresarial, a definição do preço a ser pago pelo adquirente se baseia fundamentalmente no aviamento, isto é, nas perspectivas de lucratividade que a empresa explorada no local pode gerar. Isto não significa que se trate de elemento integrante do complexo de bens a ser transacionado. Significa unicamente que a articulação desses bens, na exploração de uma atividade econômica, agregou-lhes um valor que o mercado conhece”.

¹⁶⁸ Art. 127 do Código Civil. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

Art.128 do Código Civil. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

2.5.2 Da clientela

A clientela, por sua vez, é o conjunto de pessoas que comparecem à casa comercial do empresário no intuito de adquirir os seus produtos ou serviços. Segundo O. Barreto Filho¹⁶⁹, “é o conjunto de pessoas que, de fato, mantém com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens ou serviços.”

Conforme aduzido alhures, a clientela também não é elemento do estabelecimento empresarial. A nosso ver, é um atributo ou qualidade da azienda mercantil. O empresário não possui titularidade sobre a clientela, nem mesmo esta pode ser incluída no conceito de bem, conforme previsto no já analisado art.1.142 do Código Civil.¹⁷⁰

Em algumas legislações, como, por exemplo, a da Argentina, a clientela está elencada dentre os bens do estabelecimento empresarial. O art. 1º da Lei 11.867/1914, estabelece uma lista dos elementos constitutivos de um estabelecimento, para efeito de transmissão a qualquer título, as instalações, mercadorias, nome, clientela... Na França, G. Ripert¹⁷¹ chega ao extremo de afirmar que o fundo de comércio é uma propriedade incorpórea consistente no direito à clientela. Trata-se, pensamos nós, de um exagero linguístico.

Não chegamos ao extremo de entender que o estabelecimento empresarial é o direito à clientela. Nem elencamos esta, como elemento daquela. No entanto, somos forçados a admitir, diante da realidade que nos apresentam estes escritores, que sem clientela, não há um bom aviamento e, por conseguinte, a tutela legal do estabelecimento empresarial se torna, em alguns momentos, sem sentido.

Na verdade, a nosso ver, os conceitos de clientela e de aviamento dependem um do outro. Não conseguimos visualizar, por exemplo, um estabelecimento bem aviado sem uma clientela de certo modo significativa. Sabemos que não é somente a clientela o único fator propulsor do aviamento¹⁷², contudo pensamos que é o mais significativo.

¹⁶⁹ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 178.

¹⁷⁰ Art. 1.1142 do Código Civil - Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

¹⁷¹ *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, vol. I, Trad. Esp. Felipe de Sola Cañizares, TEA, 1954, p. 327.

¹⁷² O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, 9, p.136. Veja o pensamento do autor a respeito do tema: “ É difícil definir com precisão a relação entre os dois

O estabelecimento empresarial, conforme assinalamos, é tutelado em alguns dispositivos, levando-se em conta, principalmente, a clientela. O art. 1.147 do Código Civil tem como principal meta assegurar ao adquirente a proteção da clientela do estabelecimento, impedindo que o alienante lhe faça concorrência, por um prazo de cinco anos. A clientela também encontra guarida legal na lei de Propriedade Industrial, Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, mormente nos art. 195 ao 210.¹⁷³

conceitos, que se entrelaçam intimamente”. E o autor continua: “Afiguram-se, todavia, demasiado estreitas as concepções que identificam a clientela e o aviamento (é a opinião de Vivante e de Greco), ou que de qualquer maneira vinculam, de modo exclusivo, as duas nações. O aviamento, como vimos, provém de vários fatores, entre eles a clientela, porém existem outras concausas, como a acertada localização do negócio, a habilidade e honestidade do pessoal, a boa qualidade das mercadorias, a notoriedade da marca”.

¹⁷³ Arts. 195 ao 210 da Lei 9.279/96. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

Art. 196. As penas de detenção previstas nos Capítulos I, II e III deste Título serão aumentadas de um terço à metade se:

I - o agente é ou foi representante, mandatário, preposto, sócio ou empregado do titular da patente ou do registro, ou, ainda, do seu licenciado; ou

II - a marca alterada, reproduzida ou imitada for de alto renome, notoriamente conhecida, de certificação ou coletiva.

Art. 197. As penas de multa previstas neste Título serão fixadas, no mínimo, em 10 (dez) e, no máximo, em 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, de acordo com a sistemática do Código Penal.

Em síntese, entendemos ter abordado os principais aspectos a respeito do aviamento e da clientela.

Parágrafo único. A multa poderá ser aumentada ou reduzida, em até 10 (dez) vezes, em face das condições pessoais do agente e da magnitude da vantagem auferida, independentemente da norma estabelecida no artigo anterior

Art. 198. Poderão ser apreendidos, de ofício ou a requerimento do interessado, pelas autoridades alfandegárias, no ato de conferência, os produtos assinalados com marcas falsificadas, alteradas ou imitadas ou que apresentem falsa indicação de procedência.

Art. 199. Nos crimes previstos neste Título somente se procede mediante queixa, salvo quanto ao crime do art. 191, em que a ação penal será pública.

Art. 200. A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos crimes contra a propriedade industrial, regulam-se pelo disposto no Código de Processo Penal, com as modificações constantes dos artigos deste Capítulo.

Art. 201. Na diligência de busca e apreensão, em crime contra patente que tenha por objeto a invenção de processo, o oficial do juízo será acompanhado por perito, que verificará, preliminarmente, a existência do ilícito, podendo o juiz ordenar a apreensão de produtos obtidos pelo contrafator com o emprego do processo patenteado. Art. 202. Além das diligências preliminares de busca e apreensão, o interessado poderá requerer:

I - apreensão de marca falsificada, alterada ou imitada onde for preparada ou onde quer que seja encontrada, antes de utilizada para fins criminosos; ou

II - destruição de marca falsificada nos volumes ou produtos que a contiverem, antes de serem distribuídos, ainda que fiquem destruídos os envoltórios ou os próprios produtos.

Art. 203. Tratando-se de estabelecimentos industriais ou comerciais legalmente organizados e que estejam funcionando publicamente, as diligências preliminares limitar-se-ão à vistoria e apreensão dos produtos, quando ordenadas pelo juiz, não podendo ser paralisada a sua atividade lícitamente exercida.

Art. 204. Realizada a diligência de busca e apreensão, responderá por perdas e danos a parte que a tiver requerido de má-fé, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro.

Art. 205. Poderá constituir matéria de defesa na ação penal a alegação de nulidade da patente ou registro em que a ação se fundar. A absolvição do réu, entretanto, não importará a nulidade da patente ou do registro, que só poderá ser demandada pela ação competente.

Art. 206. Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

Art. 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil.

Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

2.6 Pluralidade de estabelecimento

De acordo com o que outrora postulamos, o patrimônio é uno e indivisível e rege-se por ditames legais específicos que não se confundem com as regras que tutelam o estabelecimento empresarial. O empresário ou sociedade empresária possuem um patrimônio apenas, salvo a possibilidade da lei lhes atribuir um patrimônio especial. Contudo, esta regra não se lhes aplicam no tocante ao estabelecimento. Em outras palavras, o empresário pode ser titular de uma casa comercial, bem como de várias, se assim lhe convier. Logo, o princípio da unidade patrimonial não é aplicável à teoria geral do estabelecimento empresarial.

O empresário, por razões administrativas, logísticas, de dimensões ou pelo exercício de várias atividades concomitantemente, pode deter mais de um estabelecimento empresarial. Aliás, é muito comum esta pluralidade de estabelecimentos empresariais, quando se cuida de empresários de grande porte que possuem vasta clientela em todo território nacional.

De ponto de vista jurídico, é importante determinar qual o estabelecimento sede, também chamado de matriz, e quais as filiais, também denominadas estabelecimentos secundários, sucursais ou agências.¹⁷⁴ É o estabelecimento sede que deverá constar do registro do empresário¹⁷⁵ ou do contrato social¹⁷⁶ da sociedade empresária, para fins de critério geral para a determinação da competência.¹⁷⁷

No entanto, o estabelecimento filial também deverá constar dos registros do empresário. Veja o que determina o art. 969 do Código Civil: “O empresário que instituir

¹⁷⁴ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 625.

¹⁷⁵ Art. 968, IV, do Código Civil. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: IV - o objeto e a sede da empresa.

¹⁷⁶ Deve constar do contrato social qual é o estabelecimento sede da sociedade.

¹⁷⁷ Art. 75, IV, do Código Civil - Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

Art. 127, II, do Código Tributário Nacional. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento.

sucursal¹⁷⁸, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária”. E no parágrafo único do mesmo dispositivo determina: “Em qualquer caso, a constituição do estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresa Mercantis da respectiva sede”.

O professor O. Barreto Filho¹⁷⁹ nos ensina: “o conceito de estabelecimento matriz é jurídico, prende-se à ideia de direção dos negócios; a noção de estabelecimento principal é econômica, pois diz respeito à concentração de valores patrimoniais”.

Portanto, para a fixação do domicílio da sociedade empresária utiliza-se o critério da sede (matriz). Logo, a sociedade empresária tem por domicílio o lugar onde funcionarem sua diretoria e administração ou onde elegerem domicílio especial nos seus estatutos ou atos constitutivos, segundo o art. 75, IV, do Código Civil.¹⁸⁰ E o parágrafo primeiro do mencionado dispositivo preceitua: “tendo a pessoa jurídica, diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados”. Trata-se de regra elaborada com o intuito de facilitar a defesa das pessoas que negociarem com as sociedades empresárias.

Esta regra de fixação do domicílio das pessoas jurídicas aplica-se, outrossim, às sociedades que não possuem personalidade jurídica, ou melhor, à sociedade em comum, prevista no art. 986 do Código Civil.¹⁸¹ Enfim, esta sociedade, que poderá ser empresária, quando tiver por objeto o exercício de atividade própria de empresária sujeita a registro¹⁸², deverá ser demandada na sede que constar de seus atos constitutivos.

Entretanto, não foi o critério jurídico da sede o eleito pelo legislador para determinar o juízo competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência do empresário ou sociedade empresária. No art. 3º. da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, o legislador enunciou que o juízo

¹⁷⁸ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, vol. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 625: “Nas organizações empresariais de maior porte, a palavra sucursal normalmente é utilizada para denominar estabelecimento mais diretamente vinculado à matriz, enquanto que o termo filial designa estabelecimento de menos relevância, mais distantes das ordens da matriz e às vezes até mesmo subordinados não só a essas ordens centrais, mas também aos comandos vindos das sucursais”.

¹⁷⁹ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p.145.

¹⁸⁰ Súmula 363 do STF: “A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência ao estabelecimento em que praticou o ato.”

¹⁸¹ Art. 986 do Código Civil - Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

¹⁸² Art. 982 do Código Civil - Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

competente é o local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.¹⁸³ Note-se bem que, o critério, neste caso, não é o jurídico, mas sim, o econômico. Para determinar qual é o principal estabelecimento do empresário, deve-se utilizar o chamado critério quantitativo econômico. Ou seja, onde o empresário exerce maior atividade econômica. A sede do devedor não é relevante no concurso de credores.¹⁸⁴

Em síntese, existe o critério da sede, para se determinar o domicílio do empresário; e, para o juízo competente concursal, utiliza-se o critério do principal estabelecimento. O primeiro é jurídico; o segundo, econômico.¹⁸⁵

¹⁸³ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p.175.

¹⁸⁴ Em Portugal, adotou-se critérios semelhantes ao nosso Cf. J. M. V. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial – Estudo de Direito Privado*, Lisboa, Ática, [s.d], p. 28. O art. 82 do Código de Processo Civil Português adotou esse critério: “o estabelecimento principal é aquele em que o comerciante exerce maior atividade mercantil”. E prossegue o autor: “Mas esse critério só deve ser aceito para o fim especial indicado no art., isto é, para a declaração da falência”.

¹⁸⁵ Agravo de Instrumento nº. 642.781-4/0, São José do Rio Preto, Agravante: Deutsche Bank S. A. Banco Alemão, Agravadas: Arantes Alimentos Ltda e Outro Voto nº. 22.765. Competência – Foro- Pedido de recuperação judicial. Sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora- Irrelevância- Requerimento que deve ser distribuído no juízo do principal estabelecimento sob o ponto de vista econômico- Art. 3º da lei 11.101/05- Agravo promovido para determinar o retorno dos autos a comarca de São José do Rio Preto/SP.

CAPÍTULO III

PRINCÍPIOS INFORMADORES DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

3.1 Noções gerais a respeito dos princípios

Inicialmente precisa-se estabelecer uma ideia do que seja princípio e quais sejam seu alcance e finalidade no mundo jurídico. Segundo M. Reale¹⁸⁶, princípios são: “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”. E mais adiante, em remate, professa: “os princípios são verdades fundantes”.¹⁸⁷ A nosso ver, os princípios são vetores que indicam os elementos vitais do ordenamento jurídico e direcionam o intérprete na correta aplicação do direito.

Como é cediço, os princípios podem ou não estar positivados. No entanto, alguns se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei¹⁸⁸, como, por exemplo, o princípio da isonomia. A grande maioria, entretanto, não está consolidada no direito positivo.

O direito comercial insere-se dentro do direito privado, juntamente com o direito civil. Contudo, em muitos aspectos, como este não se identifica, possui métodos¹⁸⁹ de

¹⁸⁶ *Lições Preliminares de Direito*, 12ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1985, p. 299.

¹⁸⁷ M. REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 12ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1985, p. 299.

¹⁸⁸ M. REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 12ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1985, p. 301.

¹⁸⁹ Cf. G. FERRI, *Diritto Commerciale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, 1964, pp. 921/927. E A. ROCCO, *Princípios de Direito Comercial*, trad. Port. De Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2005 pp. 94-102. O autor analisando os métodos que devem ser utilizados para o entendimento das regras comerciais, estabelece que o estudo do direito comercial impõe investigações de quatro ordens: a) o estudo técnico-econômico das relações sociais abordadas pelo direito comercial; b) o estudo histórico-comparativo do desenvolvimento dos institutos mercantis no tempo e no espaço; c) o estudo exegético das normas do direito comercial italiano; d) o estudo sistemático dos princípios do direito comercial e da sua coordenação com normas de princípios gerais do direito civil e dos princípios gerais de todo direito positivo. Analisando os quatro métodos de investigação propostos por Alfredo Rocco, a investigação histórico-comparativa é de real importância para o estudioso do direito comercial. A chamada globalização mercantil, que, hoje, assusta o

interpretação e princípios¹⁹⁰ que lhes são próprios. Não obstante, a unificação legislativa, elaborada pelo Código Civil de 2002, a autonomia científica do direito comercial ainda persiste no direito pátrio, bem como ocorreu no direito italiano¹⁹¹, mesmo após a promulgação do Codice Civile em 1942.

Pode-se, pois, a título de esclarecimento, mencionar, perfunctoriamente, alguns princípios que poderão auxiliar o estudioso, na leitura deste capítulo. R. Requião¹⁹², em interessante análise do direito comercial, estabelece alguns princípios norteadores do nosso ramo de estudo. Dentre os mais importantes, podemos apontar o princípio do internacionalismo ou cosmopolitismo do direito empresarial. Em outras palavras, por ter como objeto primordial a atividade econômica, as regras de direito empresarial harmonizam-se nos ordenamentos jurídicos de diversos países. Cada vez mais, podemos dizer que o direito comercial aproxima os povos. Exemplo claro do internacionalismo das regras mercantis é a lei Uniforme de Genebra que disciplina a letra de câmbio e a nota promissória.¹⁹³

Não devemos nos esquecer do princípio da onerosidade. A atividade econômica, desenvolvida pelo empresário, visa o lucro. É uma característica da atividade mercantil. Atividade desenvolvida sem o escopo de lucro não é empresarial. Atos gratuitos praticados pelo empresário são vistos como suspeitos, haja vista, por exemplo, a regra esculpida no art. 129, IV, da lei 11.101/05. Este dispositivo sanciona de ineficaz em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado pré-falimentar do devedor, com ou sem intenção de fraude em relação aos credores, a prática de atos gratuitos, desde dois anos da decretação da falência.

mundo é, por um lado, um estopim para refregas entre as nações, mas, por outro, pode ser visto como um fator unificador e pacificador da legislação comercial mundial, sinalizando, quiçá, a um futuro direito comercial unificado, sobrepondo-se às regras nacionais.

¹⁹⁰ A. ROCCO, *Princípios de Direito Comercial*, trad. Port. de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2000, p. 174. Ao abordar os critérios de interpretação do direito comercial o autor assim se manifesta: “Dos dois elementos que concorrem no processo de interpretação das leis, para determinar o conteúdo e o alcance exato da vontade geral declarada na norma, o elemento histórico e o elemento prático-sabido é que este último é incomparavelmente o mais importante na interpretação do direito comercial”. Razão assiste ao autor peninsular, pois, é consabido que os costumes mercantis constituem fonte rica para a exegese mercantil. Não devemos olvidar que o Decreto 1800, de 30 de janeiro de 1996, que regulamenta a Lei 8.394, de 18 de novembro de 1994, em seu art. 87 determina que os usos e costumes mercantis deverão ser assentados nas juntas comerciais dos estados, em livro próprio.

¹⁹¹ G. FERRI, *verbete Diritto Commerciale*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, 1964, p.921-927. “*La mancanza di un'autonomia sotto il profilo formale non tocca peraltro l'autonomia scientifica e didattica del diritto commerciale*”.

¹⁹² *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 51.

¹⁹³ Decreto nº. 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Foi esse decreto que determinou que fossem executadas e cumpridas as regras da convenção internacional no Brasil.

Há, também, o princípio do informalismo. Tendo em vista a necessidade de regular operações em massa, o direito comercial não pode se submeter às regras que lhe comprometam o dinamismo. As normas mercantis devem trazer segurança às partes, mas não podem adotar estruturas rígidas e formais para isso. Devem regular as operações em massa com rapidez¹⁹⁴; este é o objetivo do direito comercial.

Em face do sobredito princípio, andou na contramão da realidade cambial o legislador do atual Código Civil, quando exigiu autorização do cônjuge para a validade do aval, no art. 1.647, inciso III. Ou seja, criou um formalismo desnecessário e quiçá inviabilizou um instrumento eficaz de garantia do direito cambiário.¹⁹⁵

Encontramos, também, no direito mercantil o chamado fragmentarismo. Esta característica foi muito bem observada pelo comercialista peninsular, A. Rocco¹⁹⁶. O direito mercantil, por ter sido construído nos escombros dos usos e costumes dos mercadores, é um sistema lacunoso e fragmentário. Ousamos discordar do renomado professor, vez que o sistema jurídico, por si só, é lacunoso e fragmentário, até porque é

¹⁹⁴ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 32.

¹⁹⁵ Publicamos artigo interessante no Jornal Tribuna do Direito (março de 2004), denominado: O desaparecimento do aval. Peço vênica para transcrever o texto: O aval é ato cambiário que tem por finalidade garantir o pagamento de um título de crédito. Em outras palavras, o aval consiste na declaração unilateral assumida por uma pessoa, denominada avalista, de pagar uma cambial nas mesmas condições do outro figurante do título, este chamado de avalizado. É, pois, uma obrigação cambial típica literal e expressa, segundo a melhor doutrina. Além do aval ser garantia cambiária, não devemos olvidar que este ato contribui para um dos aspectos de maior relevância dos títulos de crédito: a circulação da riqueza. Isto é, na medida em que as garantias se multiplicam, o título passará a representar um risco menor para os credores, facilitando com isso a circulação da cambial e, conseqüentemente, da riqueza que ela representa, ocasionando uma diminuição dos custos da transação nos negócios de concessão de crédito. O aval tal qual se encontra regulado nos artigos 33 e seguintes do Decreto 57.663/66 (Lei Uniforme) atende aos anseios dos credores, representando uma forma célere e eficaz de garantia. De outro lado, o “novo aval” previsto no Código Civil representa um retrocesso em relação aos princípios cambiários. Ao se exigir, no artigo 1.647, III, a necessidade de autorização do cônjuge para a validade do aval, o legislador dificulta ou, quiçá, inviabiliza essa declaração de garantia, criada para dar segurança e mobilidade aos direitos representados pelo título de crédito. Não se levou em conta que o aval é uma declaração unilateral de garantia e que essa declaração deve ser aposta no título de maneira desembaraçada e rápida, para que a cambial não perca sua circulabilidade. Permitindo-se a ingerência de outros ramos do Direito Privado em matéria cambiária, cria-se um novo aval que dificultará a livre transmissão do crédito. Isso aumenta os riscos para o credor, que certamente buscará outra alternativa para resguardar o seu crédito, como, por exemplo, a elevação da taxa de juros nos negócios jurídicos, conforme já ressaltado pelos professores Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, em recente artigo publicado na RDM128-33. A nosso ver, a solução para esse impasse criado pelo legislador do novo Código Civil seria restringir a necessidade de outorga conjugal apenas aos títulos de crédito atípicos, introduzidos pelos artigos 887 e seguintes dessa legislação. Os títulos de créditos previstos em leis especiais (letra de duplicata mercantil, cheque e etc.) continuariam como outrora, sem necessidade de anuência do cônjuge do avalista. Esse posicionamento coaduna-se com os critérios para a solução de conflito de leis proposto por Norberto Bobbio, em Teoria do Ordenamento Jurídico. Portanto, sendo o código Civil (lei geral) e as leis que regem os títulos de crédito típicos (leis especiais), pode-se aplicar a regra: *Lex posterior generalis non derogat priori specialis*.

¹⁹⁶ *Princípios de Direito Comercial*, trad. Port. de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2000, p. 181: “O direito comercial é um direito cheio de lacunas e eminentemente fragmentário”.

impossível ao legislador regular todas as situações fáticas imagináveis. Aliás, o próprio legislador é sabedor disso, quando no art. 4º do Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942, determinou que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Postas essas ideias, trataremos em seguida dos princípios pertinentes ao estabelecimento empresarial.

3.2 Princípio da preservação do estabelecimento

Já foi mencionada anteriormente a importância do estabelecimento empresarial para o exercício da empresa. Fomos categóricos em afirmar que sem este complexo de bens, por mais modesta que seja a atividade a ser exercida, não haverá empresa.

Outrossim, para o fomento da atividade econômica, o estabelecimento é instrumento indispensável. No momento em que visualizamos o estabelecimento como um conjunto amplo e complexo de relações fáticas e jurídicas¹⁹⁷, incluindo nesse os serviços, esta estrutura dinâmica atua diretamente no mercado, propiciando benefícios à ordem econômica, como, por exemplo, a oferta de postos de trabalho, que contribui, assim para a realização dos princípios gerais da atividade econômica.¹⁹⁸

¹⁹⁷ A. A. C. MARIANO, *Estabelecimento empresarial - aspectos negociais e dever de não concorrência*. Dissertação de mestrado, Faculdade da USP (S.D): “Naturalmente, o exercício da atividade não demanda apenas esse complexo organizado de bens. A exploração empresarial do estabelecimento requer ainda a realização de um conjunto amplo e complexo de relações fáticas e jurídicas, com colaboradores, emprego, fornecedores e, claro, clientes. É todo esse conjunto, em interação dinâmica, que lhe permite o desempenho da atividade”.

¹⁹⁸ Art. 170 do Código Civil. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: da Constituição Federal/88

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

Ademais, é por meio do estabelecimento empresarial que a produção ou circulação de bens ou serviços é alcançada. Não se vislumbra a atividade de mercado¹⁹⁹,

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁹⁹ P. SANDRONI, *Novíssimo Dicionário de Economia*, 12ª Ed., São Paulo, Best Seller, 2003, p. 378: “Em sentido geral, o termo designa um grupo de compradores e vendedores que estão em contato suficientemente próximo para que as trocas entre eles afetem as condições de compra e venda dos demais. O mercado existe quando compradores que pretendem trocar dinheiro por bens e serviços estão em contato com vendedores desses mesmos bens e serviços. Desse modo, o mercado pode ser entendido como o local, teórico ou não, do encontro regular entre compradores e vendedores de uma determinada economia. Concretamente, ele é formado pelo conjunto de instituições em que são realizadas transações comerciais (feiras, lojas, bolsa de valores ou mercadorias, etc.). Ele se expressa, entretanto, sobretudo na maneira como se organizam as trocas realizadas em determinado universo por indivíduos, empresas e governo. A formação e o desenvolvimento de um mercado pressupõe existência de um excedente econômico intercambiável e, portanto, de certo grau de divisão e especialização do trabalho. Historicamente, isso ocorre nas cidades européias no final da idade média. Com a formação regular de excedente, a antiga economia natural ou de subsistência passa a ser substituída por um mecanismo de mercado, que é formado basicamente pela oferta de bens e serviços e pela demanda (ou procura) desses bens e serviços. Da interação desses elementos surge um sistema de preços que vai orientar a economia no sentido do aumento e da redução da produção. A oferta representa o volume total de determinada mercadoria que os produtores (ou vendedores) estão dispostos a vender a um determinado preço. Ela tende a ser diretamente proporcional ao preço obtido no mercado. Quanto maior o preço, em geral é maior a quantidade ofertada, pois preços maiores oferecem uma margem mais elevada do lucro. A demanda representa o lado dos compradores (ou consumidores), cuja realização tem quem ser inversa: quanto mais elevado o preço menos estão dispostos a comprar. Oferta e procura agem assim em direções opostas em relação ao preço. O equilíbrio seria teoricamente alcançado quando, a determinado preço, as quantidades de bens e serviços procurados fossem iguais às oferecidas. Aqui entra a questão da capacidade dos compradores, de um lado, e vendedores, de outro, de influenciar o preço. Isso leva a uma classificação de mercados em cujos extremos estão a concorrência perfeita (suposta pela economia clássica) e o monopólio. Um mercado seria de concorrência perfeita quando reunisse, tanto no lado da oferta como no da procura, um grande número de agentes econômicos (compradores e vendedores), que seriam indiferenciados entre si, criando uma situação que é indiferente para o produtor vender a este ou àquele, desde que pague o mesmo preço, a mesma coisa ocorrendo com os compradores. Além disso, a combinação dessas características de mercado ideal teria de acontecer de modo que não permitisse que nenhum dos agentes pudesse individualmente exercer uma influência perceptível sobre o preço: qualquer vendedor que fixasse um preço maior perderia a clientela e, do mesmo modo, os compradores não teriam condições (por serem todos pequenos) de forçar a baixa dos preços. Economistas clássicos contraíram suas teorias na suposição de que a economia capitalista fosse basicamente formada por mercados desses tipos, que tendiam, portanto, num prazo mais ou menos longo ao equilíbrio. Entretanto, se é que algum dia existiram os mercados de concorrência perfeita, ou algo próximo disso, praticamente desapareceram no desenvolvimento do capitalismo. O funcionamento da economia de mercado (expressão que é usada modernamente como sinônimo de capitalismo) modificou-se de modo irreversível por vários fatores, entre eles, o gigantismo das modernas unidades industriais (por exigências técnicas ou por critérios de rentabilidade determinados pela economia de escala, na qual quanto maior a produção, menores são os custos e maiores os lucros) e o crescente intervencionismo do Estado na economia (formando empresas, regulando preços, estoques e a oferta monetária, por exemplos). Assim, atualmente, entre as situações de mercados comuns em que prevalece a concorrência imperfeita, destacam-se, do lado da oferta, o monopólio (no qual um único produto determina toda a oferta e exerce grande poder sobre o preço) e o oligopólio (em que há um pequeno número de vendedores, como o mercado de automóveis, por exemplo, controlado por poucas e poderosas empresas); e, do lado da demanda, o monopsônio (em que um único comprador determina toda demanda e exerce toda influência sobre os preços) e o oligopsônio (no qual um pequeno grupo de compradores controla o mercado e influi decisivamente sobre os preços). De acordo com seu alcance, o mercado pode ainda ser classificado em local, regional, nacional e mundial. Entre os fatores que determinam o alcance do mercado estão: a escala de produção, as características da mercadoria, a amplitude da demanda, o grau de organização do comércio e o estágio de desenvolvimento econômico e social. E, de acordo com a natureza da mercadoria distinguem-se os mercados monetários, de trabalho, de produtos e etc., conforme o critério adotado. O mercado de produtos

sem a organização dos bens de produção²⁰⁰, realizada pelo empresário, por meio da azienda.

Não é, no entanto, somente o empresário que auferir benefícios com a azienda mercantil. O próprio Estado, quando recolhe tributos devidos a fatos geradores propiciados em virtude da atividade empresarial, beneficia-se do estabelecimento empresarial. Não devemos olvidar que os tributos são o principal instrumento de abastecimento dos cofres públicos.²⁰¹ Sem essa receita, o Estado não conseguiria prestar à população os serviços essências de saúde, segurança e educação.

Os consumidores dos produtos ou serviços oferecidos pelo empresário também recebem vantagens do estabelecimento empresarial. Vantagens de duas ordens: imediatas, pois gozam das comodidades proporcionadas pelos produtos ou serviços; mediatas, quando adquirem produtos ou serviços por preços justos devido à maior competitividade entre os empresários. Quanto maior for a concorrência entre os empresários, maiores serão os benefícios auferidos pelos consumidores.

Os trabalhadores, por seu turno, têm no estabelecimento a sua principal fonte de subsistência, sem falar da dignidade gerada pela relação de trabalho. Aliás, o princípio do pleno emprego é um dos orientadores da ordem econômica.²⁰²

Diante dessa gama de interesses gerados em torno desse instrumento que o empresário utiliza para o exercício da empresa, o legislador prestigiou o princípio da preservação do estabelecimento empresarial em alguns dispositivos legais. No nosso sentir,

pode ser dividido em mercado de consumo e mercado de bens de capital. A bolsa de mercadorias e instrumentos de crédito como as letras de câmbio tornaram o mercado mais flexível e deram origem ao mercado a termo, onde se realizam contratos de compra e venda de mercadorias para entrega posterior, fixando-se preço, prazo e local de entrega e permitindo com antecedência a garantia de estoques para o abastecimento de cidades e países. A microeconomia, que tem por objetivo as ações econômicas apenas de indivíduos e empresas, estuda o mercado em seu funcionamento geral, características básicas e comportamento dos agentes econômicos. Já a mercadologia (ou marketing) estuda a demanda e a maneira de influenciá-la.

²⁰⁰ P. SANDRONI, *Novíssimo Dicionário de Economia*, 12ª Ed., São Paulo, Best Seller, 2003, p. 51: “São bens que servem para a produção de outros bens, especialmente os bens de consumo, tais como máquinas, equipamentos, material de transporte e instalações de uma indústria. Alguns autores usam expressão bens de capital como sinônimo de bens de produção; outros preferem usar esta última expressão para designar algo mais genérico, que inclui ainda os bens intermediários (matéria-prima depois de algumas transformações, como por exemplo, o aço) e as matérias-primas”.

²⁰¹ G. ATALIBA, *Hipótese de incidência tributária*, 5ª Ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 28: “As normas tributárias portanto, atribuem dinheiro ao Estado e ordenam comportamentos dos agentes públicos, de contribuintes e de terceiros, tendentes a levar, em tempo oportuno, pela forma correta, segundo os critérios previamente estabelecidos e em quantia legalmente fixada, dinheiro dos particulares para os cofres públicos”.

²⁰² Art. 170 da CF/88. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... III - busca do pleno emprego.

poderia tê-lo feito de modo expresse, pois o instituto comportaria tal dignidade, no entanto, o mandamento nuclear²⁰³ está subentendido pelas normas do sistema.

O princípio da preservação do estabelecimento empresarial está esculpido no sistema harmônico de normas que tutelam esta universalidade de fato. O maior tratadista nacional, O. Barreto Filho²⁰⁴ já o percebera anos atrás. São palavras do autor: “Esta característica do estabelecimento se coaduna perfeitamente com a natureza jurídica de *universitas*, na qual normalmente um elemento singular se sub-roga a outro”. Aplicações importantes do princípio da conservação do estabelecimento, apesar da mudança dos elementos singulares que o compõem, serão encontrados nos negócios jurídicos que têm por objeto o estabelecimento, como veremos em outra parte deste ensaio.

O princípio em estudo encontra-se consubstanciado, como assinalamos, em vários dispositivos, mormente no art. 140, I, II, e III da Lei nº.11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência). Em outros termos, quando o legislador determina que a alienação de bens, em caso de decretação da falência, deva ser realizada levando-se em conta, primordialmente, a venda do estabelecimento empresarial na sua integralidade. Percebe-se, com isso, que o intuito é a preservação do estabelecimento, mesmo que haja a extinção da sociedade empresária.

Houve, contudo, imprecisão terminológica na redação do dispositivo, quando o legislador refere-se à alienação da empresa, nos incisos I e II do art.140 da legislação concursal, deve-se entender: alienação do “estabelecimento empresarial”. Andou mal o legislador que utilizou o termo empresa, que é a atividade econômica organizada, no lugar de estabelecimento, este sim, que é o complexo de bens organizados detentores de um sobrevalor a ser conservado, mesmo havendo falência do empresário ou sociedade empresária.²⁰⁵

²⁰³ C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de direito administrativo*, São Paulo, RT, 1980, p. 230. Para o administrativista, princípio é: “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

²⁰⁴ Teoria do Estabelecimento Comercial, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p.137.

²⁰⁵ R. SZTAJN, *Comentários a artigos da Lei 11.101/05*, in TOLEDO, P. F. C. de S.- ABRÃO, C. H. (coord.), *Comentários à lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 376. Neste sentido: “Nota-se que há uma imprecisão terminológica que é causa de estranheza, a ‘empresa, como complexo de estabelecimentos e objeto de direitos’”. Exame rápido das disposições do Código Civil demonstra que empresa não é objeto de direito. Estabelecimento segundo art.1.142 do CC, é o complexo de bens organizados, para o exercício da empresa, podendo ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos translativos ou constitutivos, compatíveis com a sua natureza (art. 1.143 do CC). Conclui-se que a expressão “alienação da empresa” corresponde à alienação de todos os estabelecimentos, como se formassem uma

No dispositivo subsequente, igualmente notamos outro corolário do princípio da preservação do estabelecimento empresarial. Trata-se de regra salutar e inovadora na legislação pátria que disciplina a cessão de estabelecimento empresarial em processo falimentar. A regra legal em comento²⁰⁶ disciplina que, na alienação de estabelecimento empresarial, este estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do devedor, inclusive, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho. Ficam, portanto, afastadas as regras do art. 10 da Consolidação das Leis do Trabalho²⁰⁷ e o art. 1.146 do Código Civil.²⁰⁸ As únicas exceções estão previstas no art. 141, parágrafo único, da Lei nº. 11.101/05 e no art. 133, parágrafo segundo, do Código Tributário Nacional.

No trato da sucessão tributária, havia necessidade de alteração do Código Tributário Nacional, pois este foi recepcionado, pela Constituição Federal de 1988, como lei complementar, portanto, de hierarquia superior²⁰⁹ à Lei nº. 11.101/05 que é uma lei especial, mas de natureza ordinária.

Feliz concepção do legislador concursal foi a regra esculpida no art. 141, II da Lei nº. 11.101/05. Não só permitiu a preservação do estabelecimento empresarial, nos casos de quebra, mas, também, amparou os interesses de terceiros que gravitam em torno da azienda mercantil.

indissociável unidade, um bloco monolítico de bens organizados para o exercício da atividade empresária. No mesmo sentido, R. BERNARDI, *comentários a artigos da Lei nº. 11.101/05*, in SOUZA JUNIOR, F. S. de P., Antonio Sergio A. de Moraes (coord.), *comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência- Lei nº. 11.101/05*, Ed. XXV, São Paulo, RT, 2007, p. 487.

²⁰⁶ Art. 141, II, Lei nº. 11.101/05. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

²⁰⁷ Art. 10 da CLT. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

²⁰⁸ Art. 1.146 do Código Civil. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

²⁰⁹ R. SZTAJN, *Comentários a Artigos da Lei nº. 11.101/05*, in TOLEDO, P. F. C. de S.- ABRÃO, C. H. (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 376.

3.3 Princípio da livre circulação do estabelecimento

O princípio da livre circulação do estabelecimento empresarial é uma viga mestra do nosso sistema jurídico. Foi, a nosso ver, o principal fim pretendido pelo legislador quando elaborou o Título III, do Livro II, da parte especial do atual Código Civil, referente ao estabelecimento empresarial.

A exegese dos dispositivos que cuidam do estabelecimento empresarial reflete a preocupação do legislador com o seu aspecto dinâmico.²¹⁰ Estes dispositivos procuram estabelecer meios eficazes que garantam a livre circulação do estabelecimento, e, ao mesmo tempo, possam resguardar os interesses dos credores.²¹¹ Em remate, garantindo a livre circulação do estabelecimento, fomenta-se a atividade econômica, contribuindo, por conseguinte, para o desenvolvimento da economia nacional.

O mencionado princípio, ora estudado, encontra-se externado no art. 1.143 do Código Civil. O dispositivo reza: “Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com sua natureza”. Portanto, o estabelecimento empresarial pode ser objeto de vários negócios jurídicos que tenha por desiderato transferir a sua titularidade, como no trespasse, ou somente negócios jurídicos constitutivos, tais como o arrendamento ou usufruto da azienda.²¹² Importante, no entanto, é de se observar que o legislador normatizou o princípio da livre circulação da azienda.

Aliás, conforme já dissertado por nós alhures, a razão da tutela do estabelecimento envolve três sistemas diferentes. No chamado sistema francês, o fundo de comércio é

²¹⁰ O. BARRETO FILHO, *Teoria do estabelecimento comercial*, São Paulo, Saraiva, 1988, p.185. O autor dividiu, por razões didáticas, o estudo do estabelecimento empresarial, sob o aspecto estático e dinâmico. No primeiro modo, o estabelecimento é visualizado como elemento do patrimônio do empresário; já sob o segundo critério, o estabelecimento é estudado como objeto de atos jurídicos que visam à sua circulação.

²¹¹ A. C. MARIANO, *Estabelecimento Empresarial - Aspectos negociais e dever de não concorrência*. Dissertação de mestrado, Faculdade da USP, [s.d]: “A inovação do legislador de 2002 não está, pois nesse ponto. Na realidade a disciplina dispensada pelo Código cuida dos aspectos dinâmicos do estabelecimento, relacionados à sua circulação. O livre trânsito de ativos positivos, no mercado, é meio de desenvolvimento da atividade econômica como um todo. Nisso funda-se a preocupação do legislador em regulamentar os negócios envolvendo o estabelecimento, atribuindo-lhes certezas e seguranças jurídicas”.

²¹² S. MARCONDES MACHADO, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 23. O professor, dissertando a respeito do projeto do Código Civil, assim se manifestou: “O projeto conceitua o estabelecimento e determina as operações de que ele pode ser objeto: alienação, garantia etc., e estabelece, com todo o cuidado, os efeitos da transferência do estabelecimento em relação aos credores do alienante, quando não lhes restem bens para garantia do seu passivo pessoal”.

tutelado em razão do direito da clientela. Vale lembrar a frase de G. Ripert²¹³ que preconizava que : “*El fundo de comercio es una propiedad incorporal que consiste en el derecho a la clientela que esta vinculda al fundo elementos que sirven para la explotación*”. Já no sistema alemão, o estabelecimento empresarial é tratado como sinônimo de empresa. Por seu turno, no sistema peninsular, o estabelecimento é protegido, juridicamente, tendo em vista a sua transferência de um titular para outro. O nosso sistema filiou-se ao sistema italiano.

Apenas para corroborar o nosso pensamento, F. Galgano assim se manifestou: “*L’azienda è presa in considerazione dal codice civile in vista, essenzialmente, della sua circolazione, ossia per le ipotesi in cui l’imprenditore ceda ad altri la propria azienda, o la dia in usufrutto o in affitto*”^{214 215}. É de se notar que não existe na legislação italiana regra semelhante ao nosso art. 1.143 do Código Civil, no entanto, a afirmação do citado autor encontra suporte nos demais dispositivos inseridos no Código Civil Italiano.

A doutrina portuguesa²¹⁶ também analisa o estabelecimento sob o ponto de vista estático e dinâmico. Pelo primeiro critério, o ordenamento jurídico estabelece regras para garantir-lhe a existência, preservação de sua identidade, proteção de seus elementos e pela imposição de regras que impeçam a concorrência desleal. Já, do ponto de vista dinâmico, o Direito visa garantir-lhe a livre circulação e que não se desagregue quando houver transferência de titularidade. É, neste segundo aspecto, onde se vislumbram os negócios de trespasse, cessão da exploração do estabelecimento, dentre outros.

E é sob o chamado aspecto dinâmico do estabelecimento empresarial que a doutrina portuguesa analisa o instituto. J.M.C. de Abreu, em sua obra²¹⁷, assim se manifestou: “O estabelecimento pode ser considerado quer no seu aspecto estático, quer no seu aspecto dinâmico. Embora seja este o que realmente importa assinalar, tanto econômica como juridicamente, o aspecto estático não pode deixar de ser considerado porque mesmo nessa situação é um valor, uma coisa, objeto de relações jurídicas”. Concordamos com o doutrinador português.

²¹³ *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, V. I, Trad. Esp. Felipe de Sola Cañizares, TEA, 1954, p. 321.

²¹⁴ *O estabelecimento empresarial é tomado em consideração pelo código civil em vista, essencialmente, da sua circulação, ou seja pela hipótese na qual o empresário ceda a outros o próprio estabelecimento ou o dê em usufruto ou aluguel (tradução livre do autor)*

²¹⁵ *Diritto Commerciale – L’imprenditore impresa, Contratti di Impresa, Titoli di Credito, Fallimento*, 12^a ed., Bologna, Zanichelli, 2008, p. 62.

²¹⁶ J. M. V. BARBOSA DE MAGALHÃES, *o Estabelecimento Comercial – Estudo de Direito Privado*, Lisboa, Ática, [s. d.], p.14.

²¹⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU, *As operações comerciais*, Coimbra, Almedina, 1988, p.406/407.

Desse modo, foi o princípio da livre circulação do estabelecimento empresarial que norteou o legislador na elaboração de suas regras. Como bem observou A. Mariano²¹⁸, em sua dissertação de mestrado, que cinco, dos oito dispositivos que regulam o estabelecimento empresarial, no atual Código Civil, referem-se à disciplina das relações fáticas e jurídicas em caso de circulação do estabelecimento.²¹⁹ E, há ainda o art. 1.144²²⁰, que trata da publicidade e eficácia desses negócios perante terceiros.

Sem mencionar que é no aspecto dinâmico do estabelecimento empresarial que surgem as contendas judiciais.²²¹

Outras questões a respeito das formalidades que envolvem a circulação do estabelecimento serão tratadas no último capítulo desta obra, referente aos negócios jurídicos translativos e constitutivos.

²¹⁸ *Estabelecimento empresarial - Aspectos negociais e dever de não concorrência*. Dissertação de mestrado, Faculdade da USP, p. 50.

²¹⁹ Art. 1.145 a 1.149 do Código Civil. Esses cinco dispositivos cuidam do estabelecimento empresarial em seu aspecto dinâmico. Art. 1.145 do Código Civil. Se, ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

Art. 1.146 do Código Civil. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

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

Art. 1.148 do Código Civil. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

Art. 1.149 do Código Civil. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente

²²⁰ Art. 1.144 do Código Civil. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

²²¹ CF. Alguns julgados RT. 276, 216,691:157, 265: 714, 276:620, 423:122, 270: 210, 250:116, 42:329, 390:158, 401:187, 500:155, 415:127, 656:164; rtj. 118:1154, RF. 200:145; JSTJ 32:231, RJTJRS, 158:316 (Julgadores colecionados em M. H. Diniz, Curso de Direito Civil, Direito de Empresa, v. XIII, São Paulo, Saraiva, p. 762.

3.4 Princípio da continuidade do estabelecimento

Trata-se de mandamento nuclear²²² do nosso sistema jurídico que consiste em assegurar meios jurídicos, ou regras protetivas, visando a manutenção ou funcionamento da azienda mercantil. Posto de outra maneira, não basta garantir a livre circulação do estabelecimento, é necessário, antes de tudo, prescrever o seu funcionamento.

O que se busca com esse princípio é garantir meios legais para que a azienda mercantil, mesmo havendo transferência de titularidade, mantenha-se articulada e possa continuar gerando benefícios a todos aqueles que estejam sob seu campo de atuação, tais como, trabalhadores, fornecedores, credores, Estado, sem falar, de seu maior beneficiado, o empresário ou a sociedade empresária.

Segundo o nosso entendimento, existe uma diferença sutil entre o princípio da preservação do estabelecimento e a princípio da continuidade. No primeiro, procura-se resguardar a sua estrutura orgânica em face de um possível desmantelamento. Logo, mesmo havendo a decretação de falência do empresário e ocorrendo a cessação da atividade, o legislador procurou preservar a estrutura do estabelecimento, determinando a sua alienação em bloco ou, não sendo possível, em unidades isoladas, mas sempre mantendo a sua organização. Entretanto, no princípio da continuidade do estabelecimento, o escopo desejado é outro. Busca-se manter a azienda em funcionamento sem eventuais interrupções que possam, mesmo que momentâneas, comprometer o seu aviamento.

No princípio da preservação do estabelecimento procura-se preservar sua unidade²²³, no princípio da continuidade do estabelecimento, o intuito é impedir a paralisação da atividade empresarial. Aliás, quanto a este último aspecto, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que, a falta de condições mínimas para o exercício da atividade empresarial, acarreta a nulidade do contrato de trespasse.²²⁴ Por isso, se não for

²²² C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de direito administrativo*, São Paulo, RT, 1980, p. 230.

²²³ O. BARRETO FILHO, *Teoria do estabelecimento comercial*, São Paulo, Saraiva, 1988, p.134. O autor assim se manifestou: “A unidade do estabelecimento resulta da própria natureza das coisas, que se manifesta na realidade da vida econômica e social. Para que sirva de instrumento para o exercício da atividade econômica, faz-se mister que o organismo seja considerado no seu todo. Isso não depende só da vontade do seu titular, mas da própria relação de complementaridade econômica que liga todos os elementos do estabelecimento”.

²²⁴ Nesse sentido: TJSP, 35ª. Câmara de Direito Privado, apelação com revisão nº. 902712-0/7, relator Sá Moreira de Oliveira, data 25/05/09. Ementa: Nulidade contratual – Alienação de estabelecimento empresarial

garantido, ao adquirente, o exercício da empresa por meio da transferência da azienda, isto gera vício insanável ao contrato de trespasse. Em remate, se não for possível e continuidade do exercício da atividade pelo adquirente, o contrato é acoimado de nulo.

Aliás, o princípio da continuidade do estabelecimento foi prestigiado na súmula 70 do Supremo Tribunal Federal que entendeu: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributos”.

Sabedor da importância do princípio da continuidade do estabelecimento empresarial, o legislador do atual Código Civil, diferentemente do que estipulava o Código Civil de 1916²²⁵, determinou, expressamente, no art. 1.148, que: “Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para a exploração do estabelecimento, se não tiver caráter pessoal, podendo terceiros rescindir o contrato em noventa dias, a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante”. Cuida-se, claramente, de regra instituída para evitar a interrupção da atividade e preservar a continuidade do estabelecimento empresarial.

Não vamos, neste momento, abordar pormenorizadamente o mencionado dispositivo, pois este será analisado no tópico referente à sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para a exploração do estabelecimento. Contudo, apenas para não ficar lacunoso o nosso pensamento, é importante enfatizar que a norma em comento tem por objetivo imediato garantir a transferência de alguns contratos ao adquirente, permitindo que este desenvolva a atividade, do mesmo modo que o alienante desenvolvia, sem

– alegação de falta de condições para o desenvolvimento da atividade – Revelia- Estabelecimento conceituado como complexo de bens organizados para o exercício da empresa - Ausência de elemento essencial ao trespasse- Falta de objeto possível, conforme exige o art. 104, do Código Civil de 2002- Devolução restrita ao valor pago - ausência de prova da impossibilidade de retorno ao estado anterior, bem como de maiores prejuízos. TJMG- Número do processo: 1.0024.06.020777-6/001(1), Relator: Claudia Maia, Relator do acórdão: Claudia Maia, data do Julgamento: 23/08/2007, Data da publicação: 14/09/2007. Ementa: Embargos do executado. Ilegitimidade passiva. Cessão da Carteira de clientes. Alienação do estabelecimento empresarial. A concepção de estabelecimento empresarial descrita pela lei é aberta, na medida em que aglutina o complexo de bens reunidos pelo empresário para o desenvolvimento da sua atividade econômica, não se resumindo à noção de um único bem em separado. Em consequência, o conceito de estabelecimento empresarial deve ser delineado a partir da situação patrimonial específica de cada empresa. Na hipótese de alienação do estabelecimento empresarial, faz-se imprescindível apurar se a venda dos bens importa a transmissão da funcionalidade da empresa. Em se tratando de operadoras de planos de saúde, a carteira de clientes representa elemento essencial à manutenção da funcionalidade da empresa, enquadrando-se na definição dos arts. 1.142 e 1.146 do Código Civil.

²²⁵ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 653: “Prevalecia a regra intransmissibilidade absoluta dos contratos no caso de transferência a qualquer título do estabelecimento sem que pudesse o adquirente, Sponte sua, sub-rogar-se nas obrigações contraídas pelo alienante”. O autor ainda cita a decisão: AC 407.619/ Assis, 1ª Câmara de 1º TACSP, v.v, J. 14-8-1989.

interrupção na continuidade da azienda. Portanto, a regra é que o cessionário assuma a posição contratual no lugar do cedente.

3.5 Princípio da função social do estabelecimento

Inicialmente, é importante observar que a função social da propriedade está elencada como um dos princípios da ordem econômica, previstos no art. 170, III, da Constituição Federal. E, segundo a Lei Maior, os princípios que dão suporte a ordem econômica nacional têm por objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.²²⁶ O mencionado princípio, associado a outros princípios da ordem econômica, tais como a valorização do trabalho humano, a defesa do consumidor, a propriedade privada, a livre concorrência, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país, devem objetivar esse ditame constitucional.

O princípio da função social da propriedade, previsto no art. 170, III, não se confunde com aquele regulado no art. 5, XXIII, ambos da Constituição Federal. A função social que estamos tratando é aquela relacionada aos bens de produção, utilizados pelo empresário para a realização da atividade econômica, ou seja, aquela que tem por objetivo a produção ou circulação de bens ou serviços. Por sua vez, a função social, prevista no art. 5, XXIII, refere-se à propriedade de um modo geral, ou, em outros termos, à propriedade rural e urbana.²²⁷

Os bens de produção diferem dos chamados bens de consumo. Podemos, de forma didática dizer, que os primeiros, também chamados de bens de capital²²⁸, servem para a produção de outros bens, tais como as máquinas, instalações, equipamentos, dentre outros.

²²⁶ J. A. da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT, 6ª Ed., 1990, p. 682.

²²⁷ J. A. da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT, 6ª Ed., 1990, p. 682.

²²⁸ P. SANDRONI, *Novíssimo Dicionário de Economia*, 12ª Ed., São Paulo, Best Seller, 2003, p. 51.

Os bens de consumo são aqueles destinados a satisfazer necessidades básicas do indivíduo, tais como: alimento, roupas, alojamento²²⁹ e etc.

Interessante observar a análise elaborada pelo professor F. K. Comparato²³⁰, a respeito dos bens de produção e de consumo. E, de rigor, transcrevermos as palavras do autor:

“Os bens de produção são móveis ou imóveis, indiferentemente. Não somente a terra, mas também o dinheiro sob a forma de moeda ou de crédito, podem ser empregados como capital produtivo. De igual modo os bens destinados ao mercado, isto é, as mercadorias, pois a atividade produtiva é reconhecida, na análise econômica, não pela criação de coisas materiais, mas pela criação de valor. Mas as mercadorias somente se consideram bens de produção enquanto globalizadas na universalidade do fundo de comércio; uma vez destacadas ele, ao final do ciclo distribuído, ou elas se incorporam a uma atividade industrial, tornando-se insumos de produção, ou passam à categoria de bens de consumo”.

Posto de outra maneira, todos os bens, inclusive as mercadorias que em regras são bens de consumo, quando integrantes do estabelecimento empresarial, serão havidos com bens de produção. Esta organização dos bens de produção é que forma a nossa azienda mercantil.

Feitas essas considerações, indaga-se: em que consiste a função social dos bens de produção? Como bem observado por F. K. Comparato²³¹, trata-se de vincular estes bens a um destino determinado, vinculá-los a um objetivo, que corresponda a um interesse coletivo. Em nosso sentir, os bens de produção não devem atender apenas a um interesse egoístico do titular, mas deve-se buscar um bem comum, que é realizar a chamada justiça social. Conforme dispõe a Carta Magna, não se devem entender como função social da propriedade as restrições de uso e gozo dos bens próprios.²³² Estes são deveres ou limites negativos ao direito de propriedade; a função social impõe um dever positivo ao proprietário.

²²⁹ J. A. da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT, Ed. 6ª, 1990, p. 682.

²³⁰ *Função social da propriedade dos bens de produção*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. LXIII, [s. d.], p. 72.

²³¹ *Função social da propriedade dos bens de produção*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. LXIII, [s. d.], p. 75.

²³² F. K. COMPARATO, *Função social da propriedade dos bens de produção*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. LXIII, [s. d.], p. 75.

A doutrina costuma analisar o princípio da função social em relação à empresa ou ao empresário.²³³ Contudo, a nosso ver, a função social da propriedade deve ser examinada à luz da *azienda mercantil*, pois é nesta que se inserem os bens corpóreos e incorpóreos utilizados pelo empresário para o exercício da empresa. Estudar o fenômeno da função social em relação ao sujeito de direito ou à atividade exercida por este último é, a nosso ver, verificar as consequências de função social, pois a causa é propriedade dos bens de produção, ou melhor, a *azienda mercantil*.

A função social é da propriedade, que deve ser, é verdade, levada a cabo pelo titular do estabelecimento empresarial, pessoa física ou jurídica. Ademais, a atividade, que é a empresa, também, é apenas resultado da destinação que o empresário atribuir aos bens. Em remate, se o empresário cumprir a função social do estabelecimento, dando à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade, a empresa, consequentemente, também verterá os mesmos resultados sociais.

Pelo exposto, é de entender-se que o titular do estabelecimento deva permear a sua atividade na busca de vantagens pecuniárias, mas esse interesse precisa ser harmonizado com outro, que é o bem estar da coletividade.²³⁴ Em outras palavras, diante da nova ordem econômica, a figura do capitalista selvagem não pode subsistir. A função social da propriedade corresponde a um poder-dever do titular do estabelecimento, sancionável pela ordem jurídica²³⁵, caso não seja atendida.

Para satisfazer ao princípio da função social do estabelecimento, deve o titular da *azienda* encontrar um ponto de equilíbrio entre os interesses empresariais e os da coletividade. Este ponto de equilíbrio é conhecido em economia como

²³³ W. BULGARELLI, *A Teoria Jurídica da Empresa – Análise jurídica da empresarialidade*, São Paulo, RT, 1985, p. 333.

²³⁴ M. H. DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Empresa*, v. XIII, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 23: “A propriedade empresarial deverá atender à função social exigida pela Carta Magna; por isso o empresário deve exercer a sua atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços no mercado de consumo, de forma a prevalecer a livre concorrência sem que haja abuso de posição mercadológica dominante, procurando proporcionar meios para efetiva defesa dos interesses do consumidor e a redução de desigualdades sociais, assumir funções assistenciais para o seus empregados, por exemplo, formando serviços médicos, fundo de previdência, planos de aposentadoria, promovendo o ensino básico, creches, transporte, e ainda, realizar projetos de recuperação do meio ambiente, e do patrimônio histórico-cultural. É preciso compatibilizar essa sua função social visando o bem-comum, o bem-estar, e a justiça social, com a finalidade de produção de lucros”.

²³⁵ F. K. COMPARATO, *Função social da propriedade dos bens de produção*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. LXIII, [s. d.], p. 75.

“ótimo de Pareto”²³⁶, onde é possível obter-se o máximo de resultados, desde que os custos sociais derivados da atividade empreendedora, sejam iguais aos benefícios sociais alcançados. Em outros termos, o proveito do empresário não pode diminuir o bem estar social.

²³⁶ P. SANDRONI, *Novíssimo Dicionário de Economia*, 12ª Ed., São Paulo, Best Seller, 2003, p. 437: “Situação em que os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer pessoa sem piorar a situação de qualquer outra. O conceito foi introduzido por Vilfredo Pareto (1848–1923), e a Economia do Bem-Estar em grande medida estuda as condições nas quais um ótimo de Pareto possa ser alcançado”.

CAPÍTULO IV

DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL NO DIREITO COMPARADO

4.1 Na antiguidade

Noticiam-nos P. Cerami e A. Petrucci²³⁷, ao procederem seus estudos a respeito do direito comercial romano, que o estabelecimento já era conhecido desde a antiguidade por meio da figura da *taberna instructa*. Nesse mesmo sentido os citados autores²³⁸ trazem à colação um trecho do Ulpiano: “*Instructam autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus as negatiationem paratis constat*”.²³⁹

Comparando a locução latina ao conceito ofertado pelo vigente Código Civil Italiano, os autores²⁴⁰ chegaram à seguinte conclusão:

“A única diferença foi reconhecida na ausência, por outro lado óbvia (se disse), dos *homines* no enunciado da codificação; óbvia, porque a *azienda romana* era fundada essencialmente sobre o trabalho dos escravos, enquanto aquela atual implica antes um feixe de relações de trabalho. A substância, todavia, não muda”.

O Direito Romano, apesar de ter possibilitado o fundamento sobre o qual se construiriam a compreensão e a concepção do estabelecimento, contemplando o conceito de unidade de bens reunidos, não concebeu propriamente o *estabelecimento*.

Como assinala Carvalho de Mendonça *negotium* e *negotiatio* à época significavam o complexo dos bens que constituía o patrimônio do comerciante, *taberna* indicava o lugar onde o comércio se exercia e, *mensa*, o comércio bancário; como anota o tratadista:

²³⁷ *Lezioni di Diritto Commerciale Romano*, Torino, Giappichelli, 2002.

²³⁸ *Lezioni di Diritto Commerciale Romano*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 51.

²³⁹ P. CERAMI; A. PETRUCCI, *Lezioni di Diritto Commerciale Romano*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 51.

²⁴⁰ P. CERAMI; A. PETRUCCI, *Lezioni di Diritto Commerciale Romano*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 51.

“O direito romano não viu em o *negotium* senão alguns de seus elementos, mas não os suficientes para equiparar a expressão à riqueza de conteúdo econômico e jurídico que existe no estabelecimento comercial, segundo o conceito que ele tem em nosso tempo. Compreendia, para os romanos, também direitos, como acontecia com *bonorum*, além de coisas, mas não direitos tais que incluíssem os hoje considerados integrantes do instituto.

É de Straccha a afirmativa de que pelo nome *merx* ou mercancia se compreende pluralidade de coisas, isto é, corpo universal, no qual uma coisa se sub-roga a outra, de tal modo que, se algumas coisas forem removidas, ou mudadas, as coisas renovadas ocupam o lugar das anteriores, assim como acontece com o rebanho e o pecúlio...

O estabelecimento comercial, na concepção do direito comum e na incipiente doutrina do direito comercial, se constitui de bens materiais, apenas bens materiais, sem consideração de bens imateriais. Esse o entendimento que era generalizado, como se vê no *Trésor de la Langue Francaise*, de Jean Nicot, publicado em 1606, que no verbete *Fond* informa significar ‘o capital do comerciante, sejam mercadorias, seja dinheiro’. As mercadorias, assinala Michel Riou, têm sempre o primeiro lugar, mas começa a lhe serem juntadas o material, as ferramentas, as máquinas, destinadas ao exercício da atividade, de maneira que já no Século XVIII *fonds de boutique* é constituído pelo conjunto de elementos materiais necessários ao comerciante para o exercício do comércio”.²⁴¹

A respeito do surgimento do estabelecimento, pode-se afirmar, portanto, que o direito romano sedimentou raízes; no entanto, o instituto como hoje o concebemos somente apareceu décadas mais tarde.

Dissertando a respeito do tema, G. Ferri foi preciso em sua análise:

“Se il fenomeno della organizzazione di una pluralità di beni al servizio di una attività economica è senza dubbio fenomeno antichissimo, la realtà economica e sociale dell’azienda quale attualmente si presenta è certo priva di precedenti, per caratteri intrinseci e dimensioni ai quali richiamarsi nel passato.

Ciò spiega tanto la difficoltà generalmente riconosciuta di inquadrare questa nuova realtà nelle categorie dogmatiche tradizionali, che elaborate in relazione a realtà diverse risultano del tutto inadeguate al fenomeno attuale, quanto la formulazione normativa recentissima, solo apparsa nel codice civile del 1942 (art.2.555 ss.), di una disciplina giuridica dell’azienda”.²⁴²

²⁴¹ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. V, Campinas, Bookseller, 1938, p. 16.

²⁴² G. FERRI, *Diritto commerciale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, [s.d].

4.2 Direito Francês

É consenso na doutrina²⁴³ de que a ideia de fundo de comércio teve origem na França, em meados do século XVIII, derivando do que se denominava *fonds de boutique*; entretanto, a expressão definia o conjunto de bens tangíveis, consistentes em mercadorias e demais materiais utilizados pelo comerciante na exploração de sua atividade.

Diante da liberdade de comércio, nasceu na França, no século XVIII, desenvolvendo-se no transcurso do século XIX, a concepção jurídica de fundo de comércio. Uma lei fiscal datada de 1872²⁴⁴ antecipou-se às leis civil e comercial, consagrando a expressão *fonds de boutique*, inaugurando, assim, o conceito de estabelecimento, cuja formalização alastrou-se inicialmente por toda a Europa de base românica, incluindo a Itália, onde este conjunto de bens intangíveis recebeu o nome de *azienda mercantile*. Posteriormente, o conceito de estabelecimento ficou conhecido na Espanha por *hacienda*. Na Alemanha e na Inglaterra foram-lhe atribuídas as denominações *geschäft* ou *handelsgeschäft* e *goodwill*, respectivamente.

Como bem observou O. Barreto Filho²⁴⁵: “Na esteira da França, outros países editaram leis estabelecendo regulamentações especiais para o trespasse do fundo de comércio, como o Peru, a Argentina e o Uruguai.”

A França teve o singular privilégio de estabelecer uma legislação sobre estabelecimento comercial. Ainda que não tenha consagrado o conceito de fundo de comércio, uma vez que não lhe regulou de modo sistemático, indicou seus elementos constitutivos; daí que se afirme que o direito francês tenha sido o que mais se preocupou em formar um conjunto de disposições destinado a proteger a figura do fundo de comércio. Os elementos componentes do fundo de comércio eram objeto de proteção pelo direito comum; os elementos incorpóreos, por sua vez, eram protegidos por leis especiais.

Em 1909, outra lei francesa contemplou o estabelecimento:

²⁴³ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 65.

²⁴⁴ A Lei Fiscal de 28 de fevereiro 1872 determinava que as transferências de propriedade a título oneroso do estabelecimento ou da clientela eram tributáveis na base de 2% (dois por cento) sobre o valor da operação. Os bens que compunham o estabelecimento passaram a ser vendidos em conjunto, adquirindo um sobrevalor. É o primeiro regramento do estabelecimento.

²⁴⁵ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 65.

“A lei de 17 de março de 1909 proclamou o direito de propriedade do comerciante sobre todos os elementos do fundo, notadamente sobre o direito à locação, à clientela, à freguesia, ela permitiu que dispusesse desse direito, vendendo-o; de fazer dele um instrumento de crédito, dando-o em penhor”.²⁴⁶

Não obstante a expressão: “fundo de comércio” não haver mantido o mesmo significado no decorrer do tempo, o Alvará de 28 de setembro de 1811, revogando o Decreto de 1º de julho de 1755, permitiu o livre exercício do comércio, sem especificação de gênero, ressaltando aqueles proibidos, e projetou uma remota ideia de fundo de comércio que em tais condições, pode-se dizer, precederam a preocupação dos franceses no trato da matéria.²⁴⁷

A compra e venda do fundo de comércio tanto podia ser efetivada globalmente, como com a especificação dos seus elementos constitutivos. Sobre o assunto reportava-se a Lei 17 de março de 1909 (art. 1º, 2ª al.), nos seguintes termos:

*“...le privilège du fonds enumeres dans la vente, et, à défaut de designation precise, que sur l'achalandage c'est-à-dire sur les éléments du fonds de commerce. Selon les convenances des parties, il peut être stipulé un prix unique de l'exercice du privilège du vendeur, pour les éléments du found vendu. Mais la stipulation de deux prix distincts est exigée, au point de vue de l'exercice du privilège du vendeur, pour le materiel et les marchandises”.*²⁴⁸

S. J. Roque recorda que:

“...o direito francês regulamentou, em 1909, o estabelecimento (*fonds de commerce*) com tanta precisão, que até apontou quais são os elementos que o compõem, numa relação de dez elementos, relação essa não enumerativa, mas exemplificativa, ou seja, ser possível a inclusão de outros elementos assemelhados ou da mesma natureza aos relacionados. Vejamos quais são esses dez elementos relacionados pelo art. 8 da lei reguladora do estabelecimento, integrada no código Comercial francês: 1. título do estabelecimento e nome empresarial – 2. direito de aluguel do estabelecimento – 3. clientela – 4. freguesia – 5. mobiliário de uso empresarial – 6. material ou instrumentos destinados à exploração do estabelecimento – 7. patentes de invenção – 8. licenças e marcas de fábricas e de comércio – 9. desenhos e modelos industriais – 10. direito de propriedade industrial, literária ou artística”.²⁴⁹

²⁴⁶ A. BUZAID, *Da Ação Renovatória*, 2ª Ed., V. I, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 68.

²⁴⁷ L. AUTUORI, *“Fundo de Comércio – Locação Comercial*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 230..

²⁴⁸ L. AUTUORI, *“Fundo de Comércio – Locação Comercial*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 228.

²⁴⁹ *Moderno Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Ed. Ícone, 2001, p.173.

Em síntese, pode-se apontar o direito Francês como a primeira legislação a estruturar o estabelecimento empresarial como hoje em dia o concebemos.

4.3 Direito Argentino

Na Argentina o Fundo de Comércio é regulado pela Lei nº 11.867, de 17 de agosto de 1934, que alinha os seus elementos constitutivos para fins de transferência a qualquer título, do seguinte modo: instalações, mercadorias existentes, nome e insígnia comercial, clientela, direito ao local, patentes de invenção, marcas, desenhos, modelos industriais, distinções honoríficas, bem como todos os direitos emanados da propriedade comercial, industrial ou artística.²⁵⁰

Nota-se uma forte influência do direito gaulês na legislação argentina que elenca a clientela como um elemento do fundo de comércio. A respeito disso, não devemos olvidar que G. Ripert²⁵¹ conceituava o fundo de comércio como uma propriedade incorpórea que consistia em um direito à clientela.

Importante observar que a legislação argentina não conceitua o fundo de comércio, apenas elenca os seus elementos constitutivos para fins de transferência. Não existe, portanto, uma regulamentação minuciosa a respeito do fundo de comércio, como há no direito pátrio.

No entanto, segundo se depreende do mencionado dispositivo, incluindo a clientela como um elemento integrante do fundo de comércio argentino, o adquirente poderá, a nosso ver, rescindir o contrato se este bem não lhe for transmitido em sua integralidade.

Segundo entendemos, a inclusão da clientela como elemento integrante do fundo de comércio impede que o alienante se restabeleça na mesma atividade, fazendo

²⁵⁰ Código de Comercio de la Republica Argentina - Artículo 1 –Decláranse elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias em mercaderías, nombres y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística.

²⁵¹ *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, V. I, Trad. Esp. Felipe de Sola Cañizares, TEA, 1954, p.321.

concorrência ao adquirente. Em outras palavras, a inclusão da clientela como elemento do estabelecimento gera os mesmos efeitos produzidos por nosso art. 1.147 do Código Civil, que proíbe o alienante de concorrer com o adquirente do estabelecimento empresarial.

Nessa mesma linha de pensamento, J.O. Zunino²⁵² assim concluiu:

“A partir de la ley 11.867, quien adquiere um establecimiento comercial o industrial adquiere su clientela, de donde se signe, como consecuencia inmediata, la interdicción de concorrência para el vendendor, quien de esta manera no puede volver a establecerse em forma competitiva salvo pacto expreso em contrario”.

4.4 Direito Português

Em Portugal, como bem observa M. A. Feres²⁵³, não existe uma sistemática legal específica, regulando o estabelecimento empresarial. Há, sim, algumas regras esparsas a respeito dos efeitos do trespasse. Foram, portanto, a doutrina e a jurisprudência portuguesa que construíram os fundamentos do estabelecimento empresarial.

B. de Magalhães²⁵⁴, em estudo precursor em Portugal, tentou definir uma teoria geral do estabelecimento comercial. A respeito de um conceito de estabelecimento, o autor assim se manifestou:

“Sob o ponto de vista jurídico, que é o que nos interessa especialmente aqui (se bem que nunca possamos por de lado as noções da ciência econômica) a expressão estabelecimento comercial não tem, à face da legislação portuguesa, um significado rigoroso e precioso, antes, aparece em várias acepções”.

Doutrinadores portugueses mais recentes²⁵⁵, conceituam o estabelecimento como sinônimo de empresa. Postulado este que não se pode aceitar, sob pena de trazer mais confusão ao estudo da teoria geral do direito comercial.

²⁵² *Fondo de Comercio*, 2ª Ed. Buenos Aires, Astrea, 2000, p.104.

²⁵³ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 7.

²⁵⁴ *Do Estabelecimento Comercial – Estudo de Direito Privado*, Lisboa, Ática, [s.d], p. 13.

²⁵⁵ A. de A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, LEX, 1994, p. 117.

Em sua dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Lisboa, P.M. da Silveira²⁵⁶ chegou à seguinte conclusão: “Na descrição da empresa a propósito da categoria bens, vimos que a doutrina está relativamente estabilizada em torno da concepção do estabelecimento como conjunto de meios para persecução da atividade empresarial”.

Pelo que se anota, por falta de um conceito legal, a doutrina portuguesa oscila os conceitos de empresa e estabelecimento, chegando, às vezes, a utilizá-los como sinônimos. E, para agravar a confusão terminológica, o Decreto-Lei nº. 248, de 25 de agosto de 1986, instituiu o termo estabelecimento individual de responsabilidade limitada que se confunde com o nosso estabelecimento empresarial. Trata-se, na verdade, de um instrumento utilizado para a limitação da responsabilidade do empresário individual.

4.5 Direito Italiano

É no direito peninsular que a azienda mercantil obtém status diferenciado e assume categoria de instituto jurídico, reconhecido pelo ordenamento. Foi no Codice Civile de 1942 que o estabelecimento recebeu tratamento sistemático e metodológico, influenciando sobremaneira outros ordenamentos jurídicos, mormente o nosso. Haja vista que a nossa sistemática legislativa é muito similar à italiana.

De acordo com o art. 2.555 do Codice Civile: *"L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa"*²⁵⁷. Conceito correto, preciso e amplo de azienda, encampando várias espécies. Notável a observação a esse respeito elaborada por F. Galgano:

"L'art. 2.555 fa riferimento, nel definire l'azienda, ai beni organizzati dall'imprenditore, senza ulteriore qualificazione: il concetto di azienda è, dunque, riferibile ad ogni sorta di imprese, qualunque ne siano le dimensioni (e, quindi, anche alle piccole imprese), qualunque sia la natura, pubblica o privata,

²⁵⁶ A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos, Coimbra, Almedina, 1999.

²⁵⁷ Estabelecimento empresarial é o complexo dos bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa. (tradução livre do autor)

*del soggetto (e, perciò, anche alle imprese degli enti pubblici), qualunque sia, infine, l'oggetto dell'attività dell'impresa: sia che si trattino di imprese commerciali, sia che si trattino di imprese agricole".*²⁵⁸

Em seguida, após visualizar a azienda sob o ângulo estático, o legislador, nos dispositivos subsequentes, regulou o estabelecimento sob um prisma dinâmico, considerando-o como objeto possível de circular de um titular para outro.

No art. 2.557 do Código Civil Italiano foi regulado o dever de não concorrência daquele que aliena estabelecimento empresarial, por um prazo de cinco anos. No art. 2.558 do mesmo diploma, foi regulada a sucessão nos contratos quando houver transferência da azienda. No art. 2.559 do Código Civil Italiano, a acessão dos créditos e no art. 2.560, a sucessão nos débitos, em caso de transferência da azienda. Não deixou de regular, também, o usufruto e arrendamento do estabelecimento, nos arts. 2.561 e 2.562 do Código Civil. Em síntese, foi dado um tratamento uniforme e sistemático ao instituto.

Conquanto o tratamento legislativo da azienda tenha sido oferecido pelo Código Civil Italiano de 1942, o instituto era estudado desde a vigência do Código de Comércio Italiano de 1882. É verdade que essa vestuta legislação não se referia diretamente à azienda. M. Casanova²⁵⁹ assim se manifestou a respeito do assunto:

"Il fenomeno dell'azienda ha dato luogo ad una molteplicità di ricerche e ad una varietà di opinioni, le quali di rado riscontrano, rispetto ad un istituto giuridico.

*Questa travagliata elaborazione scientifica si è avuta specialmente sotto il regime del codice di commercio del 1882, che pure non aveva, né rispetto al fenomeno né rispetto alla nozione di azienda, alcun diretto o anche soltanto indiretto riferimento".*²⁶⁰

²⁵⁸ O Art. 2.555 se refere, ao definir estabelecimento empresarial, aos bens organizados pelo empresário, sem ulterior qualificação: o conceito deste estabelecimento pode, portanto, referir-se a qualquer tipo de empresas, quaisquer que sejam as dimensões (e, assim, também às pequenas empresas; qualquer que seja a natureza, pública ou privada, do sujeito (e, portanto, também às empresas dos entes públicos); qualquer que seja, enfim, o objeto da atividade da empresa: seja que se tratem de empresas comerciais, seja que se tratem de empresas agrícolas. (tradução livre do autor)

²⁵⁹ *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d.], p. 331.

²⁶⁰ O fenômeno do estabelecimento empresarial causou uma multiplicidade de pesquisas e uma variedade de opiniões, as quais raramente estão de acordo, a respeito de um instituto jurídico. Esta agitada elaboração científica ocorreu principalmente sob o regime do código de comércio de 1882, que nem mesmo possuía, seja em relação ao fenômeno, seja em relação à noção de empresa, qualquer direta ou até mesmo indireta referência. (tradução livre do autor)

CAPÍTULO V

DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

5.1 Noções gerais

Neste último capítulo do nosso trabalho, abordaremos o estabelecimento empresarial sob a ótica dinâmica²⁶¹, ou seja, estudando-o como objeto de negócios jurídicos translativos ou constitutivos, conforme autoriza o art. 1.143 do Código Civil²⁶². Iremos, portanto, abordar situações em que o estabelecimento empresarial é transferido da esfera patrimonial de um sujeito para outro.

Contudo, não devemos olvidar de algumas ideias expostas anteriormente. O estabelecimento possui, em nosso direito, a natureza jurídica de uma universalidade de fato, conforme previsto no art. 90 do Código Civil²⁶³. Além disso, essa universalidade, segundo se depreende do art. 1.143 do mesmo diploma legal, pode ser objeto unitário de negócios jurídicos translativos ou constitutivos, desde que sejam compatíveis com a sua natureza. Conquanto essas ideias estejam pacificadas, algumas questões precisam ser elucidadas para que se possam analisar os negócios jurídicos que envolvam a azienda mercantil.

²⁶¹ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 185.

²⁶² Art. 1.143 do Código Civil – Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

²⁶³ Art. 90 do Código Civil - Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

5.1.1 Titularidade do estabelecimento empresarial

Inicialmente, é de se perquirir qual a natureza da relação que vincula o empresário ao estabelecimento empresarial. A melhor doutrina²⁶⁴ entende que não se pode falar em direito de propriedade tendo em vista a heterogeneidade dos elementos que integram o estabelecimento. O. Barreto Filho nos ensina que, se fosse possível entender o liame entre o empresário e a azienda mercantil como uma relação pertencente aos direitos reais, então teria de se admitir a incidência de propriedade sobre os direitos de crédito ou mesmo sobre a chamada propriedade industrial^{265 266}. Além disso, existem elementos que, embora possam ser objeto de propriedade, estão jungidos ao estabelecimento a título diverso, tais como, alienação fiduciária em garantia e locação, entre outros.

Desse modo, entende a doutrina²⁶⁷ que é melhor posicionar o empresário como titular da azienda e não considerá-lo como proprietário. Verdade que se diga, quando o empresário aliena o estabelecimento empresarial, e neste se incluem elementos que não lhe estão vinculados a título de direito real e sim em virtude de direito pessoal, mas estão aclopados à universalidade, transfere-se apenas a titularidade e não a propriedade²⁶⁸ da azienda.

A nosso ver, diante do que foi exposto, não se pode falar com rigor dogmático, que exista propriedade sobre o estabelecimento²⁶⁹. No entanto, esta ideia, por mais correta que seja, pode acarretar problemas de difícil elucidação no mundo fático e jurídico. Por exemplo, como permitir ao titular do estabelecimento a utilização das ações petitórias ou

²⁶⁴ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 187.

²⁶⁵ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 140.

²⁶⁶ O Código Civil Português, no art. 1.302, só admite a incidência do direito de propriedade sobre as coisas corpóreas móveis e imóveis.

²⁶⁷ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 140

²⁶⁸ Lafayette Rodrigues, talvez o maior tratadista do assunto nos ensina: “O direito de propriedade, em sentido genérico, abrange todos os direitos que formam o nosso patrimônio, isto é, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário. Mas, ordinariamente, o direito da propriedade é tomado em sentido mais restrito, como compreendendo tão somente o direito que tem por objeto direito ou imediato as coisas corpóreas. Nesta acepção se lhe dá mais geralmente o nome de domínio, consagrado por movimentos legislativos antiqüíssimos e de significação mais espiritual e característica.” Poderia, a nosso ver, dizer que propriedade é gênero do qual domínio seria espécie, segundo o autor. C.f L. R. PEREIRA, *Direito das Coisas*, 6ª Ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1956, p.78

²⁶⁹ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 189.

possessórias²⁷⁰? Nesse sentido, é de rigor transcrever a observação feita por O. Barreto Filho²⁷¹: “No entanto, a não ser que reconheça a propriedade do estabelecimento (ou seja, de um direito subjetivo unitário pertinente ao titular do fundo), não parece admissível que seja o complexo de bens objeto de reivindicações, de posse²⁷² ou de usufruto”.

A nosso ver, mesmo entendendo que o empresário é titular do estabelecimento e não proprietário da universalidade, tendo em vista a complexidade de elementos que compõem a azienda, não se pode, sob pena de desamparar o empresário no exercício de sua atividade, deixar de considerá-lo proprietário²⁷³, para efeitos de proteção legal. Logo, não vemos como não conceder ação de imissão na posse ao adquirente de estabelecimento empresarial, quando este não lhe for entregue pelo alienante.

Isto, entretanto, não impede o uso do termo titularidade para exprimir a relação de pertinência subjetiva estabelecida entre o empresário e azienda mercantil.

Importante, no entanto, é distinguir a titularidade da exploração do estabelecimento, pois é esta que caracteriza o sujeito como empresário²⁷⁴. Não se deve olvidar que, de acordo com o art. 996 do Código Civil, é o empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Ademais, também não devemos olvidar do brocado latino: *matricula non facit mercatorem*.

Diante disso, a doutrina comercialista²⁷⁵ costuma dividir a titularidade em primária e secundária. A primária é chamada “propriedade” do conjunto; a secundária deriva de um negócio jurídico que possibilita apenas a utilização do estabelecimento, com a obrigação de restituí-lo. Essa distinção terá importância nos negócios jurídicos

²⁷⁰ Algumas decisões admitem que o estabelecimento empresarial possa ser objeto de ação possessória. Veja o seguinte acórdão: Apelação nº. 7.103.510-7, TJSP, Ementa: Compra e venda de estabelecimento comercial – ação de rescisão de contrato, cumulada com reintegração de posse- Competência de uma das dez primeiras Comarca da Seção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça- Recurso não conhecido, com determinação de remessa às Câmaras competentes, mantido, ad cautelam, o efeito suspensivo da decisão agravada, até manifestação do desembargador que vier a ser incumbido da relatoria.

²⁷¹ Teoria do Estabelecimento Comercial, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 193.

²⁷² Cf. acórdão-“Estabelecimento comercial- Conceito- Se pode ser objeto de posse e de proteção possessória. Possessória – Reintegração de posse – Arrendamento de pastelaria montada e afreguesada – Término do prazo contratual – Recusa do arrendatário à devolução – Esbulho – Matéria não regulada pela lei do inquilinato – Ação procedente. O estabelecimento comercial pode ser objeto de posse e de proteção possessória. Comete esbulho o arrendatário de estabelecimento comercial montado a afreguesado que, vencido o prazo contratual, se recusa à devolução do mesmo.”

²⁷³ M. ROTONDI, *Diritto Industriale*, 5ª Ed. Padova, Cedam, 1965, nº232, p. 358. O autor entende que o empresário é proprietário do estabelecimento empresarial.

²⁷⁴ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 140.

²⁷⁵ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 196.

translativos, pois nestes transfere-se a chamada titularidade primária, e nos negócios jurídicos constitutivos, transfere-se a simples exploração do estabelecimento empresarial.

Posto de maneira diferente, quem detém a titularidade primária é o que nós denominamos de “proprietário” do estabelecimento empresarial. Por sua vez, o que detém apenas a titularidade secundária é o possuidor direto do complexo de bens, ou seja, o arrendatário ou usufrutuário. É a titularidade secundária, a exploração da atividade econômica organizada, que qualifica o sujeito como empresário ou sociedade empresária.

5.1.2 Circulação do estabelecimento empresarial

Feitas essas considerações iniciais, deve-se, ainda, esclarecer outro tópico relevante a respeito do estabelecimento, que terá reflexos em seu aspecto dinâmico; mormente no tocante às formalidades para a sua transferência de um titular para outro. Ou seja, é preciso saber se o estabelecimento deve ser considerado um bem móvel ou imóvel, pois é cediço que os imóveis se transferem por meio do registro do título²⁷⁶, enquanto os móveis se transferem por meio da tradição.²⁷⁷

Conforme dissemos alhores, não compartilhamos da vetusta concepção de que os imóveis não podem fazer parte do estabelecimento empresarial²⁷⁸, porquanto estes elementos não poderiam ser objeto da mercancia. Portanto, os imóveis podem compor a azienda mercantil em nosso entender. Aliás, como bem salientou O. Barreto Filho²⁷⁹, a

²⁷⁶ Art. 1.245 do Código Civil - Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

²⁷⁷ Art. 1.267 do Código Civil - A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

²⁷⁸ Ideia essa esposada por R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 285.

²⁷⁹ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 198.

azienda rural²⁸⁰ é composta, preponderadamente, por bens imóveis, em função do solo e de seus acessórios e adjâncias naturais.

Retornamos ao foco da discussão. A doutrina italiana tende²⁸¹, como apoio no art. 812, 3ª alínea, do Código Civil Italiano²⁸², a considerar o estabelecimento um bem móvel, como todos os bens incorpóreos.

Entendimento peculiar e interessante foi exposto por M. Rotondi²⁸³ que admite que a azienda mercantil possa ser tanto um bem móvel, como imóvel, dependendo se for

²⁸⁰ Segundo o art. 971 do Código Civil, “O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.” Diante do dispositivo legal, pode se afirmar que o exercente da atividade rural (pecuarista, agricultor...), salvo se registrado na Junta Comercial, não é empresário. Por conseguinte, a chamada azienda rural, em nosso país, só existirá se o exercente da atividade rural for inscrito na Junta Comercial. Quando se tratar de sociedade que tenha por objeto atividade própria de empresário rural, aplicar-se-á o dispositivo no art. 984 do Código Civil e, neste caso, o complexo de bens utilizados para o exercício da atividade rural poderá ser considerado uma azienda rural, devendo observar as regras do art. 1.142 e seguintes do Código Civil. O prof. S. Marcondes Machado assim se manifestou a respeito do empresário rural, em seu livro *Questões do Direito Mercantil*, p. 12: “ Outra figura, cujo tratamento teve uma evolução dentro da própria seqüência dos diversos anteprojetos da atividade negocial, é do empresário rural. Considerando a vastidão territorial, as diversidades regionais e tudo aquilo que sabemos ser o retrato do Brasil, no primitivo Anteprojeto apenas conceituou-se a figura do empresário rural, sem lhe dar, entretanto, nenhum tratamento especial. Ficou lançada a semente da figura da empresa rural, para que oportunamente o legislador dela cuidasse. Mas, os acontecimentos econômicos e o desenvolvimento acelerado levaram o Projeto atual, não apenas a conceituar este empresário, mas a dar ao ruralista o tratamento de empresário, com uma só diferença em relação aos demais empresários: Este tratamento é facultativo. O empresário rural será tratado com empresário se assim o quiser, isto é, se se inscrever no Registro das Empresas, caso em que será considerado um empresário igual aos outros”. Como a ideia é nova, para implantá-la na imensidão do nosso território e diversidade de nossa gente, achou-se importante deixá-la em termos facultativos. O que, aliás, não é invenção do Projeto: é o sistema do Código Comercial Alemão, onde se admite que empresas não-comerciais, mas organizadas como empresas, possam ser consideradas comerciais, se inscritas no registro competente. É a inspiração deste preceito do código alemão que trouxe a ideia para o Anteprojeto, de admitir-se o empresário rural como tal, desde que o deseje, mediante sua inscrição.

²⁸¹ M. CASANOVA, *Estudios sobre la teoria de la hazienda mercantil*, trad. Esp. J. M. Nanas, Madrid [s.d], nº 46.

²⁸² Art. 812, 3ª alínea, Código Civil Italiano- Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo.

Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione (Cod. Civ. 1350).

Sono mobili tutti gli altri beni (Cod. Civ. 923, 1153).

²⁸³ *Diritto Industriale*, 5ª ed. Padova, Cedam, 1965, p.63. É o pensamento do comercialista peninsular: “Data allora l'impossibilità di attribuire sempre a priori una natura mobiliare od immobiliare all'azienda astrattamente considerata, e d'altra parte l'impossibilità di ammettere che una stessa azienda sia di volta in volta bene mobile od immobile a seconda dei rapporti di cui formi oggetto, ovvero, ancora, parte bene mobile e parte bene immobile, converrà attenerci ad altro criterio, eminentemente relativo, ma non per questo meno sicuro. Um criterio cioè relativo all'interna costituzione dell'azienda singola. Se ci valiamo allora del fondamentale e tradizionale principio dell'attrazione delle cose mobili da parte delle cose immobili- principio ripetutamente affermato dalla legge in tema di acessão non meno che in tema di distinzione dei beni mobili da parte degli immobili, per cui a prescindere dall'ipotesi difficilmente configurabile, di azienda costituita da soli immobili, potremo avere due casi:

- 1) azienda costituita di soli beni mobiliari; in questa ipotesi l'azienda deve considerarsi come bene mobile;
- 2) azienda costituita di beni ed elementi mobiliari ed immobiliari, perché si verifica l'attrazione accennata.

constituído apenas por bens móveis ou se na universalidade se inserir um elemento imóvel. Nesta última hipótese, havendo um bem imóvel como elemento integrante da azienda, pelo princípio da *vis atractiva*, deve-se considerar o estabelecimento como bem imóvel.

A doutrina francesa²⁸⁴ entende o fundo de comércio como um bem móvel incorpóreo, pois, segundo os gauleses, os imóveis estão aliçados do estabelecimento. R. Requião²⁸⁵ sofreu forte influência da doutrina francesa e da teoria dos atos do comércio.

Por sua vez, o entendimento da doutrina portuguesa exposta por B. de Magalhães²⁸⁶, previa que, se o estabelecimento foi composto apenas por bens móveis, será considerado móvel; se, contudo, for constituído por bens mobiliários, será de natureza mobiliária; se for constituída por imóveis e direitos a ele inerentes, é uma coisa que possui dupla natureza de mobiliária e de imobiliária. Conforme percebe o leitor, uma profusão de ideias torna difícil o entendimento da matéria.

A doutrina nacional²⁸⁷ tende a considerar o estabelecimento empresarial como um bem móvel. Esse é o pensamento de W. Ferreira²⁸⁸ e, a nosso ver, é o melhor entendimento diante do nosso ordenamento jurídico. Os bens imóveis estão previstos nos arts. 79 e 80 do Código Civil.²⁸⁹ O legislador, por sua vez, não fez referência às universalidades como bens imóveis; se assim desejasse deveria ter incluído as universalidades dentre os bens imobiliários, como o fez com o direito à sucessão aberta. Ademais, diante do dinamismo característico do direito comercial, é natural se considerar a azienda mercantil como bem móvel transmissível por pactos desprovidos de informalidade. Aliás, comunga desse pensamento W. Ferreira²⁹⁰: “Aperfeiçoa-se o contrato de venda estabelecido pelo acordo sobre a coisa, o preço e as condições. O ato escrito não é de sua subsistência, mas funciona probatoriamente, *ad probationem*”. E prossegue mais adiante o autor referindo-se, importante que se saliente, ao contrato de trespasse: “Se assim é quanto a forma do contrato, de tanta simplicidade, o mesmo não se dá quanto aos seus efeitos”.

²⁸⁴ G. RIPERT, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, V. I, Trad. Esp. Felipe de Sola Cañizares, TEA, 1954, p. 360. “Teniendo en cuenta que la propiedad del fondo ES una propiedad mobiliaria deberá aplicarse la ley de capacidad relativa a la venta de bienes muebles.

²⁸⁵ *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p.276.

²⁸⁶ *Do Estabelecimento Comercial – Estudo de Direito Privado*, Lisboa, Ática, [s.d].

²⁸⁷ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 200.

²⁸⁸ *Tratado de Direito Comercial*, V. VI, São Paulo, Saraiva, 1962, p.456.

²⁸⁹ Arts. 79 e 80 do Código Civil – Art. 79- São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Art. 80 do Código Civil- Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta.

²⁹⁰ *Tratado de Direito Comercial*, V. VI, São Paulo, Saraiva, 1962, p.456.

Chegando-se a um consenso de que, no direito pátrio, o estabelecimento empresarial é considerado um bem móvel; por conseguinte, pode-se afirmar que a sua circulação ocorrerá sem forma prescrita em lei²⁹¹, como postulava W. Ferreira²⁹². Em síntese, a sua transmissão poderá ser efetuada por um simples instrumento particular. Poder-se-ia dizer que, em regra, a resposta é afirmativa.

Conquanto a sobredita conclusão encontre verdade na nossa sistemática jurídica, não podemos deixar de considerar a hipótese de haver bens imóveis como elementos do estabelecimento empresarial, mormente na azienda rural. Neste caso, diante da ausência de regramento específico a respeito do estabelecimento empresarial, deve-se atender ao disposto no art. 1.245 do Código Civil que determina: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”. E, nesta situação, a escritura pública é essencial à validade do contrato, segundo o art. 108 do mesmo diploma citado.²⁹³

Em suma o negócio jurídico translativo ou constitutivo que tenha por objeto a azienda mercantil deve ser elaborado pela forma escrita²⁹⁴ pois está sujeito a registro na Junta Comercial para produzir efeitos perante terceiros, segundo o art. 1.144 do Código Civil²⁹⁵. No entanto, o contrato será elaborado por instrumento particular, não havendo bens imóveis dentre os bens aziendais, e, por instrumento público, se houver bens imóveis fazendo parte do estabelecimento empresarial²⁹⁶. Este contrato deverá ser averbado no Registro de Imóveis, além de registrado na Junta Comercial.

²⁹¹ Neste sentido o enunciado 393 CEJ/CJF: “A validade da alienação do estabelecimento empresarial não depende de forma específica, observado o regime dos bens que a exijam.”

²⁹² *Tratado de Direito Comercial*, V. VI São Paulo, Saraiva, 1962, p.456.

²⁹³ Art. 108 do Código Civil - Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

²⁹⁴ F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L' imprenditore impresa, Contratti di Impresa, Titoli di Credito, Fallimento*, 12ª Ed., p. 63. Ao comentar regra similar no direito italiano, o autor assim se manifestou: “La forma scritta è, dunque, richiesta solo per la prova del contratto e non per la sua validità”.

²⁹⁵ Art. 1.144 do Código Civil - O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

²⁹⁶ Nosso legislador poderia ter regulado mais claramente este tópico, como fez o legislador italiano no art. 2.556: “Per le imprese soggette a registrazione (2195, 2200) i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà (2565, 2573) o il godimento dell'azienda devono essere provati per scritto (2725), salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda (1350) o per la particolare natura del contratto (162, 782). I contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese, nel termine di trenta giorni, a cura del notaio rogante o autenticante.

Apenas a título de informação, o civilista Caio Mario²⁹⁷ aponta interessante questão no plano fiscal. Se o empresário, quando do trespasse, não discriminar quais os bens imóveis e quais os móveis aderentes, por acessão intelectual, o tributo devido incidirá sobre a totalidade dos bens; se, no entanto, houver discriminação detalhada dos bens imóveis e das pertenças, o imposto não incidirá sobre estes últimos, porque recuperam a natural mobilidade que lhe caracterizam.

Aproveitando o trato em matéria fiscal, sem a intenção de nos afastar do tema, não esqueçamos a imunidade tributária prevista no art. 156, § 2º, I da Constituição Federal que prevê a não incidência do ITBI quando o bem imóvel for incorporado ao patrimônio de pessoa jurídica em realização do capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica²⁹⁸.

5.1.3 Publicidade e publicação do negócio jurídico translativo ou constitutivo

Há que se mencionar, ainda, regra inovadora inserta no atual Código Civil. Trata-se do art. 1.144 que impõe ao empresário ou à sociedade empresária, o dever de averbar o contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou o arrendamento do estabelecimento empresarial, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicar na imprensa oficial este pacto, sob pena de não produzir efeitos perante terceiros.

M. Carvalhosa²⁹⁹ faz uma distinção clara a respeito do regime da publicidade e da publicação, previstas no dispositivo ora comentado. No regime da publicidade, feito por averbação na Junta Comercial, o escopo da determinação é de possibilitar o acesso, a todos os interessados, ao conteúdo dos documentos. São palavras do autor: “*O regime da publicidade faz com que os documentos objeto do registro sejam de acesso público, que se*

²⁹⁷ *Instituições de Direito Civil*, 12ª Ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 246.

²⁹⁸ Art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal - Compete aos Municípios instituir impostos sobre: O imposto previsto no inciso II: I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

²⁹⁹ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, P.639.

*torna possível pelo seu arquivamento junto à entidade registraria competente, no caso o Registro do Comércio”.*³⁰⁰ Por outro lado, o regime da publicação na imprensa oficial tem a função de estabelecer uma presunção legal do conhecimento do ato por terceiros. Essa publicação é importante para o início da contagem de alguns prazos legais, mormente o dos arts. 1.146, 1.148 e 1.149, todos do Código Civil.³⁰¹

Cuida-se de regra salutar que visa preservar o direito das partes, bem como garantir os interesses de terceiros, cabendo à Junta Comercial verificar a regularidade das publicações.³⁰²

Importante deixar assentado que a determinação prevista no art. 1.144 do Código Civil não é requisito de validade do negócio jurídico, atuando apenas no plano de eficácia³⁰³. Em outros termos, a não observação da publicidade e da publicação oficial acarretará a inoponibilidade dos efeitos do negócio jurídico a terceiros. Contudo, o pacto estipulado entre as partes continua válido.

³⁰⁰ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, P.638/639.

³⁰¹ Arts. 1.146, 1.148 e 1.149 do Código Civil – Art. 1.146- O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento. Art.1.148- Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante. Art. 1.149 - A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

³⁰² Art. 1.152 do Código Civil - Cabe ao órgão incumbido do registro verificar a regularidade das publicações determinadas em lei, de acordo com o disposto nos parágrafos deste artigo. § 1º Salvo exceção expressa, as publicações ordenadas neste Livro serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede do empresário ou da sociedade, e em jornal de grande circulação. § 2º As publicações das sociedades estrangeiras serão feitas nos órgãos oficiais da União e do Estado onde tiverem sucursais, filiais ou agências. § 3º O anúncio de convocação da assembleia de sócios será publicado por três vezes, ao menos, devendo mediar, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembleia, o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores.

³⁰³ C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 93. “É comum, nos livros de Direito, mesmo de autores de maior expressão, o emprego dos vocábulos existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos, como se tivessem a mesma conotação, até mesmo como sinônimos”.

5.1.4 Negócios jurídicos

No tocante aos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento empresarial, o legislador pátrio adotou o chamado princípio da liberdade negocial³⁰⁴. Admite-se que o estabelecimento possa ser objeto de qualquer espécie de negócio jurídico pertinente a sua especificidade de bem móvel incorpóreo. Pode, logo então, como veremos mais adiante, o estabelecimento empresarial ser objeto de alienação, arrendamento, penhor, usufruto ou até usucapião³⁰⁵. Não se pode, entretanto, conceber a venda e compra do estabelecimento, pois, nesta espécie contratual, o objeto do pacto deve ser coisa corpórea³⁰⁶.

Há, contudo, vários julgados não só admitindo que o estabelecimento empresarial possa ser objeto de contrato de compra e venda, mesmo sendo considerado coisa móvel de natureza incorpórea, mas permitindo que este negócio jurídico contenha a cláusula com reserva de domínio. Transcrevo breve ementa nesse sentido:

“O estabelecimento comercial, como universalidade de fato, é uma coisa móvel, e não há impedimento legal a que se admita que seja vendido como o pacto de reserva de domínio. Nem afasta esta conclusão a alegação de que a venda inclui mercadorias destinadas à alienação. A cláusula recai sobre a unidade econômica, sem impedimento da venda das coisas destinadas a comércio, e com abrangência daquelas que, no giro da empresa, as substituem”. (RT 208/317).

³⁰⁴ A. A. C. MARIANO, *Estabelecimento empresarial - aspectos negociais e dever de não concorrência*. Dissertação de mestrado, Faculdade da USP, [s.d], p. 52. Aspecto muito bem observado pelo mestrando: “Ante a inexistência de estipulação legal fechada dos tipos negociais de que o estabelecimento empresarial pode ser objeto, vige o princípio da liberdade negocial, especialmente no âmbito obrigacional (CC. Art. 421). Por isso, em seu art. 1.143, o Código Civil prescreve a possibilidade de o fundo de empresa constituir objeto unitário de direitos e negócios jurídicos”.

³⁰⁵ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 203. “Uma vez aceito que o estabelecimento pode ser objeto de posse, deve se admitir, em princípio, que pode ser adquirido por usucapião. Se, entre os elementos constitutivos do fundo, existir bem imóvel, aplicar-se-ão os respectivos prazos para a prescrição aquisitiva”.

³⁰⁶ Art. 481 do Código Civil - Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Há, contudo, decisões em sentido contrário. Compra e venda – estabelecimento comercial vendido a prestações e com reserva de domínio – Admissibilidade. Compra e venda – Marcenaria vendida a prestações e com reserva de domínio – Estabelecimento com funcionamento a título precário – Dolo do vendedor – Contrato anulado. A cláusula de reserva de domínio é admissível na venda de estabelecimento comercial. O silêncio do vendedor de um estabelecimento comercial, referente ao fato de estar este presente a ser fechado pelo Poder Público, constitui dolo e anula o contrato. N. 73.960 – Capital – Apelante: Marcenaria Artística “M. A. W. E. G.” Ltda – Apelado: Espólio de Abraham Rubinstein.

No mesmo sentido encontramos a RT 261/117: “*A cláusula de reserva de domínio é admissível na venda de estabelecimento comercial*”.

É de se indagar se o estabelecimento empresarial poderia ser objeto de um negócio jurídico gratuito como, v.g., uma doação ou comodato. A prática de atos gratuitos pelo empresário é vista com desconfiança pelo legislador, até porque o intuito ou busca do proveito econômico é inerente à atividade empresarial. Não devemos esquecer que o art. 5º, I, da Lei 11.101/05 expressamente preceitua: “*Não são exigíveis do devedor, na recuperação ou na falência, as obrigações a título gratuito*”.

Ou, ainda, quando reputa de ineficaz, no art. 129, IV, da mesma legislação especial, a prática de atos a título gratuito, desde dois anos antes da decretação da falência. Por outro lado, impossibilitar a realização dos negócios gratuitos pelo empresário seria presumir a sua má-fé, invertendo, assim, valores consagrados pelo nosso ordenamento jurídico.³⁰⁷ Portanto, é de se admitir que o estabelecimento empresarial possa figurar como objeto de negócios jurídicos gratuitos, embora isso seja exceção na seara mercantil.

É certo, outrossim, que o estabelecimento empresarial por força do art. 1.143 e do art. 425, ambos do Código Civil, pode figurar como objeto de contratos atípicos.³⁰⁸ Na verdade não se pode classificar o empréstimo gratuito de estabelecimento empresarial de comodato, pois este, segundo o art. 579 do Código Civil é o empréstimo gratuito de coisa não fungível e, como é sabido e consabido, a azienda não é coisa, mas sim um bem móvel incorpóreo. Portanto, seria um contrato atípico assemelhado ao contrato de comodato. Trata-se, na verdade, de situação mais acadêmica do que de ocorrência no mundo fático.

Não temos dúvida em afirmar que o estabelecimento empresarial possa ser conferido à sociedade empresária para integralização do capital social pelo sócio. Trata-se de negócio jurídico translativo perfeitamente compatível com a sua natureza jurídica. Se este bem for conferido à sociedade limitada para integralização do capital social, o art. 1.055, § 1º do Código Civil determina que todos os sócios sejam solidariamente

³⁰⁷ A nosso ver, um dos princípios gerais do direito é a preservação da boa-fé na prática dos atos jurídicos. Isto se extrai da lei, doutrina e jurisprudência pátria. De acordo com C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 263: “Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundados e conjecturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuítos contrários ao Direito, ou à moral”.

³⁰⁸ O. GOMES, *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 103: “Os contratos atípicos formam-se de elementos originais ou resultam da fusão de elementos próprios de outros contratos”.

responsáveis pela exata estimação da azienda³⁰⁹, até o prazo de cinco anos da data de registro da sociedade.

O estabelecimento empresarial pode, ainda, ser objeto de constrição judicial ou de penhora. No tocante a essa medida, o Código de Processo Civil no art. 677³¹⁰ já previa isso. Aliás, nesse mesmo sentido já se manifestava O. Barreto Filho³¹¹, asseverando que o estabelecimento comercial podia também ser objeto de atos jurídicos processuais.

Questão muito discutida outrora; hoje, no entanto, pacificada na doutrina³¹² e nos tribunais³¹³; diz respeito à possibilidade de desapropriação do estabelecimento empresarial pelo Poder Público³¹⁴, e a devida indenização paga ao titular da azienda.

³⁰⁹ A avaliação do estabelecimento empresarial é tarefa de veras complexa. P. C. Miguel propõe dois métodos para realizar esta tarefa: “Destacam-se dois métodos de avaliação muito utilizados para determinar o valor de um investimento, que pode ser tanto um determinado estabelecimento empresarial quanto o valor da participação societária da sociedade que o detém. O primeiro e mais difundido modelo de avaliação é o fluxo de caixa descontado. A avaliação por fluxo de caixa descontado reflete o valor de todos os ativos que produzam lucros, ou seja, a avaliação do ativo é feita com base numa projeção de lucros que esse ativo é capaz de gerar. Essa projeção é baseada nos fluxos de caixa da empresa. Sobre essa projeção dos lucros que o ativo é capaz de gerar, dá-se um desconto em função do grau de risco inerente aos fluxos de caixas estimados. O grau de risco do negócio deve ser abatido do valor dos lucros estimados.

Há, também, a avaliação relativa. Nesse modelo de avaliação, o valor do ativo é obtido por meio do valor de ativos já valorados pelo mercado de empresas similares. Para identificar a similaridade entre as empresas, a fim de poderem fazer comparações entre os seus valores, os avaliadores utilizam-se de variáveis comuns que essas empresas apresentam, como valor contábil, vendas médias, fluxos de caixas, lucros ou outros. ‘Na avaliação relativa, o valor de um ativo deriva da precificação de ativos comparáveis padronizados pelo uso de uma variável comum, como lucros, fluxos de caixa, valores contábeis ou receitas’.

Embora tenham sido desenvolvidos diferentes métodos para se avaliar o valor do estabelecimento, encontra-se referência à avaliação intuitiva que é realizada pelo dono do empreendimento no caso de venda, denominada de preço do vendedor ou askin price. Muitas vezes este método prevalece sobre todos os outros métodos científicos de avaliação”.

³¹⁰ Art. 677 do Código de Processo Civil: Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias a forma de administração. § 1º Ouvidas as partes, o juiz decidirá. § 2º É lícito, porém, às partes ajustarem a forma de administração, escolhendo o depositário; caso em que o juiz homologará por despacho a indicação.

Art. 678 do Código de Processo Civil: A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores.

³¹¹ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 204.

³¹² O. BARRETO FILHO, *O fundo de comércio nas desapropriações*, São Paulo, Federação e centro das indústrias, 1959, p.7-56.

³¹³ O. BARRETO FILHO, *O fundo de comércio nas desapropriações*, São Paulo, Federação e centro das indústrias, 1959, p.7-56. O autor relata em seu trabalho, o chamado leader-case: No recurso extraordinário nº. 9.557, de Minas Gerais, e que foi relator o Ministro Hungria, a primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que é indenizável, no caso de desapropriação de um imóvel, o “fundo de comércio” do respectivo locatário, sendo que, todavia, a indenização não é pleiteável no próprio processo da desapropriação, senão por ação direta do locatário contra o expropriante. Trazendo à colação as opiniões de Etienne Brasil Gomes de Matos, SEABRA Fagundes e Ildefonso Mascarenhas, o relator do acórdão asseverou que, lesando o patrimônio do locatário, ainda que para fim de utilidade pública, fica o expropriante obrigado a ressarcir, pouco importando que a lei de desapropriações não cogite do caso.

³¹⁴ Neste sentido os seguintes acórdãos: STF, 1ª.T., RE 89.037; SP. Rel. Min. Cunha Peixoto, j. 1º.- 9-1978, DJ., 29-9-1978, P. 651. Desapropriação. Correção monetária do quantum da indenização devida à locatária pelos prejuízos causados ao seu estabelecimento comercial devido à desapropriação do imóvel locado. Ação

Importante consignar que a doutrina³¹⁵ não examina o estabelecimento empresarial como objeto da desapropriação, mas sim, como elemento componente da indenização a ser paga aos expropriados, isto é, não se postula da azienda ser objeto da desapropriação, porém do titular da azienda receber a devida indenização pela desarticulação do estabelecimento empresarial. Não há dúvida de que, pela simples mudança de local, o empresário já sofra encargos ocasionados pelo poder expropriante. Como bem observou Alfredo Buzaid³¹⁶, um elemento que desaparece por completo, em virtude da mudança do estabelecimento empresarial, é o direito à ação renovatória de que era titular o antigo locatário.

Poderia se indagar se o estabelecimento empresarial comportaria a sua transmissão mortis causa, por meio da sucessão legítima ou testamentária. Estamos nos referindo ao empresário individual que, por ocasião de sua morte, transfere a universalidade de fato aos herdeiros ou testamentários. Também, neste caso, a resposta deve ser afirmativa.

rescisória proposta pelo expropriante alegando inviabilidade da aplicação da correção monetária na execução da sentença condenatória vez que não prevista na decisão exequenda e fora incluída no cálculo por dano do contador. Improcedência da ação rescisória já que, conforme jurisprudência predominante no STF, a indenização no caso representa dívida de valor, não passando a aplicação do índice de correção mero instrumento de manutenção da identidade da prestação quando alcançada pela desvalorização da moeda. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 100.962- SP, 1ª. T. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 26-6-1987, DJ. 3-3-1989, P. 2.517) Recurso extraordinário não reconhecido. Desapropriação de imóvel onde funcionava estabelecimento comercial. Indenização relativa ao fundo de comércio. Recurso do autor quanto à parte do acórdão que reduziu indenização e dispôs sobre custas e honorários advocatícios. Alegação de ofensa ao art. 153, parágrafos 4º e 22, da Constituição, que não é de considerar, porque não se prequestionaram os dispositivos, no aresto ou em embargos de declaração. Incidência das Súmulas 282 e 356. Óbice do art.325, VII, do RIST, no que respeita ao tema da proporcionalidade das despesas do processo, com alegação de negativa de vigência do art. 20, do CPC.

³¹⁵ O. BARRETO FILHO, *O fundo de comércio nas desapropriações*, São Paulo, Federação e centro das indústrias, 1959, p.7-56.

³¹⁶ *Da ação Renovatória – e das demais ações oriundas decorrentes de locação de imóveis destinados a fins comerciais*, V.II, 2ª Ed., São Paulo Saraiva, 1981, p. 497. O autor assim se manifestou: “Ocorrendo desapropriação do imóvel, onde se acha instalado o estabelecimento comercial, cujo contrato de locação se rege pelo Decreto nº. 24.150, assiste ao locatário o direito de haver da fazenda pública uma indenização correspondente às despesas de mudança, desvalorização do fundo de comércio e perda da clientela. A desapropriação opera a resolução do contrato de arrendamento, independentemente da vontade do locador e do locatário; embora atinja diretamente ao prédio, a verdade é que fere a integridade do patrimônio do locatário, que é obrigado a desocupar o imóvel e sofrer as consequências que resultam da perda do ponto comercial. Negar ao locatário o direito à indenização equivale a permitir que o poder público ofenda impunemente o patrimônio alheio, precisamente naquela esfera jurídica para a qual a lei dispensou tutela especial. A exposição de motivos, que precede à lei, declara que ‘o valor incorpóreo do fundo de comércio se integra em parte no valor do imóvel’. De ordinário, a desapropriação recai sobre o imóvel, não se estendendo ao fundo de comércio. Mas como da resolução do contrato de arrendamento pode nascer um direito à indenização em favor do locatário, o ideal seria que a lei atendesse às duas situações, considerando separadamente o valor de cada qual para a estimativa da indenização global”.

Interessante observar que, se os herdeiros ou sucessores aceitarem a herança, assumem a posição de empresário individual, que era do de cujus. Por conseguinte, todo o passivo, contratos e créditos serão assumidos pelo novo titular. Obviamente, nestes casos, todos os débitos, e não somente os regularmente contabilizados³¹⁷, serão transferidos aos herdeiros.

Em feliz síntese, O. Barreto Filho³¹⁸ conclui: “*O estabelecimento pode ser objeto unitário de qualquer negócio jurídico, translativos ou constitutivos, inter vivos ou mortis causa, que não seja incompatível com a sua natureza*”.

Prosseguindo o autor aduz: com apoio na legislação comparada e na doutrina, podemos organizar a seguinte enumeração:

“1ª, negócios de alienação inter vivos, a título oneroso (cessão do trespasse, permuta, conferência em sociedade, doação em pagamento) ou a título gratuito (doação); 2ª, negócios de alienação mortis causa (sucessão legítima ou testamentária), 3ª, negócios de gestão para fins de desfrute (arrendamento, usufruto, comodato, constituição de dote) ou de garantia (penhor)”.

E poderíamos citar também atos jurídicos processuais, tais como a penhora ou o sequestro judicial, conforme expusemos anteriormente.

Para finalizar esse tópico que resolvemos denominar de noções gerais, e levando em conta a circulação do estabelecimento empresarial, ou seja, a sua transferência de um titular a outro, um aspecto interessante foi exposto pelo comercialista peninsular F. Galgano³¹⁹, que observou um fenômeno jurídico peculiar, quando ocorre a transferência da azienda. Não se pode, com rigor técnico, escrever que com a alienação do estabelecimento, ocorre a alienação da empresa. Esta, conforme estudado, é a atividade econômica

³¹⁷ Art. 1.146 do Código Civil: O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

³¹⁸ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 206.

³¹⁹ *Diritto Commerciale – L' imprenditore impresa*, Contratti di Impresa, Titoli di Credito, Fallimento, 12ª Ed., Bologna, Zanichelli, 2008, p.65. Veja o pensamento do autor: “Successione. Si scrive, di solito, che il trasferimento dell'azienda comporta per l'acquirente, la successione nell'impresa. L'espressione è, tecnicamente, impropria: l'impresa è un'attività ed è, perciò, insuscettibile di successione in senso tecnico-giuridico. La successione è un fenomeno che attiene ai rapporti giuridici: si può succedere nella qualità di proprietario, nella qualità di creditore; non si può, invece, succedere nella qualità di imprenditore. Chi comprerà l'altrui azienda (o la prende in usufrutto o in affitto) eserciterà un'impresa corrispondente, dal punto di vista economico, a quella già esercitata dall'imprenditore alienante (e, anzi, dovrà, come si è appena osservato, essere messo in condizioni di esercitarla); ma non si potrà dire che egli continua la medesima impresa: egli acquisterà la qualità di imprenditore a titolo originario, e non a titolo derivativo”.

organizada, insuscetível de sucessão no sentido jurídico. Ademais, também não se pode sustentar que há sucessão na qualidade de empresário, quando houver transferência da azienda. Transfere-se a qualidade de proprietário, de credor, mas impossível suceder na posição de empresário. Quem adquire o estabelecimento, ou se torna usufrutuário ou arrendatário, do ponto de vista econômico, exercerá uma empresa correspondente a do alienante, mas, juridicamente, não se pode dizer que exercerá a mesma empresa. O adquirente do estabelecimento empresarial será empresário a título originário e não derivado.

Essa observação é válida diante do nosso sistema jurídico. Empresário é aquele que exerce com profissionalismo atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. A qualidade de empresário não pode ser adquirida, deve ser conquistada pelo exercício efetivo da atividade.

Por isso é que sustentamos, em nossa atividade docente, que, tecnicamente, o sócio ou acionista de sociedade não é empresário, pode até ser um profissional liberal, como um médico ou advogado. Quem é empresário, e neste caso chamado empresário coletivo, é a sociedade criada pelos sócios ou acionistas. Isso traz consequências práticas importantes, como, por exemplo, não se aplica aos sócios a restrição imposta, pelo art. 102³²⁰ da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101/05), pois estes não são empresários. Empresária é a sociedade instituída que exerce a atividade econômica organizada. Portanto, em regra, os sócios ou acionistas, salvo a hipótese do art. 81³²¹ da mesma legislação especial, não devem ser considerados falidos.³²²

³²⁰ Art. 102 da Lei 11.101/05: O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.

³²¹ Art. 81 da Lei 11.101/05: A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem. § 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência. § 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

³²² M. J. BEZERRA FILHO, *Lei de recuperação de empresas e falência*, 4ª Ed., São Paulo, RT, 2006.

O art. 1º prevê a falência do empresário individual e da sociedade empresária, de tal forma que na expressão 'falido' deste art.102 inclui-se primeiramente a figura da pessoa física do empresário individual. Por seu turno, o art. 81, caput, estipula que a decisão que decreta a falência de sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência dessas pessoas, aplicando-se, portanto, também a eles a inabilitação aqui prevista. Assim, em princípio, a inabilitação não atinge os sócios de responsabilidade limitada, a menos que estes sejam administradores da sociedade, por força do § 2º do art. 81, e venham a ser condenados criminalmente, com aplicação da pena do inciso I do art.181.

O referido § 2º do art. 81 inclui ainda como representante da sociedade falida, sujeito às obrigações que

5.2 Negócios jurídicos translativos (trespasse)

5.2.1 Introdução

Conforme exaustivamente exposto, o estabelecimento empresarial pode ser objeto unitário de negócios jurídicos translativos, desde que sejam compatíveis com a sua natureza. Esses negócios jurídicos translativos, a nosso ver, são todos aqueles que visam transferir a titularidade da *azienda* mercantil. Posto de outra maneira, para a caracterização desses negócios, deve haver alteração na titularidade do estabelecimento empresarial. A *azienda* que pertencia ao empresário X passa a pertencer ao empresário Y.

Vários são os negócios jurídicos que podem subsumir ao arquétipo previsto no art. 1.143 do Código Civil. Não há dúvida de que a titularidade do estabelecimento pode ser alterada por meio de permuta³²³, da *dação em pagamento*³²⁴ ou até por liberalidade de uma pessoa a outra.³²⁵ Essa última figura jurídica, diga-se de passagem, é de rara incidência na vida empresarial.

Conquanto esses sobreditos negócios jurídicos sejam possíveis de ocorrência no mundo fático, no nosso sentir, são negócios de exceção. A titularidade do estabelecimento empresarial é transferida, na maioria das vezes, por meio de um contrato denominado de *trespasse*.³²⁶

cabem ao falido, a pessoa do liquidante. No entanto, em casos de instituições financeiras, por exemplo, o liquidante normalmente é pessoa com experiência no ramo de intervenções e liquidações extrajudiciais e que, autorizada pelo Banco Central, requer a falência do devedor. Ao estabelecer ao liquidante a sujeição às obrigações e penas cabíveis ao falido, a Lei cria extrema dificuldade para que alguém aceite atuar como liquidante, na fase extrajudicial.

³²³ Art. 533 do Código Civil: Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

³²⁴ Art. 356 do Código Civil: O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

³²⁵ Art. 538 do Código Civil: Considera-se *doação* o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

³²⁶ W. FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial- O Estatuto do Estabelecimento Comercial*, 5ª Ed., V. II, São Paulo, Max Limonand, 1956, p. 451. O autor escreveu que o *trespasse* é o ato de *trespasar*, passar além, passar a outrem, dar, ceder, alheiar, a título oneroso ou gratuito. Afirma, ainda, que se costuma utilizar a grafia *trespasse*. Hoje em dia, no entanto, a grafia mais utilizada é a de *trespasse*. É essa que utilizaremos em nosso trabalho. A respeito, veja também, O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 208. O professor assim se manifestou: “No direito brasileiro, contudo,

Essa, também, é a opinião de O. Barreto Filho.³²⁷

Vale lembrar que não é negócio jurídico translativo de estabelecimento empresarial o que ocorre na chamada cessão de cotas ou ações de um titular para outro.³²⁸ Nesta operação societária, o estabelecimento empresarial não muda de titular, continua a pertencer à mesma sociedade empresária; o que se altera é a composição dos sócios ou acionistas no quadro societário. Importante observar que, neste negócio jurídico, o objeto de transferência não é o estabelecimento empresarial, mas a participação societária.

F. Ulhoa³²⁹, analisando a questão, percebeu aspecto de interesse prático relevante entre o negócio de transferência do estabelecimento empresarial e a cessão de cotas ou ações. No primeiro pode ou não haver sucessão empresarial. Já, no tocante ao segundo, não se pode falar em sucessão empresarial. A respeito da sucessão no contrato de trespasse, trataremos no decorrer do nosso trabalho em momento mais adequado. Vamos analisar, em seguida, o contrato de trespasse.

5.2.2 Conceito de trespasse

Pode-se conceituar o contrato de trespasse como o negócio jurídico translativo, inter vivos, por meio do qual uma pessoa denominada trespasante, compromete-se a transferir a titularidade de um estabelecimento empresarial à outra, denominada de trespasário, sendo que esta se obriga a desembolsar certa quantia em dinheiro. Preferimos utilizar as expressões trespasante e trespasário em virtude da nomenclatura do contrato, entretanto há autores³³⁰ que simplesmente preferem denominar as partes de vendedor e comprador.

chama-se de trespasse ou trespasse especificamente a transferência do estabelecimento que se opera por efeito de venda ou cessão”.

³²⁷ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 208.

³²⁸ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 636.

³²⁹ *Curso de Direito Comercial*, V. I, 12ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 111.

³³⁰ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p.278.

5.2.3 Caracterização do *trespasse*

Segundo O. Barreto Filho³³¹, somente deve-se falar em *trespasse* quando o negócio jurídico translativo se referir ao complemento unitário de bens instrumentais, aptos ao exercício da empresa, caracterizado pela existência do aviamento objetivo. Por conseguinte, nos ensina o mencionado autor, quando o contrato não se refere ao aviamento, de *trespasse* não se trata. Pode haver, neste caso, a transmissão de um conjunto de bens desconexos e sem instrumentalidade, mas não se cuida de estabelecimento empresarial.

Lição preciosa nos oferece G. Ferrari³³² a respeito do tema:

“Para a identificação da azienda como objeto do negócio concorrem dois critérios distintos: de um lado ocorre a prevalência à vontade dos pactuantes para estabelecer se eles tiveram a intenção de se referir a uma azienda, isto é, a um complexo coordenado de bens idôneos a ser instrumento da atividade produtiva; de outro lado, ocorre encontrar em concreto nos bens, objeto do negócio, aquela coligação funcional em vista do exercício da empresa em que consiste a organização aziendale”.

Em Portugal, o legislador resolveu elencar algumas situações em que não há *trespasse* do estabelecimento empresarial. Segundo M. A. Feres³³³, foi adotado uma indicação excludente de hipóteses não reputadas como de alienação do estabelecimento. São elas: a) quando a transmissão não seja acompanhada de transferência, em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias, ou outros elementos que integram o estabelecimento; b) ou ainda, quando transmitido o gozo do prédio, passe a exercer-se nele outro ramo de comércio ou de indústria, ou quando, de modo geral, lhe seja dado outro destino. Essa segunda situação exposta pelo legislador demonstra, nitidamente, que não houve transmissão do estabelecimento empresarial, pois não foi mantida a mesma empresa. Ocorreu, pensamos nós, a venda de um aglomerado de bens desconexos sem

³³¹ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 208.

³³² *Vocabolo Azienda* (diritto privato), in *Enciclopedia del diritto*, v. 4, Milão, Giuffrè, 1959, pp. 680-741. No original: “Alla identificazione dell'azienda come oggetto del negozio concorrono due distinti criteri: da un lato occorre far capo alla volontà delle parti per stabilire se esse abbiano inteso riferirsi a una azienda e cioè a un complesso coordinato di beni idoneo a essere strumento di una attività produttiva; da un altro lato occorre riscontrare in concreto nei beni oggetto del negozio quel collegamento funzionale in vista dell'esercizio dell'impresa in cui consiste l'organizzazione aziendale”.

³³³ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 53.

instrumentalidade. No tocante a primeira situação exposta pelo legislador, temos dúvida em afirmar categoricamente que não há trespasse quando não se transfere instalações, mercadorias ou outros elementos isolados. Nesta situação, deve-se analisar concretamente tais alienações verificando se houve ou não trespasse.

Por sua vez, J. O. Zunino³³⁴ arrola três critérios para se caracterizar a transferência do fundo de comércio. Segundo o comercialista argentino, primeiramente, os elementos cedidos devem implicar para o trespasante a impossibilidade de continuar com a empresa ou na posse da clientela na mesma forma em que fazia habitualmente. Esse critério, a nosso ver, somente se aplica quando houver alienação total do estabelecimento empresarial. Não se ajusta a hipótese em que o trespasante for titular de vários estabelecimentos e somente transferir um deles. Neste caso, não se pode exigir a cessação da atividade do trespasante.³³⁵ Além disso, o trespasário deve ficar em condições de prosseguir a empresa ou na posse da clientela da qual se desprende o trespasante. Por fim, deve ocorrer a transferência da funcionalidade do estabelecimento empresarial.

No direito francês, que entende o fundo de comércio como uma propriedade imaterial consistente no direito à clientela, o elemento caracterizador da transferência do fundo é a preservação da clientela. Desse modo, havendo cláusula contratual que preserve a clientela e, por conseguinte, garanta-a na esfera de direitos do trespasário, caracteriza-se o trespasse do estabelecimento. G. Ripert³³⁶ aponta a importância da clientela para identificar o negócio jurídico translativo do fundo de comércio, asseverando que, certas decisões têm considerado o erro sobre a clientela como um vício de consentimento capaz de macular o pacto.

J. V. Gierke³³⁷ sustenta que para a alienação do estabelecimento empresarial é essencial a transferência da atividade econômica. Há, portanto, necessidade crucial da transferência da atividade exercida pelo trespasante ao trespasário, para haver contrato de trespasse. Andou bem M. A. Feres³³⁸ ao expor as ideias do comercialista tedesco:

³³⁴ *Fondo de Comercio*, 2ª Ed. Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 74-78.

³³⁵ M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 54.

³³⁶ *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, V. I, Trad. Esp. Felipe de Sola Cañizares, TEA, 1954, p. 360.

³³⁷ *Derecho comercial y de la navegación*, V, I, Editora Argentina, Trad. Juan M. Semon, Buenos Aires, 1957, p. 130.

³³⁸ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 52.

“Portanto, para se falar em trespasse de estabelecimento, é necessário que haja transferência de elementos suficientes à preservação de sua funcionalidade enquanto tal, ou seja, a universalidade adquirida deve ser idônea a operar como estabelecimento, ainda que tenha sido decotado algum de seus elementos originais”.

Resumindo o que foi exposto, todas as teorias examinadas são ferramentas úteis na caracterização do contrato de trespasse, cada qual dando ênfase a determinado elemento ou atributo da azienda mercantil. A nosso ver, o contrato de trespasse se apoia em dois alicerces característicos: primeiro, a vontade das partes. Deve, portanto, o exegeta analisar o negócio jurídico e tentar subtrair a real intenção dos contratantes levando-se em conta a determinação do art. 102 do Código Civil que reza: *“Nas declarações de vontades se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”*. O elemento essência dos negócios jurídicos é a vontade real dos contratantes e não a declarada no contrato. Segundo, deve-se averiguar, baseando-se nas lições de J. V. Gierke³³⁹, se ocorre ou não transferência da esfera de atividades. Sem essas características não há contrato de trespasse.

5.2.4 Classificação do trespasse

Em relação à natureza jurídica do contrato, é correto classificá-lo como: consensual, oneroso, sinalagmático e comutativo.

Segundo O. Gomes³⁴⁰, o contrato é consensual quando o simples encontro de vontades entre as partes é o bastante para aperfeiçoar o pacto. No contrato de trespasse, havendo consenso entre as partes contratantes, pode-se afirmar que o contrato está perfeito

³³⁹ *Derecho comercial y de la navegación*, V, I, Editora Argentina, Trad. Juan M. Semon, Buenos Aires, 1957, p. 130. Assim se manifestou o ator: “Para la transferencia de la hazienda comercial se necesita em primer lugar una transferencia de la esfera de actividades”.

³⁴⁰ *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 71-82.

e acabado. Em suma, havendo acordo entre o preço³⁴¹ e a coisa, o contrato está concluído³⁴².

Diz-se que o contrato é oneroso quando, para uma parte obter um proveito econômico, deve suportar um sacrifício correspondente. Ou, de acordo com W. B. Monteiro³⁴³, o contrato é considerado oneroso quando as partes reciprocamente transferem direitos, como no contrato de sociedade e no de locação, explica o professor. Essa classificação entre negócios jurídicos onerosos e gratuitos tem efeitos práticos interessantes na hipótese de falência do empresário. Por exemplo, censura de ineficaz, o art. 129, IV, da Lei nº. 11.101/05, a prática de atos a título gratuito, desde de dois anos de decretação da falência.

O contrato de trespasse também pode ser classificado como bilateral ou sinalagmático. O pacto é bilateral quando apresentar obrigações recíprocas entre as partes. No contrato de trespasse, há obrigações simultâneas, tanto para o trespasante, bem como para o trespasário. O primeiro deve transferir a titularidade do estabelecimento empresarial apto a realizar a empresa. Já o segundo, deve pagar o preço ajustado entre as partes.

Nos contratos bilaterais aplicam-se algumas regras peculiares que não se adequam aos contratos unilaterais. Portanto, não devemos olvidar que nos pactos bilaterais ou sinalagmáticos qualquer dos contratantes pode utilizar-se da exceção do contrato não cumprido ou da *exceptio non adimpleti contractus*. Esta regra está prevista no art. 476 do vigente Código Civil³⁴⁴.

Segundo o sobredito dispositivo, nos contratos em que há obrigações recíprocas, nenhuma das partes, antes de cumprir a sua prestação, pode exigir da outra que cumpra a sua. Consequentemente, aquele que não satisfaz a obrigação que lhe era devida, não tem o

³⁴¹ J. M. V. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial – Estudo de Direito Privado*, Lisboa, Ática, [s.d], p. 239. O autor menciona em nota de rodapé, que o art. 9º, da Lei 1.162, dizia que na escritura de trespasse devia especificar-se o respectivo preço.

³⁴² Nesse sentido: STF, 2ª T. RE 35.368/SP, Rel. Min. Henrique D' Avilla, j. 6-8-1957, DJ. 24-12-1957. Contrato normal e singelo de compra e venda de estabelecimento, uma vez satisfeitas as estipuladas condições de pagamento, deve o mesmo ser havido como perfeito e acabado. A não-observância de compromisso epistolar autônomo assumido pelo vendedor de não se estabelecer com comércio análogo, dentro de certo prazo, não pode gerar rescisão do contrato: Resolve-se em perdas e danos, como, aliás, ficou expressamente avençado. Vulneração do art. 1.122 do Código Civil. Recurso extraordinário; provimento.

³⁴³ *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, São Paulo, Saraiva, 1966, p.28.

³⁴⁴ Art. 476 do Código Civil: Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

direito de exigir o implemento por parte do outro contratante. Trata-se, na verdade, da aplicação do princípio da equidade.³⁴⁵

No contrato de trespasse, sendo as obrigações das partes, em regra, contemporâneas, o trespasante não pode exigir do trespasário o pagamento da quantia pactuada antes de transferir-lhe a titularidade da azienda.

Ademais, nos contratos bilaterais está subentendida a cláusula resolutiva tácita.³⁴⁶ O inadimplemento culposo de uma obrigação, por um dos pactuantes, enseja justa causa para resolução do contrato. Um exemplo de inadimplemento culposo por uma das partes no contrato de trespasse nos é oferecido pelo comercialista J. O. Zunino³⁴⁷. Denominado de dever de veracidade em geral, o estudioso portenho nos ensina que, no contrato de trespasse, deve o trespasante informar toda realidade negocial do estabelecimento empresarial ao trespasário, sob pena de rescisão contratual.³⁴⁸

Por derradeiro, o contrato é considerado comutativo quando a relação entre o proveito recebido e despendido é equivalente e há certeza quanto às obrigações.³⁴⁹

Conforme exposto alhores, não é um contrato solene, mas há necessidade de se elaborar um instrumento escrito para posterior averbação à margem da inscrição do empresário ou da sociedade empresária. No entanto, é um contrato não solene.

Com a devida vênia, discordamos da opinião de M. Carvalhosa³⁵⁰ de que hoje em dia, com o advento do Código Civil, o contrato de trespasse passou a ser considerado um negócio típico, porque seus principais caracteres são objetos de disciplina legal.³⁵¹ Pelo contrário, o legislador não disciplinou especificamente os elementos estruturais do contrato de trespasse. Aliás, diga-se de passagem, nem chegou a mencioná-lo expressamente.

³⁴⁵ W. B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, São Paulo, Saraiva, 1966, p. 25.

³⁴⁶ O. GOMES, *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 72.

³⁴⁷ Fondo de Comércio, 2ª Ed. Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 276.

³⁴⁸ J. O. ZUNINO, *Fondo de Comercio*, 2ª Ed. Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 276. São as palavras do autor: “De por sí el incumplimiento de esta obligación otorga el derecho a indemnización o resolución del contrato, según la gravedad de la consecuencia; es común que se inserte a este respecto una cláusula especial donde el vendedor garantiza la inexistencia de trámites pendientes por inspecciones, verificaciones o sanciones de cualquier tipo”.

³⁴⁹ O. GOMES, *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 74.

³⁵⁰ *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 637.

³⁵¹ O. GOMES, *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 637. Nesse sentido: M. H. Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Empresa*, v. XIII, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 771.

5.2.5 Sucessão nos débitos do estabelecimento empresarial cedido

É cediço que segundo nosso ordenamento jurídico, o estabelecimento empresarial tem a natureza jurídica de uma universalidade de fato, conforme o art. 90 do Código Civil.³⁵² Também já verificamos alhores que sendo o estabelecimento empresarial uma universalidade de fato, somente bens podem compor a azienda mercantil. Aliás, é o que está disposto no art. 1.142 da mesma legislação citada, que considera a azienda um complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa. Diante do exposto, por uma questão de lógica e coerência de pensamento, é de se entender que os débitos não podem fazer parte do estabelecimento empresarial. Esse sempre foi, e deve continuar sendo, o pensamento da melhor doutrina.^{353 354}

Embora outro entendimento não nos pareça plausível para aqueles que consideram o estabelecimento empresarial como uma *universitas facti*; o legislador pátrio resolveu estabelecer uma sucessão *ex lege*, no tocante aos débitos, em caso de alienação da azienda mercantil. No art. 1.146 do atual Código Civil foi determinado que:

“O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação e, quanto aos outros, da data do vencimento”.

Em razão desse dispositivo criaram-se algumas contradições. Isto é, como entender o estabelecimento empresarial como um complexo de bens e incluir neste os débitos?

Na tentativa de solucionar o impasse, buscamos auxílio na legislação e doutrina italiana que, como já mencionamos, possui um ordenamento jurídico muito próximo ao

³⁵² Art. 90 do Código Civil: Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

³⁵³ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 228.

³⁵⁴ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, V. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003, p.259.

nosso. O Código Civil Italiano, no art. 2.560³⁵⁵, possui dispositivo similar ao nosso art. 1.146 do Código Civil. Determina o legislador peninsular, como o nosso o fez, que o alienante não fica liberado pelos débitos, inerentes no exercício da azienda transferida, anteriores à alienação, salvo se houver consentimento dos credores. Entretanto, prossegue o legislador, na transferência de uma azienda mercantil responde também, o adquirente pelos débitos anteriores, desde que estejam registrados em livros de contabilidade obrigatórios. Embora próximo ao nosso dispositivo, não se trata de redação idêntica.

Em virtude da redação disposta no art. 2.560 do Código Civil Italiano, parte da doutrina italiana tem sustentado que se os débitos fazem parte do estabelecimento empresarial melhor seria caracterizá-lo como uma universalidade de direito e não uma universalidade de fato.³⁵⁶ Não se pode negar coerência ao pensamento. Se a universalidade de fato é um complexo de bens, não se pode querer nele incluir os débitos do estabelecimento empresarial.

Na verdade, a nosso ver, os débitos não fazem parte do estabelecimento empresarial, pois este é uma universalidade de fato, ou seja, complexo de bens. A regra esculpida, tanto no diploma italiano como no nosso, é um dispositivo de proteção aos credores e, por conseguinte, visa ofertar segurança jurídica aos agentes econômicos que negociam entre si. A *mens legis* foi estabelecer uma solidariedade entre o alienante e o adquirente do estabelecimento empresarial e resguardar os interesses dos credores somente, e não incluir os débitos dentre os bens da azienda mercantil.

A respeito disso, e no mesmo sentido, já se manifestara T. Ascarelli³⁵⁷, afirmando que a sucessão *ex lege*, prevista no art. 2.560 do diploma peninsular não autorizava o intérprete a compreender que os débitos deveriam ser considerados elementos do estabelecimento. Ademais, asseverava Ascarelli que a regra, ora em comento, era apenas para assegurar uma garantia aos credores, impondo uma solidariedade entre o trespassante e o trespassário.

Estabelecida a intenção do legislador ao elaborar o art. 1.146 do novel diploma privado, cumpre-nos, neste instante, delimitar o seu campo de abrangência. Importante que

³⁵⁵ Art. 2.560 do Código Civil Italiano: *L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale (2195) risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori (2212 e seguenti).*

³⁵⁶ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V. I, 9ª Ed., Milão, 1957, p. 412.

³⁵⁷ *Curso di diritto commerciale, introduzione e teoria dell'impresa*, Milão, Giuffrè., 1962, p. 352.

se diga, não ocorre sucessão legal de todos os débitos do trespasante, mas apenas em relação àqueles, anteriores à transferência, e desde que regularmente contabilizados.

Andou mal o legislador pátrio ao utilizar conceitos oriundos de outras ciências e imprecisos para o direito. Os débitos anteriores, devidamente contabilizados, trazem incertezas e especulações que poderão redundar em longas demandas judiciais. Melhor seria se o legislador pátrio tivesse seguido a orientação do Código Civil Italiano, que no art. 2.560, utilizou o termo: “*Desde que resultem dos livros contábeis obrigatórios*”.³⁵⁸ Para se ter algum parâmetro objetivo, os débitos anteriores regularmente contabilizados são aqueles que constam dos livros obrigatórios e seguem os ditames do art. 1.183 do Código Civil.³⁵⁹

No entanto, não é só para serem transportados para a esfera jurídica do trespasário, devem estar expressos no contrato de trespasse. Não se pode transferir débitos desconhecidos ao trespasário. Há que se ter o mínimo de cautela para não impossibilitar a circulação do estabelecimento empresarial.

Nota-se que essa sucessão nos débitos não demanda consentimento dos credores³⁶⁰ e opera *ex lege*, desde que atendidas as formalidades da publicidade e da publicação oficial, determinada pelo art. 1.144 do Código Civil.³⁶¹

Haverá, portanto, uma solidariedade entre o trespasante e o trespasário do estabelecimento empresarial. É de se notar, entretanto, que existe um limite temporal para que o cedente possa ser responsabilizado pelos credores. Se a dívida já estiver vencida, quando da alienação, o cedente será solidariamente responsável pelo prazo de um ano contado da publicação; se, no entanto, a dívida existir, mas não se encontra vencida, o prazo de um ano será contado do dia do vencimento desta. Durante esse lapso temporal,

³⁵⁸ “Se essi risultano dai libri contabili obbligatori”. Parte final do Art. 2.560 do Código Civil Italiano.

³⁵⁹ Art. 1.184 do Código Civil: No Diário serão lançadas, com individuação, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa. § 1º Admite-se a escrituração resumida do Diário, com totais que não excedam o período de trinta dias, relativamente a contas cujas operações sejam numerosas ou realizadas fora da sede do estabelecimento, desde que utilizados livros auxiliares regularmente autenticados, para registro individualizado, e conservados os documentos que permitam a sua perfeita verificação. §2º Serão lançados no Diário o balanço patrimonial e o de resultado econômico, devendo ambos ser assinados por técnico em Ciências Contábeis legalmente habilitado e pelo empresário ou sociedade empresária.

³⁶⁰ F. TOKAIS, *Estabelecimento empresarial*, São Paulo, Ltr, 2008, p. 119. O autor entende que a sucessão *ex lege*, sem o consentimento do credor, por contrariar a sistemática da teoria geral do estabelecimento empresarial.

³⁶¹ Art. 1.144 do Código Civil: O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

tanto o trespassante como o trespassário, podem ser acionados pelos credores, não existindo benefício de ordem entre eles.³⁶²

Paralelamente ao art. 1.146 do Código Civil, existem regras especiais em relação às dívidas trabalhistas e as dívidas tributárias. No tocante as dívidas laborais, o art. 10 da Consolidação das Leis do Trabalho disciplina que: “*Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados*”. Logo, na hipótese de trespasse, as dívidas trabalhistas são assumidas *ex lege* pelo trespassário. Trata-se de regra especial que não foi alterada pela regra geral.³⁶³

Por sua vez, outra regra especial que também não foi modificada pelo advento do nosso Código Civil, está contida no art. 133 do Código Tributário Nacional³⁶⁴ que impõe responsabilidade ao cessionário; a qualquer título, de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional pelas dívidas tributárias relativas ao fundo de comércio cedido, desde que o adquirente continue a explorar a mesma atividade do alienante. A responsabilidade será integral, se o alienante cessar a sua atividade; se, entretanto, houver continuidade da empresa pelo alienante ou reinício de qualquer atividade, no prazo de até seis meses, contados da data de alienação, a responsabilidade do adquirente será apenas subsidiária com o alienante. (Art. 133, II e III do CTN).

Questão interessante e campo fértil para discussões doutrinárias e jurisprudenciais, encontramos na alienação do estabelecimento empresarial, em sede de processo concursal.

³⁶² M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 646.

³⁶³ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 647.

³⁶⁴ Art. 133 do Código Tributário Nacional: A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. § 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Parágrafo incluído pela Lcp nº. 118, de 2005), I – em processo de falência; (Inciso incluído pela Lcp nº. 118, de 2005), II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. (Inciso incluído pela Lcp nº. 118, de 2005), § 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: (Parágrafo incluído pela Lcp nº. 118, de 2005), I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; (Inciso incluído pela Lcp nº. 118, de 2005), II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou (Inciso incluído pela Lcp nº. 118, de 2005), III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária. (Inciso incluído pela Lcp nº. 118, de 2005), § 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário. (Parágrafo incluído pela Lcp nº. 118, de 2005).

O tema já foi alvo de algumas considerações elaboradas por nós no decorrer do trabalho, portanto, vamos apenas abordar a questão da assunção das dívidas pelo adquirente do estabelecimento empresarial.

Determina o art. 141, II ³⁶⁵, da Lei de Recuperação de Empresa e Falência (Lei nº. 11.101/05) que, na alienação total ou parcial do estabelecimento empresarial, no curso do processo concursal, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidente de trabalho. Em suma, o adquirente não responde por débitos quando adquirir estabelecimento empresarial na falência.

Nestes casos estará afastada a regra geral contida no art. 1.146 do Código Civil, bem como as regras especiais previstas no art. 10 da Consolidação das Leis do Trabalho e do art. 133 do Código Tributário Nacional. Esta última regra, por ser considerada Lei complementar, foi excepcionada pelo art. 133, § 1º, I, do Código Tributário Nacional.³⁶⁶

A regra vedando a sucessão dos débitos em processo concursal comporta algumas exceções previstas no art. 141, § 1º, I, II e III, da Lei nº. 11.101/05.³⁶⁷ São situações excepcionais em que se levam em conta aspectos subjetivos do arrematante como, por exemplo, quando o arrematante do estabelecimento empresarial for sócio da sociedade falida ou sociedade controlada pelo falido.

Após a edição da nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência, em 09 de fevereiro de 2005, grande discussão surgiu em torno do art. 141, II, dessa legislação, mormente no que diz respeito ao passivo trabalhista. Alguns entendiam que o art. 141, II, da mencionada legislação concursal era inconstitucional ³⁶⁸ por ferir direitos dos trabalhadores consagrados na Constituição Federal.

³⁶⁵ Art.. 141, II, Lei nº. 11.101/05: Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

³⁶⁶ Art. 133, § 1º, I, do Código Tributário Nacional: § 1º deste artigo quando o adquirente for: (Parágrafo incluído pela Lcp nº. 118, de 2005), I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; (Inciso incluído pela Lcp nº. 118, de 2005).

³⁶⁷ Art. 141 da Lei 11.101/05: § 1º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I– sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º. (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

³⁶⁸ O partido democrático trabalhista chegou a propor ação direta de inconstitucionalidade em face dos arts. 60, parágrafo único, e art. 141, II, da Lei nº. 11.101/05. (ADIN 3934/DF. Min. Ricardo Lewandowski 27/05/2009). Nessa ação entendeu o Ministro relator que o legislador teria optado por estabelecer que

Pelo contrário, no nosso entender, o sobredito dispositivo é, antes de tudo, norma protetiva do empregado. Primeiro, porque ao proteger a estrutura organizacional do estabelecimento empresarial, mesmo em caso de falência do sujeito de direito, permite a conservação dos postos de trabalho e, conseqüentemente, a manutenção da fonte de renda do trabalhador. A outra razão é a de que sem sucessão nos débitos a alienação da azienda mercantil certamente será efetuada com maior facilidade e o valor percebido pela massa falida servirá para o pagamento dos trabalhadores. Sem mencionar que o valor alcançado pelo estabelecimento empresarial será superior a somatória da venda de bens isoladamente feitos. Trata-se do sobrevalor agregado ao estabelecimento pelo *going concern*.³⁶⁹

Discussão acalorada tem sido efetuada quando se trata de alienação de estabelecimento empresarial em sede de recuperação judicial, talvez por uma falha legislativa. O legislador, no art. 60, parágrafo único, da Lei nº. 11.101/05 prescreveu :

“Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observando o dispositivo no art. 142 desta lei”. E no parágrafo único determinou: “ O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta lei”.

A falta de menção expressa ao passivo trabalhista tem gerado duas interpretações possíveis. Pode-se entender que, como não há referência expressa aos débitos trabalhistas, estes deverão acompanhar o estabelecimento empresarial e serão de responsabilidade do arrematante. Este entendimento fundamenta-se na omissão legislativa quanto ao passivo trabalhista, e no fato de que o direito do trabalho regula o fato expressamente no art. 10 da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que o seu afastamento deveria ser previsto

adquirente de estabelecimento empresarial, alienado judicialmente, não assumiria os débitos trabalhistas, por sucessão, porquanto isso não ensejaria prejuízo aos trabalhadores, já que a exclusão da sucessão tornaria mais interessante a aquisição do estabelecimento e tenderia a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumentaria a garantia dos trabalhadores, em razão do valor pago ficar à disposição do juízo falimentar e se utilizado para pagar posteriormente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco do estabelecimento possibilitaria a continuidade da atividade, preservando empregos. (Trecho extraído dos informativos do STF e STJ).

³⁶⁹ R. SZTAJN, *Comentários a artigos da Lei nº. 11.101/05*, in TOLEDO, P. F. C. de S. ABRÃO, C. H. (coord.), *Comentários à lei de Recuperação de Empresas e falência*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 376. A respeito do tema, a autora assim se manifestou: “Preferir a venda da empresa, isto é, todos os estabelecimentos, entenda-se representa dar prioridade à sua preservação como unidade de produção, diante do que ocorre na venda do estabelecimento ou ativos isolados. Quem adquire o todo, como se explicou antes, considera que é mais valioso receber a organização. É usual que, na venda da empresa em operação, o alienante receba preço mais elevado, porque se trata de uma *going concern*, do que quando os bens são oferecidos isoladamente”.

expressamente no dispositivo. Ademais, o legislador, quando desejou excluir o passivo trabalhista da sucessão, o fez expressamente, haja vista o art. 141, II, da Lei nº. 11.101/05.

Ao contrário disso, o dispositivo é de hialina clareza, pois o legislador categoricamente afirma que: *“O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor”*. É de se observar que o legislador afirmou categoricamente que não haverá sucessão do arrematante. Isto, a nosso ver, inclui o passivo trabalhista. Além do que, outra interpretação do dispositivo em comento redundaria em um resultado absurdo³⁷⁰ e ilógico. Chegaríamos à conclusão de que, na falência, o legislador excluiu o passivo trabalhista da sucessão do arrematante, no intuito de facilitar a transmissão do estabelecimento e preservar a unidade produtiva e os postos de trabalho. Contudo, esses interesses não foram resguardados quando o empresário estiver em recuperação judicial. Há, no nosso entender um contra senso neste raciocínio; até porque é justamente nesta situação, de crise econômica-financeira, que o empresário necessita de maior auxílio legal. Facilitando a alienação do estabelecimento, quando estiver previsto isto no plano de recuperação judicial, além de preservar os interesses acima mencionados, o legislador tutela o empresário, evitando assim a sua quebra.

Adotando essa última posição, o Ministro Ricardo Lewandowski, assim se manifestou:

“Cumpre ressaltar, por oportuno, que a ausência de sucessão trabalhista pelo adquirente de ativos das empresas em recuperação judicial não constitui uma inovação do legislador pátrio. De fato em muitos países, dentre os quais destaco a França (Code de Commerce, arts. LG631-1, LG631-13, LG642-1) e a Espanha (Ley 22/2009, art. 148), existem normas que enfrentam a problemática de modo bastante semelhante ao nosso”.

E prossegue o Ministro:

“Na lei falimentar italiana, por exemplo, há inclusive um dispositivo bastante similar à regra aqui contestada. Trata-se do art. 105 do Decreto 267/1942, com a redação que lhe emprestou o Decreto Legislativo 5/2006, que tem a seguinte

³⁷⁰ C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 165. Sobre a apreciação do resultado da interpretação, o autor assim se manifestou: “É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüentemente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito, portanto, dentro da letra expressa, procura-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade”.

redação: ‘Salvo disposição em contrário, não há responsabilidade do adquirente pelo débito relativo ao exercício de estabelecimento empresarial adquirido’ ”.³⁷¹

Em suma, não há sucessão nos débitos, quando da alienação do estabelecimento empresarial em processo concursal, nem quando a alienação da azienda ocorrer em sede de recuperação judicial.

5.2.6 Alienação do estabelecimento e a cessão de crédito

Havendo alienação do estabelecimento empresarial, a cessão dos créditos ocorre automaticamente ao adquirente e produzirá efeitos em relação aos devedores, desde o momento da publicação da transferência. É o que determina o art. 1.149 do Código Civil.³⁷²

A legislação pátria, à semelhança da legislação italiana, oferece um tratamento específico à cessão de créditos, quando isto ocorre por efeito do trespasse. As normas previstas nos arts. 286 a 298 do Código Civil³⁷³ terão incidência subsidiária quando se

³⁷¹ Adin 3934/ DF. Relator Min. Ricardo Lewndowski, Requerente: Partido Democrático Trabalhista, 27/05/09.

³⁷² A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

³⁷³ Arts. 286 a 298 do Código Civil:

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios.

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.

Art. 289. O cessionário de crédito hipotecário tem o direito de fazer averbar a cessão no registro do imóvel.

Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

Art. 291. Ocorrendo várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a tradição do título do crédito cedido.

Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.

Art. 293. Independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido.

Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

tratar de alienação de estabelecimento empresarial. Andou bem o legislador neste aspecto, pois a transferência de créditos, juntamente com a azienda, merece tratamento próprio, como se verá mais distante.

Antes, contudo, é preciso esclarecer um aspecto importante que tem gerado grandes divergências na doutrina nacional e alienígena. Diz respeito à transmissão automática dos créditos, ao trespasário, na hipótese do trespasse.

M. Carvalhosa³⁷⁴, oferecendo considerações a respeito do art. 1.149 do Código Civil assim se manifestou: *“Esses créditos referentes ao estabelecimento não são transferidos automaticamente ao seu novo titular, de modo a configurar uma hipótese de cessão legal ou necessária, antes prevista no art. 1.068³⁷⁵ do Código Civil de 1916”*.

Por sua vez, O. Barreto Filho³⁷⁶, tecendo alguns comentários a respeito do art. 2.559 do Código Civil Italiano³⁷⁷, entendia que a doutrina peninsular era propensa a considerar que a transmissão dos créditos ao adquirente da azienda ocorreria automaticamente com a realização dos negócios jurídicos translativos.

A doutrina italiana³⁷⁸, hodiernamente, assim entende. São utilizados dois argumentos interessantes³⁷⁹: primeiro, que o legislador equiparou os efeitos da notificação do devedor à publicidade do trespasse no Registro do Comércio; conforme esse entendimento, essa equiparação tem o efeito de gerar a transmissão automática dos créditos. O segundo argumento utilizado é o de que os créditos transferidos sejam uma

Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Art. 297. O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.

Art. 298. O crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.

³⁷⁴ *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005.

³⁷⁵ Art. 1.068 do Código Civil de 1916: A disposição do artigo antecedente, parte primeira, não se aplica à transferência de créditos, operada por lei ou sentença.

³⁷⁶ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 226.

³⁷⁷ Art. 2.559 do Código Civil Italiano: *La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti* (2600).

³⁷⁸ Essa é a opinião de F. GALGANO: *“Le cessioni dei crediti è automatica: esse si verificano pendentemente da un'espressa pattuizione delle parti sulle sorti dei crediti”*. (*Derecho Comercial - El empresário* - Trad. Esp. De Jorge Guerreiro, 3ª Ed., Colômbia, Temis, 1999., p. 72)

³⁷⁹ G. FERRARI, *Vocabolo Azienda (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, v. 4, Milão, Giuffrè, 1959, pp. 680-741, p. 726. A comercialista italiana expõe os dois argumentos otimizados pela doutrina, contudo, após analisá-los, chega à conclusão de que os créditos não são transmitidos, automaticamente com a alienação da azienda.

contraprestação em virtude dos débitos que são transferidos ao adquirente por meio do trespasse.

No nosso entender, o segundo argumento é validamente aceito e aplicável à legislação pátria. Se por força do art. 1.146 do Código Civil, os débitos referentes ao estabelecimento empresarial são transferidos ao trespasário, desde que regularmente e contabilizados, os créditos também deverão acompanhar o negócio em contrapartida. Seria absurdo e sem sentido, por exemplo, a venda de uma casa comercial, com débitos perante fornecedores e com créditos em relação à freguesia, sendo que, o adquirente, após pagar um sobrevalor pela azienda e ser solidariamente responsável pelos débitos, não pudesse contar com os créditos para fazer frente às despesas. Pensando bem, isto provavelmente inviabilizaria a funcionalidade do estabelecimento empresarial³⁸⁰, descaracterizando o trespasse.

No mesmo sentido, M. A. Feres³⁸¹ oferece um argumento convincente que ora trazemos à colação:

“A transmissão legal dos créditos referentes ao estabelecimento para o respectivo adquirente, também concorre para a tutela dos direitos dos credores. Tendo em vista que o art. 1.146, após o prazo de um ano (contado a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento), exclui a responsabilidade do alienante, a cessão dos créditos ao adquirente, no mínimo, preserva a possibilidade de solução dos débitos regularmente escriturados”.

Não se pode deixar de dar razão ao monografista.

Além desse fator, o legislador foi enfático quando mencionou que a cessão de créditos produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência. Realizada esta, os créditos são transferidos, em virtude da lei, ao adquirente do estabelecimento empresarial.

Importante observar que a redação final do art. 1.149 do Código Civil toma cautela em proteger o devedor de boa-fé que, sem ter conhecimento da transferência da azienda, efetua o pagamento ao trespasante.

³⁸⁰ Enunciado nº. 233 do CEJ/CJF. “A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil, nos arts. 1.142 e segs., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial”.

³⁸¹ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 138.

Em outros termos, se o devedor realiza o pagamento ao credor primitivo, sem possuir conhecimento da alienação da azienda, estará de boa-fé. Efetuado o pagamento, estará exonerado da obrigação. Se, no entanto, efetuar o pagamento, tendo ciência da alienação, estará de má-fé. O pagamento não o libera da obrigação.

A propósito, a má-fé não se presume em nosso ordenamento jurídico³⁸², ou seja, deve ser provada pelo trespassário. Ademais, o ônus da prova compete a quem alega.³⁸³ Entretanto, não conseguindo provar a má-fé do devedor que efetuou o pagamento, o trespassário poderá acionar o trespassante por enriquecimento sem causa, conforme determina o art. 884 do Código Civil.³⁸⁴

Por derradeiro, aplicam-se aos negócios jurídicos translativos, envolvendo o estabelecimento empresarial, os dispositivos previstos nos arts. 295 e 296, ambos do Código Civil. Em síntese, essas regras determinam que o cedente é responsável pela existência do crédito transferido, mas não respondendo pela solvência do devedor. Essa regra não se aplica, no entanto, quando o estabelecimento empresarial for transferido a título de realização de capital social, pois, nestas hipóteses, aplicam-se as regras do art. 1.005 do Código Civil³⁸⁵, ou, tratando-se de sociedade anônima, o art. 10, parágrafo único, da Lei nº. 6.404/76.³⁸⁶

³⁸² C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 138. Veja a lição do autor: “Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuítos contrários ao direito, à moral”.

³⁸³ M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 142. Manifestando-se a respeito do pagamento feito pelo devedor de boa-fé, o autor expõe o seguinte: “Presume-se a boa-fé do pagador. O ônus da prova da má-fé compete, pois, a quem invoca, principalmente porque a prova de fato negativo, a boa-fé, é inviável em termos práticos”.

³⁸⁴ Aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

³⁸⁵ Art. 1.005 do Código Civil: O sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso, responde pela evicção; e pela solvência do devedor, aquele que transferir crédito.

³⁸⁶ A responsabilidade civil dos subscritores ou acionistas que contribuírem com bens para a formação do capital social será idêntica à do vendedor.

Parágrafo único. Quando a entrada consistir em crédito, o subscritor ou acionista responderá pela solvência do devedor.

5.2.7 Eficácia do negócio jurídico translativo

Sem o intuito de enveredar por questões que demandariam uma dissertação própria, é de rigor, ainda que perfunctoriamente, tecermos alguns comentários a respeito dos planos de existência, validade e eficácia. Essa incursão tem por finalidade elucidar algumas ideias que servirão de fundamento ao assunto que abordaremos.

M. B. de Mello³⁸⁷ nos ensina que o negócio jurídico pode passar por três planos distintos, cada um gerando efeitos jurídicos próprios. No plano da existência, o negócio entabulado pelas partes, no mundo fático, recebe a incidência da norma jurídica juridicizante, ingressando, assim, no plano de existência. Em outros termos, esse plano é a porta de entrada dos fatos no mundo jurídico. Pode-se dizer que o negócio passa a ser considerado para o ordenamento jurídico. O negócio existe. Neste plano não se indaga a respeito da validade ou invalidade.

No plano de validade, o negócio pactuado já ingressou no mundo jurídico. O direito, nesse momento, irá realizar uma triagem entre o negócio perfeito, sem vícios contaminantes, e o negócio imperfeito, eivado de vício invalidante.³⁸⁸ É neste plano em que o negócio jurídico se contiver algum vício será acoimado de nulo ou anulável. Por exemplo, é nula a doação de todos os bens do doador sem reserva de parte, ou renda suficiente para a sua subsistência. Trata-se, como se vê, de negócio existente, mas inválido perante o sistema legal. Ou, ainda, a deliberação tomada em assembleia geral irregularmente convocada ou instalada é passível de anulação. Interessante notar que, neste último caso, o ato é inválido, mas eficaz, até que seja anulado por meio de ação própria.

Já no plano da eficácia, os negócios jurídicos produzem os seus efeitos. Nas palavras de M. B. de Mello³⁸⁹: *“O plano de eficácia é parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo”*. É no mundo da eficácia em que o negócio jurídico gera todos os efeitos desejados pelas partes.

³⁸⁷ *Teoria do fato jurídico- Plano da eficácia*, primeira parte, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 93.

³⁸⁸ M. BANDEIRA DE MELLO, *Teoria do fato jurídico - Plano da eficácia*, primeira parte, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 94.

³⁸⁹ *Teoria do fato jurídico- Plano da eficácia*, primeira parte, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 96.

Há, contudo, certas situações em que o negócio jurídico entabulado pelas partes é existente, válido, mas ineficaz. M. B. de Mello³⁹⁰ oferece como exemplo o art. 622 do Código Civil de 1916, hoje hipótese regulada no art. 1.268 do vigente Código Civil. Cuida-se da venda feita por *non domino* que não produz qualquer efeito em relação ao verdadeiro proprietário. E explica o autor:

“A pós-eficacização prevista no art. 622 do Código Civil e o dever de indenizar (ilícito relativo) do vendedor ao comprador evidenciam tratar-se de ineficácia e não de nulidade. Se o negócio fosse nulo não haveria possibilidade de tornar-se perfeito e eficaz posteriormente”.

Estamos de acordo com o pensamento exposto pelo autor, até porque se fosse uma hipótese de nulidade, nenhum efeito produziria o negócio em relação ao comprador. A nulidade não convalesce, como é sabido.

Feita essa pequena incursão nos planos jurídicos, podemos, neste passo, analisar o conteúdo do art. 1.145 do Código Reale.

No intuito de proteger os credores do empresário e, por conseguinte, o crédito, o legislador condicionou a alienação do estabelecimento empresarial a algumas regras. Determina o dispositivo: “*Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir da notificação*”.

Extraí-se, portanto, do sobredito dispositivo que para eficácia do trespasse alguns requisitos alternativos devem estar presentes. Isto é, para a eficácia do negócio jurídico translativo da azienda mercantil deve-se vislumbrar: a) a solvabilidade do cedente; b) se o cedente for insolvente, todos os credores devem ser pagos; c) se o cedente for insolvente, os credores devem assentir com a alienação do estabelecimento empresarial. Estando presente um desses pressupostos, o negócio é eficaz.

Primeiramente, para a eficácia do trespasse, o alienante deve ser solvente. O professor R. Requião³⁹¹ nos ensina que há vários sistemas utilizados para caracterizar a insolvência. Em nosso sistema legal, existe a chamada insolvência confessada, conhecida

³⁹⁰ *Teoria do fato jurídico- Plano da eficácia*, primeira parte, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 96.

³⁹¹ *Curso de Direito Falimentar*, V. I, 15ª Ed. 1ª coluna, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 62.

como autotalência, prevista no art. 105 da Lei nº. 11.101/05³⁹². Além desse critério, prossegue o ensaísta, que a insolvência do devedor pode ser caracterizada, também, por hipóteses previstas em lei. Podemos, sucintamente, afirmar que a insolvência, para fins falimentares, ocorre quando o empresário é impontual, quando a execução é frustrada ou, ainda, se o empresário praticar um ato de falência. Essas hipóteses estão previstas no art. 94, I, II e III, da Lei nº. 11.101/05.³⁹³

³⁹² Art. 105 da Lei nº. 11.101/05: O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:
I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório do fluxo de caixa;

II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos;

III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade;

IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais;

V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei;

VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária.

³⁹³ Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia a penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

§ 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do **caput** deste artigo.

§ 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar.

§ 3º Na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

§ 4º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

Este critério adotado pela legislação concursal é uma insolvência jurídica e não econômica. A insolvência, para caracterizar o estado falencial, deve ter suporte na legislação especial. Não se leva em conta a situação patrimonial do empresário. Se o fato adequar-se à norma, caracterizada está a insolvência do devedor. Se o empresário, por exemplo, simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor, a insolvência é presumida e, se provado o fato, a sua quebra será decretada.

Não é essa, contudo, a insolvabilidade prevista no art. 1.145 do Código Civil. Neste dispositivo, o legislador utilizou o critério econômico, pois para caracterizar a insolvabilidade, o cedente deve possuir um passivo patrimonial superior ao ativo. O alienante é insolvente se não lhe restarem bens suficientes para solver o seu passivo.

A aferição da situação patrimonial do devedor deverá ser realizada por meio de critérios e métodos próprios da contabilidade. A situação patrimonial deverá ser constatada no momento da realização do negócio jurídico, levando-se em conta a escrituração mercantil e contábil obrigatória. Essa verificação patrimonial do empresário pode ser requerida cautelarmente por qualquer credor.³⁹⁴

Se o empresário for insolvável, para a eficácia do negócio jurídico, este deverá pagar todos os credores. Se, no entanto, alguns credores forem pagos e outros não, a ineficácia ocorrerá somente em relação aos credores insatisfeitos. No tocante aos credores pagos, o negócio é existente, válido e eficaz.

Neste momento trazemos à colação algumas ideias vistas anteriormente. Não estamos no plano de existência ou da validade do trespasse. O legislador, de modo inovador³⁹⁵, situou os efeitos do ato, no mundo da eficácia. Isto é, não se discute se o trespasse é válido ou inválido, mas se é eficaz ou ineficaz. O pagamento de parte dos credores torna o negócio eficaz para estes; embora seja ineficaz em relação aos credores que não tiveram os seus créditos satisfeitos. A alienação do estabelecimento empresarial

§ 5º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

³⁹⁴ O credor poderá utilizar-se do procedimento preparatório de exibição judicial da escrituração comercial, balanços e documentos de arquivo, previsto no art. 884, III, do Código de Processo Civil.

³⁹⁵ M. CARVALHOSA, Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 643. Esta é a opinião do autor: “O presente artigo 1.145, apesar da redação semelhante aos dispositivos da lei de falência, inova ao determinar a ineficácia do negócio de alienação do estabelecimento (caso não se proceda à consulta ou pagamento dos credores, e em decorrência do trespasse, restem ao empresário bens insuficientes para garantir suas dívidas) perante quaisquer terceiros, e não somente os credores da massa falida.”

não repercute na esfera patrimonial destes credores. Se o negócio fosse nulo, nenhum efeito produziria o ato em relação a todos os credores.

Em síntese, havendo a transferência do estabelecimento empresarial, se o cedente efetuar o pagamento de parte dos credores, em relação a estes, o negócio irradia todos os seus efeitos. Em relação aos credores que não foram pagos, o negócio será ineficaz, ou seja, não produziu os efeitos desejados pelo cedente e pelos cessionários. É o que M. B. de Mello³⁹⁶ denomina de eficácia relativa, quando os efeitos do ato jurídico atingem uma ou algumas pessoas, mas não produzem efeitos em relação a todas.

O negócio jurídico translativo ainda poderá ser plenamente eficaz, mesmo diante do patrimônio deficitário do cedente, quando houver o consentimento de todos os credores, de modo expresso ou tácita, no prazo de trinta dias contados da notificação. Essa notificação, importante frisar, é pessoal e individual feita a cada credor, extrajudicialmente. A não manifestação do credor no prazo assinalado configura anuência tácita.

Andou bem, o legislador, pensamos nós, em adotar essa forma confidencial de comunicação aos credores, pois se fosse adotada a regra de publicidade e a da publicação oficial, provavelmente o empresário teria dificuldades em obter crédito e entabular negócios jurídicos. A situação de crise econômico-financeira lhe acarretaria prejuízo e dissabores.

Essa notificação extrajudicial deverá ser mantida em sigilo absoluto pelos credores. Havendo divulgação de seu conteúdo, de modo a causar prejuízos ao empresário, poderá este buscar ressarcimento por danos materiais e morais em face do credor propalador, de acordo com o art. 186 do Código Civil.³⁹⁷

É importante assinalar que o legislador procurou tutelar os interesses dos credores, independentemente da existência de *consilium fraudes*.³⁹⁸ Não se indaga, para a ineficácia negocial, se houve ou não conluio entre as partes para prejudicar credores. Portanto, mesmo que as partes estejam de boa-fé, se o alienante torna-se insolvente, deve haver concordância dos credores, ou pagamento destes; caso contrário, o trespasse é considerado ineficaz perante o ordenamento jurídico.

³⁹⁶ *Teoria do Fato jurídico – Plano da Eficácia*, primeira parte, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 65.

³⁹⁷ Art.186 do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³⁹⁸ F. TOKARS, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Ltr, 2008, p. 125.

Talvez o legislador tenha andado mal no momento da elaboração da norma em comento, sobrepondo interesses particulares em detrimento de interesses coletivos. A proteção excessiva oferecida aos credores pode prejudicar a livre circulação de mecanismos instrumentais que propulsionam a atividade econômica. A insegurança jurídica criada com a edição dessa norma pode ser motivo de entrave nos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento empresarial. O adquirente, mesmo não tendo a intenção de fraudar terceiros, pode ser surpreendido com a declaração de ineficácia do negócio e vir a perder a titularidade do estabelecimento.

Quiçá tivesse sido melhor condicionar a ineficácia do negócio jurídico translativo a dois elementos: um objetivo (*eventos damni*) e um subjetivo (*consilium fraudis*). O primeiro elemento surge quando o ato praticado pelas partes ocasiona a insolvência do alienante do estabelecimento, causando, desse modo, potencial dano aos credores. O segundo elemento desponta quando as partes, em conluio, entabulam o negócio para prejudicar terceiros.

Se não houvesse regra específica regulando a matéria, aplicar-se-ia a regra geral prevista no art. 159 do Código Civil. A nosso ver de melhor trato. Cuida a norma de hipótese de anulabilidade. Eis o teor desse dispositivo: “*Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou haver motivo para ser conhecida do outro contraente*”. Como se disse, norma que melhor regularia a situação hipotética.

A insolvência notória poderia, por exemplo, ser comprovada por títulos protestados. Já um motivo que poderia induzir o adquirente de que o alienante é insolvente, v.g., seria alienação de estabelecimento empresarial por preço inferior aos praticado no mercado.

Sem mencionar que o adquirente sempre ficará temerário na aquisição de um estabelecimento empresarial, por não ter meios técnicos eficazes para comprovar a solvabilidade do alienante. É verdade que o trespassário sempre poderá acionar o trespassante pelos prejuízos que lhe forem causados.

Outra crítica que se faz ao art. 1.145 do Código Civil é a de que o legislador não estipulou um prazo para a declaração da ineficácia do negócio. Isso, certamente, aumenta a insegurança jurídica do adquirente. Como não foi fixado prazo menor, a prescrição para o exercício da ação de ineficácia, segundo o art. 205 do Código Civil, ocorrerá em dez anos.

Por último, o legislador poderia ter se omitido no tocante a este assunto, até porque já existia dispositivo semelhante no art. 2º, V, do Decreto Lei nº. 7.661/45³⁹⁹, que foi reproduzido pelo art. 94, III, C da Lei nº. 11.101/05⁴⁰⁰, que regula a Recuperação Judicial e a Falência. Trata-se de uma hipótese que enseja a decretação de quebra do empresário ou sociedade empresária.

5.3 Negócios Jurídicos Constitutivos (Arrendamento, usufruto do penhor)

5.3.1 Introdução

Conforme assinalamos outrora, o estabelecimento pode ser objeto de negócios jurídicos translativos ou constitutivos que sejam compatíveis com a sua natureza. Os primeiros, entre os quais se destaca o trespasse, já foram analisados no capítulo anterior. Neste, portanto, nos cabe dissertar a respeito dos constitutivos.

Nos negócios jurídicos constitutivos, há apenas a transferência da titularidade secundária no intuito de possibilitar a exploração da atividade. São negócios entabulados para proporcionar a gestão do estabelecimento empresarial.⁴⁰¹ A titularidade primária continua em poder do cedente, sendo que o cessionário apenas detém a titularidade secundária, que lhe possibilita o exercício da empresa pela posse dos bens instrumentais.

Segundo nosso entender, os negócios jurídicos constitutivos de maior incidência na vida mercantil são: o arrendamento, o usufruto e o penhor.⁴⁰² Vamos, desse modo,

³⁹⁹ Art. 2º, V, do Decreto Lei nº 7.661/45: Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: V - transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo.

⁴⁰⁰ Art. 94, III, C da Lei nº. 11.10/2005: Será decretada a falência do devedor que:

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo.

⁴⁰¹ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 257.

⁴⁰² Incluímos este negócio jurídico constitutivo, neste capítulo, por sugestão que nos foi feita, no exame de qualificação, pelo professor Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, profundo estudioso do tema.

analisar cada um desses pactos, tentando apontar os aspectos mais interessantes de cada um deles.

5.3.2 Arrendamento do estabelecimento empresarial no Código Civil

A respeito da terminologia arrendamento, é oportuno observar que este tema, como ocorre na Itália, recebeu um significado técnico, diferenciando-o da locação. Deve, portanto, segundo o art.1.144 do Código Civil, ser reservado especificamente ao negócio jurídico que tenha por objeto a cessão, para exploração, do estabelecimento empresarial, mediante uma contraprestação em dinheiro, por parte do cessionário. Pode-se dizer que o nosso arrendamento aziendale é o *affitto* do direito peninsular, previsto no art.1.615 do Código Civil Italiano.⁴⁰³

A respeito do assunto, antes mesmo da edição do vigente Código Civil, O. Barreto Filho⁴⁰⁴ concluía:

“Não se conhece, em nosso direito, a distinção que existe no direito italiano, entre locação de coisa corpórea e arrendamento (*affitto*) de bem produtivo (móvel ou imóvel), que se caracteriza pela obrigação de o arrendatário cuidar da gestão da coisa de acordo com sua destinação econômica e o interesse da produção (Código Civil Italiano, art.1.615). Pode-se, portanto, entre nós, falar-se indiferentemente de locação ou arrendamento do estabelecimento; mas seria preferível que, adotando terminologia mais rigorosa, se reservasse um termo especial – que poderia ser arrendamento – para designar o negócio jurídico que tem por objeto a fruição do complexo de bens produtivos que integram o estabelecimento”.

O legislador adotou a sugestão do monografista.

Como se observa, utilizaremos o termo arrendamento quando o objeto do contrato envolver estabelecimento empresarial, conforme o fez o legislador no art.1.144, bem como

⁴⁰³ Art. 1615 do Código Civil Italiano: *Quando la locazione ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile, l'affittuario deve curarne la gestione in conformità della destinazione economica della cosa e dell'interesse della produzione. A lui spettano i frutti (821) e le altre utilità della cosa.*

⁴⁰⁴ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 258.

no parágrafo único do art.1.147, ambos do Código Civil. E locação, quando o objeto do contrato for coisa móvel (art. 565 do Código Civil) ou imóvel (Lei nº. 8246/91). Desse modo, os termos estarão de acordo com a legislação vigente.

A correta caracterização do contrato, se arrendamento ou somente locação de bens, não é questão meramente acadêmica. Consequências jurídicas assaz importantes podem ter lugar, como se nota do Recurso Especial Nº. 685.884/MG (2004/0113199-3) analisado pelo Superior Tribunal de Justiça. Eis a emenda: Contrato de Arrendamento de Estabelecimento Comercial. Aplicação do art.3º, VII, da Lei nº. 8009/90.

1-Nos termos postos pelo acórdão analisando as cláusulas contratuais não se cuida de contrato de locação, mas sim de verdadeiro contrato de arrendamento para explicação de art.3º, VII, da Lei nº. 8009/90.

2- Recurso especial conhecido, mas provido.⁴⁰⁵

Comentando com precisão a sobredita decisão do Supremo Tribunal de Justiça, N. de Lucca e A. A. Domingues assim se manifestaram:⁴⁰⁶

“Na tentativa de evitar sucessão nas dívidas, em destaque dívidas trabalhistas, as partes firmaram contrato de locação do bem imóvel. No entanto, o suposto locatário não só utilizava o imóvel com o nome comercial, a marca do estabelecimento, por isso, apesar do nome dado ao contrato, a relação foi reconhecida como sendo cessão de estabelecimento. É o que se extrai da leitura do voto do Ministro Relator. A decisão foi correta, pois não é a nomenclatura que define o tipo contratual, mas seu objeto e as obrigações e os deveres nele contidos”.

Em síntese, a nosso ver, o contrato de arrendamento de estabelecimento empresarial é aquele em que o titular da azienda, denominado arrendador, mediante uma contra prestação em dinheiro, concede a outro, denominado arrendatário, a titularidade secundária de um estabelecimento empresarial, para que este último possa exercer determinada atividade empresarial.

⁴⁰⁵ Decisão colacionada por Newton de Lucca e Alexandra de Azevedo Domingues no artigo. Cf. *Análise Crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial*, in Finkelstein, Maria Eugênia Reis, Proença, José Marcelo Martins (coord.), Direito Societário, São Paulo, Série GV Law, 2009, p. 3 – 77.

⁴⁰⁶ *Análise Crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial*, in Finkelstein, Maria Eugênia Reis, Proença, José Marcelo Martins (coord.), Direito Societário, São Paulo, Série GV Law, 2009, p. 3 – 77.

5.3.2.1 Classificação do contrato de arrendamento

Trata-se de um contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo, atípico e impessoal. É bilateral, pois surgem obrigações para ambas as partes. O arrendador deve proporcionar ao arrendatário um complexo de bens, aptos ao exercício da empresa. É requisito para validade do negócio que a azienda esteja em condições de possibilitar ao arrendatário o desenvolvimento da atividade.

É um pacto consensual que se aperfeiçoa com o simples encontro de vontades. No momento em que o arrendador e o arrendatário acordam, o pacto está formado.

O instrumento do negócio deve ser, no entanto, reduzido a escrito para fins do disposto art. 1144 do Código Civil. Isto, contudo, não o transforma em um negócio solene, nem lhe retira a característica de consensual.

Cuida-se de um negócio jurídico comutativo. Para ceder o uso e gozo do complexo de bens, o arrendador auferir uma vantagem econômica e, conseqüentemente, o arrendatário deve pagar determinada quantia para poder utilizar, em toda a sua magnitude, a azienda.

O arrendamento é um contrato oneroso. Se for concedida a utilização da azienda, a título gratuito, será um contrato atípico semelhante ao comodato. Situação essa de difícil ocorrência na vida empresarial.

E, por fim, trata-se de um contrato impessoal. Detalhando o que foi dito, os contratos podem ser pessoais ou impessoais. Os primeiros são aqueles entabulados, levando-se em conta as qualidades pessoais dos contratantes. Nos dizeres de O. Gomes⁴⁰⁷: “Um contrato é *intuitu personae* quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é, para o outro, o elemento “determinante da sua conclusão”. E mais adiante o autor remata: “Por isso, a pessoa do contratante passa a ser elemento causal do contrato”. Por sua vez, quando é indiferente a pessoa com que se contrata, o negócio jurídico é classificado como impessoal.

Essa classificação terá grande importância quando se cuidar da transferência dos contratos nos casos de alienação do estabelecimento empresarial, hipótese prevista no

⁴⁰⁷ *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 82.

art.1148 do Código Civil, pois é sabido que os contratos pessoais não comportam sub-rogação, enquanto que os impessoais podem ser executados por qualquer pessoa, admitindo-se⁴⁰⁸, portanto, a transferência de uma parte para outra. Enfim, discussão que será abordada no momento oportuno.

Entendemos que o contrato de arrendamento de estabelecimento empresarial é um contrato atípico. Não obstante a sua menção em alguns dispositivos do Código Civil, a sua estrutura não foi esquematizada pelo legislador. Isto é, para ser considerado um contrato típico, não basta a simples menção em dispositivo legal. A nosso ver, é necessário que o legislador estabeleça algo mais, ou seja, os seus contornos mínimos necessários: partes, objeto, obrigações dos contratantes, momento de aperfeiçoamento do pacto.⁴⁰⁹

5.3.2.2 *Duração do Arrendamento*

Importante observar que o arrendamento deve estipular necessariamente um prazo de duração. Caso contrário, não havendo prazo estipulado pelas partes, o arrendamento equivaleria a uma venda.⁴¹⁰ Portanto, para não desfigurar o negócio jurídico de arrendamento, deve-se fixar um prazo de vigência do contrato. Trata-se de requisito essencial do contrato. Ademais, havendo prazo estipulado, se uma das partes desejar pôr termo ao contrato, sem justa causa, deverá indenizar a outra.

No direito peninsular, o legislador, no art. 1.616 do Código Civil regulou o arrendamento do estabelecimento empresarial sem prazo estipulado pelas partes.

⁴⁰⁸ Art.1148 do Código Civil: Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

⁴⁰⁹ O. BARRETO FILHO. O autor antes da entrada em vigor do atual Código Civil, assim entendia: “A figura contratual do arrendamento da casa comercial, que não se reveste de tipicidade na lei brasileira, corresponde ao affitto dell’ azienda do direito italiano e à location-gérance do direito francês”. Cf. in *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 266.

⁴¹⁰ O. GOMES, *contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 282. Esta é a posição do civilista baiano a respeito do contrato de locação; e, a nosso ver, aplica-se a mesma ideia ao contrato de arrendamento do estabelecimento pela semelhança entre os negócios jurídicos.

Determina a regra: *"Se le parti non hanno determinato la durata dell'affitto, ciascuna di esse può recedere dal contratto dando all'altra un congruo preavviso"*.⁴¹¹

Segundo nosso pensamento, se o contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial não estipular prazo de duração, qualquer das partes pode rescindi-lo, mediante notificação efetuada a outra, em tempo hábil. É a chamada resilição unilateral⁴¹², prevista nos contratos por tempo indeterminado.

Esse pensamento se estriba no princípio da conservação dos negócios jurídicos, previstos no art.184 do Código Civil.⁴¹³

5.3.2.3 Obrigações das partes

Trata-se, como se disse alhores, de um contrato bilateral que gera obrigações para ambas as partes. A principal obrigação do arrendador é de ceder a titularidade secundária, ou seja, a exploração da azienda ao arrendatário. Deve ceder o complexo organizado de bens que permita ao arrendatário explorar a empresa desejada. Caso a universalidade não esteja apta a proporcionar a exploração da atividade empresarial, o negócio jurídico é nulo.

Por sua vez, o arrendatário deve retribuir, pagando uma contraprestação mensal ao arrendador. Não é só, o arrendatário deve manter o estado de produtividade da azienda⁴¹⁴, sob pena de resolução do contrato do arrendamento. O. Barreto Filho⁴¹⁵ bem observou esse aspecto ao analisar o diploma peninsular:

⁴¹¹ Se as partes não determinarem a duração do aluguel, qualquer uma delas pode desistir do contrato dando à outra um adequado aviso prévio

⁴¹² O. GOMES, *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 283.

⁴¹³ Art.184 do Código Civil: Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

⁴¹⁴ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 266.

⁴¹⁵ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 266.

“O arrendatário, de um lado, está obrigado a mantê-lo em estado de produtividade; assim, o locador pode pleitear a resolução do contrato, se o arrendatário não destina ao serviço do estabelecimento os meios necessários à sua gestão, se não observa as regras da boa técnica, ou então, se muda de modo duradouro sua destinação econômica (art.1618). Para este fim, assiste ao locador o direito de fiscalizar, com acesso ao lugar, se o arrendatário observa as obrigações que lhe cabem (art.1619)”.

Essas regras, também se aplicam ao direito pátrio por serem de essência do contrato de arrendamento. Esse é o nosso pensamento.

No direito francês, o Decreto nº. 53. 874, de 22 de setembro de 1953, instituiu a chamada locação-gerência em que o titular do fundo de comércio o arrenda a um administrador, que o explora por sua conta e risco.⁴¹⁶ Em outros termos, a locação-gerência do direito gaulês equivale ao nosso arrendamento do estabelecimento empresarial.

É de rigor deixar assentado que na locação-gerência somente o arrendador possui legitimidade ativa para a propositura da ação renovatória, pois este foi o criador do fundo de comércio. Entretanto, no direito pátrio, pensamos diferente. A ação renovatória é o meio legal de proteção do ponto empresarial, elemento incorpóreo imprescindível à exploração da atividade empresarial. Pertence, não há dúvida, ao empresário organizador do estabelecimento empresarial, entretanto, não se pode privar o arrendatário que esteja explorando a azienda criada pelo arrendador do manejo da tutela legal do ponto, sob pena de inviabilizar o arrendamento.⁴¹⁷ M. H. Diniz⁴¹⁸ tem o mesmo pensamento a respeito do tema.

É de se deixar consignado que na vigência do Decreto nº. 24.150, de 20 de abril de 1934, conhecido como a “*Lei de Luvas*”, havia farta jurisprudência entendendo que o arrendatário do fundo, por não tê-lo criado, não possuía legitimidade ativa para a ação renovatória.⁴¹⁹

⁴¹⁶ O. BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 266.

⁴¹⁷ Nesse sentido RT. 182/726.

⁴¹⁸ Lei das Locações de Imóveis Urbanos Comentada, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 218. A autora entende que o cessionário ou sucessor a quem foram transferidos o estabelecimento, terão direito à ação renovatória.

⁴¹⁹ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 265. O autor traz à colação: RT. 149/182, RT. 204/621 e RT. 219/201.

5.3.3 *Usufruto do estabelecimento empresarial*

Expressamente previsto o usufruto do estabelecimento nos arts.1.144 e 1.147, parágrafo único, ambos do Código Civil. Portanto, admite-se, no direito pátrio, o usufruto da azienda mercantil.

O usufruto é um direito real, previsto no art.1.390 do Código Civil⁴²⁰, em que uma pessoa, denominada nu-proprietário confere a outra, chamada de usufrutuária, o direito de retirar, por um certo período de tempo, os frutos e utilidades de um determinado bem, sem, contudo, alterar-lhe a substância. Esse bem poderá ser móvel ou imóvel de acordo com o dispositivo citado.

O contrato de usufruto de estabelecimento empresarial, para produzir efeitos perante terceiros, deve ser averbado à margem da inscrição do empresário na Junta Comercial e publicado na imprensa oficial. Ademais, se fizer parte do acervo bens imóveis, deve-se realizar seu registro no Cartório de Registro de Imóveis, conforme preceitua o art. 1.391⁴²¹ do Código Civil.

Regra importante a ser observada, está disposta no art.1.400 do Código Civil. Este preceito determina que:

“O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua conta, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará caução, fidejussória ou real, se lhe exigir o dono, de vetar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto”.

Essa providência é de rigor e serve de garantia ao titular do estabelecimento (nu-proprietário) em caso de falência do usufrutuário, pois, neste caso, o inventário serve de suporte fático para o pedido de restituição.⁴²²

Como bem observado por O. Barreto Filho⁴²³, o usufruto de estabelecimento é de difícil ocorrência na vida mercantil.

⁴²⁰ Art. 1.390 do Código Civil: O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

⁴²¹ Art. 1.391 do Código Civil: O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁴²² Art. 85 da Lei nº. 11.101/05: O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

O legislador italiano disciplinou o usufruto da azienda no art. 2.561 do Código Civil⁴²⁴ de maneira mais detalhada que o fez o legislador pátrio.

5.3.4 Penhor do estabelecimento empresarial

O penhor é um direito real de garantia. Segundo o art.1.431 do Código Civil, “constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação”.

À semelhança do legislador italiano, nosso legislador não regulou a possibilidade do penhor do estabelecimento empresarial, talvez pela dificuldade de concretizá-lo, tendo em vista a heterogeneidade dos elementos que compõem.

O direito francês, por meio da Lei de 17 de março de 1909, e o direito argentino, com fundamento na Lei nº. 12.962, de 28 de maio de 1946 instituíram a possibilidade do penhor do fundo de comércio. Essas legislações permitiram o penhor sem o desapossamento do fundo de comércio das mãos do devedor. Criou-se, portanto, a possibilidade de se estabelecer a garantia sem, no entanto, perder a posse dos bens instrumentais.

A nosso ver, a falta de referência ao penhor do estabelecimento empresarial foi proposital. Ou seja, no silêncio legislativo não há que se admitir a sua constituição. Aliás, O. Barreto Filho⁴²⁵, comentando a omissão legislativa peninsular chegou à mesma conclusão: “*O Código italiano não menciona o penhor do estabelecimento comercial, aliás, depreende-se dos trabalhos preparatórios que o silêncio foi propositado, com isto se pretendendo excluir sua possibilidade*”.

⁴²³ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p.272.

⁴²⁴ Art.2.561 del Codice Civile: *L'usufruttuario dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue. Egli deve gestire l'azienda senza modificarne la destinazione (985) e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti (997) e le normali dotazioni di scorte. Se non adempie a tale obbligo o cessa arbitrariamente dalla gestione dell'azienda, si applica l'art. 1015. La differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in denaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto (2112).*

⁴²⁵ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 275.

Além desse fator, secundado nas lições de O. Barreto Filho⁴²⁶, entendemos que fica difícil vislumbrar o penhor do fundo por duas razões. Primeiro, para se estabelecer a garantia, os bens devem ser de propriedade do devedor. E, somos sabedores que nem todos os elementos do estabelecimento empresarial são pertencentes ao seu titular. Por exemplo, como entregar um bem em garantia ao credor se este não lhe pertence. Não devemos olvidar que somente aquele que pode alienar poderá empenhar, segundo os ditames do art. 1.420 do Código Civil. Segunda razão: se houver bem imóvel integrando o estabelecimento empresarial, este não poderá ser passível do penhor.

O assunto, no entanto está distante de encontrar consenso na doutrina ou mesmo nos tribunais. M. Rotondi⁴²⁷, entende ser possível o penhor da azienda no direito italiano atual, assim como já era possível, no direito romano. Por seu turno, em artigo publicado na Revista dos Tribunais, O. Mendes⁴²⁸ cita decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo admitindo o penhor do fundo de comércio.

J. X. Carvalho de Mendonça⁴²⁹, em tese apresentada ao Congresso Jurídico comemorativo da independência do Brasil, no Rio de Janeiro, em 1922, chegou as seguintes conclusões a respeito do tema:

“1º- É de aconselhar que a lei admita o penhor do estabelecimento comercial, regulando-o com o máximo cuidado.

2º- Não sendo possível manter o caráter oculto para este penhor, visto como à frente do estabelecimento deve continuar o seu titular com pleno poder de dispor do ativo, a inscrição do penhor no Registro de Comércio basta para assegurar a necessária publicidade, substituindo a posse direta do credor.

3º- Deve ser adotado o sistema francês, admitindo-se como compreendidos na garantia do penhor do estabelecimento comercial os seguintes elementos: o título e a insígnia, o direito à locação, a clientela, o material, aparelhos e máquinas, as marcas, os modelos e desenhos industriais, as patentes de invenção, os direitos de autor e tudo mais que sirva à exploração do estabelecimento.

4º- Ficam excluídas do penhor as mercadorias, as matérias-primas e outros elementos do ativo ainda não pagos aos vendedores ao tempo da sua constituição”.

⁴²⁶ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 276.

⁴²⁷ *Diritto Industriale*, 5ª Ed. Padova, Cedam, 1965, p.434. São palavras do autor: “Già accennando alla possibilità di una costituzione in pegno dell'azienda in diritto romano abbiamo visto superata dalle fonti la difficoltà derivante dal rimutarsi degli elementi che entrano a costituire le universitates in genere e questa in specie. Anche per il diritto moderno tale difficoltà possiamo considerarla senz'altro superabile. Quella concezione dell'azienda come universitas che abbiamo contrapposto alle criticate costruzioni dell'azienda come persona, come patrimonio, come negozio, come pluralità di elementi eterogenei e mutevoli, ci dà ancora una volta la possibilità di configurare l'azienda come unitario oggetto del negozio e della garanzia”.

⁴²⁸ *Da venda e penhor dos fundos de commercio*, RT, Vol. XXI, 1917.

⁴²⁹ *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937.

5.4. Dever de não Concorrência

5.4.1 *Definição do instituto*

O dever de não concorrência é uma obrigação de não fazer, imposta ao alienante do estabelecimento empresarial. Consiste em impedir que o trespasante se estabeleça, por um prazo de cinco anos, exercendo atividade econômica organizada que possa turbar a empresa exercida pelo trespasário. Na verdade, conforme demonstraremos, a cláusula de vedação visa consolidar a clientela nas mãos do adquirente da azienda mercantil, permitindo que este não sofra uma diminuição do aviamento pela perda da clientela.

Na verdade, essa cláusula é implícita nos contratos de cessão de azienda, mormente no contrato de trespasse, tendo por escopo permitir o livre exercício da empresa por aquele que adquire um estabelecimento empresarial.

O dever de não concorrência encontra-se no art. 1.147 do atual Código Civil. O dispositivo reza:

“Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes a transferência”. E no parágrafo único do mesmo dispositivo, o legislador assim dispôs: “No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato”.

Nota-se, pela observação da norma, que, de certa forma, o princípio da continuidade do estabelecimento empresarial foi prestigiado.

Portanto, diante da edição do novo Código Civil, o dever de não concorrência nos contratos de alienação do estabelecimento empresarial está codificado. Não há mais necessidade de se buscar subsídios em outros dispositivos⁴³⁰ para garantir que o adquirente possa, tranquilamente e sem embaraço, exercer a titularidade da coisa adquirida.

⁴³⁰ Como não havia norma expressa impedindo a concorrência do alienante do estabelecimento empresarial, adoutrina comercialista se utilizava se algumas regras pertinentes à compra e venda mercantil como, por exemplo, do art. 214 do Código Comercial. Este dispositivo determinava: “O vendedor é obrigado a fazer

5.4.2 Teorias fundamentais do dever de não concorrência

Assunto instigante e longe de estar pacificado diz respeito aos fundamentos justificantes da proibição do alienante se restabelecer, logo após a transferência da casa comercial. Várias são as teorias e longo é o debate doutrinário. Vamos, portanto, no correr da pena, tentar expor as principais teorias a respeito do assunto.

A primeira teoria é a da evicção.⁴³¹ Essa teoria fez escola entre alguns comercialistas.⁴³² Entendia-se que a clientela era um bem do estabelecimento empresarial e, por conseguinte, quando o alienante se restabelecia, esse bem era retirado da órbita jurídica do adquirente, havendo, portanto, evicção.⁴³³ Essa teoria foi acolhida na Itália antes da promulgação do vigente Código Civil de 1942.⁴³⁴

Talvez essa teoria pudesse ser aceita na França ou na Argentina, pois, conforme estudado anteriormente, nesses países a clientela é considerada um elemento do estabelecimento empresarial.

A nosso ver, mesmo que se considere a clientela como um elemento do estabelecimento empresarial, tecnicamente, a concorrência não autorizada pelo alienante não caracteriza a evicção.

A segunda teoria é a da boa-fé. Segundo os seus seguidores, a boa-fé deve permear a conduta das partes na realização dos negócios jurídicos. Essa teoria teve como arauto, no Brasil, J. X. Carvalho de Mendonça.⁴³⁵ Aliás, no patrocínio da causa que envolveu a Companhia de Tecidos de Juta, a sua tese era justamente a boa-fé das partes.

boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco, devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que, por algum título possa pertencer a terceiro”.

⁴³¹ A evicção é a perda da propriedade da coisa adquirida, em virtude de uma decisão judicial, que confere a outrem, o domínio da coisa. A perda da propriedade baseia-se em fundamento jurídico anterior a transferência da coisa. Aquele que perde a coisa adquirida é o evicto; o terceiro que adquire a propriedade da coisa é chamado de evictor. Este último é o que reivindica a coisa que esta na posse do adquirente. O evicto terá direito de ser ressarcido pela perda do bem por meio da chamada ação de evicção.

⁴³² *Diritto Industriale*, 5ª ed. Padova, Cedam, 1965, p. 399. O autor cita C. Vivante, Aubry e Rau e P. Calamandrei.

⁴³³ *L'azienda ed il suo trasferimento*, in Giovanni E. COLOMBO et al., *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979.

⁴³⁴ *Diritto Industriale*, 5ª ed. Padova, Cedam, 1965, p.399.

⁴³⁵ *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937. O renomado comercialista, expondo pensamento de Coelho da Rocha: “A boa-fé dos contratos exige que cada

Neste momento, é importante transcrever algumas ideias do comercialista:⁴³⁶

“Não basta pôr o comprador na posse da coisa vendida; o vendedor obriga-se de pleno direito a garanti-lo ainda depois de executado o contrato, sob tres fórmulas, evitando que esta posse seja falha, incompleta, inútil ou vã, a saber:

1º pelo facto pessoal do próprio vendedor;

2º pela evicção; e

3º pelos vícios ou defeitos da oculta da coisa vendida”.

A respeito da primeira das obrigações impostas ao alienante da coisa, e isto se aplica ao trespassante da casa comercial, J. X. Carvalho de Mendonça⁴³⁷ nos ensina:

“Transferida a propriedade da coisa vendida pela tradição, o direito do comprador é usa-la e goza-la (Código Civil, Art. 524). O vendedor, portanto, não pode offendel-o por qualquer modo, turbando ou pretendendo tirar-lhe a coisa vendida”.

Prosseguindo, o autor é enfático:

“Assim o vendedor do estabelecimento commercial não póde fundar outro que abra concorrência ao comprador, e desviar lhe toda as partes da clientela; ainda que seja por via obliqua, como passando para a sociedade anonyma onde comprometta capitaes e assuma a administração, ou estabelecendo parente ou terceiro com capitaes por elle fornecidos”.

Na Itália, T. Ascarelli⁴³⁸ também adotava posição semelhante. Segundo o comercialista, quem adquire uma azienda mercantil, somente pode usufruir do aviamento se puder gozar das causas de que decorre.

No Código Civil vigente, o princípio da boa-fé está expresso no art.422, norma geral aplicável a todos os contratos. Reza o dispositivo: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé*”.

uma das partes fique responsável à outra pelo bom e livre uso da coisa ou prestação, que lhe dá, ou, como vulgarmente se diz, a fazer o contrato bom. Esta responsabilidade constitui a garantia dos contratos”.

⁴³⁶ J. X. CARVALHO, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VI, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, p. 81.

⁴³⁷ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VI, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, p. 81.

⁴³⁸ T. ASCARELLI, Panorama do Direito Comercial, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 203.

M. A. Feres⁴³⁹, em sua dissertação de mestrado, depois publicada em livro, parece adotar o mesmo posicionamento:

“Na hipótese específica do trespasse, além dessas garantias, alguns costumam arrolar a cláusula de interdição da concorrência, pelo meio do qual o alienante do estabelecimento assume a obrigação de não concorrer com correlato adquirente. Outros preferem associá-la ao princípio da boa-fé”.

J. Garrigues⁴⁴⁰ estudando o tema sob a ótica do direito espanhol também entende que a cláusula de não concorrência imposta ao alienante do estabelecimento empresarial tem como alicerce o princípio da boa-fé, esculpido no art. 57 do Código Civil espanhol.

Por seu turno, a teoria da turbacção encontra em M. Casanova⁴⁴¹ o seu principal defensor. Segundo o autor, a concorrência exercida pelo alienante da azienda mercantil configuraria uma turbacção ilícita ao uso e gozo pacífico do estabelecimento empresarial. O trespasante estaria turbando a posse tranquila do trespasário. Entende o comercialista que, ao concorrer com o adquirente, no mesmo ramo de negócio, o alienante estaria retomando o que alienara e, por conseguinte, perturbando o exercício da atividade empresarial pelo adquirente.

O comercialista assim se manifestou:

“In realtà, l'attività in concorrenza esercitata dall'alienante dell'azienda concreta un'illecita turbativa di fatto, da parte dello stesso alienante, del pacifico godimento dell'azienda ceduta (1).

L'alienante riprende ciò che ha alienato ed offende così il principio della irrevocabilità dei contratti; egli manca, nello stesso tempo, al suo obbligo di non disturbare il godimento dell'azienda da parte dell'acquirente; obbligo che è quello stesso di consegnare l'azienda, il quale, avvenuta la consegna, si trasforma e continua sotto aspetto diverso”.⁴⁴²

⁴³⁹ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 152.

⁴⁴⁰ *Curso de Derecho Mercantil*, t.1, Bogotá, Temis, 1987, p. 192.

⁴⁴¹ *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d], p. 763-764.

⁴⁴² Na realidade, a atividade em concorrência exercitada pelo alienante do estabelecimento concretiza uma ilícita turbacção de fato, por parte do próprio alienante, do pacífico gozo do estabelecimento cedido. O alienante retoma aquilo que alienou e ofende assim o princípio da irrevogabilidade dos contratos; ele falta, ao mesmo tempo, à sua obrigação de não perturbar o gozo do estabelecimento por parte do adquirente; obrigação que é aquela mesma de entregar o estabelecimento, a qual, ocorrida a entrega, se transforma e continua sob aspecto diverso. (tradução livre do autor)

Há, por sua vez, aqueles que entendem ser a concorrência efetuada pelo alienante da casa comercial como sendo desleal. É a teoria da concorrência desleal.⁴⁴³

A concorrência comercial, segundo entendemos, é a disputa realizada entre empresários para a conquista de determinada clientela ou freguesia. Segundo os ditames

⁴⁴³ Os tribunais brasileiros adotam essa teoria Cf. os seguintes julgados: **Concorrência desleal**- Venda de Farmácia- Restabelecimento do vendedor- Perdas e danos. Faz concorrência desleal o farmacêutico que, vendendo o seu estabelecimento em pequena cidade do interior, embora sem a obrigação ou compromisso de se não estabelecer, adquire, não longe, novo estabelecimento, explorando o mesmo ramo de comércio (Bem. 15.527, 3ª C. do TJSP, RT 71/293).

Concorrência desleal- Venda de barbearia com obrigação de não se estabelecer durante certo prazo- Exercício de profissão como sócio de terceiro- Cobrança de indenização procedente. Obrigação de não fazer – Abstenção do exercício de profissão- Barbeiro que se obrigou a não se estabelecer – Se pode ser ordenando o fechamento de salão em que trabalha. Quem se obrigou a não se estabelecer não pode associar-se a terceiro para exercer antiga profissão no local, sob pena de pagar perdas e danos (AP. Civ. 34.636, 1ª Câmara. Civ. do TJSP, RT 172/614).

Concorrência desleal- Venda de estabelecimento comercial com a obrigação do vendedor não se estabelecer com o mesmo ramo de comércio- Cláusula sem limitação de tempo, restrita, todavia, ao objeto e ao espaço- Exploração de atividade idêntica, em prédio contíguo ao estabelecimento vendido, por sociedade por quotas de responsabilidade limitada, da qual participa o vendedor- Ação de cobrança de multa contra ele ajuizada pela sociedade adquirente, cuja constituição fora, posteriormente, alterada- Garantia instruída em favor do fundo de comércio- Continuidade deste- Partes legítimas- Preliminar repelida- Ação procedente.

Concorrência desleal- Cláusula de não concorrência- Falta de limitação de sua duração- Nulidade- Inexistência- Restrição quanto ao espaço e ao objeto- Inocorrência de transgressão do princípio da liberdade de comércio- Decisão confirmada- Aplicação do art. 214 do CCom. A cláusula de proibição, segundo a qual o alienante do estabelecimento comercial se obrigara a não se estabelecer com o mesmo ramo de comércio, impede também que ele se associe a terceiro para exercer antiga profissão no local.

A sociedade comercial, embora diversa, na sua constituição original, da que adquiriu o estabelecimento comercial, pode demandar de quem lhe vendeu o fundo de comércio, qualquer direito decorrente da cláusula proibitiva de estabelecimento com o mesmo ramo, porque a garantia é constituída em favor do negócio comercial que não se alterou nos seus elementos constitutivos, a despeito de serem outros os sócios componentes da firma.

Não há transgressão ao princípio de liberdade de comércio na cláusula proibitiva de concorrência, restrita quanto ao espaço e ao objeto, não obstante a falta de limitação no tempo, pois essa falta não traduz prazo indefinido.

É desnecessária, por força do art. 214 do CCom., a cláusula expressa de não concorrência, pois tal obrigação decorre do próprio dever que ao vendedor incumbe de não perturbar o uso e gozo do estabelecimento comercial pelo comprador (AP. Cív. 59.379 do TJSP, RT 203/ 319).

Concorrência desleal- Caracterização- Alienante de estabelecimento comercial que, poucos meses após, se instala com o mesmo ramo de comércio, a pequena distância daquele- Sua obrigação de fazer boa a alienação- Desnecessidade de cláusula formal proibitiva de novo estabelecimento- Ação de indenização procedente- Inteligência e aplicação do art. 214 do CCom. Não há necessidade de constar do contrato de compra e venda de estabelecimento comercial, cláusula formal e expressa pela qual se obrigue o vendedor a não se estabelecer. A proibição é decorrência natural da obrigação por ele assumida de fazer boa ao comprador a coisa vendida (AP. Cív. 60.402, 2ª Câmara. Cív. Do TJSP, RT 207/238).

Concorrência desleal- Estabelecimento comercial- Obrigação assumida pelo vendedor de não se estabelecer em nome individual e de não fazer parte de sociedade que explore o mesmo ramo de comércio do que fora vendido- Inadimplemento- Desnecessidade, ademais, de que constasse tal cláusula do contrato- Ação de rescisão e de perdas e danos procedentes- Aplicação do art. 214 do CCom. Ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe fosse retirar toda ou parte da clientela. Essa turbacão por parte do vendedor importaria privar o comprador no todo ou em parte da coisa vendida.

Não há, em face do que determina o art. 214 CCom., necessidade de estipulação formal, expressa, pela qual o vendedor se obrigue a não se estabelecer (AP. Cív. 72.014, 2ª Câmara. Cív. do TJSP, RT 248/184).

constitucionais, nossa ordem econômica está fundada na livre concorrência.⁴⁴⁴ Portanto, entendeu o legislador constitucional que a disputa por uma fatia do mercado é salutar à ordem econômica, proporcionando benefícios aos consumidores, empresários e ao Estado.

Conquanto essa afirmação seja verdadeira, a ordem jurídica nacional repressende a concorrência quando esta é ilícita. Como não existe um conceito específico do que seja concorrência desleal⁴⁴⁵, entendemos que a concorrência é desleal quando o empresário, no intuito de conquistar determinada parcela do mercado, utiliza meios reputados como ilegais.

No direito brasileiro, a concorrência desleal está prevista na Lei de Propriedade Industrial (Lei nº. 9279, de 14 de maio de 1996). Nesta legislação, segundo a doutrina⁴⁴⁶, existe a concorrência desleal específica, hipóteses em que há sanção penal e sanção civil, e a concorrência desleal genérica, situações descritas em que há responsabilidade extraconcorrencial.

Por derradeiro, existe também a teoria da concorrência qualificada. De acordo com essa teoria, a concorrência realizada pelo alienante em face do adquirente do estabelecimento não é desleal. Em outros termos, o cedente não se utiliza de meios ilícitos ou contrários aos usos e costumes mercantis. Tanto isso é verdade que a mesma concorrência, executada por outro empresário, nos mesmos moldes, em face do cessionário, é válida. Existe, na verdade, uma concorrência qualificada.

Essa teoria foi exposta por G. Ferrari.⁴⁴⁷ O cedente da azienda exerceria uma concorrência em virtude de uma periculosidade qualificada que o cedente oferece ao cessionário, em virtude de características específicas encontradas no âmbito de conhecimento do antigo titular da azienda mercantil. Por exemplo, o trespassante possui informações privilegiadas a respeito da estrutura organizacional do estabelecimento, tendo ciência dos aspectos positivos, bem como dos negativos da azienda. Este, facilmente, poderia operar em setores do mercado em que o cessionário é deficiente, provocando, assim, grandes prejuízos a este último. Inclusive, levando-o à falência.

A nosso ver, é a teoria da concorrência qualificada que melhor fundamenta a disciplina legal da não concorrência, esculpida no art. 1.147 do vigente Código Civil.

⁴⁴⁴ Art. 170, IV, da Constituição Federal - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência.

⁴⁴⁵ R. REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 12ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p.189.

⁴⁴⁶ J.G. CERQUEIRA, *Tratado da Propriedade Industrial*, vol. II, 2ª Ed., Rio de Janeiro, RT, 1982, p. 1271.

⁴⁴⁷ *Vocabolo Azienda* (diritto privato), in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milão, Giuffrè, 1959, pp. 680-741.

5.4.3 A legislação italiana e a legislação pátria e as limitações temporal, espacial, pessoal e material

O Código Civil italiano disciplinou o dever de não concorrência do alienante de azienda mercantil, no art. 2.557. A norma tem a seguinte dicção:

“Art. 2.557. Quem aliena a azienda deve abster-se, pelo período de cinco anos da transferência, de iniciar uma nova empresa (atividade) que, pelo objeto, localização ou outras circunstâncias, seja idônea a desviar a clientela da azienda cedida (2.125, 2.596).

O pacto de abster-se da concorrência em limites mais amplos do que aqueles previstos na parte precedente é válido, desde que não impeça toda e qualquer atividade profissional do alienante. Não pode exceder o prazo de cinco anos da transferência.

Se no pacto é indicado um prazo maior ou ele não é previsto, a interdição da concorrência vale pelo período de cinco anos da transferência.

No caso de usufruto ou de arrendamento de azienda, a interdição da concorrência, prevista na primeira parte deste dispositivo, vale para o nu-proprietário ou para o arrendador, pelo prazo do usufruto ou do arrendamento. As disposições destes dispositivos aplicam-se às aziende agrícolas somente para a atividade a ela conexas (2.135), quando em relação a ela seja possível em desvio de clientela”.⁴⁴⁸

Verifica-se, pela simples leitura do dispositivo, que o legislador peninsular foi mais detalhista do que o nosso. O dispositivo, na primeira parte, impõe o dever de não concorrência para o cedente da azienda por um período de cinco anos especificando uma limitação temporal e pessoal, além de impor uma limitação espacial e material.

A limitação temporal foi estabelecida no prazo de cinco anos, ou seja, o cedente deve abster-se de realizar concorrência em face do cessionário por este período. E o legislador foi enfático ao dispor que este prazo não pode exceder os cinco anos, nos negócios jurídicos translativos. Nos negócios jurídicos constitutivos - usufruto e

⁴⁴⁸ Tradução livre: *O dispositivo no original tem o seguinte teor: Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta (2125, 2596).*

Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento.

Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento.

Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto.

Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse (2135), quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela.

arrendamento, o prazo de abstenção do nu-proprietário ou do arrendador perdura enquanto durar o contrato de usufruto ou de arrendamento.

A mesma orientação em relação à limitação temporal adotou o legislador pátrio quando, no art. 1.147 do Código Civil, estabeleceu regra semelhante à legislação italiana. Caminharam no mesmo sentido as legislações do México e Honduras.

Ademais, o legislador italiano deixou longe de dúvidas que, se no pacto é indicado um prazo maior, ou se ele não é previsto, a interdição da concorrência vale pelo período de cinco anos da transferência. Portanto, cláusula de majoração temporal é nula, segundo nosso entendimento.

Essa posição aplica-se também ao sistema jurídico pátrio. É verdade que não existe proibição expressa, na nossa legislação, vedando a ampliação do prazo de cinco anos do dever de não concorrência do cedente. No entanto, segundo as melhores regras da hermenêutica⁴⁴⁹, normas que restrinjam direitos devem ser interpretadas restritivamente, não se permitindo uma exegese ampliativa. Ademais, a majoração do prazo de abstinência seria considerada infringente às regras constitucionais, mormente ao estabelecido no art. 5º, XIII, da Carta Magna. Esse dispositivo garante a todos o livre exercício de qualquer trabalho, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece. Sem mencionar o art. 170, IV, da Constituição Federal que estabelece como um dos princípios da atividade econômica a livre concorrência.

O. Barreto Filho⁴⁵⁰, mesmo antes da vigência do atual Código Civil, assim se manifestou:

“Na falta de lei expressa, em nosso país, não se deve admitir duração do pacto por prazo superior a cinco anos, que é o geralmente aceito pela legislação e pela jurisprudência de outros países, e que também o fixado pelo Decreto 24.150 de 1934, como bastante para estabilizar o aviamento do fundo, em relação a seu titular”.

Razão assiste ao professor. Em síntese, as chamadas interdições absolutas⁴⁵¹, segundo entendemos, afrontam direitos e liberdades individuais previstas na Lei Maior, sendo, portanto, impossíveis de serem ajustadas entre as partes.

⁴⁴⁹ C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 223.

⁴⁵⁰ *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 254.

⁴⁵¹ R. BARBOSA. *As cessões da clientela - e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*, in *Obras Completas de Rui Barbosa*, vol. XL, t. I, Rio de Janeiro,

O dispositivo peninsular também possibilita as partes fixarem uma limitação espacial ou territorial. Portanto é permitido, e aconselhável, que as partes estabeleçam qual o âmbito geográfico da proibição de não concorrência. Por exemplo, o contrato de trespasse pode conter cláusulas que impeçam o trespasante de exercer determinada atividade em determinado bairro de uma cidade. Sendo, portanto, lícito o exercício dessa atividade em outras localidades. Nota-se, essa restrição tem por finalidade garantir o livre exercício da atividade econômica pelo trespasário, e não simplesmente impossibilitar o exercício de uma atividade econômica pelo trespasante. Se a cláusula contiver este objetivo, ela é nula.

Nosso legislador não menciona expressamente a possibilidade de uma limitação espacial. No entanto, a vedação encontra-se inserida na fórmula geral: não pode fazer concorrência ao adquirente. Diferentemente do legislador italiano, o legislador pátrio adotou uma fórmula geral que absorve todas essas limitações.

A amplitude da limitação geográfica dependerá do mercado abrangido pela azienda cedida. Em outras palavras, a dimensão territorial da vedação deve, obrigatoriamente, para ser válida, estar vinculada ao mercado em que atuava o cedente. Deve, portanto, haver um nexo causal entre a atuação do cedente em determinado mercado e a limitação espacial.

Ademais, como se trata de uma cláusula que restringe a liberdade de atuação empresarial, há de ser interpretada restritivamente. Esse é o pensamento de E. R. Grau e P. Forgioni.⁴⁵² Importante mencionar, contudo, que as partes têm ampla liberdade para de comum acordo, confeccionar a mencionada cláusula.

Ministério da Educação e Saúde, 1948, p. 274. Segundo o autor: “Interdição absoluta chamemos à que não tem limites de tempo ou espaço; a saber à que tira ao cedente da clientela, por ilimitado tempo e em toda a parte, o direito de recomençar o comércio, ou a indústria, que deixou, vendendo o seu estabelecimento”. Segundo O. Barreto Filho: Entende a jurisprudência francesa que, para admissão da cláusula proibitiva, basta a limitação alternativa no tempo ou no espaço, não sendo de exigir-se a concorrência das duas restrições (supra, nº. 199). No mesmo sentido se orientou a jurisprudência de nossos tribunais, que tem reconhecido a validade da cláusula, quando restrita no espaço e não no tempo ou vice-versa. Dessume-se, dos julgados, que prevalece o critério da razoabilidade na apreciação dos requisitos de duração e extensão da proibição convencional, de modo a excluir a possibilidade de concorrência qualificada pelo alienante do fundo.

⁴⁵² *O Estado, a Empresa e o Contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 291-292. Os autores entendem que as cláusulas limitativas devem ser interpretadas restritivamente e, para tanto, trazem à colação interessante acórdão do Tribunal de Justiça. Transcrevo a opinião dos autores e a decisão: “Não podemos deixar de mencionar o acórdão quase anedótico, Tribunal de Justiça de São Paulo, que aponta para interpretação restritiva que a cláusula de não-restabelecimento deve ter: ‘O apelado explorava certo ramo de negócio, à Rua da Consolação, nesta capital. O apelante vendo-lhe a prosperidade, propôs-lhe a compra do estabelecimento se ele quisesse tomar o compromisso de não abrir naquela rua negócio idêntico. A proposta foi bem acolhida, a transação foi ultimada e o compromisso foi assumido. O homem não tardou, porém, a mostrar ao seu sucessor que mereceria a prosperidade comercial que o favoreava. Era, de facto, da cabeça

A limitação pessoal refere-se às partes envolvidas no contrato, ou seja, ao cedente e ao cessionário. Nesse aspecto, o Código Peninsular, bem como o nosso Código Civil, é explícito. A proibição de não concorrer com o cessionário aplica-se ao cedente.

Esta limitação, não devemos olvidar, também se aplica ao arrendador ou ao nu-proprietário nas hipóteses de arrendamento ou usufruto do estabelecimento empresarial. E, nesses casos específicos, a vedação persiste enquanto durarem estes contratos.

Essa vedação se aplica tanto ao empresário individual, que é uma pessoa física, quanto à sociedade empresária, que pode ser pessoa jurídica ou não.⁴⁵³ Na primeira situação, o empresário se compromete, por meio da cláusula de não restabelecimento de não fazer concorrência ao cessionário. Na segunda situação, a destinatária da cláusula vedativa é a sociedade empresária.

Necessário deixar assentando que, sendo o cedente da azienda uma pessoa jurídica, a vedação imposta pelo art. 1.147 do Código Civil não se estende automaticamente aos sócios.⁴⁵⁴ Esta afirmação decorre de um dos alicerces do direito societário de que a pessoa jurídica não se confunde com a de seus sócios. O revogado Código Civil de 1916 continha regra salutar em seu art. 20. Sua redação era a seguinte: “*As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*”. Logo, não há que se transferir a obrigação de não fazer concorrência aos sócios, pois estes não se confundem com a sociedade.

Ao revés, quando se tratar de sociedade não personificada, por não possuírem personalidade jurídica, entendemos que, neste caso, a cessão do estabelecimento

aos pés, um negociante esperto. Foi a uma rua próxima à da Consolação e abriu outro negócio. O comprador do negócio antigo pulou de raiva. Aquilo era mais que uma deslealdade: era uma violação positiva ao compromisso assumido.- Engano, meu amigo, puro engano, volveu o homenzinho com placidez. Nenhuma coisa nem outra: nem deslealdade nem desleação de compromisso. A que foi que eu me comprometi. Não foi a isto apenas: A não abrir na Rua da Consolação negócio idêntico a que lhe vendi (...) – Boa dúvida! Que importa que não abrisse na Rua da Consolação se abriu nas proximidades dessa rua. O transtorno que me causou é sempre o mesmo. Perdão. É possível que assim seja. Mas eu nada tenho com isso. A minha obrigação é apenas o de respeitar o compromisso, e o compromisso é muito claro: Rua da Consolação, negócio do mesmo gênero. Não diz palavras sobre proximidades daquela rua (...) Foram a juízo. O juiz, tanto de primeira instância, quanto o tribunal, concordou com o negociante e repeliu a pretensão do outro. O compromisso só se referia a Rua da Consolação. Nada dizia quanto às proximidades. Abertura de novo negócio, em outra rua, embora próxima daquela, não o violou. Observaram ainda os senhores Ministros: Por que no contrato este cidadão não falou também nas proximidades da rua da Consolação? Podia até marcar a zona dentro da qual ao outro não seria permitido comerciar não o fez! Quer fazer agora? Acórdão: Em tribunal de Justiça (...) Confirmar, como confirmam, a sentença apelada (...). Julgado em 9, dezembro de 1913, por Xavier de Toledo, A. França, Meirelles Reis e Rodrigues Sette. Os embargos, posteriormete opostos, foram rejeitados e o acórdão confirmado. AP. 7038 TJ SP, RT. 8240.

⁴⁵³ Como cediço, a sociedade em comum (Art. 986 CC) e a sociedade em conta de participação (Art. 991 CC) podem, segundo o art. 982 do Código Civil, ser sociedades empresariais e não são pessoas jurídicas.

⁴⁵⁴ G. E. COLOMBO, *L'azienda e il divieto di concorrenza dell' alienante*, in Giovanni E. Colombo Et Al., *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979, p.198. Segundo o autor: “*L'opinione oggi prevalente e nel senso che il divieto non si estenda automaticamente ai soci*”.

empresarial vincula os sócios, impedindo que estes concorram com o cessionário. Assim pensamos, pois, nestas espécies societárias, não existe o manto jurídico que separa a sociedade dos sócios.

Na sociedade em conta de participação, a vedação da não concorrência somente se aplica ao sócio ostensivo, pois o sócio participante, antigo sócio oculto, não toma parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, segundo o art. 991, parágrafo único, do Código Civil.⁴⁵⁵

No tocante às sociedades personificadas, mormente à sociedade limitada e à sociedade anônima, não observamos nenhum impedimento legal para que no pacto possa ser incluída cláusula que estenda aos sócios o dever de não concorrência. Aliás, neste sentido M. A.Feres⁴⁵⁶ colacionou o seguinte acórdão:

“Concorrência desleal-oficina gráfica em pequena cidade- Sociedade formada por dois sócios- Desavença entre eles- Cota de um alienada a terceiro com o objetivo de não ser liquidada a oficina- Novo estabelecimento montado pelo ex-sócio nas proximidades do antigo- Circunstâncias que demonstram malícia no negócio- Ação de indenização procedente- Apelação provida. Não é da liberdade de comerciar que nasce a concorrência desleal mas da má-fé alimentada pelo alienante. No caso de alienação do fundo de comércio, o contrato pode ser omissivo quanto à vedação do alienante de regressar ao mesmo ramo, sob as mesmas condições (TJSP Apelação Cível 110.957, Rel. Henaclides Batalha de Camargo, 2-10-1961, RT. 325/226).”

Quando o estabelecimento empresarial é alienado em virtude de falência, o dever de não concorrência não é da massa falida, que não é dotada de personalidade jurídica, mas sim do falido. Se o falido for empresário individual o dever de abstinência é seu; se for sociedade empresária, a abstinência é dever dos sócios. Há, contudo, autores que não entendem assim.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Art. 991, parágrafo único, do Código Civil: Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

⁴⁵⁶ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 159.

⁴⁵⁷ M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p.163. Veja o pensamento do autor: “Entre nós, não há dúvida de que o empresário falido está habilitado a concorrer, a qualquer título, com o adquirente de sua azienda, pois, como se viu, a interdição preconizada no art.1.147 é uma manifestação específica da boa-fé e da probidade na fase pós-contratual, sendo indispensável a voluntariedade da alienação, para que operem seus jurídicos efeitos. Não podem ser impostas limitações à livre iniciativa do empresário, sem a presença de seu consentimento; ao firmar um trespasse, há esse consentimento, ainda que tácito, enquanto, ao ser o empresário expropriado de seus bens, a anuência inexistente. Portanto, o falido, cujo estabelecimento tenha sido alienado forçadamente, não está sujeito à

Tema interessante é o chamado dever de não concorrência em cascata. Em outros termos, havendo negócios jurídicos sucessivos de transferência do estabelecimento, o dever de não concorrência não se extingue. Exemplificando, se A transmite a azienda para B e, em seguida, este último transmite para C, o segundo negócio jurídico não libera A de não concorrer com C, o novo adquirente. O primeiro alienante A só estaria liberado pelo decurso do limite temporal dos cinco anos ou se tivesse sido excluído o dever de não concorrência, mediante pacto expresso no contrato. Esse entendimento, entretanto, não está pacificado na doutrina italiana.⁴⁵⁸

A respeito do dever de não concorrência em cascata, veja interessante acórdão do TJSP AP. nº. 372.207.49-00. Transcrevo parte da decisão que nos interessa:

"Eliana Conesa e Conesa & Barros Ltda. ME. Ajuizaram ação de indenização em face de Zilda Aparecida Roberto Signorette. Em síntese, alegaram que em 10 de setembro de 1999 adquiriram de Cristian Nogueira Monaco estabelecimento comercial 'com o fundo de comércio varejista de produtos alimentícios, rações para animais domésticos, artigos de couro e produtos veterinários' (fl.03). Esclareceram que a ré, alienante anterior do estabelecimento comercial, violou a cláusula quinta do compromisso de compra e venda originário, que a proíbe de se estabelecer no mesmo ramo de atividade na cidade de Jundiá pelo prazo de três anos. Afirmaram que em novembro de 2001 a requerida abriu negócio nas proximidades do estabelecimento dos autores e sob o mesmo ramo de atividade. Com isto, incidiu a ré na prática de concorrência desleal e lhes causou prejuízos. Assim, pleitearam a sua condenação no pagamento de indenização por danos materiais - perda de receita do estabelecimento a partir de novembro de 2001 e desvalorização do fundo de comércio - e morais".

Por derradeiro, viola a cláusula de não concorrência e sujeita o infrator do dever de indenizar, o cedente que afeta concorrência por meio de interposta pessoa, por exemplo, como sócio de sociedade empresária. Pouco interessa se a sociedade foi constituída para fazer concorrência com o cessionário ou se ela já tinha sido constituída antes do trespasse. A vedação impede o exercício pelo cedente. Nesse sentido notamos o seguinte aresto:

“III- CONCORRÊNCIA DESLEAL - Venda de barbearia com obrigação de não se estabelecer, durante certo prazo - Exercício da profissão como sócio de terceiro - Cobrança de indenização procedente.
OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - Abstenção do exercício de profissão - Barbeiro que se obrigou a não se estabelecer -Se pode ser ordenado o fechamento do salão em que trabalha.

obrigação de não fazer prevista na norma ora analisada”.

⁴⁵⁸G. E. COLOMBO, *L'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante*, in Giovanni E. Colombo Et Al., *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979, p. 197.

Quem se obrigou a não se estabelecer não pode associar-se a terceiro para exercer antiga profissão no local sob pena de pagar perdas e danos.
Nº. 34.636 - São José do Rio Pardo - Apelante: C. D. L. - Apelado: B. J. F. (1º. ofício).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos presentes autos de Apelação nº. 34.636, de São José do Rio Pardo - apelante: C. D. L. - Apelado: B. J. F. - Acordam, em 1.^a Câmara Cível, dar, em parte, provimento ao recurso, para excluir da sentença a condenação relativa ao fechamento do salão, pagas as custas como de direito. Com astúcia e dissimulação, o réu violou o estipulado na letra b da cláusula 6.^a do contrato em discussão. Depois de ter vendido o salão ao autor, com a obrigação de não estabelecer-se, pelo prazo de cinco anos, na cidade de São José do Rio Pardo, com o mesmo ramo de negócio, o réu adquiriu outros aparelhos e passou a trabalhar, de novo, como cabeleireiro de senhoras. Pouco importa dizer que o fez na qualidade de empregado de A. A., com 50% de renda bruta do serviço feito. A prova contrária, nesse ponto a defesa, mas, em qualquer hipótese, é certo que estará exercendo a profissão em estabelecimento de que é sócio e, portanto, não poderá negar a violação da cláusula que, livremente, aceitou. Cumpre ao vendedor pagar os prejuízos que seu procedimento acarretou ao comprador. Merece reforma a sentença, apenas, no tocante ao fechamento do salão. Tal coisa não foi, expressamente, pedida, nem seria atendível a pretensão. Impossível, no caso, a execução in natura, porque reclamaria violência física contra o réu. São Paulo, 16 de setembro de 1947 - V. Penteado, Presidente - Paulo Colombo, Relator - J. M. Gonzaga. (RT, 172:614-5)”.
No mesmo sentido veja apelação civil nº. 54777. TJSP.
“CONCORRÊNCIA DESLEAL - Alienação de "bar e leiteria" pela mulher, assistida do marido, com o qual se casara no regime da separação de bens - Obrigação por ela assumida de não se estabelecer no "bairro" com "negócio do mesmo gênero" - Instalação, todavia, pelo marido, com o concurso daquela, de "mercearia" na mesma rua - Procedimento doloso - Ação de rescisão de compra e venda procedente”.

A limitação material diz respeito ao exercício de atividade pelo cedente. O legislador italiano, no art. 2.557 preceitua: *“Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall' iniziare una nuova impresa che per l'oggetto ... “(grifo nosso)⁴⁵⁹. Ou seja, a limitação material impõe que o cedente não ofereça os mesmos bens ou serviços que o cessionário negocia no mercado. A respeito da limitação M. A. Lynch de Moraes⁴⁶⁰ assim se manifesta: “No que se refere ao objeto da convenção, ou seja, ao aspecto substancial do pactuado, a restrição está relacionada ao ramo de atividade desenvolvida pelo estabelecimento titular da clientela e não outro tipo de atividade”.*

⁴⁵⁹ Quem aliena um estabelecimento deve abster-se por um período de cinco anos, a partir da transferência, de iniciar uma nova empresa (Tradução livre do autor)

⁴⁶⁰ O trespassse- Alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula do não reestabelecimento, in Revista dos Trinunais, v. 792, Out. 2001, pp.116-128, pp. 117- 128.

Qualquer tentativa maliciosa do cedente de burlar a vedação de não concorrência deve ser sancionada, com a interdição da atividade indevidamente exercida por quem tinha o dever de abster-se, bem como, com a condenação em perdas e danos pelos prejuízos causados ao cessionário. Ou, ainda, com a rescisão⁴⁶¹ do contrato e pagamento das perdas e danos pelo violador.

5.4.4 *Leading case nacional*

A doutrina comercialista⁴⁶², quando se refere ao dever de não concorrência, utiliza-se da célebre demanda travada, em 1913, em que presenciou o embate entre J. X. Carvalho de Mendonça, representando a Companhia Nacional de Tecido de Juta, e Rui Barbosa, representando o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista Aniagem.

Em apertada síntese, o Conde Álvares Penteado e outros acionistas da Companhia Nacional de Tecidos de Juta alienaram as suas ações para outros acionistas. Após um ano da transferência das ações, o Conde Álvares Penteado, por meio de uma nova sociedade, Companhia Paulista de Aniagem, organizou um novo estabelecimento, no mesmo ramo de atividade e no mesmo bairro. Sentindo-se prejudicada pela perda da clientela, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta ingressou em juízo em face do Conde e da nova sociedade por ele constituída.

Importante deixar consignado que a alienação da participação societária fora realizada sem condição alguma.⁴⁶³ Ou melhor, não havia cláusula expressa que vedasse o Conde Álvares Penteado de se restabelecer.

J. X. Carvalho de Mendonça, em síntese, alegou que era obrigação do vendedor “fazer boa” a coisa vendida, não podendo inquietar a posse ou o domínio do adquirente,

⁴⁶¹ O.GOMES, *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 188. Segundo o autor: “Rescisão é ruptura de contrato em que houve lesão”.

⁴⁶² *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 248.

⁴⁶³ E. GRAU, P. FORGIONI, *O Estado, a Empresa e o Contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 275.

segundo o art. 214 do Código Comercial.⁴⁶⁴ Tratava-se de uma garantia do adquirente e não havia necessidade de pacto expresse nesse sentido.⁴⁶⁵

Por seu turno, Rui Barbosa, na defesa do alienante da participação societária, o Conde Álvares Penteado, aduziu que a clientela não podia ser considerada um elemento da azienda. Portanto, não era de se admitir a transferência desta, senão mediante pacto expresse. E, acrescentava o patrono, mesmo que a clientela seja transferida com a azienda, a vedação de não concorrência há de ser expressa; caso contrário haverá um atentado ao princípio da liberdade de estabelecimento. Arrematou dizendo que, se assim não se entender, estar-se-ia, na dúvida, decidindo contra a liberdade.

A tese de Rui Barbosa saiu vencedora. Não obstante o voto contrário do Ministro Pedro Lessa.⁴⁶⁶ Mais tarde o STF alterou o seu entendimento.

Em que pese a relevância do caso para discussão do tema. Na verdade, não houve transferência do estabelecimento de um titular para outro. A azienda pertencia a Campanhia Nacional de Tecidos de Juta e continuou sob a sua titularidade. Não houve negócio jurídico translativo (trespasse) que pudesse impedir o cedente da obrigação de não concorrer com o cessionário. O que houve, no caso paradigma, foi cessão da participação societária. Ou em outras palavras, alienação de ações de um acionista para um não acionista.

Feita essa constatação técnica, é de se indagar se a alienação da participação societária - venda de quotas ou ações - equivale à transferência da azienda para os fins da incidência do art. 1.147 do Código Civil. Em certos casos entendemos que sim.

Quando a alienação da participação societária implicar alteração no poder de controle de sociedade, produzindo, no caso concreto, os mesmos efeitos do trespasse, pensamos que sim. Contudo, três requisitos se fazem necessários: a) primeiro deve haver a alienação do poder de controle da sociedade; b) o alienante das ações ou quotas deve oferecer um risco qualificado ao adquirente; c) o negócio jurídico deve produzir os

⁴⁶⁴ Art. 214 do Código Comercial: O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que, por algum título, possa pertencer a terceiro.

⁴⁶⁵ P. R. TAVARES, *Da Concorrência do Alienante no Estabelecimento Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 22.

⁴⁶⁶ A integração Acórdão, que vale a pena ser lido, encontra-se na RT 12/180.

mesmos resultados do trespasse. Havendo a ocorrência desses três requisitos, entendemos que incide a regra do art. 1.147 do Código Civil.

Na Itália o assunto ensejou grandes debates, tanto na doutrina, quanto na Jurisprudência.⁴⁶⁷ No final da década de 1960⁴⁶⁸, houve o entendimento de que a cessão da participação societária não podia ser equiparada ao trespasse e, portanto não se aplicaria a regra de não concorrência. Os argumentos foram dois: a) diversidades de objetos entre os negócios; b) carácter excepcional da cláusula de não concorrência que não comporta interpretação extensiva.⁴⁶⁹

A nosso ver, esses argumentos expostos pela doutrina italiana não podem ser aplicados em nosso sistema. Não devemos olvidar do princípio da boa-fé que deve permear os negócios jurídicos ou a regra do art. 112 do atual Código Civil, que nos informa: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

5.5 Sub-rogação do adquirente nos contratos

5.5.1 Noções gerais

Conforme se postulou a exaustão, o estabelecimento é uma universalidade de fato, conforme regulado no art. 90 do Código Civil, ou seja, pluralidade de bens singulares, pertinentes à mesma pessoa e que tenham uma destinação unitária. Ademais, segundo o art. 1.142, também do Código Civil, o estabelecimento é um complexo de bens. Em suma, são elementos do estabelecimento segundo nosso entendimento, somente bens, sejam estes

⁴⁶⁷ *L'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante*, in Giovanni E. Colombo Et Al., *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979, p. 191.

⁴⁶⁸ *L'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante*, in Giovanni E. Colombo Et Al., *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979, p. 191.

⁴⁶⁹ *L'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante*, in Giovanni E. Colombo Et Al., *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979, p. 191.

corpóreos ou incorpóreos. Se fossem incluídas relações ativas e passivas, dentre os elementos do estabelecimento, este teria que ser considerado uma universalidade de direito.

Logo, para não ser contraditório, diante do mencionado dispositivo, incluímos os créditos e os serviços, não como elementos do estabelecimento, mas como componentes necessários à exploração de atividade empresarial. Essa inclusão tem por escopo evitar que haja descontinuidade nas prestações de serviços, em caso de alienação do estabelecimento empresarial, comprometendo, assim, o funcionamento da azienda.

Como este objetivo, determinou o legislador, no art. 1.148 do Código Civil:

“Salvo disposição em contrário, a transferência imposta a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para a exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicidade da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante”.

O sobredito dispositivo é, na verdade, colorário do princípio da continuidade do estabelecimento empresarial. Comunga da mesma ideia M. A. Feres⁴⁷⁰ que assim se manifestou em sua dissertação:

“Conforme esclarecido na introdução ao presente estudo, a sistemática (legal) da alienação do estabelecimento empresarial é erigida da ponderação de dois valores, a saber: a preservação (ou continuidade) da empresa e a proteção dos credores. Notadamente, não há como assegurar a continuidade da empresa, sem que, no trespasse, contratos firmados pelo alienante da azienda sejam transferidos ao seu adquirente”.

No mesmo sentido M. Carvalhosa⁴⁷¹:

“Afirmando o que já fora afirmado, não somos da opinião de que os serviços são elementos do estabelecimento, em virtude do dispositivo no art. 1.142 do atual Código Civil”. Somente os ativos podem fazer parte do estabelecimento. No entanto, o legislador, sabiamente, verificou que a azienda mercantil não representa um acervo atrativo, e de real valor econômico, se os serviços, decorrentes de relações contratuais não o integrarem. Estar-se-ia diante de um complexo inerte de bens sem finalidade instrumental, conforme já visto alhores.

⁴⁷⁰ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 63.

⁴⁷¹ *Comentários ao Código Civil- Do direito de empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 654.

Tanto isto é verdade que nem todos os contratos são transferidos em virtude da leia adquirente, somente aqueles estipulados para a exploração do estabelecimento e que não tiverem caráter pessoal. Logo, continuamos a sustentar que os contratos não são elementos, pois não podem ser considerados bens, assim como os débitos. São instrumentos ligados à azienda que visam garantir continuidade da atividade econômica⁴⁷² e torná-la mais atrativa em caso de transferência.

Esta cessão atratante contratual, prevista no art. 1.148 do Código Civil, não se confunde com a cessão de crédito do art. 1.149 do Código Civil ou, ainda, com a cessão de débitos e está disciplinada no art. 1.146, também do Código Civil. Na cessão contratual, há uma transferência de uma posição contratual complexa que envolve direitos e deveres, ou melhor, situações ativas e passivas⁴⁷³, além de obrigações de dar, fazer ou não fazer, dependendo da espécie contratual. Na cessão de crédito, transferem-se somente as relações ativas, a posição de credor. Já na cessão de débitos, transferem-se as dívidas, ou seja, a posição de devedor. Logo, são negócios jurídicos distintos com regramento próprio.

Diferentemente da cessão de créditos e da cessão de débitos, nosso legislador não estabeleceu um regime genérico para a cessão contratual. A regra esculpida no art. 1.148 do Código Civil é uma regra específica que só se aplica quando houver transferência do complexo organizado de bens, ou seja, do estabelecimento empresarial.

Por seu turno, M. A. Feres⁴⁷⁴ estudando com rigor o tema, entendeu que a cessão contratual prevista no art. 1.148 do vigente Código Civil reclama seis pressupostos para que seja operada. Vamos em seguida analisar cada um dos pressupostos.

Primeiramente, somente pode se falar em cessão contratual, para fins do art. 1.148 do Código Civil, quando se tratar de contratos bilaterais. Além desse aspecto da bilateralidade, este pacto precisa estar pendente de obrigações recíprocas⁴⁷⁵, pois se ao

⁴⁷² M. CARVALHOSA assim não entende: “Na vigência do Código Civil de 1916, prevalecia a concepção do estabelecimento como universalidade de fato da qual faziam parte somente os bens corpóreos e incorpóreos organizados pelo empresário, para a exploração de determinada atividade empresarial. Não se admitia, até então, que quaisquer contratos firmados pelo empresário (principalmente aqueles que de alguma forma eram relacionados às atividades empresariais ali desenvolvidas), ou os direitos neles consubstanciados, fizessem parte do estabelecimento.” Cf. *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p.653.

⁴⁷³ M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 67.

⁴⁷⁴ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 67.

⁴⁷⁵ M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d], pp. 795 -796. Comentando regra similar no direito italiano assim se manifestou: “*I contratti ai quali si riferisce l’art. 2558 cod. Civ., sono i contratti a prestazioni corrispettive, in corse di escusione da ambedue le parti contraenti(1).* Se il contratto è stato già eseguito da una delle parti, per quanto la riguarda, la norma dell’art. 2558 non è più in questione.

alienante somente forem devidas as prestações ou, por outro lado, se ao alienante somente houver prestações a receber, haverá, respectivamente, cessão de débitos e de créditos. Hipóteses reguladas pelos arts. 1.146 e 1.149 ambos do Código Civil.

Outrossim, quando se tratar de contratos unilaterais, aplica-se a mesma regra vista acima. Se houver transferência da situação jurídica ativa contratual, regula-se a hipótese como cessão de crédito; havendo a sub-rogação do alienante no polo passivo da relação jurídica contratual, haverá cessão de débitos.

É de assim entender diante da possibilidade, ofertada pelo dispositivo, dos terceiros rescindirem, por justa causa, o contrato transferido, pois, somente pode haver justa causa para a rescisão do contrato em acordos cujas prestações ainda não foram executadas pelas partes. Se já houve o cumprimento das prestações por uma das partes, ou quando o pacto for unilateral, o alienante transmitirá os créditos, situação regulada pelo art. 1.149 do Código Civil, ou dos débitos, essa prevista no art. 1.146 do Código Civil. Não será um negócio jurídico regida pelo art. 1.148 do Código Civil.⁴⁷⁶

O segundo pressuposto para a sub-rogação contratual é o de que estes negócios jurídicos tenham sido estipulados para a exploração do estabelecimento. Negócios jurídicos estranhos à exploração da azienda não se transmitem, *ipso iure*, ao adquirente.

Analisando regra similar no Código Civil Italiano, M. Casanova⁴⁷⁷ classifica os contratos em duas categorias: contratos diretamente relacionados à exploração do estabelecimento, v.g., contratos de trabalhos, fornecimento de determinadas mercadorias; e os contratos meramente instrumentais ou contratos indiretos que instrumentalizam o exercício da atividade. Por exemplo, o contrato da locação do imóvel onde se situa a

Se il contratto è stato eseguito dal titolare dell'impresa e non ancora, integralmente, dall'altro contraente, avremo, residuamente dal rapporto contrattuale, un credito relativo all'azienda ceduta.

La situazione giuridica che verrà così a costituirsi sarà contemplata non dall'art. 2.558, bensì dal successivo art. 2.559.

Se, per contro, l'altro contraente ha eseguito le prestazioni da lui dovute mentre il titolare dell'impresa deve, da parte sua, adempiere alle proprie obbligazioni contrattuali, si avrà un debito relativo all'azienda ceduta. Provvederà, pertanto, in proposito l'art. 2.560 cod. Civ., che appunto ai debiti inerenti all'esercizio dell'impresa si riferisce.

Analogamente, se si abbia un contratto, non ancora eseguito, dal quale derivino obbligazioni per una sola delle parti, si avrà un credito od un debito relativo all'azienda e verranno quindi in applicazione rispettivamente il cit. Art. 2.559 o il cit art. 2.560 cod. Civ., secondo che la parte obbligata sia il terzo con il quale il titolare dell'impresa ha contrattato oppure il titolare medesimo”.

⁴⁷⁶ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 655. O autor comunga do mesmo entendimento: “Nota-se que somente se sujeitam a hipótese de sub-rogação os contratos bilaterais em curso de execução, ainda não executados por nenhuma das partes; se for cumprido por um dos contratantes, a obrigação passa a ser unilateral, sendo possível transmitir-se apenas a posição de credor ou devedor da obrigação contratada, e não o contrato em si.”

⁴⁷⁷ *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d], p. 796

azienda. Haveria, para alguns doutrinadores⁴⁷⁸ sub-rogação somente nos contratos diretamente relacionados à exploração do estabelecimento empresarial.

Por sua vez, M. A. Feres⁴⁷⁹ entende que a norma sob comento refere-se aos chamados contratos exploracionais. O monografista, contudo, dá uma interpretação ampla a estes contratos. São suas estas palavras:

“Desse modo, consideram-se exploracionais todos os contratos firmados para o fim de exploração do estabelecimento, tanto aqueles endereçados à estrutura da empresa- contratos de locação, de franquia, de ‘know- how’, de consórcio, de transporte, de trabalho e etc. -, quanto aqueles destinados ao relacionamento com a clientela- contratos de consumo, de compra e venda empresarial e etc.”.

A nossa legislação não diferencia os contratos em categorias, apenas menciona que os contratos estipulados para a exploração do estabelecimento, se não tiverem um caráter pessoal, transmitem-se ao adquirente do estabelecimento. É, portanto, no nosso sentir, que a intenção do legislador foi possibilitar a exploração da azienda pelo adquirente, garantindo condições para a continuidade da atividade. Logo, qualquer contrato que tiver por objetivo permitir a exploração da azienda deve ser transferido automaticamente ao adquirente. Esse deve ser o critério utilizado, sob pena de inutilizar-se a aplicação do dispositivo.

Por sua vez, o terceiro pressuposto é o de que os contratos, para haver a sub-rogação, devem ser impessoais. Não há sub-rogação nos contratos pessoais ou também conhecidos como *intuitu personae*. Em suma, os contratos pessoais estipulados para a exploração do estabelecimento empresarial não se transmitem ao adquirente.

De acordo com O. Gomes⁴⁸⁰: “O contrato é pessoal quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é, para o outro, elemento determinante de sua conclusão. A uma das partes convém contratar somente com determinada pessoa”. Poder-se-ia dizer que o elemento preponderante para que haja o consenso, aperfeiçoando o contrato, é o elemento pessoal. Embora seja um contrato plurilateral, segundo T. Ascarelli⁴⁸¹, o contrato

⁴⁷⁸ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 656.

⁴⁷⁹ *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007. , p. 72.

⁴⁸⁰ *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 82.

⁴⁸¹ *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas, Bookseller, 2001, p. 387. O autor sustenta que o ato constitutivo societário é contrato plurilateral e, para tanto, elenca uma série de características desse contrato, como, por exemplo, a possível participação de mais de duas partes integrantes do contrato, assumindo direitos e obrigações.

das chamadas sociedades de pessoas é *intuitu personae*, diferentemente do contrato das sociedades de capitais. Se a pessoa com quem se pactua for indiferente para a outra parte, o contrato é impessoal. Por exemplo, fornecimento de determinado produto ao empresário titular do estabelecimento empresarial.

Aspecto interessante da impessoalidade dos contratos foi apontado por M. A. Feres.⁴⁸² Já mencionamos outrora que o empresário pode ser individual ou coletivo. Na primeira espécie é a pessoa física que exercerá a atividade econômica. Neste caso, quando o contrato levar em conta essencialmente a figura do empresário, este será um contrato pessoal. Havendo a cessão da azienda, não haverá sub-rogação do cessionário neste contrato.

A natureza *intuitu personae* dos contratos é facilmente visualizada quando o negócio jurídico é entabulado entre pessoas físicas. Aliás, essa é o que usualmente acontece nas relações travadas entre particulares. Contudo, na seara do direito comercial, os negócios são, na sua grande maioria, realizados entre sociedades empresariais personificadas, mormente da espécie limitada ou de capitais. Como caracterizar um contrato como pessoal quando os polos da relação jurídica negocial são titularizados por sociedades empresárias?

Em regra, os contratos pessoais são detentores de cláusulas que denunciam essa característica como, por exemplo, a impossibilidade de cessão do pacto a terceiros. Por outro lado, quando não houver cláusula expressa impedindo a sua transferência, devem-se analisar as características da prestação. Quando a execução da prestação somente pode ser executada a contento por determinada pessoa, o pacto é pessoal.

No contrato entabulado entre sociedades deve-se realizar essa mesma investigação, porém, em algumas situações é preciso levantar o véu da sociedade, que é parte no contrato, para verificar se a pessoalidade contratual não está na figura do sócio majoritário ou do sócio administrador. Por exemplo, algumas avenças são travadas levando-se em conta a engenhosidade intelectual do sócio, como ocorre em alguns ramos específicos do comércio. Isto é muito comum nas chamadas sociedades de pessoas. Neste caso, o contrato é pessoal, levando-se em conta a condição do sócio, e não será transferido ao adquirente do estabelecimento empresarial.

⁴⁸² *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 75.

Um exemplo de contrato *intuitu personae* é o contrato de fiança.⁴⁸³ Este pacto acessório não beneficia o adquirente da casa comercial. A garantia é pessoal e beneficia somente afiançado, havendo a transmissão do contrato principal, a fiança não segue à sua sorte.

O quarto pressuposto para sub-rogação do adquirente nos contratos do alienante do estabelecimento é o de que não haja, no contrato, cláusula vedando a sua transferência. Foi dada liberdade às partes para elidir a sub-rogação contratual.

A nosso ver, esta cláusula que impede a transferência do contrato ao adquirente, se não constar do pacto, deverá ser inserida no contrato de trespasse. Em regra, nos contratos empresariais essa cláusula vedativa é inserida no momento de confecção do contrato.

Por seu turno, não pode haver óbice legal para a transferência dos contratos. A legislação, por exemplo, a tributária, poderá impor restrições a transferência de alguns contratos.

Por derradeiro, o último pressuposto é o de que não haja justa causa para que o terceiro possa rescindir o contrato. O prazo para essa oposição é de noventa dias a contar da publicação da transferência. Neste caso, determina o legislador, na parte final do art. 1.148 do Código Civil, que haverá, se realmente comprovar-se a justa causa, a responsabilidade do alienante do estabelecimento.

O direito de recesso somente poderá ser exercido pelo terceiro se houver justa causa. A justa causa, a nosso ver, deve ser averiguada no caso concreto. Não se pode casuisticamente elencar hipóteses em que seria possível atribuir ao terceiro o direito de recesso. Por isso o legislador simplesmente elencou essa cláusula geral sem pormenores. No entanto, a justa causa seria a presença de algum elemento fático ou jurídico que levasse o terceiro a não contratar com o adquirente. Por exemplo, a inimizade⁴⁸⁴ entre o terceiro e o adquirente da azienda mercantil; a reputação do adquirente que possui vários títulos protestados ou já foi condenando por crime falimentar, dentre alguns. Em suma, a justa causa é elemento plausível que faria com que o terceiro não contratasse com o adquirente do estabelecimento.

⁴⁸³ M.A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 78.

⁴⁸⁴ M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 82.

Ao comentar dispositivo semelhante contido na legislação italiana, M. Casanova⁴⁸⁵ assim se manifestou a respeito da justa causa:

“Dispone testualmente, infatti, il 2° comma dell’art. 2.558 cod. Civ., che il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi della notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell’alienante.

Si noti che la facoltà di recesso non è lasciata al discrezionale arbitrio del terzo contraente. Sussiste, in quanto sussista una giusta causa oggettivando il terzo contraente a liberarsi dal vincolo contrattuale.

Il Ghidini, nel tracciare la distinzione fra il caso, contemplato nel 1° comma dell’art. 2.558, di contratto escluso, per il suo carattere personale, della regola del trasferimento ed il caso, previsto invece nel 2° comma, di contratto dal quale è ammissibile il recesso per giusta causa, scrive che la differenza consiste sostanzialmente nella circostanza in cui il carattere personale deve valutarsi in rapporto alla persona dell’alienante dell’azienda mentre la giusta causa deve valutarsi in rapporto alla persona dell’acquirente dell’azienda.

Ma questo criterio, molto attraente per la chiarezza e per la semplicità dell’atetesi, ha in realtà un valore meramente approssimativo.

*A ragione, è stato osservato che la speciale causa, giustamente il recesso, può anche avere le sue radici, anziché nelle caratteristiche personali e patrimoniali dell’acquirente, altrove, ad esempio, nell’atto del passaggio, nelle rilevanti modificazioni alla compagine o all’indole dell’azienda o caso ne venga mutato, per mancato trasferimento (cfr.art. 2.565, 2° comma, cód. Civ) il nome commerciale”.*⁴⁸⁶

Lição não menos interessante foi exposta por G. Ferri:

*“Una giusta causa di recesso si determina ogni volta che, per effetto della sostituzione dell’acquirente all’alienante, si verifica un mutamento nella situazione oggettiva tale che il contraente non avrebbe addirittura stipulato il contratto o l’avrebbe stipulato a condizioni diverse. Mentre il carattere personale del contratto é intrinseco al contratto stesso, la giusta causa dipende da elementi estrinseci e precisamente da una modificazione della situazione oggettiva esistente al momento della sua conclusione”.*⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d], p. 779.

⁴⁸⁶ Dispõe textualmente, com efeito, o 2º inciso do art. 2.588 cod. Civ., que o terceiro contraente pode todavia rescindir o contrato até 3 meses após a notícia da transferência, se subsiste uma justa causa, salvo neste caso a responsabilidade do alienante. Note-se que a faculdade de rescisão não é deixada ao discricionário arbítrio do terceiro contraente. Subsiste, enquanto subsista uma justa causa objetivando o terceiro contraente a liberar-se do vínculo contratual.

Ghidini, ao traçar a distinção entre o caso contemplado no 1º inciso do art. 2.588, de contrato excluído pelo seu caráter pessoal da regra da transferência, e o caso, previsto no 2º inciso, de contrato do qual é admissível o recesso por justa causa, escreve que a diferença consiste essencialmente na circunstância em que o caráter pessoal deve avaliar-se em relação à pessoa do alienante do estabelecimento, enquanto a justa causa deve avaliar-se em relação ao adquirente do estabelecimento. Mas este critério, muito atraente pela clareza e pela simplicidade, tem na realidade um valor meramente aproximativo. Com razão, foi observado que a especial causa, justamente o recesso, pode também ter suas raízes, em vez de nas características pessoais e patrimoniais do adquirente, em outro lugar, por exemplo, no ato da transferência, nas relevantes mudanças na equipe ou na índole do estabelecimento, ou caso lhe venha mudado por falta de transferência (cfr.art. 2.565, 2º inciso, cód. Civ) o nome comercial (Tradução livre do autor)

⁴⁸⁷ *Manuale di diritto commerciale*, Turino, Utet, 1933, p.223. “Uma justa causa de recesso se determina

5.5.2 Elementos informadores da legislação italiana aplicáveis ao direito pátrio

Feitas essas considerações iniciais, nos cabe, neste momento, pela similaridade da legislação peninsular, analisar, ainda que perfunctoriamente, o art. 2.558 do Código Civil Italiano vigente. Determina o mencionado dispositivo:

“Se non è pattuito diversamente, l’ acquirente dell’azienda subentra nei contratti stipulati per’l esercizio dell’azienda stessa che non abbiano carattere personale. (2.112)

Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la reponsabilità dell’alienante.

*Le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell’usufruttuario e dell’affittuario per la durata dell’ usufrutto e dell’affitto (2.561 s) ”.*⁴⁸⁸

A redação do dispositivo guarda semelhança com o nosso art. 1.148 do Código Civil. Poderíamos, no entanto, apontar que o legislador italiano previu a sub-rogação nos contratos de arrendamento ou de usufruto, expressamente. Entendemos, por uma interpretação sistemática, que na expressão “transferência”, inserta no dispositivo pátrio, deve-se entender tanto os negócios translativos, como os constitutivos. Caso contrário, inviabilizar-se-ia a exploração da azienda pelo arrendatário ou usufrutuário.

Embora esta seja a melhor interpretação, andou mal o legislador pátrio na elaboração da norma, pois foram utilizados os termos: “alienante e adquirente”, levando-se a entender que o dispositivo só se aplica quando houver trespasse da azienda.

O prazo do exercício de recesso é de três meses, na lei italiana, contados da notícia da transferência da azienda. Também, nesse ponto, andou melhor o legislador peninsular, pois o cedente deverá comunicar, pessoalmente, os cedidos para o início da contagem do prazo. Trata-se de regra salutar que procura garantir o direito de recesso do

cada vez que, por efeito da substituição do alienante pelo adquirente, se verifica uma mudança na situação objetiva tal que o contraente não teria estipulado o contrato ou o teria estipulado em condições diversas. Enquanto o caráter pessoal do contrato é intrínseco ao próprio contrato, a justa causa depende de elementos extrínsecos e precisamente de uma modificação da situação objetiva existente ao momento da sua conclusão”. (Tradução livre do autor)

⁴⁸⁸ Se não é pactuado diversamente, o adquirente do estabelecimento toma lugar nos contratos estipulados para o exercício do próprio estabelecimento que não tenham caráter pessoal. O terceiro contraente pode, todavia, rescindir o contrato até três meses após a notícia da transferência, se subsiste uma justa causa, salvo neste caso a responsabilidade do alienante. As mesmas disposições se aplicam também em relação ao usufrutuário e ao locatário para o tempo que durar o usufruto e o aluguel. (Tradução livre do autor)

cedido, procurando efetivamente dar ciência da alienação da azienda a esse. Há, contudo, divergência na doutrina italiana quanto ao início desse prazo, entendendo alguns que deve ter início no momento do registro do contrato, no órgão competente.

Nosso legislador, por outro lado, determinou que o prazo de recesso fosse de noventa dias a contar da publicação da transferência. Portanto, conforme já nos pronunciamos, a publicação oficial estabelece a presunção legal do conhecimento do ato por terceiros.⁴⁸⁹

É de se verificar que o legislador peninsular preocupou-se mais com a efetiva comunicação do ato ao terceiro do que o nosso.

Por fim, F. Galgano⁴⁹⁰ tecendo algumas considerações a respeito do escopo do art. 2.558 da legislação peninsular, chegou à seguinte conclusão:

*“L’azienda non si compone di beni appartenenti all’imprenditore: questi può utilizzare, secondo il linguaggio dell’art. 2.555, “organizzare per l’esercizio dell’impresa” - anche beni dei quali abbia soltanto il godimento, in virtù di un titolo meramente obbligatorio. Il che significa che il fenomeno ellitticamente descritto come “trasferimento dell’azienda” non consiste solo nel trasferimento della proprietà dei beni aziendali: esso comporta anche la cessione, all’acquirente dell’azienda, dei contratti che assicurano all’imprenditore alienante il godimento di quei beni aziendali, dei quali egli non era proprietario”.*⁴⁹¹

Em outras palavras, o que já sustentamos anteriormente, a norma tem por objetivo permitir a continuidade da atividade empresarial pelo adquirente.

⁴⁸⁹ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, V. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 639.

⁴⁹⁰ *Diritto Commerciale – L’imprenditore impresa*, Contratti di Impresa, Titoli di Credito, Fallimento, 12^a Ed., Bologna, Zanichelli, 2008, p. 65.

⁴⁹¹ O estabelecimento não se compõe de bens pertencentes ao empresário: este pode utilizar, segundo a linguagem do art. 2.555, "organizar para o exercício da empresa" - também bens dos quais tenha apenas o gozo, em virtude de algum título meramente obrigatório. O que significa que o fenômeno elipticamente descrito como "transferência do estabelecimento" não consiste apenas na transferência da propriedade dos bens do estabelecimento: desta se segue também a cessão, ao adquirente do estabelecimento, dos contratos que asseguram ao empresário alienante o gozo daqueles bens do estabelecimento, dos quais ele não era proprietário. (Tradução livre do autor)

5.5.3 *Dos contratos em espécie*

5.5.3.1 *Contrato de locação*

Sem dúvida um dos contratos mais importantes entabulados pelo empresário e talvez o negócio jurídico que mais tem suscitado polêmica e discussões na doutrina comercialista é o contrato de locação.

No mais das vezes, o empresário inscreve-se na Junta Comercial, ou sendo sociedade empresária levando os seus atos constitutivos para registro, e após, organizando os seus bens instrumentais para o início da empresa. Ocorre que, para organizar os bens de produção, o empresário necessita de um local adequado e condizente com o seu ramo de atividade. Por isso, se dentre os bens aziendais não contiver um bem imóvel, o titular da azienda necessitará entabular um contrato de locação para esta tarefa.

De acordo com a doutrina⁴⁹², o contrato de locação comercial é aquele em que uma das partes (locador), mediante remuneração paga pela outra (locatária), se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso temporal, o uso e gozo de imóvel destinado ao exercício da atividade empresarial.

Trata-se de um contrato bilateral, consensual, oneroso, impessoal e de duração.⁴⁹³ Nesta classificação pode-se dizer que o elemento mais importante é a impessoalidade, por força do que determina o art. 1.148 do Código Civil.

Sendo, portanto, um contrato impessoal⁴⁹⁴ e tendo sido estipulado para a exploração da atividade mercantil, não havendo disposição em contrário, haverá sub-rogação do adquirente neste contrato, quando da transferência da azienda.

No entanto, em relação ao contrato de locação nos deparamos com uma lei especial, a Lei de 18 de outubro de 1991. Nesta legislação específica, o art. 13 determina:

⁴⁹² M. H. DINIZ, *Lei das Locações de Imóveis Urbanos Comentada*, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 4.

⁴⁹³ O. GOMES *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 275.

⁴⁹⁴ O. GOMES, *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 275. Segundo o civilista baiano, o contrato não é *intuitu personae*, nem para o locador, nem para o locatário. Admite, segundo ele, a cessão do contrato e não se extingue com a morte de qualquer dos contratantes.

“A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcial, dependem do consentimento prévio e escrito do locador. §1º Não se presume o consentimento pela simples demora do locador em manifestar formalmente a sua oposição. §2º Desde que notificado por escrito pelo locatário, de ocorrência de uma das hipóteses deste artigo, o locador terá o prazo de trinta dias para manifestar-se formalmente a sua oposição”.

Entende, portanto, parte da doutrina⁴⁹⁵ que em relação ao contrato de locação, a incidência do art. 1.148 do Código Civil está afastada, passando a regular a cessão do contrato, no caso de alienação do estabelecimento empresarial, o art. 13 da Lei nº. 8.245/91.

O Centro de Estudos da Justiça Federal, no enunciado 64, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002 entendia que: “*A alienação do estabelecimento empresarial importava, como regra, na manutenção de contrato de locação em que o alienante figurava como locatário*”. Contudo este entendimento foi alterado em virtude do enunciado 234 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil. A posição atual do Conselho é: “*Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente*”. Portanto, aplica-se o disposto no art. 13 da Lei de Locações em detrimento do art. 1.148 do Código Civil. Sem o consentimento expresso do locador, o adquirente não se sub-roga no contrato de locação no trespasse da azienda mercantil.

A nosso ver, esse não é o melhor entendimento da matéria. A regra esculpida no art. 13 da Lei de Locações, que é uma norma geral das relações locatícias, pois se refere tanto à locação residencial, como à locação empresarial, não tem o poder de afastar a incidência de uma regra específica a respeito da alienação do estabelecimento.

Analisando a questão detalhadamente, verifica-se que, não obstante a Lei 8.245/91 seja uma norma especial, o art. 13 desse diploma é uma regra genérica, regulando várias espécies de locações que possuem natureza totalmente diversa. A locação empresarial não pode ser tratada da mesma maneira que locação residencial, sob pena de se regular situações distintas de ocorrência no mundo fático da mesma maneira. Seria o mesmo que se adotar a mesma regra sobre a penhorabilidade da participação societária do

⁴⁹⁵ M. CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, vol. XII, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 661. O autor elenca vários julgados para corroborar o seu entendimento: Resp. 207361/ SP.Turma de STJ, v. u., j. 16-5-2000; AI 679.764-00/ 8, 7ª. Câmara do 2º.TAC SP, v. u., j. 12-2-2001; Ap. s/ Rev. 577249-00/9, 5ª. Câmara do 2º. TACSP, v. u. j. 3-5-2000; Ap. s/ Rev. 574.938-00/0, 10ª. Câmara do 2º TACSP, v. u., j. 5-4-2000; Ap. s/ Rev. 550.306-00/6, 1ª. Câmara do 2º. TAC SP, v.u.j. 30-7-1999; Ap. s/ Rev. 454.385, 7ª. Câmara do 2º TACSP, v.u.j. 30-4-1996.

sócio e do acionista. Ou estipular-se a mesma regra de alienação de ações para a sociedade anônima aberta e fechada, sabendo que possuem estruturas organizacionais diferenciadas.

Por seu turno, o art. 1.148 do Código Civil é uma regra específica que deve ser aplicada, em detrimento do art. 13 da Lei nº. 8.245/91, quando houver transferência do estabelecimento. Ademais, a regra contida no novo Código Civil é posterior a regra geral prevista no art. 13 da Lei de Locações, portanto prevalece a regra nova em detrimento à anterior.⁴⁹⁶

Não é só. A nosso ver, o art. 13 da Lei de Locações, está em confronto com os princípios da livre circulação do estabelecimento, sendo, portanto, um entrave injustificado às operações mercantis.

Além de que, condicionar a transferência do contrato de locação, quando se aliena o estabelecimento, ao consentimento do locador, sendo que este em nada contribuiu para a organização da azienda, é permitir que este se enriqueça sem justificativa, pois, é sabido e consabido que o locador exige uma porcentagem dos lucros da venda da azienda para consentir. Veja bem, quem dispendeu trabalho e capital foi exclusivamente o empresário-locatário. O locador em nada contribuiu para a organização da azienda. Qual a razão de se permitir que este possa auferir lucros com a cessão da azienda?

O legislador do atual Código Civil perdeu a chance de inserir, no art. 1.148, talvez em um parágrafo, regra específica regulando a sub-rogação no contrato de locação, pois essa matéria reclama regramento específico para não inviabilizar a transferência da azienda.

⁴⁹⁶ N. BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Port. M. Celeste, 10ª ed., Brasília, UnB, 1999, pp. 92-93. Segundo o autor, há três regras para a solução de antinomias. A primeira é o cronológico em que a regra posterior derroga a anterior. Manifesta-se o autor: “O critério cronológico, chamado também de *lex posterior derogat priori*. Esse critério não necessita de comentário particular. Existe uma regra geral no direito em que a vontade posterior revoga a precedente e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo. Imagine-se a Lei como expressão de vontade do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra. A regra contrária obstaría o progresso jurídico, adaptação gradual do Direito às exigências sociais, por absurdo, nas consequências que derivam da regra que prescrevesse ater-se à norma precedente. Além disso, presumi-se que o legislador não queria fazer coisa inútil sem finalidade: se deve prevalecer norma precedente, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem finalidade. No ordenamento positivo italiano, o princípio da *lex posterior* é claramente enumerado pelo art. 15 das disposições preliminares, nas quais entre as causas de ab-rogação, enumera-se também aquela que deriva da formulação de uma lei incompatível com a lei precedente. Textualmente: ‘as leis não são revogadas a não ser... por incompatibilidade entre as novas disposições e as precedentes.’”

No direito português, o art. 115 do Regime de Arrendamento Urbano segue essa orientação, permitindo que na cessão da azienda, o cessionário se sub-roga no contrato de locação, sem necessidade da anuência do locador.⁴⁹⁷

Na Itália, a Lei n.º. 392, de 27 de julho de 1978, também assim entendeu. Havendo a alienação da azienda, o adquirente se sub-roga automaticamente no contrato de locação, sem o consentimento do locador.

Aliás, na legislação italiana havia discussão semelhante⁴⁹⁸ à nossa, pois o art. 2.558⁴⁹⁹ do Código Civil Italiano, semelhante ao art. 1.148 do nosso Código Civil, determinava a sub-rogação do adquirente nos contratos, no trespasse. Por outro lado, o art. 1.594⁵⁰⁰ do Código Civil Italiano, à semelhança do art. 13 da Lei de Locações, exigia o consentimento do locador para a transferência do contrato de locação. Como vimos, a polêmica teve fim com a edição da Lei n.º. 392, de 27 de julho 1978.

Portanto, o enunciado 234 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil andou na contramão da orientação adotada em outros países.⁵⁰¹ No entanto, ele pode ser aplicado à locação residencial, onde não são agregados valores ao imóvel. Nota-se claramente que houve uma apreciação civilista de um fenômeno jurídico mercantil.

Por derradeiro, a transferência automática do contrato de locação em nada prejudica o locador, pois ele continua com a prerrogativa de rescindir o pacto transferido se houver justa causa para tanto, desde que observe o prazo de noventa dias a contar da transferência. Logo, havendo justa causa, pode o locador exercer o direito de recesso.

⁴⁹⁷ J. O. ASCENSÃO, *Direito Comercial – Institutos Gerais*, vol. I, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.

⁴⁹⁸ G. FERRARI, *Vocabolo Azienda* (diritto privato), in *Enciclopedia del diritto*, v. 4, Milão, Giuffrè, 1959, p.718. O autor assim descreveu a polêmica: “*Contro questo diffuso orientamento giurisprudenziale si è già osservato come si verifici, nella ipotesi in esame, un tipico caso di conflitto fra norma speciale (art. 2558) e norma generale (art. 1594 che riproduce per contratto di locazione il disposto dell’art. 1406), con la necessaria prevalenza della prima sulla seconda: il richiamo dell’art. 1594 non può che apparire irrilevante, limitandosi tale articolo a riprodurre la regola generale (art. 1406) che subordina l’efficacia della cessione del contratto al consenso dell’ altro contraente, dal momento che, come si è visto, l’art 2558 deroga precisamente alla regola generale dettata dall’art. 1406 e quindi anche all’art. 1594(201).*”

⁴⁹⁹ Art. 2.558 do Código Civil Italiano - *Se non è pattuito diversamente, l’acquirente dell’azienda subentra nei contratti stipulati per l’esercizio dell’azienda stessa che non abbiano carattere personale (2112, 2610). Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell’alienante. Le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell’usufruttuario e dell’affittuario per la durata dell’usufrutto e dell’affitto”.*

⁵⁰⁰ Art. 1594 do Código Civil Italiano: *Il conduttore, salvo patto contrario, ha facoltà di sublocare la cosa locatagli, ma non può cedere il contratto senza il consenso del locatore (1406).*

Trattandosi di cosa mobile, la sublocazione deve essere autorizzata dal locatore o consentita dagli usi.

⁵⁰¹ M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d.], p. 804.

Não devemos olvidar que, havendo a cessão do contrato de locação, o locatário terá direito à ação renovatória, prevista no art. 51 da Lei de Locações, conforme determina §1º do mesmo dispositivo.⁵⁰²

5.5.3.2 *Contrato de trabalho*

É por meio do contrato de trabalho que se mantém o elemento pessoal agregado ao estabelecimento, garantindo, por conseguinte, a continuidade da produção ou circulação de bens ou serviços que o empresário oferece à sua clientela. É a transferência do contrato laboral, pois, que garante o funcionamento aziendal.

De acordo com S.P. Martins⁵⁰³:

“O contrato de trabalho é o negócio jurídico entre uma pessoa física (empregado) e uma pessoa física ou jurídica (empregador) sobre condições de trabalho”. E mais adiante, o autor⁵⁰⁴ assim se manifesta: “O contrato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. O contrato de trabalho em relação ao trabalhador é infungível”.

A respeito da impessoalidade do contrato de trabalho apontada pelo professor, é necessário deixar assentado algumas ideias. Quando o legislador estipulou, no art. 1.148 do Código Civil, que os contratos pessoais não se transmitem ao adquirente da azienda, referiu-se apenas à pessoalidade contratual do alienante e não do terceiro. Se o contrato for *intuitu personae* por considerações subjetivas do terceiro e não do alienante do estabelecimento, este negócio jurídico é transferido ao adquirente da azienda. Portanto, em relação ao contrato de trabalho, a pessoalidade é do trabalhador (do terceiro, de acordo com a nomenclatura utilizada pelo legislador do novo codex), devendo, portanto, ser subrogado ao adquirente. Este é o nosso entendimento.

⁵⁰² Art. 51, §1º da Lei 8.245/91: O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.

⁵⁰³ *Direito do Trabalho*, 24ª Ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 80.

⁵⁰⁴ S. P. MARTINS, *Direito do Trabalho*, 24ª Ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 91.

Caso assim não se entenda, a relação laboral é sub-rogada ao adquirente da azienda, por força de regra especial, contida no art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho. A redação do dispositivo é a seguinte: “*A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados*”. A norma procura assegurar a manutenção da relação trabalhista.

P. C. Miguel⁵⁰⁵, analisando o dispositivo, entendeu ser este corolário do princípio da continuidade do emprego, conhecido também pelo princípio da permanência do contrato de trabalho.

F. Galgano⁵⁰⁶, comentando o art. 2.112⁵⁰⁷ do Código Civil Italiano manifestou-se de acordo com a transferência do contrato de trabalho ao adquirente da azienda. O doutrinador italiano, no entanto faz uma observação importante, que vale para a regra contida no art. 448 da CLT. O art. 2.112 do Código Civil Italiano é uma norma cogente, enquanto que o art. 2.558 da mesma legislação, tem natureza dispositivo, podendo, portanto, ser afastada pelas partes.

A respeito do tema, M. Casanova⁵⁰⁸ assim se manifestou:

“Nel codice civile vigente, la sorte dei contratti di lavoro nei passaggi di azienda è disciplinata in modo espresso e specifico dall’art. 2.112, il cui 1° comma dispone che << in caso di trasferimento dell’azienda, se l’alienante non ha dato disdetta in tempo utile, il contratto di lavoro continua con l’acquirente, e il prestatore di lavoro conserva i diritti derivanti dall’anzianità raggiunta anteriormente al trasferimento>>.

Questa disciplina particolare presenta alcune varianti, rispetto alla disciplina generale, statuita dall’art. 2.558 cod. Civile.

Anzitutto non è ammessa la possibilità di pattuizione fra l’alienante e l’acquirente dell’azienda per escludere il trapasso dei rapporti di lavoro.

Il rapporto di lavoro non passa all’acquirente, soltanto se, prima del trasferimento dell’azienda, il datore di lavoro abbia dato la disdetta ed in modo che, al momento del trasferimento, essendo già tracciato il termine di preavviso o

⁵⁰⁵ O Estabelecimento Comercial, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. CXVII, p.43.

⁵⁰⁶ F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L’imprenditore impresa*, Contratti di Impresa, Titoli di Credito, Fallimento, 12ª Ed., Bologna, Zanichelli, 2008. p. 66.

⁵⁰⁷ Art. 2.112 do Código Civil Italiano: *In caso di trasferimento d’azienda, il rapporto di lavoro continua con l’acquirente ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.*

L’alienante e l’acquirente sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 Cod. Proc. Civ. il lavoratore può consentire la liberazione dell’alienante dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

L’acquirente è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi, previsti dai contratti collettivi anche aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all’impresa dell’acquirente.

Le disposizioni di quest’articolo si applicano anche in caso di usufrutto o di affitto dell’azienda (2561 e seguente).

⁵⁰⁸ *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d], p.811.

*essendo sorto il diritto del prestatore di lavoro all'indennità sostitutiva di preavviso (art.2.118, 2° comma, cod. Civ.), il rapporto contrattuale abbia cessato di essere in corso di svolgimento”.*⁵⁰⁹

5.5.3.3 Contrato de franquia ou franchising

De acordo com C. A. Bittar⁵¹⁰: “*Caracteriza o contrato de franchise pela licença outorgada à empresa comercial autônoma, para a colocação de produtos no mercado com o uso da marca do titular, que lhe presta assistência técnica e comercial, tudo mediante percentual incidente sobre o respectivo faturamento*”. É, na verdade, a junção de dois contratos: licença de uso da marca e prestação de serviços consistente na organização empresarial.⁵¹¹ Em suma, nesta espécie contratual, o franqueador organiza o complexo de bens para o franqueado, permitindo também o uso de sua marca, mediante uma retribuição financeira suportada por este último.

Trata-se de um contrato bilateral, consensual, oneroso, atípico e *intuitu personae*.^{512 513} Ademais, o contrato de franquia deve ser registrado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial, por força do que determina o art. 211 da Lei nº. 9.279/96⁵¹⁴.

No que diz respeito à pessoalidade do contrato de franquia, deve-se observar que a característica pessoal se localiza no polo do franqueador (terceiro) e não em relação ao

⁵⁰⁹ No código civil vigente, o tipo dos contratos de trabalho na transferência de estabelecimento empresarial é disciplinado em modo expresso e específico pelo art. 2.112, cujo primeiro inciso dispõe que “em caso de transferência do estabelecimento, se o alienante não rescindiu em tempo útil, o contrato de trabalho continua com o adquirente, e o prestador de trabalho conserva os direitos derivantes do tempo de serviço atingido anteriormente à transferência”. Esta norma particular apresenta algumas variantes, em respeito à norma geral, estabelecida pelo art. 2.558 cod. Civil. Antes de mais nada, não é admitida a possibilidade de patuição entre o alienante e o adquirente do estabelecimento para excluir a transferência das relações de trabalho. A relação de trabalho não passa ao adquirente, apenas se, antes da transferência do estabelecimento, o empregador tenha dado a rescisão e em modo que, no momento da transferência, havendo já passado o termo de aviso prévio ou tendo já surgido o direito do empregado à indenização substitutiva de aviso prévio (art.2.118, 2° inciso, cod. Civ.), o contrato de trabalho tenha expirado. (Tradução livre do autor)

⁵¹⁰ *Contratos Comerciais*, 3ª Ed., São Paulo, Forense Universitária, 2003, p. 207.

⁵¹¹ F. U. COELHO, *Curso de Direito Comercial*, V. I, 12ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 125.

⁵¹² C. A. BITTAR, *Contratos Comerciais*, 3ª Ed., São Paulo, Forense Universitária, 2003, p. 219.

⁵¹³ M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 95.

⁵¹⁴ Art. 211 da Lei nº. 9.249/96: O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros. Parágrafo único. A decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro.

franqueado (alienante).⁵¹⁵ Portanto, deve ser considerado impessoal para fins de sub-rogação.

Ademais, é um contrato destinado a exploração do estabelecimento empresarial.

Em suma, sendo impessoal e exploracional, havendo cessão do estabelecimento, o contrato de franquia é transmitido automaticamente ao cessionário.

5.5.3.4 Contrato de licença de uso de marca

O contrato de licença de uso de marca é aquele em que determinada pessoa, denominada cedente, permite que outra, denominada cessionária, utiliza a sua marca, mediante uma contraprestação em dinheiro.

A previsão legal da licença da marca está prevista no art. 139 da Lei nº. 9.279/96 (LPI). A redação do dispositivo é a seguinte: “*O titular do registro ou o depositante do pedido do registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços*”.

No dispositivo seguinte⁵¹⁶, o legislador determina que o contrato deva ser averbado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) para produzir efeitos perante terceiros.

O contrato de licença de uso de marca é um contrato bilateral, consensual, oneroso e *intuitu personae*. Trata-se de um contrato pessoal, pois o cedente, no momento da elaboração do pacto, leva em conta a pessoa que irá utilizar a sua marca, considerando, para a realização do negócio jurídico, elementos subjetivos do cessionário, tais como, conduta ilibada no meio empresarial, competência e capacidade, pois se o cessionário for inepto ou até gozar de má reputação no mercado, a sua marca pode ser destruída perante os

⁵¹⁵ M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 95.

⁵¹⁶ Art. 140 da Lei nº. 9.279/96: O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros.

§ 1º A averbação produzirá efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação.

§ 2º Para efeito de validade de prova de uso, o contrato de licença não precisará estar averbado no INPI.

consumidores⁵¹⁷, perdendo, assim, seu valor econômico. Portanto, a personalidade encontra-se, neste caso, no polo do cessionário.

Em suma, não obstante ser um contrato estipulado para a exploração da atividade econômica pelo empresário, pela característica da personalidade do alienante da azienda, não haverá transmissão automática deste negócio jurídico ao adquirente.

5.5.3.5 Contrato de arrendamento mercantil ou leasing

Trata-se de um negócio jurídico caracterizado pelo enlace de dois pactos. Inicialmente, haverá uma locação e, ao término do prazo locatício, o arrendatário tem a faculdade de optar pela aquisição do bem, pagando um determinado valor. Portanto, o leasing é locação mais compra e venda, sendo esta opcional ao final do contrato.

É um contrato consensual, bilateral, oneroso, por tempo determinado e *intuitu personae*.⁵¹⁸

Interessa-nos, neste momento, apenas o aspecto da personalidade do contrato de leasing. A. Rizzardo⁵¹⁹, caracterizou bem a característica *intuitu personae* do contrato de leasing: “*As convenções realizam-se tendo presente a condição da pessoa do locatário e a produtividade que ela é capaz de imprimir ao ramo de seu negócio. A cessão do contrato a outro locatário, para se viabilizar, deve, portanto, ter o assentimento previamente estipulado*”.

Não é só. M. A. Feres, embora reconheça seu caráter exploracional menciona que a Resolução Bacen nº. 2.309/96, em seu art. 7º, XII⁵²⁰, faculta ao arrendatário transferir o

⁵¹⁷ M. A. FERES, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 97. O autor assim se manifestou ao tratar do tema: “Contemporaneamente, fala-se, até mesmo, na existência de clientela da marca. A associação de determinados produtos ou serviços a alguns empresários pode comprometer toda a exploração futura”. Razão assiste ao autor, o consumidor identifica-se mais com a marca do que com o nome empresarial do empresário.

⁵¹⁸ W. BULGARELLI, *Contratos mercantis*, 13ª. Ed, São Paulo, Atlas, 2000, p. 383.

⁵¹⁹ *Leasing*, 4ª Ed., São Paulo, Rt, 2000, p. 64.

⁵²⁰ Art. 7º, XII, Resolução Bacen nº. 2.309/96: Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, devendo conter, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas: XII - as obrigações da arrendatária, nas hipóteses de inadimplemento, destruição, perecimento ou desaparecimento dos bens arrendados.

contrato de leasing a terceiros, residentes no país, desde que haja anuência expressa da arrendadora. Essa anuência prévia tem por objetivo impedir que o arrendatário transfira o contrato à pessoa inidônea financeiramente e, com isso, traga insegurança à arrendadora.

É contrato essencial ao exercício da atividade mercantil, possibilitando ao empresário obter, por um custo razoável, bens de produção imprescindíveis à estrutural organizacional da azienda. Sem esse negócio jurídico a aquisição de certos bens seria impossível, dificultando, desse modo, algumas atividades que reclamam grande vulto de investimentos.

Talvez possa o legislador editar regra especial a respeito da cessão desse contrato quando se tratar da alienação do estabelecimento empresarial. Esse contrato, pensamos nós, pela sua importância empresarial, comportaria regras específicas de transferência no caso de alienação do estabelecimento empresarial.

5.5.3.6 *Do contrato de consórcio*

O contrato de consórcio está previsto nos arts. 278 e segs. da Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (LSA).⁵²¹ É o negócio jurídico pelo qual várias sociedades se unem

⁵²¹ Art. 278 da Lei nº. 6.404/76: As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não-circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Medida Provisória nº. 449, de 2008)

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitui o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

para realizar determinado empreendimento, sem, contudo, conferir personalidade jurídica ao consórcio. É, segundo M. Carvolhosa⁵²²: “*Um contrato associativo, sem personalidade jurídica. Tem, porém, personalidade judicial e negocial, que se expressa pela existência de uma representação e de uma administração, com capacidade negocial e processual, ativa e passiva*”.

No direito italiano, o legislador, no art. 2.610 do vigente Código Civil, regulou a matéria desse modo:

*“Salvo patto contrario, in caso di trasferimento a qualunque titolo dell'azienda, l'acquirente subentra nel contratto di consorzio. Tuttavia, se sussiste una giusta causa, in caso di trasferimento dell'azienda per atto fra vivi, gli altri consorziati possono deliberare, entro un mese dalla notizia dell'avvenuto trasferimento, l'esclusione dell'acquirente dal consorzio”.*⁵²³

Desse modo, havendo transferência da azienda, o contrato de consórcio segue a sua sorte, ou seja, é transferido ao adquirente. Nota-se, por ser uma norma específica que cuida do pacto de consórcio, fica afastada a regra geral prevista no art. 2.558 do Código Civil. Por exemplo, o prazo de recesso é de um mês contado da notícia da transferência e o alienante não é obrigado a indenizar.⁵²⁴

O legislador pátrio foi omissivo no tocante ao tema. No entanto, a nosso ver, por ser um contrato que pode assumir várias feições, deve o exegeta analisar se o negócio jurídico atende àqueles pressupostos anteriormente mencionados. Se a resposta for positiva,

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

⁵²² *Comentários à lei de sociedades anônimas*, Vol. IV, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 399.

⁵²³ Salvo pacto em contrário, em caso de transferência a qualquer título do estabelecimento, o adquirente toma lugar no contrato do consórcio. Todavia, se subsiste uma justa causa, em caso de transferência do estabelecimento por ato entre vivos, os outros consorciados podem deliberar, em até um mês após a notícia da ocorrida transferência, a exclusão do adquirente do consórcio. (Tradução livre do autor)

⁵²⁴ M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d.] p. 809. Veja o pensamento do autor: “*In primo luogo, il tempo entro il quale a pena di scadenza deve essere esercitata la facoltà di esclusione, corrispondente alla facoltà di recesso, è ridotto da tre mesi ad un mese.*

Anche questo termine decorre dall'effettiva notizia dell'avvenuto trasferimento.

In dottrina si ritiene però, argomentando anche dal disposto dell'art.1332 cod. Civ., sufficiente, ai fini della decorrenza del termine che la notizia sia pervenuta agli organi consortili, senza che occorra una notizia particolare per ciascuno dei consorziati.

Spetterà agli organi consortili provvedere ad interpellare i consorziati per l'eventuale delibera di esclusione, la cui validità è subordinata, come di regola, all'esistenza di una giusta causa.

In secondo luogo, in caso di esercizio della facoltà di esclusione per giusta causa, non è prevista una responsabilità verso il consorzio dell'alienante dell'azienda”.

transfere-se o contrato ao adquirente do estabelecimento empresarial; sendo negativa a resposta, o pacto não será transmitido.

Deve o intérprete verificar, “*prima facie*”, se há no contrato de consórcio elementos pessoais, que denunciem um *affectio societatis*, pois, verificando-se a presença dessa característica, estar-se-á diante de um negócio jurídico *intuitu personae*, sendo vedada a transferência.

5.5.3.7. Do contrato de seguro

O. Gomes⁵²⁵ nos ensina: “*Pelo contrato de seguro, um empresa especializada obriga-se para com uma pessoa, mediante contribuição por esta prometida, a lhe pagar certa quantia, se ocorrer o risco previsto*”.

Trata-se de um contrato bilateral, consensual e de adesão. Em regra, portanto, não é um contrato *intuitu personae*.

É comum, no mundo empresarial, que o titular do estabelecimento empresarial, no intuito de se acautelar de certos infortúnios, entabule contrato de seguro. Às vezes, certos maquinários, ou até mercadorias que serão alienadas, oferecem grandes riscos ao empresário e a garantia contra eventos futuros e incertos se faz necessária.

A respeito da transferência do contrato de seguro, quando da alienação do estabelecimento empresarial ao adquirente, o art. 785 do atual Código Civil disciplina o assunto. Reza o dispositivo: “*Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado*”.

Por se tratar de regra específica, deve o cedente atender ao dispositivo no parágrafo primeiro do sobrecitado dispositivo que determina: “*Se o instrumento contratual é nominativo, a transferência só produz efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário*”.

⁵²⁵ Contratos, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.410.

A. M. Cordeiro⁵²⁶, a respeito do assunto, cita o art. 431 do Código Comercial Português, asseverando que se admite a transmissão do contrato de seguro, quando o bem segurado for alienado a terceiros. Afirmo ainda o doutrinador português que para a cessão do contrato não há necessidade da anuência da seguradora. O dispositivo tem os seguintes dizeres: *“Mudando o objeto segurado de proprietário durante o tempo do contrato, o seguro passa para o novo dono pelo facto da transferência do objecto seguro, salvo se entre o segurador e o originário segurado outra coisa for ajustada”*.

5.5.3.8 Do contrato de concessão mercantil

No contrato de concessão mercantil, uma pessoa denominada concessionária obriga-se a comercializar os produtos fabricados por outra, esta denominada cedente.

Importante deixar consignado que estamos a tratar apenas das chamadas concessão de veículos automotores, regulada pela Lei nº. 6.729, de 28 de novembro de 1979, lei esta conhecida como Lei Ferrari. Esta legislação foi posteriormente alterada pela Lei nº. 8.132, de 26 de dezembro de 1990.

No art. 2º⁵²⁷ da mencionada lei, ela denomina de produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores e de distribuidor, a empresa que realiza a comercialização de veículos automotores, bem como outros componentes.

Não temos dúvida em afirmar que o contrato de concessão é um negócio jurídico estipulado para a exploração do estabelecimento empresarial. Poderíamos até concebê-lo como o principal contrato travado pela concessionária, chegando à conclusão de que sem este pacto a concessionária não poderia se constituir e, por conseguinte, não haveria estabelecimento empresarial.

⁵²⁶ A. M. CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, v.I, Coimbra, Almedina, 2001, p.608.

⁵²⁷ Art. 2º, I E II da Lei nº. 6.729/79: Considera-se:

I - Produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores;

II - distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;

Trata-se de um contrato bilateral, consensual, oneroso, típico e *intuitu personae*.

Por se cuidar de um negócio jurídico pessoal, a pessoalidade, neste caso, está no polo da concessionária.⁵²⁸ Havendo trespasse do estabelecimento empresarial, o adquirente não se sub-roga no contrato de concessão de veículo automotores, ocasionando, pensamos nós, a inviabilidade da alienação do estabelecimento, pois este não será um instrumento apto para a realização da empresa, que consiste, basicamente, na comercialização de veículos automotores de determinada marca.

Em suma, pelo caráter pessoal do pacto não haverá sub-rogação.

⁵²⁸ A característica *intuitu personae* do contrato de concessão pode ser notada na redação do art. 20 da mencionada legislação especial que exige do concessionário, elementos subjetivos peculiares como: capacidade técnica, instalações, equipamentos, mão de obra especializada para a realização do contrato.

CONCLUSÃO

Nosso trabalho procurou realizar um estudo acurado a respeito de alguns temas envolvendo o estabelecimento empresarial, diante da nova codificação disposta no vigente Código Civil. Para o desenvolvimento da dissertação elegeu-se, como tema central, os negócios jurídicos pertinentes ao estabelecimento empresarial.

Durante a pesquisa e a elaboração da dissertação, verificamos a importância da doutrina italiana a respeito do tema. Apuramos que os estudos desenvolvidos na península servem de apoio e orientação à doutrina nacional. Muitas questões que ora surgem com a nova codificação já foram enfrentados pela doutrina e tribunais italianos. Aliás, a azienda já era objeto de estudo, antes mesmo, da entrada em vigor do Código Civil Italiano, que data de 1942.

Portanto, para uma análise completa e detalhada do estabelecimento, preciso foi, primeiramente, abordar-se a azienda mercantil. A leitura da literatura jurídica italiana é de rigor.

Deve, no entanto, o exegeta pátrio verificar as semelhanças e diferenças entre a azienda italiana e o nosso estabelecimento, para não ser apenas um operador servil da doutrina estrangeira em nossa terra.

Outrossim, procuramos desenvolver algumas ideias que nem sempre encontram consenso na doutrina. No entanto, não fomos tímidos em expor nossa opinião, não obstante possam ser alvo de críticas.

Enfim, nosso objetivo foi elaborar um estudo sério e cauteloso a respeito do estabelecimento empresarial. Esperamos ter conseguido nosso intento.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson, *Da Ação Revocatória*, 2ª Ed., São Paulo, Leud, 1997.

_____, *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 7ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

ALMEDINA, Betyna Ribeiro de, Aspectos da teoria jurídica da empresa, in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXIX, pp. 236-254.

ASCARELLI, Túlio, *Corso di diritto commerciale – Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, Giuffré, 1962.

_____, *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1947.

_____, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001.

_____, *Origem do Direito Comercial*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CIII, pp. 87-103.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial – Institutos Gerais*, vol. I, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.

ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, in *Rivista di Diritto Commerciale* V XLI, Milano, Vallardi, 1943.

ATALIBA, Geraldo, *Hipótese de incidência tributária*, 5ª Ed. São Paulo, Malheiro, 1996.

AUTUORI , Luiz, *Fundo de Comércio – Locação Comercial*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957.

AZEREDO SANTOS, Theophilo, *Manual de Direito Comercial*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1965.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Elementos de direito administrativo*, São Paulo, RT, 1980.

_____, *Teoria do Fato Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1985

BARBOSA, Mário Figueiredo, *Valor da Clientela no Fundo de Comércio*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

BARBOSA, Rui, *As cessões da clientela - e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*, in *Obras Completas de Rui Barbosa*, vol. XL, t. I, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1948.

BARBOSA DE MAGALHÃES, José Maria Vilhena, *Do Estabelecimento Comercial – Estudo de Direito Privado*, Lisboa, Ática, [s.d].

BARRETO FILHO, Oscar, *O Fundo de Comércio nas Desapropriações*, São Paulo, Federação e Centro das Indústrias, 1959.

_____, *Síntese da evolução histórica do Direito Comercial brasileiro*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. XXIV, pp. 23-27.

_____, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

_____, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1983

BARRETO, Tobias, *Estudos de Direito*, Campinas, Bookseller, 2000.

BERNARDES Ricardo, *comentário a artigos da Lei nº. 11.101/05*, in Souza Junior, Francisco Satiro de pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005*, São Paulo, RT, 2007.

BERNARDO DE MELLO, Marcos, *Teoria do fato jurídico- Plano da eficácia, primeira parte*, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de recuperação de empresas e falência*, 4ª Ed., São Paulo, RT, 2006.

_____, *Jurisprudência da nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*, São Paulo, RT, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto, *Contratos Comerciais*, 3ª Ed., São Paulo, Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, Bauru, Edipro, Trad. port. M. Celeste, 2001.

_____, *Teoria do ordenamento jurídico*, Trad. Port. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10ª Ed., Brasília, UnB, 1999.

BOITEUX Fernando Netto, *A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. CXXV, pp. 48-57.

BORGES, João Eunápio, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971.

BULGARELLI, Waldírio, *Contratos mercantis*, 13ª. Ed, São Paulo, Atlas, 2000.

_____, *Direito Comercial*, 14ª Ed., São Paulo, Atlas, 1999.

_____, *Estabelecimento Comercial* (verbete), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 33, São Paulo, Saraiva, 1979, pp. 374-387.

_____, *Manual das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Atlas, 2001.

_____, *Sociedades Comerciais*, 9ª Ed., São Paulo, Atlas.

_____, *Tratado de Direito Empresarial*, São Paulo, Atlas, 2000.

_____, *Contratos Mercantis*, 13ª Ed., São Paulo, Atlas, 2000.

_____, *A Teoria Jurídica da Empresa – Análise jurídica da empresarialidade*, São Paulo, RT, 1985.

BUONOCORE, Vincenzo, *Trattato di Diritto Commerciale*, L' Imprensa, G. Giappichelli, Torino, 2002.

BUZAID, Alfredo, *Da ação Renovatória – e das demais ações oriundas decorrentes de locação de imóveis destinados a fins comerciais*, vol.I, 2ª Ed., São Paulo Saraiva, 1981.

_____, *Da ação Renovatória – e das demais ações oriundas decorrentes de locação de imóveis destinados a fins comerciais*, vol.II, 2ª Ed., São Paulo Saraiva, 1981.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937.

_____, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. V, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.

CARVALHO SANTOS, José Manuel, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988.

CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. IV, São Paulo, Saraiva, 1998.

_____, *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*, vol. 13, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

CASANOVA, Mario, *Estudios sobre la teoria de la hazienda mercantil*, trad. Esp. J.M. Navas, Madrid [s.d], nº.46.

_____, *Impresa e azienda*, Turim, Torinese, [s.d].

CERAMI, Pietro e PETRUCCI, Aldo, *Lezioni di Diritto Commerciale Romano*, Torino, Giappichelli, 2002.

CERQUEIRA, João Gama, *Tratado da Propriedade Industrial*, vol. I, 2ª Ed., Rio de Janeiro, RT, 1982.

_____, *Tratado da Propriedade Industrial*, vol. II, 2ª Ed., Rio de Janeiro, RT, 1982.

COASE, Richard H., *The firm, the market and the law*, Chicago (EUA), Chicago Press, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 12ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

_____, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 11ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

_____, *Curso de Direito Comercial*, vol. III, 8ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

COLOMBO, Giovanni E., *L'azienda e il divieto di concorrenza dell' alienante*, in Giovanni E. Colombo Et Al., *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979.

_____, *L'azienda ed il suo trasferimento*, in Giovanni E. Colombo et al., *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder, *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990.

_____, *Estado, Empresa e Função Social*, in *Revista dos Tribunais*, v. 732, pp. 38-46.

_____, *Função social da propriedade ds bens de produção*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. LXIII, p.71- 77, [s.d].

_____, *O Indispensável Direito Econômico*, in *Revista dos Tribunais*, v. 353, pp. 14-26.

_____, *Sucessões Empresariais*, in *Revista dos Tribunais*, v. 747, pp. 793-799.

CORDEIRO, Antonio Mendes, *Manual de Direito Comercial, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001.*

COSTA, Manuel Vieira da, *Introdução ao Direito Comercial e Fundo de Comércio*, São Paulo, Resenha Universitária, 1984.

COSTA, Philomeno Joaquim da, *Autonomia do Direito Comercial*, [s.d.], 1956.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel, *As operações comerciais*, Coimbra, Almedina, 1988.

_____, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1998.

_____, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1998.

COUTO E SILVA, Clóvis do, *O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, v. 613, pp. 21-31.

COUTO, Sergio da Silva, *Locação Comercial nos Tribunais*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.

CRISTIANO, Romano, *Personificação da Empresa*, São Paulo, RT, 1982.

CUNHA, Paulo, *Do Patrimônio: Estudo de direito privado I*, Lisboa, Minerva, 1934.

DE LUCCA, Newton, *A Atividade Empresarial no Âmbito do Projeto de Código Civil*, in SIMÃO FILHO, Alberto – DE LUCCA, Newton (coords.), *Direito Empresarial Contemporâneo*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

_____, e DOMINGUES, Alessandra de Azevedo, *Análise Crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial*, in Finkelstein, Maria Eugênia Reis, Proença, José Marcelo Martins (coord.), *Direito Societário*, São Paulo, Série GV Law, 2009, p. 3 - 77.

DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, (atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho), Rio de Janeiro, Forense, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Processo de Execução*, São Paulo, LEUD, 2002.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Empresa*, vol. XIII, São Paulo, Saraiva, 2008.

_____, *Dicionário jurídico*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1998.

_____, *Dicionário jurídico*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1998.

_____, *Dicionário jurídico*, vol. III, São Paulo, Saraiva, 1998.

_____, *Dicionário jurídico*, vol. IV, São Paulo, Saraiva, 1998.

_____, *Lei das Locações de Imóveis Urbanos Comentada*, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

ESTRELLA, Hernani, *Curso de Direito Comercial*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1975.

_____, *De'll Azienda Commerciale nel Diritto Brasiliano*, in *Studio in memória di Túlio Ascarelli*, Milano, 1968.

FANTANARROSA, Rodolfo, *O Derecho Comercial Argentino*, Buenos Aires, Zavalia, 2001.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de, *O Restabelecimento do Alienante após a Transferência do Estabelecimento*, in *Revista dos Tribunais*, v. 756, pp. 133-141.

FERES, Marcelo Andrade de, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2007.

FERRARI, Giorgio, *Vocabolo Azienda (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 680-741.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, *Da Inexistência de Fundo de Comércio nas Sociedades de Profissionais de Engenharia*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXI, pp. 45-51.

_____, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Atlas, 1994.

FERREIRA, Waldemar Martins, *Tratado de Direito Comercial*, vol. XI, São Paulo, Saraiva, 1962.

_____, *Instituições de Direito Comercial- O Estatuto do Estabelecimento Comercial*, 5ª Ed., vol. II, São Paulo, Max Limonand, 1956.

FERRER CORREIA, A. de A., *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, LEX, 1994.

FERRI, Giuseppe, *Diritto commerciale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, 1964.

_____, *Manuale di Diritto Commerciale*, 2ª Ed., Turim, Editrice Torinese, 1962

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da, *Alienação da Empresa na Falência e Sucessão Tributária*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 132, pp. 87-95.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades*, in *Revista do Advogado da AASP*, nº. 71, agosto de 2003.

FRANCO, Vera Helena de Mello, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, 2ª Ed., São Paulo, RT, 2001.

_____, e SZTAJN, Raquel, *Manual de Direito Comercial*, vol. II, 1ª Ed., São Paulo, RT, 2004.

GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial- El empresario-* Trad. Esp. De Jorge Guerreiro, 3ª Ed., Colômbia, Temis, 1999.

_____, *Diritto Commerciale – L' imprenditore impresa, Contratti di Impresa, Titoli di Credito, Falliment*, 12ª Ed., Bologna, Zanichelli, 2008.

GARRIGUES, Joaquin, *Curso de Derecho Mercantil, t.1*, Bogotá, Temis, 1987.

GARRONE, José Roberto, *Derecho Comercial*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2003.

GHIRON, Mario, *Curso di diritto industriale*, vol. I, Roma, Foro Itatlano, 1935.

_____, *L' imprenditore, L' impresa e l' azienda*, Turim, [s.d].

GIERKE, Julius Von , *Derecho comercial y de la navegación*, vol. I, Editora Argentina, Trad. Juan M. Semon, Buenos Aires, 1957, p. 130.

GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____, *Contratos*, 17ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

GOREN Simon. L.; FORRESTER Ian. S., *The German Commercial Code*, Fred B. Rothman & Co., 1979.

GRAU, Eros Roberto – FORGIONI, Paula, *O Estado, a Empresa e o Contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005.

IACOMINI, Marcello Pietro, *Da Alienação do Estabelecimento Comercial*, São Paulo, Livraria Paulista, 2004.

INGLEZ DE SOUZA, Herculano Marcos, *Projecto de Código Commercial*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913.

IRTI, Natalino, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, n.º 2, pp. 185-191.

_____, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, Padova, Cedam, 1990.

_____, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Laterza, 2001.

_____, *Persona e mercato*, in *Rivista del diritto civile*, 1995, nº. 3, pp. 289-198.

_____, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, nº. 1, pp. 1-29.

KALANSKY, Daniel, *A sociedade em comum: um novo tipo societário*, in França, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord, *Direito Societário Contemporâneo I*, São Paulo, Quatier Latin, 2009.

LACERDA, Galeno, *Direito Comercial- Obrigações Mercantis*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

LACERDA, José Cândido Sampaio de, *Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico*, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963.

LANDES, William M., e POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *A disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Comercial Brasileiro*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXXVIII, pp. 7-14.

LEITE, Geral Magela, *A Freguesia – Aspectos Jurídicos*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mimeo, [s.d.].

_____, *O Estabelecimento Comercial como Objeto de Negócio Jurídico*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

LOBO, Jorge, *A Empresa – Novo Instituto Jurídico*, in *Revista do Tribunais*, V. 795, pp. 81-93.

_____, *Interpretação do Direito Comercial*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXV, pp. 55-65.

LOPES, Mauro Brandão, *A Cisão no Direito Societário*, São Paulo, RT, 1980.

LOZANO, Mario G., *Os grandes sistemas jurídicos*, trad. Port. Ana Falcão Bastos e Luis Leitão, Editorial Presença, Lisboa [s.d]

GOREN, L.; FORRESTER, I. S., *The German Commercial Code*, Fred B. Rothman Co, 1979.

MARCHI, Eduardo C. Silveira, *Guia de Metodologia Jurídica – Teses, Monografias e Artigos*, Lecce (Itália), Del Grifo, 2002.

MARCONDES MACHADO, Sylvio, *Limitações da Responsabilidade de Comerciante Individual*, São Paulo, [s.d], 1956.

_____, *Problemas de Direito Mercantil*, 2ª tiragem, São Paulo, Max Limonad, 1970.

_____, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977.

MARIANO, Álvaro A. C., *Estabelecimento empresarial- aspectos negociais e dever de não concorrência*. Dissertação de mestrado, Faculdade da USP, [s.d].

MARTINS, Eliseu, *Atrocidades contábeis no novo Código Civil*, in *Revista do Advogado da AASP*, nº. 68, dezembro de 2002, pp. 87-99.

MARTINS, Fran, *Curso de Direito Comercial*, 22ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

_____, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 8ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

MENDES, Octávio, *Direito Comercial Terrestre*, São Paulo, Saraiva, 1930.

MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V. I, 9ª Ed., Milano, 1957.

MIGUEL, Paula Castello, *O Estabelecimento Comercial*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXVIII, pp. 7-61.

MONTEIRO, Washigton de Barros, *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, São Paulo, Saraiva, 1966, pp. 1-316.

_____, *Curso de Direito Civil*, vol. I, 33ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

MORAES, Maria Antonieta Lynch de, *O trespasse- Alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula do não reestabelecimento*, in *Revista dos Tribunais*, v. 792, out. 2001, pp.116-128.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Privado*, Coimbra, Coimbra, 1990.

MÜLLER, Thomas – MÜLLER, Sergio José Dulac, *Empresa e estabelecimento – a avaliação do goodwill*, in *Revista do Advogado da AASP*, nº. 71, agosto de 2003, pp. 99-113.

NEVES, Celso, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Rio de Janeiro, Forense, 1984

NERY JR., Nelson – Nery, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, São Paulo, RT, 2008.

NUSDO, Fábio, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1997.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de, *Desenvolvimento da teoria da empresa – fim da distinção entre sociedades civis e comerciais*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 103, pp. 33-39.

PACIELLO, Gaetano, *A evolução do conceito de empresa no Direito italiano*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. XXIX, pp. 39-56.

PAES DE ALMEIDA, Amador, *Locação Comercial*, 10ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 12ª Ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Coisas*, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956.

PINTO, Sergio Martins, *Direito do Trabalho*, 24ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários à Constituição de 1946*, São Paulo, Max Limonad, 1953.

_____, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. 1 de 1969*, t. V, São Paulo, RT, 1970.

_____, *Tratado de Direito Privado*, t. II, São Paulo, RT, 1974.

_____, *Tratado de Direito Privado*, t. V, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.

_____, *Tratado de Direito Privado*, t. X, Rio de Janeiro, Borsoi, 1974.

_____, *Tratado de Direito Privado*, t. XV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

_____, *Tratado de Direito Privado*, t. XVII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

_____, *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 12ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1985.

_____, *Projeto de Código Civil*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

REQUIÃO, Rubens, *Aspectos Modernos de Direito Comercial – Estudos e Pareceres*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1976-1980.

_____, *Aspectos Modernos de Direito Comercial – Estudos e Pareceres*, vol. III, São Paulo, Saraiva, 1980.

_____, *Curso de Direito Comercial*, 23ª Ed., São Paulo, 1988.

_____, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 23ª Ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003.

_____, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 23ª ed. (atual. por Rubens Edmundo Requião), São Paulo, Saraiva, 2003.

_____, *Curso de Direito Falimentar*, vol. I, 15ª Ed. 1ª coluna, São Paulo, Saraiva, 1993.

RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, vol. I, Trad. Esp. Felipe de Sola Cañizares, TEA, 1954.

_____, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, vol. II, Trad. Esp. Felipe de Sola Cañizares, TEA, 1954.

_____, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, vol. III, Trad. Esp. Felipe de Sola Cañizares, TEA, 1954.

_____, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, vol. IV, Trad. Esp. Felipe de Sola Cañizares, TEA, 1954.

RIZZARDO, Arnaldo, *Leasing*, 4ª Ed., São Paulo, RT, 2000.

ROCCO, Alfredo, *Princípios de Direito Comercial*, trad. Port. de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2000.

_____, *Princípios de Direito Comercial*, trad. Port. De Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2005

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil – Parte Geral*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1997.

ROQUE, Sebastião José, *Moderno Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Ed. Ícone, 2001.

ROTONDI, Mario, *Diritto Industriale*, 5ª Ed. Padova, Cedam, 1965.

RUGGEIRO, Roberto de, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, Trad. Port. De Paulo Benase, São Paulo, Bookseller, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *A sociedade unipessoal*, São Paulo, Malheiros, 1992.

_____, *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros, 2002.

_____, *Direito Empresarial Público*, in *Revista de Direito Comercial, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXII, pp. 9-18.

SALLES, Jose Carlos de Moraes, *Ação renovatória de locação empresarial*, 2ª Ed., São Paulo, RT, 2002.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida, *Estabelecimento, uma universalidade de fato ou de direito*, in *Revista do Advogado da AASP*, nº. 71, agosto de 2003, pp. 73-80.

SANDRONI, Paulo, *Novíssimo Dicionário de Economia*, 12ª Ed., São Paulo, Best Seller, 2003.

SCAFF, Fernando Campos, *Teoria Geral do Estabelecimento Agrário*, São Paulo, RT, 2001.

SCHECHTER, Roger E, e Thomas, Jonhn J., *Intellectual Propetery – The Law of copyrights, Patentes and trademarks- , USA, Hornbook*, 2003.

SCOLNI, Miguel, *Transmision de Establecimientos Comerciales e Industriales*, 2ª Ed. Buenos Aires, Libreria Juídica, 1955.

SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil - Direito das Coisas*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001.

SILVA, Américo Luis Martins da, *Registro Público da Atividade Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense 2002.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT, 6ª Ed., 1990.

SILVEIRA, Pedro Malta da, *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos*, Coimbra, Almedina, 1999.

SPERCEL, Thiago, *A Teoria da Empresa no novo Código Civil – O Fim da Distinção entre Sociedades Cíveis e Comerciais*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXXXI, pp. 125-134.

SZTAJN, Rachel, *Comentários a artigos da lei 11.101/05*, in TOLEDO, Paulo Fernando Campos de Salles- ABRÃO, Carlos Henrique (coord.), *Comentários à lei de Recuperação de Empresas e falência*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 371-428.

_____, *Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, Atlas, 2004.

TAVARES PAES, Paulo Roberto, *Da Concorrência do Alienante no Estabelecimento Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1980.

TELLES JUNIOR, Gofredo, *Iniciação na Ciência do Direito*, São Paulo, 2001.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXXXIV, pp. 222-233.

_____, *A Empresa e o Empresário no novo Código Civil*, in Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César, Roberto Rosas, *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil - Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*, São Paulo, RT, 2003, pp. 495-506.

_____, *Lei de Falências – Alienação de Estabelecimento da Concordatária*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXXVIII, pp. 275-286.

_____, *O conceito de propriedade e os bens do falido*, in *RT* 678, pp. 57 e ss.

_____, *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*, 2ª Ed., São Paulo, Atlas, 1999.

TOMASETTI JR., Alcides, *A “propriedade privada” entre o Direito Civil e a Constituição*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXXVI, pp. 123-127.

TOMAZETTE, Marlon, *Curso de direito empresarial- Teoria geral e direito societário*, vol. I, São Paulo, ATLAS, 2008.

TOKARS, Fabio, *Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Ltr, 2008.

VALERY, Giuseppe, *Manuale diritto commerciale*, Firenzi, Casa Editrice, 1945.

VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à Lei de Falências*, vol. I, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

_____, *Comentários à Lei de Falências*, vol. II, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

_____, *Comentários à Lei de Falências*, vol. III, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

_____, *Comentários à Lei de Falências*, vol. IV, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

VAMPRE, Spencer, *Tratado Elementar de Direito Comercial*, vol. I, Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia., 1982.

_____, *Concorrência Desleal (Jusrisprudência comentada)*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. XLI, pp. 126-133.

_____, *O Direito e a “Terceirização” da Economia*, in *Revista dos Tribunais*, v. 688, pp. 27-37.

_____, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2004.

VIANA, Bonfim, *Estabelecimento (Sucessão das obrigações)*(verbete), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 33, São Paulo, Saraiva, 1979, pp. 358-369.

VILLELA, João Baptista, *Código Civil - O Regime das Universalidades e o Sguardo Unitario de Barbero*, in Alvim, Arruda – César, Joaquim Portes de Cerqueira –Rosas, Rosas, *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil - Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*, São Paulo, RT, 2003, pp. 371-379.

VIVANTE, Cesare, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 5ª Ed., Milano, Francesco Vallardi, 1992.

_____, *Tratado de Direito Comercial*, trad. port. de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 102, pp. 134-138.

WALD, Arnoldo, *Comentários ao Novo Código Civil - vol. XIV - Do Direito de Empresa*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 725-762.

ZARZANA, Dávio A. Prado, *Estabelecimento* (verbete), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. XXXIII, São Paulo, Saraiva, 1979, pp. 353-357.

ZUZINO, Jorge Osvaldo, *Fondo de Comercio*, 2ª Ed. Buenos Aires, Astrea, 2000.

RESUMO

A presente dissertação aborda os principais aspectos relacionados ao estabelecimento empresarial no ordenamento jurídico pátrio. O estudo fundamentou-se na doutrina nacional e, mormente na fecunda doutrina italiana, a qual teve um papel fundamental neste trabalho. No primeiro capítulo, analisaram-se os alicerces do direito comercial: o empresário, a empresa e o estabelecimento.

Em seguida, estudou-se o estabelecimento empresarial, definindo-o, bem como sua natureza jurídica, elementos e outros aspectos.

No terceiro capítulo, os princípios informadores do estabelecimento foram abordados.

Em seguida, analisou-se a origem do instituto e a doutrina estrangeira, dando-se ênfase à doutrina italiana em virtude da semelhança entre os ordenamentos.

Por derradeiro, o aspecto dinâmico do estabelecimento foi estudado. O estabelecimento empresarial foi abordado como objeto de negócios jurídicos translativos e constitutivos. Sempre à luz da doutrina italiana e da nacional.

Palavras-chave: Estabelecimento; Azienda; Negócios Jurídicos.

ABSTRACT

The present dissertation had the object to study the most important aspects related to the commercial establishment in the brazilian legal system. The study was based on national doctrinal research and mostly on productive Italian doctrine. The Italian legislation also had an import aspect in this work.

In the first chapter, the foundations of commercial law were analyzed: enterpriser, enterprise and establishment.

After that, commercial establishment was defined, and, as well, as its legal nature, elements and other aspects.

In the third chapter, the principles that inform the commercial establishment were study.

Finally, the dynamic aspect of commercial establishment was analyzed. The commercial establishment was studied as object in legal transactions. Always in regard to Italian and national doctrine.

Key word: Establishment; Commercial Establishment; Legal Transactions.