

Universidade Federal do Paraná
Faculdade de Direito

Alienação de Estabelecimento Comercial

Curitiba, Pr., 2001

Universidade Federal do Paraná
Faculdade de Direito

Alienação de Estabelecimento Comercial

Hermes Santos Blumenthal de Moraes.

*Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná, como requisito à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.*

*Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira
Franco*

Curitiba, Pr., 2001

Hermes Santos Blumenthal de Moraes

Alienação de Estabelecimento Comercial

***Monografia aprovada como requisito para o grau de Bacharel no curso de Direito
da Universidade Federal do Paraná, pela comissão abaixo relacionada:***

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Membros da Banca (em ordem alfabética):

Prof.: Alfredo Assis Gonçalves Neto

Prof.: Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Prof^a.: Márcia Carla Pereira Ribeiro

Uma pergunta pode aprofundar uma pergunta e ser,
por definição, uma resposta perante a primeira.

Nilton Bonder

Sumário

RESUMO.....	6
PARTE INTRODUTÓRIA.....	7
1. O HOMEM E A ORGANIZAÇÃO COMERCIAL.....	7
1.1 HISTÓRICO, O HOMO ECONOMICUS, O FUNDAMENTO ORGANIZACIONAL.....	7
2. A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL E A ADMINISTRAÇÃO.....	8
2.1 AS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO.....	8
2.2 ESTRUTURAS FORMAIS E INFORMAIS.....	9
2.3 OS FUNDAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO.....	11
2.4 O PAPEL DO ADMINISTRADOR OU EMPRESÁRIO, O AVIAMENTO.....	13
3. A EMPRESA E O DIREITO.....	15
PARTE I : CONCEITUAÇÃO E COMPREENSÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL.....	19
1. VISÃO HISTÓRICA.....	19
2. NATUREZA JURÍDICA.....	20
CORRENTES CONCEITUAIS – ESTABELECIMENTO COMERCIAL E A EMPRESA.....	25
2.1 O ESTABELECIMENTO COMO SOBREVALOR EM FACE DO CUSTO NA ORGANIZAÇÃO.....	28
2.2 COMPOSIÇÃO E ATRIBUTOS.....	29
PARTE II - ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL E SEUS EFEITOS.....	34
1. OS EFEITOS DA ALIENAÇÃO.....	34
2. FORMAS DE ALIENAÇÃO, ALIENAÇÃO PARCIAL E DESCARACTERIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL.....	34
2.1 A ALIENAÇÃO FORMAL DE ESTABELECIMENTO.....	41
2.2 A ALIENAÇÃO DE FATO.....	42
3. A AVALIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO.....	42
3.1 O PASSADO DOS LUCROS.....	44
4. O RESTABELECIMENTO DO ALIENANTE, A QUESTÃO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DO ADQUIRENTE.....	45
PARTE III: OS EFEITOS E OS CUIDADOS.....	49
1. A RESPONSABILIDADE PERANTE CREDORES A ANALOGIA DA CISAÇÃO, PREVISTA NA LEI 6.404/76.....	49
2. O TRATAMENTO DOS PASSIVOS TRABALHISTA E FISCAL, A SUCESSÃO DE EMPRESAS.....	53
2.1 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.....	53
2.1.1 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SUCESSORES.....	55
3. A QUESTÃO TRABALHISTA – SUCESSÃO DE EMPRESAS.....	57
4. O INSTITUTO DA DUE DILIGENCE.....	60
ANÁLISE CRÍTICA E CONCLUSÕES.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

Resumo

O presente trabalho é requisito para conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, sendo o resultado do estudo e da compilação de informações e conclusões quanto aos aspectos relacionados à Alienação de Estabelecimentos Comerciais e seus efeitos, tema muito atual em face do ambiente de mudanças gerado pela Globalização, realidade hodierna indiscutível, inobstante suas conseqüências para a sociedade sejam benéficas ou não.

O tema foi elaborado visando o aspecto doutrinário e prático, procurando, nas suas tendências mais modernas, à luz da teoria geral do Direito, e do Direito Comercial, clarear o tema, sem perder de vista a produção do conhecimento científico e sua aplicabilidade no cotidiano dos aplicadores do Direito, daqueles que regulam a atividade comercial e as relações de conflito que dela emergem.

PARTE INTRODUTÓRIA

1. O Homem e a Organização Comercial

1.1 Histórico, o homo economicus, o fundamento organizacional

A necessidade inerente ao ser humano pela sua natureza associativa abriga a reunião de pessoas com objetivos comuns, constituindo agrupamentos, comunidades, tribos, cidades, países e mais recentemente os mercados comuns. Esta natureza associativa tem no seu aspecto individualista as sociedades, no seu sentido jurídico, com uma finalidade específica que difere da simples comunhão de esforços, aspectos culturais e de linguagem, para traduzir-se na prosperidade econômica, na mais valia, na obtenção do lucro visando o crescimento patrimonial, diferente também da satisfação de necessidades básicas de sobrevivência, desenvolvimento cultural, intelectual, ou da filantropia, os quais se assemelham mais aos ajuntamentos humanos e à associação civil, que à mercancia.

Remetendo-se aos primórdios da civilização deparamo-nos com o início das relações de troca, pela própria necessidade de desova do excedente do trabalho e principalmente pela incapacidade humana de auto-satisfazer suas necessidades ilimitadas, o que faz com que os indivíduos se aproximem no intuito de trocar este excedente, constituindo-se assim em sociedades socialmente organizadas. Tal é a relação de profundidade da humanidade com o comércio, como força de coesão e de aproximação dos indivíduos.

Esta fase inicial das relações comerciais que determinou a chamada economia de troca permeia também o início das relações societárias de que se tem notícia, as chamadas sociedades *intuitu personae*, constituídas verbalmente, baseadas na confiança mútua e em razão da própria pessoa, muito próximo do âmago da existência das sociedades que é o *affectio societatis*, porém de cunho mais emocional, menos calcado nos interesses puramente mercantis. A partir deste ponto as relações de troca tornam-se cada vez mais complexas, como cita o professor Requião em seu Curso de Direito Comercial:

"... o mecanismo das trocas em espécie foi se complicando. Surge, todavia, uma mercadoria-padrão, que serve de intermediária no processo circulatório. Conchas, animais, sobretudo bois (pecus - pecúnia) e, posteriormente, metais preciosos, servindo, como denominador comum do valor, facilitam as trocas. É a moeda.".(REQUIÃO, 1995, P.4)

2. A Estrutura Organizacional e a Administração

2.1 As formas de organização

Pode-se iniciar o estudo das organizações com alguns conceitos simples, extraídos do dicionário do mestre Aurélio Buarque de Holanda:

Organização: S. f. 4. Associação ou instituição como objetivos definidos.

Sistema: S. m. 2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam com estrutura organizada.

Atividade: S. f. 3. Qualquer ação ou trabalho específico.

Processo: S. m. 3. Maneira pela qual se realiza uma operação segundo determinadas normas.

O ser humano tende a dispor de partes e recursos de forma organizada e coordenados entre si para alcançar objetivos diversos. Um destes objetivos é a empresa ou organização.

A utilização da palavra “organização” tanto para expressar uma forma coordenada de sistematização de recursos ou elementos, como para identificar a própria empresa ou instituição, chama atenção de forma sugestiva, como que indicando um caminho para a compreensão da própria empresa e do estabelecimento comercial, que por sua vez também é tratado muitas vezes em substituição de conceitos como o local em que se exerce a empresa ou o comércio.

Sem embargo, os conceitos interagem abrindo as portas para entendimentos diversos e disputas acirradas. Todavia a idéia organizacional em torno do homem permeia as conjecturas quando se observa a organização como meio para que se atinjam objetivos específicos, como forma de combinação de fatores e recursos limitados, na busca por necessidades ilimitadas.

2.2 Estruturas Formais E Informais

As organizações têm dois tipos de estrutura, formais ou informais.

As estruturas formais são representadas no organograma da empresa, e refletem as relações de comando, e as relações de linha entre os órgãos da empresa, e também os órgãos de assessoria.

As estruturas informais não aparecem em lugar algum, mas por vezes podem ser muito mais poderosas. Englobam, além do que está estabelecido formalmente, os recursos disponíveis a cada nível de comando, departamento ou função, além das relações de poder e influência que se estabelecem nos compromissos pessoais e nos grupos informais.

O empresário Administrador deve combinar os múltiplos fatores formais e informais para obter um “organismo” harmônico e eficiente, que irá proporcionar o resultado esperado, o lucro, ou como diria a corrente marxista, a mais valia.

Injusta a mais valia ? Ora, a genialidade em combinar tal gama de fatores complexos e subjetivos, em um modelo de organização sistematizado, coordenado com eficiência para obtenção de um produto ou serviço, em alguns casos extremamente complexos, além do tino comercial para atender ou até mesmo criar uma demanda para tal produto ou serviço, não suplanta a mera soma dos valores individuais dos recursos ali alocados ? (máquinas, equipamentos, matéria prima, recursos humanos, imóveis, etc.)

Por certo que sim. Este é o papel do empresário administrador dos bens que compõe o estabelecimento comercial. Aí se debruça o estudo das variadas formas de administração.

2.3 Os fundamentos da administração

É fato da maior relevância a influência e a relação da complexidade das organizações, para ilustrar a diversidade especificamente no que se refere às formas de organização dos recursos da empresa, que compõem o estabelecimento comercial; i.e. a criatividade ao compor os elementos do fundo de modo a permitir a máxima eficiência dos recursos e assim suplantar a mera aglomeração de bens e recursos para a idéia de bem incorpóreo que transcende a materialidade dos elementos de forma isolada, para um valor a maior, que se determina de acordo com o tino do empresário que os organiza.

O quadro a seguir ilustra esta diversidade na base da evolução do pensamento da Administração, conquanto todas sejam igualmente válidas atualmente e aplicadas caso a caso, de acordo com o que a situação exija.

Evolução do pensamento teórico da Administração, Quadro segundo
CHIAVENATO(1993,p.849). ①

Teorias	Ano	Ênfase	Abordagem da organização	Conceito de organização	Caract. Básicas da Adm.	Concepção do homem	Comportamento organizacional do indivíduo	Sistema de incentivos	Relação entre objetivos organizacionais e objetivos individuais	Resultados almejados
Clássica (científica e teoria clássica de Fayol)	1903 e 1916	Nas tarefas e na estrutura organizacional.	Formal	Estrutura formal como conjunto de órgãos, cargos e tarefas.	Engenharia humana e engenharia de produção	Homo Economicus	Ser isolado que reage como indivíduo (atomismo Tayloriano)	Incentivos materiais e salariais	Identidade de interesses. Não há conflito perceptivo	Máxima eficiência
Burocracia	1.909	Na estrutura organizacional	Formal	Sistema social como conjunto de funções oficializadas	Sociologia da Burocracia	Homem organizacional	Ser isolado que reage como ocupante de cargo e posição	Incentivos materiais e salariais	Não há conflito perceptível. Prevalência dos objetivos da organização	Máxima eficiência
Relações Humanas	1.932	Nas pessoas	Informal	Sistema social como conjunto de papéis	Ciência social aplicada	Homo social	Ser social que reage como membro de grupo social	Incentivos sociais e simbólicos	Identidade de interesses. Todo conflito é indesejável e deve ser evitado.	Satisfação do operário
Neodáscica	1.954	No ecletismo: tarefas, pessoas e estrutura.	Formal e Informal	Sistema social com objetivos a alcançar	Técnica social básica e A.P.O.	Homem organizacional e administrativo	Ser racional e social voltado para o alcance de objetivos individuais e organizacionais	Incentivos mistos, tanto materiais como sociais	Integração entre objetivos organizacionais e objetivos individuais.	Eficiência e eficácia
Estrutura-Lista	1.947	Na estrutura e no ambiente	Formal e Informal	Sistema social intencionalmente construído e reconstruído	Sociedade de organizações de abordagem múltipla.	Homem organizacional	Ser social que vive dentro de organizações	Incentivos mistos, tanto materiais como sociais	Conflitos inevitáveis e mesmo desejáveis, que levam à inovação	Máxima eficiência
Comportamental	1.957	Nas pessoas e no ambiente	Formal e Informal	Sistema social cooperativo e racional	Ciência comportamental aplicada	Homem administrativo	Ser racional, tomador de decisões quanto à participação nas organizações	Incentivos mistos	Conflitos possíveis e negociáveis. Relação e equilíbrio entre eficácia e eficiência	Eficiência satisfatória
Sistemas	1.951	No ambiente	Sistêmica	Sistema aberto	Administração de sistemas	Homem funcional	Desempenho de papéis	Incentivos mistos	Conflitos de papéis	Máxima eficiência
Contingência	1.972	No ambiente e na tecnologia, sem desprezar as tarefas, as pessoas e a estrutura.	Variável, dependendo do ambiente e da tecnologia	Sistema aberto e sistema fechado.	Administração contingencial	Homem complexo	Desempenho de papéis	Incentivos mistos	Conflitos de papéis	Eficiência e eficácia

"Todas as teorias administrativas apresentadas são válidas, embora cada qual valorize apenas uma ou alguma das cinco variáveis básicas. Na realidade, cada teoria administrativa surgiu como uma resposta as problemas empresariais mais relevantes de sua época. E,

neste caso, todas elas foram bem sucedidas ao apresentarem soluções específicas para tais problemas. De certo modo, todas as teorias administrativas são aplicáveis às situações de hoje." (CHIAVENATO, 1993, p.11). – (grifei)

Percebe-se claramente a possibilidade de se organizar a empresa sob variados aspectos, de acordo com o ramo, o momento, a conjuntura e o ambiente. Todavia o que se ressalta atualmente é a validade das diversas formas de administração, sendo esta resultado da capacidade individual do empresário em ordenar os recursos disponíveis (bens, ponto comercial, marca, pessoal, direitos, etc.), de maneira a transformar este conjunto de bens em um patrimônio especial, que é acrescido no seu valor pela sua finalidade e pela riqueza produtiva que pode gerar àquele que o administra, e dele usufrui como componente da empresa.

2.4 O papel do Administrador ou Empresário, o Aviamento

Em sua obra Teoria do Estabelecimento Comercial¹, o Mestre Oscar Barreto Filho lança a seguinte definição para o Estabelecimento Comercial:

"complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil."

Em resumo e sem adiantar-se no tema que será tratado mais adiante, o estabelecimento comercial constitui o conjunto de bens organizados empregados pelo empresário no exercício de sua atividade.

¹ 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 75

O AVIAMENTO

O aviamento levanta certos questionamentos, em face da sua natureza e posição em relação ao próprio estabelecimento comercial.

Fran Martins² o qualifica como um bem imaterial:

"Também constitui elemento do fundo de comércio a propriedade imaterial, que se caracteriza pelo que se costumou chamar de aviamento e pela freguesia, elemento do aviamento que, pela sua importância na marcha dos negócios do comerciante, tem papel preponderante nos mesmos".

Todavia, a maioria da doutrina não coaduna com a idéia de ser o aviamento um bem imaterial. De fato, nenhum texto legal suporta essa concepção. Neste sentido esclarece ainda, Oscar Barreto Filho (op. cit., p. 171):

"...mera abstração falar do aviamento como coisa ou elemento existente por si próprio, independente do estabelecimento. O aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo, constituindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem. O aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento, e, portanto, não pode constituir em si e por si objeto autônomo de direitos, suscetível de ser alienado, ou dado em garantia".

Assim, concebe-se o aviamento como:

"o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento in concreto a aptidão de produzir lucros" (Oscar Barreto Filho, op. cit., p. 169).

Dessa forma, em face do aviamento, o estabelecimento comercial tem um valor próprio, que varia de acordo com a qualidade e a harmonia dos

² Curso de Direito Comercial, 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 513

fatores mencionados, sendo superior à somatória de todos os bens que integram o fundo de comércio.

É justamente aqui que se enquadra o papel do empresário, como já citado, na forma, na criatividade, na genialidade com que combina e ordena os recursos disponíveis no fundo, para a obtenção da máxima eficiência e resultado; tanto melhor, maior o valor que se poderá atribuir ao estabelecimento comercial, além do valor individual dos bens e recursos que o compõe, haja vista o valor que se agrega por esta peculiar maneira de organizá-los, bem como pelo potencial futuro que se confere ao patrimônio comercial organizado daquela determinada forma que poderá proporcionar um incremento nos resultados e no próprio patrimônio.

3. A Empresa e o Direito

O Direito Comercial moderno como hoje é concebido é o resultado inacabado de estudos que podemos considerar recentes ante a proximidade histórica do surgimento primeiramente do comércio profissional, da indústria de escala, e mais recentemente da prestação de serviços. As profundas alterações no perfil das atividades econômicas em um espaço de tempo tão curto, basicamente com o fim da idade média, tomam força realmente com a Revolução Industrial período ainda desordenado em que nasciam de forma empírica e não precisa as idéias de organização e de empresa como instituições, bem como a figura do empresário e do comerciante (figura mais antiga ainda que de forma primitiva). Estas alterações

forçosamente trouxeram à Doutrina a necessidade de produção do conhecimento jurídico, científico e técnico acerca dos institutos e das figuras que se insurgiam na sociedade e nas relações decorrentes dos negócios, dos contratos, da ebulição comercial e industrial que nesta época tomava forma e que desde então não cessou de agitar o meio negocial trazendo à existência relações jurídicas das mais inusitadas, com uma rapidez incomparável.

A necessidade desemboca hoje no ainda embrionário Direito Empresarial, criando novos conceitos e institutos, bem como revisando e readequando antigos à nova realidade; conceitos básicos como a pessoa jurídica, propriedade, bens intangíveis, serviços, mercancia, universalidade de bens, organização, estabelecimento comercial; todos intimamente ligados.

É bem verdade que o comerciante não alcança o conceito de empresário ainda que o empresário o possa ser, pois exercer a empresa vai muito além de comerciar, assim como a empresa em si ultrapassa a sociedade.

O Prof. Ruben Ramalho³ observa tais diferenças,

"A empresa, em verdade, é todo um complexo a serviço do comércio e da indústria. Complexo em ação, em atividade. Empresa é sempre dinâmica, ao contrário da sociedade, que pode ser estática. A empresa transmite a idéia de envolvimento sócio-econômico, de participação, de cooperação, de interesse coletivo. A empresa é uma peça atuante, é a unidade do complexo econômico estatal. O empresário é a chave geral que liga o processo energético da unidade. É o cérebro da empresa e, como tal, depende de outros componentes, com os quais aciona a unidade."(RAMALHO, 1993, p.33)

³ Curso Teórico e Prático de Falência e Concordatas, SP, Saraiva, 1993

O empresário então não pode ser confundido com o comerciante, da mesma forma, a empresa e a sociedade também são distintas, como descreve o Prof., Rubens Requião:

“A principal distinção, e mais didática, entre empresa e sociedade comercial é a que vê na sociedade o *sujeito de direito*, e na empresa, mesmo como exercício de atividade, o *objeto de direito*.

Com efeito, a sociedade comercial, desde que esteja constituída nos termos da lei, adquire categoria de *pessoa jurídica*. Torna-se capaz direitos e obrigações. A *sociedade comercial*, assim, é *empresário*, jamais empresa. É a sociedade comercial, como empresário, que irá *exercitar a atividade produtiva*.” (*op. cit. p. 58*)

Todavia, o conceito de comércio ou de comerciante está longe de ser confundido com o Direito Comercial moderno, não pode mais ser restrito ao diminuto e limitado mundo do comércio como concebido na sua origem, não obstante haja uma tendência à substituição do termo comerciante por empresário (o que acontece na prática e relações contratuais cotidianas, assim como outros trocadilhos tão comuns à matéria comercial), tal expressão não é precisa.

É corrente a condução da doutrina no caminho da empresa e seus conceitos correlatos, como instituição base, como foco das atenções do direito comercial, numa tentativa de harmonização, no sentido de que a empresa na figura do empresário que a exerce, e este, conceitualmente falando remete-se com sutis diferenças, especialmente no que diz respeito aos aspectos individualistas, ao comerciante.

Na verdade a figura do empresário não é a mesma figura do comerciante, têm, todavia, sido tomado como tal devido à multidão de

empresários comerciantes, no contexto das relações do mercado, figuras praticamente idênticas, somente sendo distinguidas quando pensadas na sua essência e com a mente voltada para a produção do conhecimento técnico-jurídico, o que evidentemente não atinge o mercado, que caminha e sempre caminhou independente, *a latere*.

A ciência jurídica vem procurando traduzir a realidade e contê-la na teoria. Tal é a sina da produção do conhecimento científico. No campo das relações comerciais, porém, especialmente nos últimos anos, a dificuldade em apenas acompanhar os acontecimentos tem sido cada vez maior, quanto mais a compilação, análise e elaboração da doutrina pacífica.

Parte I : Conceituação e Compreensão do Estabelecimento Comercial

1. Visão Histórica

Na França, em meados do século XVIII, havia o termo fonds de boutique, que definia o conjunto os bens tangíveis consistentes em mercadorias e demais materiais utilizados pelo comerciante na exploração da sua atividade.

Em decorrência da evolução natural da liberdade do comércio e a concorrência, a terminologia fonds de boutique, passou a ser limitada para definir o estabelecimento comercial, pois nela não estava contido o valor do trabalho gradativo do comerciante fazendo com que a casa comercial gozasse de prestígio público, agregando-se aos valores materiais definidos pelo fundo de butique, outros bens incorpóreos suscetíveis de alienação por contribuírem de forma significativa para a obtenção de vantagens patrimoniais.

No século XVIII, antecedendo a lei civil, surgiu a Lei fiscal francesa de 28 de fevereiro de 1872, atribuindo ao estabelecimento comercial a expressão designativa de Fundo de Comércio, surgindo assim a formalização do seu conceito jurídico, alastrando-se para a Itália onde esse conjunto de bens intangíveis recebeu o nome de azienda, sendo na Espanha conhecido por hacienda, enquanto na Alemanha e na Inglaterra foram-lhes atribuídas as respectivas denominações: geschaft ou handelsgeschaft e goodwill.

No Brasil, Luiz Autuori, escreveu em 1949, uma das principais obras a respeito deste assunto denominada "Fundo de Comércio", que além de trazer uma rica contribuição ao conhecimento da parte teórica, apresentou vários métodos práticos de cálculos que desde aquela época vem sendo utilizados para apuração dos valores dos bens intangíveis como um todo.

No campo da contabilidade há também registros remotos como a publicação de Willian Harris intitulada por "Goodwill", que cita como fonte de informação o artigo The contribution of P. D. Leake to The Theory of Goodwill Valuation, publicado por Brian V. Carsberg no periódico Journal of Accounting Research, edição de Primavera de 1966.

2. Natureza Jurídica

O Prof. Rubens Requião (op. cit. p.198), trata o Fundo de Comércio ou Estabelecimento Comercial, como uma "*bizarra figura jurídica, que é formada de bens que, unidos, dão em seu conjunto nascimento a um novo bem*" , que tem desafiado a argúcia dos juristas em inseri-la nas categorias jurídicas tradicionais, ressaltando ainda que alguns (como Jean Escarra) afirmam não estar esclarecida a sua verdadeira natureza jurídica.

Não obstante há correntes diversas que defendem cada qual uma interpretação lógica da categoria jurídica a que deva pertencer o fundo de comércio ou estabelecimento comercial, entre ela podemos destacar:

Universitas juris

O fundo de comércio teria características semelhantes à massa falida, ou à herança, que se constitui por força de Lei em um sujeito de Direito, dotado de personalidade jurídica que lhe permite figurar no mundo fático “em nome próprio”. Esta idéia não se aplica ao direito brasileiro haja vista a universalidade de direito para o estabelecimento comercial não estar regulamentada no ordenamento pátrio.

Universitas facti

Uma vez que a universalidade de direito só se constitui em virtude de Lei, e não estando assim regulamentada se constituiria em uma universalidade ou conjunto de bens que se mantêm unidos, com objetivo ou fim específico e determinado voluntariamente por seu proprietário.

Ora tal idéia não se constitui expressamente em uma categoria ou natureza jurídica propriamente dita, mas mera constatação de um fato, em que o proprietário, derivando-se das características próprias do instituto da propriedade pode dar aos seus bens a destinação que quiser.

Patrimônio de afetação ou patrimônio separado

Esta categoria é concebida por *Saleilles* como uma parte do patrimônio da pessoa afetada ou separada, destinada a um determinado propósito, que teria determinada autonomia em relação aos direitos que dele decorressem, o que poderia explicar figuras que ainda que não tenham personalidade, possuem certa autonomia subjetiva; o direito brasileiro não reconhece esta categoria pela indivisibilidade do patrimônio. Não poderia o

proprietário determinar a afetação de uma parcela do patrimônio procurando salvaguardá-lo das conseqüências inerentes à prática comercial donde seu patrimônio opera como garantia perante terceiros.

Observa-se, inclusive que no momento em que se constitui a empresa, parte do patrimônio dos sócios irá constituir o Capital Social, e obrigam-se os sócios na responsabilidade até o montante correspondente a este capital subscrito. Portanto, aquela parcela separada para constituir-se o Capital Social, continua como garantidor perante terceiros.

Propriedade incorpórea

O estabelecimento como propriedade incorpórea liga-se a idéia de um direito à clientela, assegurado por elementos de exploração econômica que teriam a força de conquistar ou retê-la (ponto, nome comercial, qualidade, etc.). Considera esta idéia da doutrina francesa desenvolvida por *Planiol*, que o fundo é a própria clientela, e sustenta-a como incorpórea pela inexistência de elementos determinados que componham o fundo, i.e., poder-se-ia separar ou destruir grande parte dos elementos sem que com isto o próprio fundo desaparecesse. Os elementos materiais que compõe o fundo têm sua existência própria e independente do estabelecimento comercial, e não perdem suas características singulares, ainda que fazendo parte deste.

O aspecto contraditório desta doutrina está na idéia de que o fundo seja a clientela em si, e não que esta seja elemento do fundo, o que incomoda os autores que se seguiram a *Planiol*, que o consideram incorpóreo,

mas, como *Escarra*, consideram excessiva a afirmação de que a clientela seja o próprio fundo.

De fato, mesmo autores que aceitam a idéia de ser o fundo um direito a clientela, consideram ser necessário que se precise o conceito, detalhando que o proprietário do fundo não tem direito senão aos elementos que constituem o fundo, sendo a clientela passível de um ataque da concorrência que a pode arrebatá-la de sua “propriedade”, e que na verdade o fundo se constituiria na maneira original de organização da empresa, como criação intelectual que possibilita a retenção e aquisição da clientela em face do diferencial que cada empresa estabelece no mercado pela forma que se organiza para o exercício de sua atividade fim.

Estabelecimento como a esfera de atividades – Patrimônio Especial

Na doutrina alemã, tende-se a considerar o fundo como patrimônio separado e incorpóreo, perfazendo uma junção de aspectos já anotados.

Von Gierke o considera como esfera de atividades, que é o próprio exercício da empresa acrescido das coisas e direitos, incluindo as dívidas. Daqui surge a idéia ainda *em Von Gierke* de que na doutrina alemã o fundo constitui-se em patrimônio sui generis, patrimônio especial, objeto em torno do qual se agregam acessórios, coisa, direitos, etc., assemelhando-se ao patrimônio naval (*universitas juris*, no direito alemão), que na linguagem

popular denomina-se patrimônio comercial, todavia imaterial pelo aspecto subjetivo de sua finalidade.

Azienda

No direito italiano, a chamada Azienda, ou complexo dos bens dispostos pelo empresário para a atividade da empresa, se compunha de três correntes universitas juris ou facti, a corrente atomista, onde não se reconhece a unicidade dos bens para fim de direito real de propriedade, permanecendo a unicidade apenas para efeito de negócio, e a corrente eclética, onde em caso de concessão de gozo a terceiros, é vista como subespécie de universalidade, e em caso de desfrute do proprietário, como atomista, limitada aos elementos singulares. *Tamburrino* conceitua a Azienda como universalidade de bens heterogêneos, suscetível de propriedade e de posse autônoma que exigem o reconhecimento unitário do complexo.

No direito brasileiro, dada a impossibilidade de categorizar o fundo como *universitas juris*, ou como patrimônio de afetação, o primeiro pela ausência de Lei que assim o defina, e o segundo pelo princípio vigente da unidade patrimonial, resta aos comercialistas a classificação compulsória de universalidade de fato.

Cabe aqui transcrever a opinião do Prof. Requião em seu Curso de Direito Comercial:

“Somos da opinião que o estabelecimento comercial pertence à categoria dos bens móveis, transcendendo às unidades de coisas que o compõem e 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.” (op. cit. p. 204)

Correntes Conceituais – Estabelecimento Comercial e A Empresa

Sendo o estabelecimento comercial um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que organizados de forma racional são responsáveis pela lucratividade de uma empresa, insere-se no contexto a necessidade de posicionar-se a empresa como ente jurídico no conceito de estabelecimento comercial.

O conceito econômico-administrativo de empresa reflete a realidade fática da empresa na sua atividade fim, em função do destino que lhe dá o empresário, e que basicamente se traduz no meio ou instrumental para se chegar ao lucro, que possibilita o re-investimento e a manutenção deste, além da função social na geração de empregos e divisas para a economia.

Todavia há dificuldade em se recepcionar no âmbito jurídico, o conceito econômico pura e simplesmente pois este prende-se mormente à descrição de sua atividade e sua função, o que restaria ainda aquém do que se busca na doutrina jurídica. Ainda assim, há que se considerar tal conceito ante a tarefa ainda inacabada de particularizar e enquadrar a empresa nos institutos jurídicos vigentes, a fim de que se possa estudar e tratar desta realidade inegável que é a empresa. Nesse sentido expõe Bulgarelli:

“A recepção da empresa, no ordenamento jurídico, seja através de leis esparsas, ou de um Estatuto Geral do Empresário (como chamam os italianos a regulação jurídica da empresa no Código Civil de 1942), acarretou então uma verdadeira superposição categorial, fenômeno que se assiste até hoje. É que surgiram novos institutos que

requerem ser qualificados no plano jurídico, como, por exemplo, o da pessoa jurídica, o das sociedades unipessoais, o do estabelecimento comercial e seu correlato a universalidade de bens, o de atividade, o de empresário, o dos grupos econômicos, o de bens imateriais e assim por diante.

Abalam assim as estruturas formais de longa tradição, forçando o reconhecimento da sua existência e complicando a tarefa do jurista, pois resistem a se ajustar às categorias tradicionais de origem romanista.” (op. cit. p. 27)

Portanto a doutrina oscila ora na adoção do conceito econômico puro, ora na busca em sintetizar um conceito próprio, o que traz grande confusão no tratamento legislativo, haja vista o termo ser utilizado com diversos significados, sem cuidar em uma unificação de sentidos. Em busca desta unificação, o Prof. Rubens Requião defende a adoção do conceito econômico:

“O conceito jurídico de empresa se assenta nesse conceito econômico. Em vão, os juristas têm procurado construir em conceito jurídico próprio para tal organização. Sente-se em suas lições certo constrangimento, uma verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor um conceito jurídico próprio para empresa, tendo o comercialista que se valer do conceito formulado pelos economistas. Por isso, persistem os juristas no afã de edificar em vão um original conceito jurídico de empresa, como se fosse desdouro para a ciência jurídica transpor para o campo jurídico um bem elaborado conceito econômico.” (op. cit. p. 48)

Bulgarelli (op. cit. p. 28) utiliza-se ainda do que chama de “*transposição do conceito econômico*”: organização dos fatores de produção, para o plano jurídico: “*atividade econômica organizada*”, trazendo o enfoque da atividade empresarial organizada como o conceito jurídico da empresa, o qual assim descreve:

“A visão final, portanto, pelo ângulo da atividade, aproveitando a brecha operada pelo corte polifacético, contribuiu decisivamente para dar nova configuração ao problema, completando a trilogia que permanecia oculta sob a simples dupla empresário-estabelecimento. O conceito jurídico baseado na atividade explica como objetos os seus correlatos, o sujeito (o empresário) e os bens (o estabelecimento).” (grifo nosso)

A visão de Bulgarelli da empresa como atividade econômica organizada traz no seu bojo o foco dos relacionamentos comerciais, no entanto permanece a celeuma em torno do assunto. Por um momento parece ser questão de convencionar-se determinado entendimento e torná-lo único e pacificado, como atividade organizada, ou como conjunto de bens organizado, ou organização de pessoas que exercem atividade econômica.

Pode-se compor um conceito mais amplo: Ficção econômica representada por uma pessoa jurídica, que reflete a organização original de capital e de trabalho, estabelecida pelo empresário com a finalidade de produzir ou mediar bens e serviços no exercício de atividade econômica e lucrativa.

Esta organização original de capital e trabalho, instrumento para o exercício da empresa, é o estabelecimento comercial. Não se confunde com o conceito de empresa ou de empresário, esse é sujeito de direito que organiza a sua atividade sob a forma de empresa, através do estabelecimento, que é o instrumento para que se exerça a empresa.

2.1 *O Estabelecimento Como Sobrevalor Em Face Do Custo Na Organização*

A importância do fundo de comércio não se atém apenas a conceitos subjetivos, como a criatividade e a perspicácia do empresário na forma de combinar os recursos para a composição do mesmo. Alcança também aspectos objetivos, relacionados ao custo imposto pela tarefa de organizar e compor o estabelecimento, que envolve além do aspecto puramente financeiro da montagem, o próprio serviço ou trabalho realizado para sua consolidação.

Esta atividade exige dedicação, empenho, controle, gestão de pessoal e equipes contratadas, conhecimento de mercado e de Administração, planejamento e tino comercial, além de outras habilidades e trabalho obstinado.

Esta abrangência pode ser verificada no texto oportuno de Fábio Ulhoa Coelho⁴:

“Ao organizar o estabelecimento, o empresário agrega aos bens reunidos um sobrevalor. Isto é, enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado. Aquele empresário interessado em se estabelecer no ramo farmacêutico tem, na verdade, duas opções: adquirir uma farmácia já pronta, ou todos os bens que devem existir numa farmácia. No primeiro caso, irá despende valor maior que no segundo. Isto porque, ao comprar o estabelecimento já organizado, o empresário paga não apenas os bens nele integrados, mas também a organização, um "serviço" que o mercado valoriza. As perspectivas de lucratividade da empresa abrigada no estabelecimento compõem, por outro lado, importante elemento de sua avaliação, ou seja, é algo por que também se paga.

⁴ *Curso de Direito Comercial, volume 1, ed. Saraiva 1999, p. 91,92.*

Este fato econômico - a agregação de sobrevalor aos bens integrantes do estabelecimento empresarial - não é ignorado pelo direito.

... a proteção desse sobrevalor pressupõe a disciplina jurídica dos negócios relacionados ao estabelecimento (a locação empresarial com direito a renovatória, a vedação do restabelecimento do alienante no trespasse etc.), de forma a garantir que o investimento realizado pelo empresário na organização do estabelecimento não seja indevidamente apropriado por concorrentes.

Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica. A proteção jurídica do estabelecimento empresarial visa à preservação do investimento realizado na organização da empresa."

Assim, não se trata apenas da organização única e rentável dos bens e recursos que compõem o estabelecimento, mas também no custo objetivo que envolve as despesas, o trabalho, o tempo e a atividade profissional do empresário para consolidar o estabelecimento como instrumento efetivo de exercício da empresa e de geração estável de lucro.¹

2.2 Composição e Atributos

Utiliza-se o termo Fundo de Comércio, para caracterizar um bem imaterial, móvel, que se constitui da integração organizada dos bens, direitos e recursos com os quais o empresário exerce a empresa, e que é o real valor desta; é sinônimo de Estabelecimento Comercial, que não se confunde em hipótese alguma com o local em que está instalada a empresa, que é na verdade elemento incorpóreo do fundo, denominado ponto comercial, e nem mesmo com a própria empresa, uma vez que este é instrumento de exercício da empresa, além disso não se confunde igualmente com o aviamento, que é a

capacidade ou o potencial do empresário de organizar os elementos do fundo a fim de com isto obter lucros pelo exercício da empresa, figurando como atributo ou qualidade do estabelecimento.

Historicamente, como já visto, o fundo de comércio surgiu no século passado na França, em um dispositivo de Lei Fiscal, mais precisamente de 28 de Fevereiro de 1872, onde no seu artigo 7º aplicava para “*as transferências de propriedade a título oneroso do fonds de commerce ou de clientela*” uma alíquota de 2%. O código italiano o define na base de complexo de bens organizados pelo empresário, para o exercício da empresa.

Infelizmente o instituto do fundo de comércio não é contemplado com clareza no direito brasileiro, que não conta com leis que regulamentem a matéria a contento o que, conforme o Prof. Requião traz “*enormes prejuízos para o comércio e para a estabilidade das relações jurídicas*” (op. cit. p.203). O que se vislumbra, basicamente é a proteção do ponto comercial como elemento do fundo, no que diz respeito à renovação do contrato de locação comercial (arts. 51 a 57 da Lei 8245, de 18-10-91), garantias acerca da responsabilidade pelo crédito tributário, e ainda dois dispositivos da Lei de Falências que aludem à venda do estabelecimento comercial (a. 149 § único e 150 Inciso III).

O Projeto do Código Civil, votado na Câmara, dedicou um Título inteiro do Livro II à atividade negocial; vingando o mesmo, estará conceituado, no art. 1176 e 1177, o estabelecimento comercial como “*um complexo de bens organizado pelo empresário para exercício da empresa*”, “*podendo ser objeto*

unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza” .

O Fundo de Comércio conquanto componha-se de bens corpóreos e incorpóreos, organizados e unidos para o exercício da atividade empresarial, constitui-se em um bem com características próprias, sendo móvel (uma vez que o dono, o empresário, pode movê-lo conservando sua unicidade, não obstante possam perder-se elementos que o compõem), infungível, ainda que alguns de seus elementos possam ser fungíveis, não é consumível, é calculável, e é objeto de direito de propriedade do empresário (sujeito de direito).

Os bens que compõem o fundo, não perdem suas características individuais e podem ser alienados ou destruídos parcialmente, sem que se desfaça com isto o fundo propriamente dito, que permanece enquanto se mantém viável a empresa, pois a empresa só existe de fato pela combinação eficaz dos elementos que constituem o fundo ou estabelecimento comercial.

Os bens corpóreos ou tangíveis encontram-se relacionados no Balanço Patrimonial, e são compostos principalmente por estoques, mercadorias, mobiliários, utensílios, maquinarias, instalações, veículos e outros bens visíveis utilizados na exploração econômica do negócio.

Quanto aos bens incorpóreos ou intangíveis, esses geralmente não constam do Balanço Patrimonial, por serem invisíveis e de difícil mensuração, sendo compostos de marcas, patentes, ponto comercial, segredos de fabricação, experiência, tradição, valores humanos e diversos

outros fatores que de alguma forma contribuem para a concretização dos objetivos sociais da empresa.

Podem constituir o Fundo de Comércio:

Bens corpóreos (materiais, bens físicos no mundo exterior) – balcões, máquinas, automóveis, mercadorias, instalações, imóveis, bens de capital, etc.

Bens incorpóreos (imateriais, não ocupam espaço no mundo exterior) – o ponto comercial, a marca registrada, a carteira de clientes, privilégios de invenção, participações, direitos de exploração, concessões públicas, luvas, direitos oriundos de contratos de franquia e representações, etc.

Do exposto, pode-se extrair os seguintes atributos ao estabelecimento comercial:

Bem unitário;

Bem incorpóreo ou imaterial;

Bem móvel;

Bem infungível (não se desgasta);

Divisível (não perde a identidade, ainda que destituído de alguns de seus elementos);

Tem caráter precário (somente existe enquanto se mantém a organização dada pelo empresário com o fim de exercer a empresa);

É derivativo, por ser resultante da organização de um complexo de bens com características individuais;

É complexo, pois excede o valor resultante da simples soma de seus elementos, dependendo do aviamento como qualidade nuclear para perspectiva de lucro;

É calculável, pela avaliação de mercado, ou por peritagem;

É um objeto de Direito Real de Propriedade, portanto podendo ser alienado, cedido, empenhado, etc.

Parte II - Alienação de Estabelecimento Comercial e Seus Efeitos

1. Os Efeitos Da Alienação

Os principais efeitos da alienação do estabelecimento comercial são quanto às obrigações e os direitos havidos em função do exercício da atividade através do estabelecimento.

O alienante ficará limitado em sua liberdade de exercer o mesmo ramo de atividade em concorrência de mercado em proteção ao direito do adquirente.

Se o contrato determinar que o adquirente não será responsável pelas obrigações assumidas pelo alienante, não opera efeitos em relação a terceiros, mas sim entre as partes, pelo que poderá o adquirente pleitear o ressarcimento de valores a que deva arcar em face de obrigações anteriores, vez que o adquirente estará obrigado aos compromissos assumidos pelo estabelecimento, especialmente no que diz respeito às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Formas de Alienação, Alienação Parcial E Descaracterização Do Estabelecimento Comercial

Como visto, estabelecimento comercial é o complexo de bens reunidos e organizados para o desenvolvimento de sua atividade empresarial, sinônimo de fundo de comércio, e não se confunde com o mero somatório de bens que o compõem.

Assim, o estabelecimento somente existe em face do fim a que se destina, e a sua eventual alienação estará intimamente ligada à prevalência ou não da função a que serve.

São muitas as situações que podem caracterizar a alienação ou o trespasse do estabelecimento, onerosas ou não, deve-se no entanto distinguir ou pelo menos identificar as operações em que o objeto é apenas o estabelecimento como o complexo de bens e direitos e sua organização, e aquelas operações em que se está diante de uma reorganização societária. As reorganizações societárias podem ser instrumento para o trespasse do estabelecimento, e podem culminar neste trespasse, sem que seja este o objetivo nuclear do negócio. Não se pode olvidar também que os bens e direitos que compõem o fundo são objeto de garantia das obrigações contraídas pela empresa e pela sociedade, que nada mais é que o empresário. Portanto, as reorganizações societárias representam a reorganização do(s) empresário(s) que exercem a empresa através do estabelecimento comercial.

Esta reorganização da sociedade (ou da sociedade-empresário) afeta diretamente a manutenção da atividade, pois como já abordado, a sociedade e o estabelecimento somente existem na iniciativa concreta do exercício da empresa pelo empresário, que em última análise é o mentor, o propulsor, aquele que dita os meios e as formas que o estabelecimento irá adotar para atingir os objetivos sociais e econômicos a que se pretende.

Mesmo nas companhias abertas, de cunho impessoal, este papel é exercido pelos administradores, pelo conselho de acionistas, e em última

análise pelos próprios acionistas, vez que estes compõem a assembléia geral, e o perfil dos administradores se sustenta na composição dos acionistas e seus interesses.

Assim, entre as formas que podem caracterizar a alienação de estabelecimento comercial, pode-se citar as mais freqüentes:

A venda apenas do estabelecimento como complexo de bens;

A venda apenas das cotas da sociedade;

A venda tanto das cotas societárias quanto do estabelecimento (venda da empresa);

As transformações societárias: fusão, Incorporação e cisão;

A doação;

O recebimento por herança;

O recebimento por dívida;

E outras formas menos freqüentes e discutíveis quanto à natureza da operação, como: a assunção de estabelecimento abandonado e a transferência da carteira de clientes.

Em todas as situações imperam pontos relevantes a serem considerados, que são as situações de alienação de fato, a alienação parcial do estabelecimento, e o momento da descaracterização do estabelecimento em face da dissolução dos bens que o compõe.

Nos casos de alienação total do estabelecimento, realizado através de instrumento formal, os aspectos principais a serem observados são: a questão da sucessão do alienante, as responsabilidades e deveres daquele

que o recebe o estabelecimento, e o direito quanto ao restabelecimento do alienante.

A alienação poderá ser parcial, havendo o trespasse apenas de elementos individualizados do estabelecimento comercial, neste caso há que se levar em conta a relevância destes elementos alienados para a unidade do estabelecimento e continuidade da atividade empresarial através deste, quer seja dos elementos restantes, quer seja da parte alienada.

Se a alienação parcial não tem o intuito de transferir o estabelecimento, há que se verificar se a parte restante permanece com as características necessárias à sua utilidade prática, isto é se não haverá a descaracterização do estabelecimento em face da transferência daqueles elementos alienados. Assim, deverá o instrumento utilizado na alienação parcial especificar se esta destina-se a transferência da atividade, ou mera alienação de bens feita de forma isolada; isto para que se protejam os direitos do alienante e daquele que recebe os bens em transferência, especialmente no que concerne ao direito de exploração da atividade e a responsabilidade quanto a obrigações assumidas anteriormente através do estabelecimento.

A descaracterização do estabelecimento é fator preponderante na determinação da sua continuidade, da sua existência e principalmente da identificação do seu titular, isto é do empresário que através do mesmo exerce a sua atividade.

Mas, como verificar esta mudança ? Qual o critério a ser utilizado, que seja seguro e apresente praticidade na aferição da permanência

ou não do estabelecimento? Neste sentido, vejamos o que diz Oscar Barreto Filho (op. cit. p.137):

“Diante da constante transformação que sofre o estabelecimento durante sua existência, é o caso de indagar como se consegue identificá-lo, para verificar se continua, se foi substituído por outro, ou se extinguiu.

Essa determinação é muito importante, por que, quando o estabelecimento é o extinto, desaparecem os seus atributos, dispersam-se os seus elementos, e dissolve-se a *universitas*. ”

Segundo Oscar Barreto Filho, a dois critérios externos que denotam com bastante probabilidade a continuidade da atividade empresarial através do estabelecimento, seriam estes o título ou a insígnia do estabelecimento, e os sinais distintivos ligados à pessoa ou a atividade do empresário como a firma e as marcas. Todavia considera-os incertos, haja vista haver várias situações que podem redundar na alteração desses parâmetros sem que, no entanto, haja a transformação ou a transferência do estabelecimento. De acordo com o autor o melhor critério, embora nem sempre prático, é a subsistência do aviamento objetivo ou real⁵, senão vejamos:

“O único critério seguro, embora nem sempre facilmente aplicável na prática, é dado pela subsistência do aviamento objetivo ou real, o qual persiste enquanto dura a atividade produtora. O aviamento exprime, por assim dizer, a vitalidade do estabelecimento, de maneira que, quando a transformação dos elementos componentes do estabelecimento seja de molde a destruir o aviamento, é sinal de que o velho estabelecimento se extinguiu, e um novo surgiu em seu lugar. Uma

⁵ Oscar Barreto Filho, partindo da teoria de Mário Rotondi, distingue duas formas de aviamento, o aviamento objetivo ou real, objeto de direito, e o subjetivo: “1º, o aviamento dito objetivo ou real, inerente aos elementos singulares do estabelecimento, às suas qualidades, à sua organização e também à atividade do fundador enquanto transfundida e objetivada no estabelecimento, ou seja, atributo da universalidade de fato que é objeto de direito; 2º, o aviamento dito subjetivo ou pessoal, que deriva da pessoa e do prestígio do titular e que lhe é indissolúvelmente unido. P. 174

vez que o aviamento se revela claramente aos olhos do público, o critério pode ser aplicado com êxito.”

Assim, se estivermos diante de uma alienação parcial de estabelecimento, o ideal é que se estabeleça em instrumento para este fim, a finalidade do trespasse, para que se protejam os interesses dos contratantes. De qualquer modo, a realidade fática tende a sobrepor-se ao aspecto formal, restando na verdade a constatação da efetiva permanência ou transferência do estabelecimento, através da verificação da subsistência do aviamento. E isto é especialmente válido em relação aos efeitos da alienação perante terceiros de boa fé, e às obrigações tributárias e trabalhistas.

Todavia podemos estar diante de um negócio efetuado sem pretensões definidas, mas que pode eventualmente culminar na descaracterização do estabelecimento o que, independentemente de instrumento que formalize o negócio, irá impingir às partes responsabilidades e direitos quanto ao objeto negociado que é o estabelecimento comercial, ou parte deste. A responsabilidade irá recair sobre o titular do estabelecimento, seja este o alienante, ou o adquirente.

Aquele que der continuidade na atividade empresarial desenvolvida através do estabelecimento deve ter a garantia da não turbção do negócio pela concorrência desleal da outra parte, seja pelo restabelecimento do alienante, seja pelo estabelecimento não autorizado do adquirente na mesma atividade do alienante (caso de venda de elementos do estabelecimento comercial de forma isolada sem o intuito do trespasse da *universitas*).

Haveria alguma situação em que não fosse possível a transferência isolada de algum elemento do fundo sem que com isto pudesse subsistir o aviamento ? Que bens ou direitos podem ser considerados nucleares na caracterização do estabelecimento ?

A princípio qualquer elemento do estabelecimento pode ser objeto de negociação isolada sem que com isso o mesmo seja descaracterizado, todavia em face da manutenção da atividade, a clientela está intimamente ligada à continuidade da atividade empresarial exercida através daquele estabelecimento. Assim o trespasse da clientela, ou parte desta ensejará inevitavelmente a transferência do fundo de comércio, ou pelo menos a autorização tácita a que o adquirente exerça a mesma atividade que o alienante em casos de transferência parcial da clientela, pois como estaria aquele adquirindo-a se não intentasse o exercício da atividade.

Entretanto, se a transferência de clientela for total, independentemente da alienação de outros bens, estar-se-á diante de uma alienação de fato de estabelecimento comercial, vedado o restabelecimento do alienante, que compromete-se a negociar coisa em bom estado e útil ao adquirente.

Outros elementos que podem descaracterizar o fundo, são o ponto comercial, se este for essencial para a atividade; o título, marca ou insígnia do estabelecimento se estas forem de tal forma institucionalizadas que representem um valor e uma importância maior até mesmo que os bens e a organização do estabelecimento, por si só impedindo a subsistência do

aviamento (cite-se como exemplo as marcas Coca-cola, GE, MacDonalds, etc.); e ainda bens de capital que componham o núcleo da atividade fim exercida através do estabelecimento, de tal maneira que sua alienação (e não reposição) impeça a continuidade dos negócios.

2.1 A Alienação Formal De Estabelecimento

A alienação formal parte do princípio de que seja firmado um contrato entre as partes onde as cláusulas determinarão os termos da transferência, ou através de decisão judicial que determine a transferência.

Nestes casos não há o que se falar em relação ao trespasse ou não do estabelecimento, uma vez que o objetivo da contratação é claro e definido sendo a alienação o foco principal do negócio.

O importante é verificar se os instrumentos contratuais utilizados são eficazes e adequados ao negócio. As cláusulas que regulam a negociação devem conter as regras que serão seguidas pelas partes em relação às responsabilidades, direitos e deveres quanto a atividade exercida através do estabelecimento, anteriormente e no futuro.

O contrato irá gerar obrigações entre as partes, o que implica no direito de regresso do adquirente em face do alienante, se aquele for considerado devedor solidários nas obrigações contraídas durante o exercício deste. Todavia, não poderá gerar efeitos *erga omnes* pois é ato particular que

obriga somente as partes, devendo ser preservado o direito de terceiros em face do estabelecimento, pela boa fé ante a teoria da aparência⁶.

2.2 A Alienação De Fato

Não havendo instrumento que formalize a operação de trespasse, ainda assim, poder-se-á estar diante de uma operação, ou de um resultado prático que represente o trespasse do estabelecimento, e a conseqüente responsabilidade que daí emana para as partes envolvidas, e o direito de terceiros de boa fé, que poderão pleitear, junto ao novo titular do estabelecimento, as obrigações anteriormente contraídas.

Tal situação é passível sempre que se verifique a continuidade da atividade exercida antes da transformação, e principalmente a manutenção dos vínculos contraídos com clientes e fornecedores, o que indica a perpetuação dos negócios antes exercidos, na mesma linha de relacionamentos comerciais, havendo aproveitamento do adquirente em relação ao aviamento dado pelo alienante para benefício e incremento nas projeções de lucratividade do novo estabelecimento, evidenciando assim uma vantagem obtida pela continuidade da *universitas*.

3. A Avaliação Do Estabelecimento

A avaliação do estabelecimento é um assunto complexo e polêmico, que essencialmente trata de atribuir um valor para os bens tangíveis

⁶ Teoria que desobriga o terceiro de boa fé que contrata com aquele que representa habitualmente a empresa no mundo exterior.

e intangíveis de uma empresa, entretanto, mensurar estes valores é uma tarefa que exige um grau considerável de estudos e investigações dos mais amplos fatores e circunstâncias que conduziram um negócio a obter lucro operacional nos períodos passados, bem como assegurar-se tecnicamente das probabilidades desses resultados positivos serem repetidos, ampliados ou reduzidos nos períodos por vir, pois a maior valia de um negócio está na sua possibilidade de gerar lucros nos períodos futuros.

Quando surge a necessidade de determinar o valor imaterial de uma empresa, também surge a necessidade de avaliar o poder do lucro. O critério a ser empregado tem-se baseado em fórmulas singelas mas, em verdade, necessita de exames aprofundados que se podem fazer valendo-se de recursos de indagação de maior amplitude. Tudo, entretanto, requer método específico que possa abranger todas as relações ambientais, dimensionais e essenciais da riqueza que é a geradora do lucro.

A capacidade de gerar lucros resulta de um complexo de muitos fatores. Quando se trata de determinar o que uma empresa irá gerar de lucro em um determinado tempo, para fins de estabelecer o que valem suas ações ou suas quotas, a questão torna-se delicada e muito mais complexa, pois envolve um laudo e a responsabilidade quanto a ocorrência futura do que se previu e seu conseqüente valor econômico.

Afirmar que uma empresa pode ganhar tanto, em tanto tempo, é temerário se não se investigam as origens dos lucros e os fatores circunstanciais que conduzirão ou não a empresa a lucrar.

Sabe-se que, na prática, os valores são ajustados entre as partes quando se pretende negociar o total ou parte de uma empresa, mas também é necessário frisar-se que existe um limite que é considerado razoável como valor de oferta e aceitação do negócio.

3.1 O Passado Dos Lucros

A experiência do passado sempre foi um fator importante na previsão do futuro. Partir do raciocínio de que as coisas tendem a acontecer como antes foram verificadas, é um princípio em orçamento. A vocação dos acontecimentos futuros tende a seguir as diretrizes que se consolidaram no passado. Tal tendência não é absoluta, mas, conforme o resultado de análises contábeis, pode-se chegar a uma conclusão bem aproximada da realidade futura do comportamento do lucro.

Neste sentido, torna-se igualmente importante, e é fator de compreensão do passado e da tendência de comportamento futuro, a análise de como a empresa se comporta perante a eficácia. Ser eficaz significa suprir as necessidades de forma adequada e racional. Verificando-se como a empresa supre suas necessidades, é possível medir como pode chegar à eficácia. Deve-se verificar os indicadores de riqueza: capacidade de pagar (liquidez); obtenção de lucros (rentabilidade); equilíbrio da estrutura funcional (estabilidade); giro rápido e contínuo (economicidade); utilização racional de recursos na produção (produtividade); planejamento de riscos

(vulnerabilidade); utilização racional de recursos próprios e de terceiros (elasticidade).

Estes fatores irão indicar a probabilidade de continuidade do comportamento passado, e permitirão ao avaliador a determinação de um índice de aproveitamento e eficácia, que irá determinar sua avaliação em relação ao retorno sobre o investimento, as necessidades para manutenção e desenvolvimento futuros a fim de manter o desempenho apurado, permitindo a aferição do preço ou do valor do estabelecimento comercial como instrumento de exercício da empresa e da atividade.

4. O Restabelecimento Do Alienante, A Questão Da Concorrência E O Direito Do Adquirente

No ordenamento jurídico brasileiro, não há norma expressa e específica disciplinando o restabelecimento do alienante após a transferência do fundo de comércio, em função disto, o assunto depende integralmente do estudo dos doutrinadores e da construção jurisprudencial.

Em 1913, uma ação aforada envolveu a venda do fundo de comércio da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, tendo a tese de Rui Barbosa, de que a vedação ao restabelecimento do alienante seria consequência apenas de cláusula expressa da cessão de clientela, de maneira que, inexistindo tal convenção, permitiria-se o retorno ao mesmo ramo do negócio, sagrado-se vitoriosa. Todavia logo depois, a corrente defendida por Carvalho de Mendonça, seu opositor na demanda, foi ganhando força nos Tribunais, de modo que, atualmente está pacificada.

Quando há cláusula expressa que veda a concorrência, o trabalho do jurista torna-se mais simples, Esta cláusula, é perfeitamente válida, e não viola os princípios do livre comércio, desde que seja razoável sua abrangência, especialmente no que diz respeito ao período de interdição, ao território, e à amplitude do ramo de atividade.

Para que se possa considerar válida a cláusula, deve-se aplicar o princípio da razoabilidade, a fim de que se possa garantir que as restrições sejam moderadamente impostas.

A posição da jurisprudência vem sendo de fixar o período de cinco anos como tempo razoável para o não restabelecimento, e que os outros aspectos das restrições sejam compatíveis com o território e com o ramo de atividade explorados anteriormente pelo alienante.

É evidente que a cláusula em que estes aspectos sejam desrespeitados, poderão impedir totalmente que o alienante possa voltar a restabelecer-se, ou que tal somente lhe seja permitido após um período assaz longo, o que claramente irá invalidar a avença, por agredir o princípio da livre iniciativa e do livre comércio.

Por outro lado, a inexistência de cláusula expressa, não libera o alienante a que retorne ao mesmo tipo de negócio, nos locais em que havia atuado, e durante um certo tempo - um quinquênio, estará vedada a sua atuação.

Cabe ao adquirente o direito de preservar a utilidade e as boas condições de sua aquisição, buscando a tutela da justiça, em caso de

restabelecimento do alientante em novo comércio, cabendo-lhe indenização por perdas e danos, diante de perda de clientela ou diminuição no aviamento, mesmo que o restabelecimento se dê de forma indireta, ou seja, através de pessoas interpostas, como sócio ou empregado de empresa concorrente, ou mesmo atuando de forma a fornecer informações sigilosas a empresas concorrentes que possam atuar no desvio da clientela.

É praticamente uníssono o entendimento dos doutrinadores, senão vejamos:

Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁷:

"Todavia, mesmo na falta de estipulação expressa, deve-se entender que o vendedor, ao celebrar o negócio de venda do estabelecimento, assume a obrigação de não se restabelecer, salvo se a alienação foi para diverso ramo de atividade."

Carlos Alberto Bittar⁸:

"Em função do princípio da boa fé, a melhor doutrina tem assentado, no entanto, que a cláusula de cessão de clientela está implícita na alienação do estabelecimento, razão pela qual, com o trespasse, não pode o vendedor montar negócio que venha a absorver a antiga clientela."

Fábio Ulhoa Coelho⁹:

"Finalmente, lembre-se de que a cláusula de não-restabelecimento é implícita em qualquer contrato de alienação de estabelecimento comercial. O alienante não poderá, na mesma praça, em lapso temporal breve, restabelecer-se em idêntico ramo de atividade comercial, salvo devida autorização do contrato."

Oscar Barreto Filho (op. cit. p.252), sintetiza bem:

⁷ Apontamentos de Direito Comercial, Curitiba, Juruá, 1998, p.149

⁸ Teoria e Prática da Concorrência Desleal, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 64/5

⁹ Manual de Direito Comercial, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 51

"Para atingir esse objetivo normal e desejado pelas partes, entende-se que, implicitamente, o alienante se obriga a não abrir concorrência ao adquirente, em circunstâncias que ensejem o desvio da clientela do estabelecimento transferido.

Não se argumente que a liberdade do exercício profissional obsta à interdição de concorrência, pois o exercício dos direitos individuais pode perfeitamente ser condicionado e admite as limitações impostas pela lei.

A proibição absoluta de restabelecimento do alienante do fundo, sem quaisquer restrições, seria, à evidência, incompatível com a Constituição e, por conseguinte, nula.", e ainda;

"Cremos, portanto que o trespasse do estabelecimento comercial implica, virtualmente, para o alienante a proibição de se restabelecer com o mesmo gênero de negócio, em circunstâncias de tempo e de lugar que possibilitem o desvio da clientela do fundo objeto da alienação."

O professor Rubens Requião é voz dissonante no contexto, defendendo, como Rui Barbosa, que seria necessária cláusula expressa para impedir o restabelecimento do alienante. No entanto, o Direito Brasileiro vem reconhecendo no trespasse, o acordo implícito do não restabelecimento.

Neste sentido, o Projeto do novo Código Civil, aprovado recentemente na Câmara, no art. 1.337, estabelece claramente que a presunção não é pela permissão do restabelecimento, mas pela interdição, sendo necessário que cláusula expressa regule o contrário, permitindo o restabelecimento nos moldes descritos:

Art. 1.337. "...salvo convenção expressa a respeito, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente durante o período dos cinco anos subseqüentes à transferência".

Parte III: Os Efeitos E Os Cuidados

1. *A Responsabilidade Perante Credores a Analogia da Cisão, Prevista na Lei 6.404/76*

A alienação do estabelecimento comercial está sujeita à observância de cautelas específicas, criadas para assegurar os interesses dos credores do seu titular.

A alienação do estabelecimento comercial está sujeita à anuência, expressa ou tácita, dos seus credores, sendo que a tácita decorre do silêncio do credor após 30 dias de sua notificação, judicial ou extrajudicial. Não é aceita a anuência tácita se o comerciante impetrou concordata.

O passivo do alienante não se transfere ao adquirente, com exceção de :

- 1) credores trabalhistas (art.448 da CLT);
- 2) credor tributário, conforme art. 133 do CTN, que prevê responsabilidade subsidiária ou integral do adquirente e
- 3) salvo disposição contratual específica, neste caso a cláusula de transferência do passivo não libera o alienante, que poderá ser demandado pelo credor, cabendo-lhe então o direito de regresso contra o seu sucessor.

Uma das formas mais freqüentes de alienação de estabelecimento comercial é a utilização da cisão, regulada nos artigos 229 a 244 da Lei n.º 6.404/76. Segundo o artigo 229

"a cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão".

Ocorrerá cisão total quando houver completa transferência de patrimônio, caso em que a sociedade cindida se extinguirá; a cisão parcial, por sua vez, importa versão parcial do ativo e do passivo para outra sociedade, remanescendo a sociedade originária com uma parcela do patrimônio em seu poder e reduzindo-se seu capital social na proporção do patrimônio líquido transmitido.

As parcelas patrimoniais antes pertencentes à sociedade cindida tanto podem dar lugar a novas sociedade como integrar-se em sociedades já existentes. A primeira hipótese consiste na cisão pura, enquanto a segunda é usualmente denominada de cisão com incorporação.

Esta forma descrita na Lei das S.A., pode ser utilizada de maneira análoga em relação a esta mesma operação, no que diz respeito às outras formas societárias, especialmente as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, e mesmo em relação a alienação de estabelecimento comercial, sem levar-se em consideração o aspecto societário decorrente, como na alienação de fato.

Cumpre, assim, examinar os mecanismos de proteção aos terceiros credores da sociedade cindida previstos na Lei n.º 6.404/76.

O patrimônio social constitui, via de regra, a garantia dos credores da sociedade. Com a cisão ou alienação do estabelecimento, ocorre

transferência da totalidade ou de uma parcela do patrimônio, com o que se verificaria uma redução da garantia dos credores originalmente.

No caso de cisão total, as sociedades que absorvem parcelas do seu patrimônio respondem solidariamente pelas obrigações da companhia extinta (artigo 233). A nova sociedade ou a incorporadora sucede a cindida em todos os seus direitos e obrigações, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos (artigo 229, § 1º). Ora, na cisão total, permanece então íntegra a garantia dos credores. Todavia, o que é a cisão total, senão a transferência de todos os bens e direitos componentes do estabelecimento comercial. E porque a Lei regularia tal questão, da garantia dos credores, se não quisesse proteger estes mesmos credores no caso de uma possível reorganização societária que visasse tão somente a fraude a credores.

O que normalmente acontece, porém, é que a sociedade cindida, a alienante do estabelecimento, não é extinta, e os credores vão buscar a satisfação na pessoa jurídica original, todavia agora esvaziada dos bens que lhe poderiam garantir a dívida.

Na hipótese de cisão parcial, o artigo 229 estabelece a existência de sucessão apenas quanto aos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão. Como regra geral para proteção dos credores, o artigo 233 prevê que a sociedade cindida que subsistir e as sociedades que receberem parte de seu patrimônio serão solidariamente responsáveis pela satisfação das obrigações da sociedade cindida anteriores à cisão.

Entretanto, ainda em caso de cisão parcial, o artigo 233, parágrafo único, prevê que o protocolo pode estipular que inexistirá solidariedade, respondendo cada sociedade apenas pelas obrigações transferidas na cisão. Em contrapartida, é conferido ao credor o direito de opor-se à estipulação de ausência de solidariedade. O fundamento da outorga ao credor de tal direito é, justamente, protegê-lo da diminuição da garantia que seu crédito teria caso houvesse a solidariedade.

Assim, no caso de o protocolo estipular que inexistirá solidariedade entre a sociedade cindida e a sociedade que absorve parcela do patrimônio cindido, os credores anteriores à cisão podem se opor à estipulação de ausência de solidariedade com relação a seus créditos, mediante o envio de notificação à sociedade no prazo de 90 dias a contar da publicação dos atos da cisão.

A notificação de oposição irá no mínimo gerar os efeitos de solidariedade em relação aos créditos do opositor, todavia não se entende que esta poderia suspender a eficácia do negócio em si, apesar de haver quem assim o considere, vez que a cisão é instituto contemplado na legislação e de ordem interna à organização.

O efeito de eventual oposição à estipulação de não solidariedade pelo credor é, unicamente, a elisão de tal estipulação no tocante àquele crédito específico, sendo que o benefício não se estende aos demais credores, se omissos ou desavisados.

A mera notificação do credor manifestando sua oposição à estipulação de ausência de solidariedade já é suficiente para que se opere a elisão para seu crédito, uma vez que tal efeito decorre de lei. A produção dos efeitos da oposição não depende de qualquer resposta da sociedade cindida, sendo inócuas quaisquer exigências neste sentido.

2. O Tratamento Dos Passivos Trabalhista E Fiscal, a Sucessão De Empresas

2.1 Responsabilidade Tributária

No campo Tributário, a responsabilidade, sempre alicerçada em base legal, decorre da capacidade inerente ao sujeito de poder participar da relação obrigacional tributária passiva. A capacidade passiva é a aptidão que tem a pessoa de figurar no pólo negativo da obrigação tributária.

Somente através de Lei é possível responsabilizar terceiro pelo crédito tributário, assim mesmo, se ele estiver vinculado ao fato gerador da obrigação.

Pode-se concluir assim, que a responsabilidade tributária é prerrogativa do Fisco (sujeito ativo da obrigação) de poder exigir do responsável (sujeito passivo) a satisfação de um crédito tributário previamente instituído em Lei.

O sujeito passivo pode ser indireto em duas situações: transferência e substituição. E por sua vez, a transferência aloja três hipóteses: solidariedade, sucessão e responsabilidade:

Responsabilidade por substituição ocorre quando a lei tributária atribuir o dever jurídico de pagar o tributo a pessoa diversa daquela que dá origem ao fato gerador (a substituição é da pessoa), mas que com ela possui relação jurídica, assumindo o lugar do contribuinte. A responsabilidade por substituição é quando a sujeição é anterior à ocorrência do fato gerador.

Responsabilidade por transferência ocorre quando a lei atribui a determinada pessoa o dever de pagar tributo, anteriormente atribuído a outra, em virtude da ocorrência de fato posterior à incidência da obrigação tributária (a substituição é do dever). Na transferência a obrigação constitui-se inicialmente em relação ao contribuinte, comunicando-se depois, porém, para o responsável. A responsabilidade tributária por transferência pode ser por solidariedade, por responsabilidade dos sucessores e por responsabilidade de terceiros.

Solidariedade tributária passiva, é a situação em que duas ou mais pessoas se encontram, simultaneamente, obrigadas perante o fisco. Nesse caso, o fisco poderá eleger qualquer dos sujeitos passivos para proceder à arrecadação do tributo.

Os efeitos da solidariedade tributária são:

- a) o pagamento feito por um dos coobrigados libera os demais da obrigação perante o fisco;
- b) em caso de isenção ou remissão do crédito a um dos coobrigados, todos os demais se beneficiarão, exceto se

concedidos em caráter personalíssimo, subsistindo a solidariedade quanto aos demais, pelo saldo;

- c) a interrupção da prescrição em relação a um dos coobrigados atinge os demais, favoravelmente ou não.

2.1.1 Responsabilidade Tributária dos Sucessores

Sucessão tributária é a transferência, por ato negocial ou por força de lei, de direitos e obrigações, do campo tributário, a terceiros não originalmente sujeitos a determinada relação jurídica com o fisco, mas de alguma forma vinculados a seu antecessor. Exceto nos casos legalmente previstos, o contrato particular, que transfere o ônus fiscal de um contratante para o outro, não é reconhecido perante a Fazenda Pública. A sucessão tributária pode ser causa mortis, comercial, falimentar ou imobiliária

Interessa especificamente, a Sucessão Comercial, que ocorre quando há alienação do fundo de comércio ou do estabelecimento comercial, industrial ou profissional, ou quando se altera o tipo societário.

Assim, se uma empresa tem seu controle acionário vendido para outra, e esta altera a razão social original, nem por isso não mais se subrogará nos tributos devidos pela alienante, pois ainda que alterada a razão social original, o adquirente de empresa comercial, permanecerá como sucessor tributário da empresa alienante.

No caso de extinção de pessoa jurídica de Direito Privado, continuando o sócio remanescente, ou seu espólio, a comerciar sob a mesma

razão social, ou sob firma individual, que explore a mesma atividade comercial da empresa extinta, será responsável tributário a nova empresa, relativamente a obrigações tributárias surgidas até a data da extinção.

Ocorrendo fusão, transformação ou incorporação de pessoas jurídicas de Direito Privado, será responsável tributário a pessoa jurídica que resultar desses atos, até a data em que ocorram. Continuando na exploração da mesma atividade, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma individual, responderá o responsável pelos tributos, relativos ao estabelecimento, até a data do ato, das seguintes formas:

a) integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

b) subsidiariamente com o alienante, a contar da data da alienação, se esse prosseguir em sua atividade ou iniciar a exploração de nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Assim, nos termos do 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 a data do ato.

3. A Questão Trabalhista – Sucessão de Empresas

O fundamento jurídico da chamada sucessão de empregadores, ou sucessão de empresas, está descrito nos arts. 10 e 448 da CLT::

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

“Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”

Há sucessão no conceito trabalhista, quando uma pessoa adquire empresa, estabelecimento ou cessão no seu conjunto, isto é, na sua unidade orgânica, sempre que não houver alteração dos seus fins e sempre que houver continuidade na prestação do trabalho pelos empregados, mesmo quando não existir vínculo jurídico de qualquer natureza entre o sucessor e o sucedido.

No direito do trabalho, ao contrário do civil ou do comercial, a sucessão é de natureza econômica, objetiva, não se cogita tanto do aspecto formal ou subjetivo.

Não há necessidade de nenhum vínculo jurídico, expresso, entre o sucedido e o sucessor. Basta que persistam as finalidades econômicas do conjunto patrimonial (empresa, estabelecimento, aviamento) e que se mantenham os contratos de trabalho.

A sucessão de empresas no direito do trabalho é a transferência de uma empresa ou estabelecimento com todos os seus bens e direitos a outra pessoa, sem alteração de sua finalidade, dando seqüência à prestação laboral

pelos trabalhadores. É a substituição do antigo empresário pelo ingresso do novo empresário nos negócios, nos direitos e nas obrigações.

Todavia, para o Direito do Trabalho, a empresa não é sujeito de direito, nem pode ser equiparada a empregador (Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 2º), não se pode, portanto, falar em sucessão de empresas e sim de empregadores ou sucessão de titulares, dentro da mesma empresa. É a substituição do sujeito por outro, sem interferir no vínculo obrigacional, logo é impróprio o termo sucessão de empresas.

Verifica-se, contudo, que a mudança na estrutura jurídica ou orgânica da empresa, na prática consiste em identificar o fenômeno da sucessão, toda vez que houver modificação na titularidade da empresa, poder que comanda, dirige e assalaria o trabalhador desta mesma empresa, sem que sofra alteração nos fins para os quais se constitui, uma vez que não há necessidade de nenhum vínculo jurídico, expresso, entre o sucedido e o sucessor.

O princípio da desconsideração da personalidade jurídica do empregador é definido no art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas e o legislador, por sua vez, caracteriza sucessão de empresa frente a este princípio, apesar de conhecer que a empresa não possui personalidade jurídica e não ser uma instituição, visto que quem possui personalidade jurídica é o empresário empregador.

Requisitos da sucessão de empregadores:

1. continuidade da prestação laboral;

2. permanência dos fins econômicos (pode ocorrer alterações nas metas sociais da propriedade);
3. mudanças de propriedade ou proprietário.

A relação de emprego não é rescindida com a modificação da propriedade ou da estrutura. O empregado não interfere na sucessão, independe de sua vontade, não cabendo-lhe, nenhuma indenização na hipótese de alteração sem danos aos direitos adquiridos ou ao contrato de trabalho, todavia a mudança da propriedade ou da titularidade deve ser anotada na CTPS.

A predominância da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que a sucessão de empresa se dá somente quando esta realizar-se formal e definitivamente, ou seja, quando o novo empresário possui legalmente o título da empresa, a sua posse, o seu gozo e sua fruição, necessitando, na mudança da propriedade, a alienação.

Quando não acontecer a alienação, o empregador anterior permanece com o risco da atividade e a responsabilidade frente à empresa, enquanto o sucessor não possui nenhum risco da atividade ou responsabilidade, seja ela solidária ou subsidiária.

Verifica-se aqui uma lacuna no direito positivo, que poderia dar margem a fraude ou a simulações, todavia, que já existem julgados garantindo os direitos dos trabalhadores em tais situações.

4. *O Instituto da Due Diligence*

Como reduzir os riscos da alienação do estabelecimento, seja por aquisição total ou parcial, transformação societária ou outro meio volitivo de trespasse ?

Sendo as empresas mesmas objeto de negociação e transação comercial, especialmente no período globalizante que vive-se, torna-se cada vez mais freqüente os negócios desta natureza.

O mercado e a sociedade civil, em face da necessidade e ante às implicações decorrentes da matéria, criaram mecanismos no intuito de aumentar a segurança das operações que envolvam o trespasse do estabelecimento ou a reorganização societária.

A *due diligence* é, um procedimento de análise que tem por finalidade verificar e avaliar a situação da empresa e das obrigações assumidas através do estabelecimento seja para determinar o seu valor real ou, caso que se aplica ao tema, verificar o funcionamento da empresa, o cumprimento das normas legais, a avaliar os riscos existentes, e determinar eventuais garantias que possam ser prestadas para resguardar as partes das responsabilidades que lhe atinem na transação

Do ponto de vista jurídico, quais as providências a tomar para que o negócio possa ocorrer de forma legítima e livre de “surpresas” futuras. .

A partir daí , como para garantir, tanto quanto possível, que sejam cumpridas as obrigações legais ou contratuais assumidas, prever riscos e

definir a distribuição deste risco através de garantias e condições que permitam o regresso da parte lesada, evitando prejuízos indesejáveis.

Os cuidados a que se refere a *due diligence*, não estão apenas ligados ao aspecto comercial ou económico que esta postura implica. Estão intimamente ligados com a atividade empresarial e administrativa no que diz respeito ao dever de cautela exigido para que possa o administrador ter legitimados os seus atos.

Apesar do alienante poder estar contratualmente responsabilizado, perante o adquirente pelo cumprimento das condições acordadas por garantias ou cláusulas penais, o certo é que, mesmo assim, é dever deste agir de forma a obter fundamento de segurança antes de concluir o trespasse, sob pena de lhe serem imputadas responsabilidades e obrigações que poderia evitar, ou pelo menos obter uma compensação, garantia real, e até mesmo previsão de rescisão imediata e indenização, em face do risco verificado.

As implicações decorrentes da negligência no dever de cautela neste caso, podem ser extremamente onerosas para o adquirente, que como visto, não poderá furtar-se à responsabilidade, podendo vir a sofrer com a situação prejuízos de ordem material e moral, em face do possível abalo de crédito e de imagem que a sucessão em obrigações não previstas possa causar.

A fiscalização e verificação prévia a que procede o adquirente, com eventual identificação de problemas (que podem ser desconhecidos do próprio alienante), também irá prevenir possíveis demandas no futuro.

Além disso, permite ao adquirente conhecer o negócio em profundidade antes de assumir obrigações e compromissos definitivos.

Da mesma forma, o alienante resguarda-se de futuras alegações quanto a vícios do negócio por desconhecimento do adquirente acerca do objeto (estabelecimento), e as responsabilidades que irá assumir na concretização da operação.

Há dois tipos de *due diligence*: a econômico-financeira, e a *due diligence* legal ou jurídica:

A primeira preocupa-se com os aspectos operacionais e econômicos do estabelecimento para identificar sua situação e operacionalização, avalia o aviamento, e todos os aspectos necessários à definição do valor do negócio, do preço.

A *due diligence* jurídica interessa-se pela legitimidade do negócio, avaliando se o alienante goza dos direitos para dispor usar e fruir do estabelecimento ou da empresa, sua capacidade de contratar perante o objeto, verificando a existência de ônus ou a possibilidade ocorrerem no futuro. Há vários procedimentos, sendo que a maioria deles contém pelo menos a declaração de intenções ("*Engagement Letter*"), onde se definem as regras da regras da *due diligence*); uma relação de informações que deverão ser prestadas (*Check List*); a forma de fornecimento das informações, podendo ser

designado local para consulta (“*data room*”); um relatório final que pode ou não ser acessível ao alienante.

Apesar de não haver um instituto jurídico definido para regulamentação da *due diligence*, esta deriva, dos princípios de validade contratual, da autonomia da vontade das partes e do dever de cautela do empresário e do administrador.

Na definição das condições de atuação durante a *due diligence*, aconselha-se que se obtenha uma declaração de possibilidade de acesso a qualquer documento, informação ou arquivo que sejam necessários, assinada por todos os interessados no negócio, resguardando-se a confidencialidade.

Todavia, o que deverá ser observado neste procedimento da *due diligence* ? Quais os aspectos considerados críticos na análise dos eventuais riscos que podem tornar a alienação uma armadilha para o adquirente ? Vejamos:

Deve-se observar a empresa como um todo, examinando a organização jurídica da sociedade e verificando-se a sua situação atual, com o exame do contrato social ou dos estatutos, certidões cartoriais e judiciárias, assim como de pagamentos de impostos, contribuições e correlatos, filiais no país ou exterior, empresas associadas no país ou exterior, livros obrigatórios e sua regularidade de escrituração, existência de joint ventures e parcerias no país e no exterior, composição do capital, direitos e acordos de acionistas, autorizações e concessões governamentais, estoques e propriedades, a relação de empregados e contratos de trabalho, bem como benefícios e

acessórios, e demandas trabalhistas, contratos, obrigações assumidas, e demandas e processos administrativos e judiciais em andamento, situação tributária, aspectos ambientais e outros aspectos que possam sinalizar riscos.

Mesmo nas sociedades anônimas, os balanços e as demonstrações financeiras podem ser manipulados. As limitações do operador do Direito neste aspecto, sinalizam para a busca de um profissional de confiança, da área contábil que o assessore, pois é aspecto crítico na avaliação. Os auditores contábeis e financeiros devem assessorar o profissional do direito em tudo quanto se referir às questões tributárias e conexas.

A due diligence configura-se antes de mais nada em atitude de prudência e bom senso do alienante e especialmente do adquirente, que indica ainda transparência e segurança na boa-fé dos contratantes.

Análise Crítica e Conclusões

A alienação de estabelecimento comercial é ato complexo que implica em diversos aspectos e conseqüências para o alienante e o adquirente.

A responsabilidade das partes em relação ao objeto, pressupõe o dever de cautela inerente à administração e a boa fé perante terceiros. O empresário desavisado ou desprevenido está sujeito a dissabores na realização de negócios envolvendo o trespasse de fundo de comércio.

O papel do profissional do Direito é de extrema relevância no contexto, visando atitudes preventivas que possam minimizar possíveis efeitos negativos decorrentes do trespasse, para o alienante e para o adquirente. É também fundamental o papel do Advogado na busca do crédito junto ao titular do estabelecimento, quando representando terceiros.

O tema, apesar de corriqueiro no cotidiano das relações comerciais, especialmente no ambiente de mudanças que atualmente se vive, é pouco abordado, e resta praticamente sem preceito normatizante que o ampare no ordenamento jurídico.

Os terceiros envolvidos indiretamente com o estabelecimento comercial, através do empresário, têm pouco amparo na manutenção da garantia dos créditos perante o mesmo. À exceção da Fazenda e dos créditos trabalhistas, é bastante difícil a persecução do crédito após o trespasse, haja vista a diversidade de formas de alienação, e de instrumentos para sua

concretização, que podem esvaziar a garantia do credor perante a empresa e o estabelecimento.

O tema merece e clama por aprofundamento e elaboração de mecanismos e regulamentação que possibilitem minimizar o impacto da demanda contida no setor. Parece clara a necessidade de harmonização dos conceitos e clareza no ordenamento jurídico, a fim de pacificar os conflitos resultantes dos atos negociais cada vez mais freqüentes, que envolvem a alienação ou trespasse de estabelecimento comercial ou de seus elementos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Código Comercial, Saraiva 1.996.
2. RAMALHO, R., Curso Teórico e Prático de Falência e Concordatas, Saraiva, 1.993, 534 p.
3. REQUIÃO R., Curso de Direito Comercial 1º Vol., Saraiva, 2ª ed., 1995.
4. REQUIÃO R., Aspectos Modernos do Direito Comercial 1, Saraiva, 1.988, 410p.
5. Código Civil Brasileira, Saraiva, 1.996.
6. THEODORO Jr , H., O Contrato e Seus Princípios, Aide., 1.993, 215 p.
7. ACOSTA, M.H., Noções de Direito Comercial, Edipro, 1.995, 103 p.
8. BULGARELLI, W, Normas Jurídicas Empresariais, Atlas, 1.992, 91p.
9. CARRAZA, Roque Antônio. O sujeito Ativo da Obrigação Tributária. São Paulo. Res. Tributária, 1977.
10. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 12ª ed., Ed.Saraiva, 1999.
11. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL COMENTADO. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais, 1999.
12. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SP, Ed.Saraiva, 23ª Edição, 1999
13. MICHELI, Gian Antônio. Curso de Direito Tributário. São Paulo. Ed.RT, 1978.
14. BARBOSA, Rui. As Cessões de Clientela e a Interdição de Concorrência nas Alienações de Estabelecimentos Comerciais e Industriais. "Obras Completas de Rui Barbosa", Vol. XL, Tomo I, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1948.
15. BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial. 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1988.
16. BITTAR, Carlos Alberto. Teoria e Prática da Concorrência Desleal. São Paulo, Saraiva, 1989.
17. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de Direito Commercial Brasileiro. Vol. VI, Livro IV, 2ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934.
18. COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997.
19. DÓRIA, Dylson. Curso de Direito Comercial. 1º volume, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 1986.
20. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Apontamentos de Direito Comercial, Curitiba, Juruá, 1998.
21. MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1981.
22. PAES, P.R. Tavares. Da Concorrência do Alienante do Estabelecimento Comercial. SP, Saraiva, 1980.
23. REVISTA DOS TRIBUNAIS, volumes 69, 151, 157, 167, 325 e 342.
24. CHIAVENATO, Idalberto, Teoria Geral da Administração, São Paulo: Makron Books, 1993.
25. CARRION, Valentin, Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho, 26ª Ed., Saraiva, 2001.
26. MARTINS, Sérgio Pinto, A Continuidade do Contrato de Trabalho, SP, Atlas, 2000.
27. NETO, Jorge; FERREIRA, Francisco Sucessão Trabalhista, SP, Ed. LTR, 2001.
28. FABRETTI, Láudio Camargo. Incorporação, Fusão Cisão e Outros Eventos Societários, SP, Atlas, 2001.