

FÁBIO LEANDRO TOKARS

**O RISCO EXCESSIVO NO TRESPASSE
DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL –
DESVIO DA FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Setor de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial ao título de Doutor em Direito das Relações Sociais.

**Orientadora: Professora Doutora Márcia
Carla Pereira Ribeiro**

CURITIBA


2002

TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO LEANDRO TOKARS

O RISCO EXCESSIVO NO TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL – DESVIO DA FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Setor de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof. Dra.  Marcia Carla Pereira Ribeiro

Prof. Dr. 

Prof. Dr. 

Prof. Dr. 

Prof. Dr. 

Ao meu pai, por ensinar tudo o que não cabe
nos livros e cursos.

À Professora Dra. Márcia Carla Pereira
Ribeiro, pela orientação sempre precisa.

À minha família, pelo carinho e apoio.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	01
1. TEORIA GERAL DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	06
1.1. Conceituação, desenvolvimento histórico e terminologia	06
1.2. Natureza jurídica	12
1.2.1. Teoria da personificação jurídica	12
1.2.2. Estabelecimento como objeto de direito	18
1.2.3. Universalidade de fato	19
1.2.4. Estabelecimento como propriedade incorpórea	23
1.3. Estabelecimento e patrimônio	26
1.4. Natureza mobiliária	32
1.5. Estabelecimento e empresa	37
1.6. Estabelecimento virtual	42
1.7. Estabelecimento agrário	43
1.8. Criação do fundo	46
1.9. Extinção do fundo	48
1.10. Pluralidade de estabelecimentos	51
1.11. Fundo de empresa em <i>shopping centers</i>	58
2. ELEMENTOS DO FUNDO DE EMPRESA	62
2.1. Considerações gerais	62
2.2. Bens móveis	67
2.3. Bens imóveis	68
2.4. Propriedade industrial	73
2.5. Nome empresarial	77
2.6. Título de estabelecimento	82
2.7. Ponto empresarial	87
2.8. Contratos	92
2.9. Clientela	96

2.10. Aviamento	101
2.11. Passivo	104
3. TRANSFERÊNCIA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	110
3.1. Noções gerais	110
3.2. Forma	112
3.3. Formalidades complementares	116
3.4. Valor	121
3.5. Pagamento fracionado do preço	125
3.6. O âmbito mínimo da transferência	126
3.7. Sucessão nos contratos de finalidade empresarial	133
3.8. Sucessão nos débitos materialmente vinculados ao fundo	137
3.9. Cessão de créditos	148
3.10. Possibilidade de declaração de ineficácia	150
3.11. A cláusula de não-restabelecimento	156
3.12. Arrendamento	162
3.13. Usufruto	167
3.14. Penhor	169
3.15. Penhora	171
3.16. Transferência <i>mortis causa</i>	174
3.17. Aporte do fundo em sociedade	175
3.18. Venda do estabelecimento na concordata e na falência	177
4. FUNDO DE EMPRESA NO DIREITO COMPARADO	179
4.1. Direito argentino	179
4.2. Direito português	185
4.3. Direito francês	190
4.3.1. Elementos	190
4.3.2. Alienação	197
4.3.3. Arrendamento	203
4.4. Direito italiano	204
4.4.1. Conceito	204
4.4.2. Alienação	207
4.6. Direito alemão	209

5. ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO BRASILEIRO	212
5.1. Considerações iniciais	212
5.2. A sucessão do passivo	215
5.2.1. A definição de débitos vinculados ao estabelecimento	221
5.2.2. A impropriedade da previsão de sucessão do passivo	227
5.3. A possibilidade de declaração de ineficácia	230
5.3.1. Limites de aplicação da declaração de ineficácia	234
5.4. Transferência dos contratos empresariais	240
5.4.1. A questão das garantias vinculadas ao contrato	241
5.5. Forma de publicidade do contrato	245
5.6. A contratação fracionada	247
5.7. Da necessidade de proteção ao vendedor	249
5.8. O desequilíbrio da tutela jurídica	253
CONCLUSÕES	256
BIBLIOGRAFIA	260

RESUMO

O contrato de trespasse de estabelecimento empresarial deveria ser incentivado em sua regulação jurídica. Afinal, a venda surge como vantajosa opção à liquidação, quando um determinado empresário não mais deseja explorar um fundo de empresa. Com esta operação, ganha o vendedor (que obtém usualmente preço maior do que o decorrente da venda fracionada dos elementos que integram a universalidade), ganha o adquirente (que diminui seus riscos por não ser obrigado a gerar o aviamento de um novo estabelecimento), ganham os trabalhadores (que desta forma podem manter seus empregos) e, por fim ganha o Estado (seja pelo recolhimento de tributos, seja pela manutenção do nível de atividade econômica). No Brasil, não havia regulação jurídica da operação de trespasse até a edição do novo Código Civil. Contudo, esta legislação se contrapõe à finalidade econômica do contrato. Impondo um excessivo risco às partes diretamente envolvidas (principalmente ao adquirente), a nova lei faz com que os empresários que a conheçam fujam desta modalidade negocial, com prejuízos evidentes a todos. Criaram-se regras que indevidamente impõem a sucessão do passivo do vendedor, que será assumido pelo adquirente do fundo, e que possibilitam a declaração de ineficácia da operação. De outro lado, não se considerou a necessidade de proteção das partes diretamente envolvidas no negócio. Enfim, desequilibrou-se a tutela jurídica, partindo da premissa da necessidade de proteção extrema aos direitos dos credores para, como resultado final, inviabilizar a utilização do trespasse como modalidade contratual sem que exista, como contrapartida, um efetivo incremento na efetividade da tutela dos interesses dos credores.

ABSTRACT

The contract of sale of a goodwill of trade should be incentivated in its legal regulation. After all, the sale appears as a profitable option to the liquidation, when an entrepreneur no longer wishes to explore a certain good will of trade. With this operation, the seller profits (because a better price can be obtained when selling the totality rather than fragmented selling of the pieces that comprehend the totality), the buyer profits (because the risks are diminished as there is no obligation of generating goodwill of a new enterprise), the workers profit (as their working positions can be maintained) and at last, the State profits (due to tax payments and to the maintenance of the level of economical activity). In Brazil, there was no legal regulation of this operation of sale until the publishing of the new Civil Code. However, this legislation is in an opposite position to the economical purpose of the contract. By imposing excessive risks to the parties involved (mainly to the buyer), the new law makes the entrepreneurs avoid this type of business, as there is evident damage to all parties. Rules have been created inappropriately, imposing the succession of liabilities of the seller that will be taken over by the buyer of the goodwill of trade and therefore, enabling the declaration of inefficiency of the operation. On the other hand, the necessity of protecting the parties involved in the business has not been considered. At last, the legal protection has not been balanced, when considering the need of extreme protection of the rights of the creditors. The final result is the avoidance of usage of the contract of sale as a contractual type, with no remarkable increase in the effectiveness of protection of the interests of the creditors.

INTRODUÇÃO

Para que qualquer atividade empresarial seja iniciada, haverá a necessidade de reunião de diversos elementos, de natureza corpórea e incorpórea. O empresário que pretenda desenvolver atividade de vendas em varejo deverá escolher um local, reunir um estoque inicial, adquirir e instalar o mobiliário necessário, criar e divulgar um título de estabelecimento atrativo à clientela, formalizar contratos de trabalho e empresariais, entre diversas outras providências.

Quando efetiva a reunião de todos os elementos necessários ao eficaz desenvolvimento da atividade empresarial, considera-se criado o estabelecimento empresarial, ou fundo de empresa, que é definido pelo art. 1.142 do novo Código Civil como *“todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”*.

O estabelecimento constitui-se em objeto de direito, com natureza de universalidade de fato. Assim, pode ser objeto de relações jurídicas, como a penhora, o arrendamento, o usufruto e, principalmente, o contrato de compra e venda, o qual é especificamente denominado de trespasse, em razão de seus efeitos jurídicos próprios.

O contrato de compra e venda de estabelecimento merece especial atenção do legislador em razão de aspectos dois contrapostos. De um lado, a operação pode se mostrar prejudicial aos credores do alienante, aos quais pode ser imposta uma drástica redução do ativo do devedor, já que o estabelecimento usualmente se configura como elemento de inegável relevância econômica na composição do patrimônio do empresário. Tal situação de risco ao credor, somada ao fato de ser a tutela do crédito essencial ao desenvolvimento das economias nacionais, conduz a uma abordagem inicial no sentido da necessidade de criação de regras restritivas sobre o negócio jurídico de trespasse.

Entretanto, de outro lado, há viés alternativo pelo qual o contrato deve ser analisado. Ocorre que o trespasse se constitui num inegável mecanismo jurídico de

efetivação do princípio da preservação da empresa. Afinal, o empresário que por qualquer razão decide por encerrar a exploração de sua atividade (ou da atividade desenvolvida em um de seus estabelecimentos, em caso de pluralidade dos mesmos) tem à sua frente duas opções, quais sejam a liquidação ou a alienação de seu fundo de empresa.

Para a economia, não restam dúvidas no sentido de que a segunda opção deve ser largamente incentivada, mostrando-se mais vantajosa sob qualquer ponto de análise. Cotejando-se a necessidade de tutela do crédito com a de preservação da empresa, não podem existir dificuldades no sentido da conclusão pela prevalência desta, seja porque desta forma garante-se a proteção de um interesse coletivo sobre um individual, seja porque os credores têm à sua disposição uma série de mecanismos específicos para a proteção de seus interesses. Assim, tem-se que a operação de trespasse deve ser protegida, e não combatida, pelo ordenamento jurídico.

Para o empresário que deseja encerrar sua atividade, a venda do estabelecimento é financeiramente mais compensadora do que a alienação fracionada dos bens que o integram, já que o valor do fundo de empresa pode ser muito superior à somatória dos valores individualmente atribuíveis aos bens que o compõem. Além disso, a venda do estabelecimento mostra-se mais simples, em sua unicidade, do que a realização de múltiplos negócios de compra e venda de cada um dos de seus elementos.

Para o empresário que adquire o fundo, não há dúvidas no sentido de que tal operação afasta grande parte dos riscos que incidem no caso de constituição de um novo negócio empresarial. Ademais, o mesmo pode mensurar o efetivo valor do fundo, em vista da clientela existente anteriormente à sua aquisição.

Para os trabalhadores, a venda do estabelecimento a um novo empresário poderá significar a manutenção de seus empregos, que evidentemente deixariam de existir em caso de liquidação do fundo.

Finalmente, para o Estado a operação também se mostrará mais vantajosa, já que esta seria uma entre tantas medidas necessárias à manutenção do emprego, além de gerar benefícios decorrentes da continuidade do recolhimento de tributos e da própria movimentação da economia.

Assim, não restam dúvidas no sentido de que a operação de trespasse deve ser não apenas regulada pelo direito, mas sim incentivada, mediante a construção de um mecanismo jurídico que a estimule por meio do oferecimento de segurança às partes envolvidas. Tal ocorreu, por exemplo, na França, onde este contrato foi regulado de maneira completa já em 1909, exigindo-se publicidade da operação e protegendo-se tanto o adquirente quanto o alienante em caso de descumprimento das obrigações pela outra parte.

Contudo, não é o que se deu no direito brasileiro. De início, porque até a edição do Código Civil de 2002, praticamente inexistia normatização sobre a matéria, seja no campo da regulação da transferência do fundo, seja no sentido da fixação das regras gerais atinentes à universalidade em si. O único dispositivo que cuida diretamente da alienação do estabelecimento empresarial é o presente no art. 52, VIII, do Decreto-lei 7.661/45. Tal norma prevê a possibilidade de declaração de ineficácia da operação de compra e venda do estabelecimento se o vendedor vier futuramente a entrar em estado falimentar. Para afastar os graves efeitos econômicos da declaração da ineficácia (consistentes no desapossamento do comprador para que o fundo de empresa passe a integrar a massa falida), deveria o comprador comprovar o enquadramento a uma das três excludentes previstas na própria norma (quais sejam o pagamento a todos os credores existentes ao tempo da operação, a existência de bens suficientes no patrimônio remanecente do vendedor para o pagamento destes credores ou a ausência de oposição dos credores, no prazo de 30 dias após a sua notificação pessoal).

Havendo tais excludentes, poderia surgir um entendimento apressado no sentido de que bastaria ao empresário precavido reunir previamente prova documental suficiente para que, na hipótese de futura declaração de falência do vendedor, demonstrasse o enquadramento a uma das três excludentes, afastando os efeitos da ação revocatória. Mas tal conclusão não resiste a uma análise mais acurada. Nos três casos, há a necessidade de o comprador do fundo de empresa ter ciência da exata lista de credores do alienante, o que, como veremos, se constitui numa precaução impossível se o vendedor tiver a intenção de ocultar determinados débitos. Não se esqueça que a boa-fé do comprador é irrelevante na ação revocatória fundada no art. 52 da lei falimentar. Ou seja: mesmo o mais precavido

dos compradores pode, na nada improvável hipótese de ocultação de débitos por parte do vendedor, ver-se desapossado de seu estabelecimento.

Por tal razão, a legislação aplicável ao trespasse anteriormente à edição do Código Civil era geradora de insegurança ao empresário comprador, que assumia elevados e indevidos riscos em decorrência do contrato. Se conhecesse efetivamente os riscos assumidos, o adquirente não formalizaria o negócio. Desconhecendo, tem sobre si a possibilidade da incidência de efeitos jurídicos negativos que podem levar até mesmo ao futuro encerramento forçado de suas atividades.

Com a tramitação do projeto do novo Código Civil, esperava-se que esta indevida abordagem normativa da matéria fosse reformada. E a expectativa neste sentido cresceu com a verificação da existência de um capítulo específico para o tratamento do estabelecimento empresarial, fato que até então não havia acontecido no direito brasileiro.

Mas, da análise da nova lei, surge inevitavelmente a decepção. Ao invés de aprimorar o tratamento jurídico da matéria, concedendo maior segurança aos contratantes, o Código Civil acabou por elevar exponencialmente os riscos do adquirente do fundo de empresa, acatando a falsa premissa da necessidade de tutelar ao extremo os interesses dos credores.

Tal afirmação decorre principalmente de duas normas. De um lado, o art. 1.145 repete a supramencionada regra do direito falimentar, estendendo seu âmbito de aplicação para além dos limites da declaração de falência do vendedor, possibilitando-se a declaração de ineficácia da venda do estabelecimento incidentalmente em qualquer modalidade de execução. Partiu-se de uma regra em si criticável, por presumir indevidamente a má-fé do adquirente do estabelecimento empresarial, para consagrá-la, tornando-a aplicável em qualquer relação de crédito.

De outro lado, consta do art. 1.146 que o comprador do fundo de empresa responde pelo passivo vinculado ao mesmo, inclusive sub-rogando-se exclusivamente na posição de devedor após um período determinado. Trata-se de evidente absurdo jurídico, decorrente de confusão entre sujeito e objeto de direito, e que gera dificuldades práticas de aplicação que serão analisadas cuidadosamente no momento oportuno.

Percebe-se que saímos de uma quase omissão normativa sobre a matéria (infelizmente excepcionada pelo art. 52, VIII, do Decreto-lei 7.661/45), para adentrar num estado de regulamentação imprópria, que impede materialmente a realização do negócio por empresários que sejam previamente informados quanto aos possíveis efeitos jurídicos do negócio, e que, desta forma, nega o princípio da preservação da empresa.

É este o contexto de análise da presente tese. Buscar-se-á neste trabalho o estudo da operação de trespasse do estabelecimento tomando-se como premissa a necessidade de incentivo e proteção a esta modalidade negocial, para, no campo concreto, tecer inevitáveis críticas à regulação jurídica da matéria no direito brasileiro.

Para tanto, o trabalho restou dividido em cinco capítulos seqüenciais. Partiu-se de dois capítulos de explanação genérica sobre o estabelecimento empresarial, para que se conheçam os pressupostos teóricos necessários aos momentos futuros de aplicação normativa, bem como os elementos integrantes da universalidade. Seguiu-se um terceiro capítulo dedicado especificamente ao negócio jurídico de transferência do fundo de empresa. Com isso, encerra-se a exposição da matéria com referência ao ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de iniciar a análise crítica dos dispositivos legais mencionados, contudo, fez-se necessária a construção de capítulo dedicado ao direito comparado, para que se pudesse perceber a existência de possibilidades diversas de regulação da matéria (bem como para se constatar que as opções mais severas do direito pátrio constituem-se em exceções em relação ao direito comparado). Finalmente, no quinto capítulo, procurou-se demonstrar concretamente a equivocidade do tratamento da matéria no direito brasileiro, demonstrando a necessidade de se incentivar o negócio jurídico do trespasse como medida de desenvolvimento da economia.

1. TEORIA GERAL DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

1.1. Conceituação, desenvolvimento histórico e terminologia

Como indicação inicial, pode-se afirmar que o estabelecimento empresarial é o complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, organizado pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade.

Como realidade econômica, o estabelecimento existe desde os primeiros estágios do desenvolvimento da mercancia como atividade organizada. Afinal, os antigos mercadores também realizavam a conjugação dos elementos necessários ao desenvolvimento de sua atividade. Por mais primitiva que se mostrasse a mercancia, a mesma dependia de um aparato instrumental, ainda que rústico, organizado pelo mercador. Desde a antigüidade, portanto, encontram-se remissões, ainda que indiretas, à matéria, segundo a exposição de Waldírio Bulgarelli:

“Historicamente, o estabelecimento possui um conceito bem antigo: os romanos já se referiam à taberna, encontrada no Digesto: segundo Valeri, a doutrina do estabelecimento foi fixada primeiro por Bartolo de Sassoferrato (no século XIV), e depois pelos pós-glosadores Baldo e Angelo Degli Ubaldi, Paolo di Castro, Pietro da Ancarano, Bartolomeu Socini. Os comercialistas italianos medievais, com base nas decisões do Tribunal das Rodas, usavam várias expressões, como mensa, taberna, mercatura, funcandum, merx, caracterizando-o já como um corpus universalis.”¹

Contudo, o estabelecimento empresarial mereceu a atenção do legislador somente no século XIX, quando inicialmente se fez referências genéricas ao conceito. Constitui-se o fundo de empresa categoria jurídica recente e, por isso mesmo, ainda em fase de evolução em muitos sistemas jurídicos, como o brasileiro. A primeira legislação específica sobre a matéria surgiu na França, em 1898, através da qual foram fixadas regras acerca da venda e do penhor do estabelecimento (embora a expressão *fonds de commerce* tivesse sido normativamente empregada

já em lei fiscal de 1872). Já em 1909 editou-se lei que tratou detalhadamente os negócios jurídicos envolvendo o fundo de empresa. Relevante também foi a regulação derivada do Código Civil italiano de 1942². No direito brasileiro somente foi definida uma normatização específica (ainda que lacunosa) acerca da matéria com o novo Código Civil.

Anteriormente à edição do novo Código Civil, o estabelecimento era tratado apenas de maneira indireta. A primeira menção normativa ao instituto consta do Código Comercial de 1850, no sentido de que *“o filho maior de 21 (vinte e um anos), que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis.”*

Já o Código Civil de 1916, no art. 9º, §1º, V, considera emancipado o menor que, com emprego de economias próprias, constitui estabelecimento comercial ou industrial. Posteriormente, com a edição da legislação falimentar, o negócio jurídico de venda do estabelecimento passou a ser indiretamente regulado, por normas que consideraram o negócio, em determinadas condições, como hipótese de presunção de insolvência, e que prevêem a possibilidade de declaração de ineficácia da operação frente à massa falida.

No direito pátrio, têm sido indistintamente utilizadas as expressões estabelecimento comercial, estabelecimento empresarial, fundo de comércio, fundo mercantil, fundo de empresa, negócio comercial ou casa de comércio. Não é incomum a referência ao termo italiano *azienda*, à expressão francesa *fonds de commerce*, aos termos alemães *Geschäft* ou *Handelsgeschäft*, às designações inglesas e norte-americanas *goodwill* ou *goodwill of a trade*, ou às expressões espanholas *hacienda*, *establecimiento comercial* ou *fondo de comercio*.

Com a edição do novo Código Civil, que substituiu (ainda que com diversas limitações) o sistema da comercialidade pelo da empresariedade, temos que deve-se utilizar preferencialmente as expressões que não se refiram aos termos comercial ou mesmo mercantil (este referente a um estágio ainda mais antigo deste ramo do

¹ Sociedades Comerciais: Empresa e Estabelecimento, p. 50.

² Embora Oscar Barreto Filho faça menção a passagens do Digesto e a antigas referências doutrinárias: “Em ensaio publicado nos *Studi per Vivante*, expõe Valeri que a doutrina do estabelecimento comercial fora de primeiro fixada por Bartolo de Sassoferrati (século XIV) e depois

Direito), procurando-se homenagear as expressões indicativas da empresariedade, ainda que a tradição constitua-se em considerável força de inércia. Assim, no desenvolvimento do presente trabalho, utilizaremos prioritariamente as expressões estabelecimento empresarial e fundo de empresa.

Neste contexto, contudo, vale destacar que não adotamos a orientação recentemente trazida por Fábio Ulhoa Coelho, que procurou distinguir as expressões estabelecimento empresarial de fundo de empresa, nos seguintes termos:

“Registro que não é correto tomar por sinônimos ‘estabelecimento empresarial’ e ‘fundo de empresa’. Este é um atributo daquele; não são, portanto, a mesma coisa. Precise-se: o estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para explorar uma atividade econômica, e o fundo de empresa é o valor agregado ao referido conjunto, em razão da mesma atividade.”³

Embora na França e na Inglaterra já se tenha estabelecido significações particulares para o fundo de comércio, atualmente esta modalidade de distinção, no direito brasileiro, não encontra amparo normativo ou qualquer relevância material. Assim, pode ser estabelecida uma sinonímia entre as expressões. A revogada lei de luvas, inclusive, fazia menção ao fundo de comércio com a exata significação de estabelecimento empresarial. Já o novo Código Civil refere-se exclusivamente a estabelecimento empresarial, sem que, entretanto, tenha fixado alguma significação diversa para a expressão fundo de empresa.

A utilização da expressão fundo de empresa (ou de comércio, no contexto de sua obra, que é anterior à adoção dos preceitos do direito de empresa) é afastada por João Eunápio Borges, para quem a mesma poderia ser confundida com o conceito de fundo de negócio, que significa o conjunto dos bens remanescentes da liquidação⁴. De outro lado Fran Martins defende exatamente o oposto, difundido o emprego da expressão fundo de comércio (ou de empresa), para que não haja

desenvolvida por obras dos pós-glosadores: Baldo e Angelo degli Ubaldi, Paolo di Castro, Pietro da Ancarano, Bartolomeo Socini e outros” (Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 63).

³ Curso de Direito Comercial, vol. 1, p. 93.

⁴ “Por influência do francês, introduziu-se entre nós, como sinônimo de estabelecimento comercial, a expressão fundo de comércio. É pouco empregada, porém. Dela aliás não temos necessidade e é inconveniente pela confusão natural a que se presta devido ao significado corrente da expressão fundo de negócio. Fundo de negócio, correspondente ao que na França se denomina fonds de boutique, é o que resta do estabelecimento comercial em liquidação (Curso de Direito Comercial Terrestre, pp. 284-285). Não acreditamos, porém, na possibilidade de confusão, seja pelo fato de haver se intensificado o uso da sinonímia, seja porque a expressão fundo de negócio tem parca

confusão com o sentido de casa comercial⁵. Além disso, esta teria sido a expressão primeiramente utilizada pelo legislador, já na edição da lei de luvas.

Oscar Barreto Filho acrescenta ainda outra peculiaridade com referência às formas de denominação do fundo de empresa. Segundo o seu escólio⁶, há divergência de significação entre as expressões fundo de comércio e fundo de negócio. A utilização daquela seria possível quando houvesse o efetivo exercício da atividade empresarial, enquanto que o uso desta estaria reservado à hipótese de cessação da empresarialidade, sendo o fundo de negócio formado pelos elementos remanescentes do já inexistente fundo de comércio (ou, atualizando-se a expressão, fundo de empresa).

Ainda no campo terminológico, é relevante esclarecer que não se mostra oportuna a importação da distinção entre os termos *azienda* e *stabilimento*, efetivada por alguns autores italianos, como Rotondi e Mossa, pela qual o estabelecimento teria vinculação com o local onde as atividades são desenvolvidas. No direito brasileiro, a noção de local está vinculada ao ponto comercial, não se mostrando correta tal forma de distinção, embora haja antigas referências neste sentido tanto na jurisprudência⁷ quanto na doutrina⁸.

Para além destas questões, que não consideramos relevantes em razão da desatualidade dos fundamentos em vista dos atuais dispositivos sobre a matéria, reafirmamos nosso posicionamento de que as expressões estabelecimento empresarial e fundo de empresa podem ser usadas indistintamente, sem que existam razões para dar prevalência a uma delas.

utilização no direito brasileiro. Daí porque afirmamos ser possível considerar equivalentes as expressões estabelecimento empresarial e fundo de empresa.

⁵ *“Empregamos contudo a designação fundo de comércio pela generalização que vem tendo em todo o mundo e porque o Dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, que regula as condições e processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais e industriais – um dos elementos mais destacados do fundo de comércio, ou seja a propriedade comercial – e ela fez referência especial, destacando que ‘o valor incorpóreo do fundo de comércio se integra em parte no valor do imóvel’. Tem, contudo, a expressão por nós usada o mesmo significado de estabelecimento comercial, preferida pelos autores citados. Outro motivo porque preferimos a designação fundo de comércio é o fato de estabelecimento comercial poder confundir-se, como geralmente acontece na prática, com a casa comercial. Podendo ser a casa comercial não apenas o prédio em que o comerciante se localiza como, igualmente, a empresa comercial, a confusão se faz facilmente, sendo muitas vezes difícil saber-se quando é empregada em um ou outro sentido. Por tal razão, achamos mais apropriado o emprego da expressão fundo de comércio em vez de estabelecimento comercial.”* (Curso de Direito Comercial, p. 328)

⁶ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 141.

⁷ RT 307/291.

⁸ Texto publicado por Paulo de Freitas em RT 315/465-470.

Materialmente, o estabelecimento está relacionado ao perfil patrimonial da empresa, na noção de Asquini⁹. Entre outros aspectos, cumpre ao empresário reunir os bens necessários ao desenvolvimento da atividade pelo mesmo pretendida. Afinal, para além da realidade contratual da sociedade e do carácter organizacional da empresa, está uma base material necessária à prática da atividade empresarial. Para que se possibilite a criação de uma livraria, por exemplo, não basta a existência de um contrato social, ou o trabalho do empresário. Necessária se faz a reunião de elementos corpóreos e incorpóreos, que vão desde o estoque e o mobiliário, até a realização de contatos específicos e a criação de um título de estabelecimento. A esta base material necessária ao desenvolvimento da atividade empresarial está ligada a noção material de estabelecimento comercial.

Daí surge a clássica conceituação de Carvalho de Mendonça, pela qual estabelecimento comercial (ou industrial) é o *“complexo de meios materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio”*¹⁰. Waldemar Ferreira assim definiu que o estabelecimento é *“a universalidade de bens constituintes do organismo por via do qual o comerciante exercita sua função medianeira entre a produção e o consumo”*¹¹. De maneira mais abrangente, afirma João Eunápio Borges que *“para o exercício do comércio, mesmo rudimentar e modesto, três coisas são necessárias ao comerciante: capital, trabalho e organização. Ao conjunto destas coisas que servem ao comerciante para a prática de sua profissão é que se denomina estabelecimento comercial”*¹².

No âmbito do direito comparado, é sempre destacável, pela importância de sua obra para a compreensão do tema, a definição proposta por Albert Cohen: *“uma universalidade móvel composta principalmente de elementos incorpóreos, acessoriamente de elementos corpóreos e destinada ao exercício de uma profissão*

⁹ Asquini percebeu que o fenômeno da empresa não apresenta uma noção única em suas repercussões jurídicas, apresentando-se como uma realidade poliédrica, em face de seus aspectos mais relevantes para o direito. Elencou, então, os quatro perfis da empresa, quais sejam:

- a) subjetivo: decorre da própria noção legal de empresário, buscando a identificação do sujeito de direito que desenvolve a atividade empresarial;
- b) funcional: refere-se à atividade profissional efetivada para a obtenção dos resultados pretendidos;
- c) patrimonial: busca a identificação e a tutela do estabelecimento subjacente à empresa; e
- d) corporativo: regulamenta a relação havida entre o empresário e os seus diversos colaboradores no desenvolvimento da atividade empresarial.

¹⁰ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. V, parte I, n. 11 e nota 2.

¹¹ Tratado de Direito Comercial, vol VI, p. 1.217.

comercial sem caráter público”¹³. E ainda, pelo alcance de seu enunciado, cumpre repisar as palavras de Jean Guyénot:

*“O fundo de comércio e de indústria pode ser definido como uma entidade jurídica, composta de elementos orgânicos que o comerciante reúne em suas mãos, em vista da constituição de uma clientela necessária a uma exploração comercial ou industrial. Estes elementos são de ordem material – mercadorias, mobiliário, ferramentas – e de ordem incorpórea – nome comercial, insígnia, direito ao aluguel, patente, marcas de fábrica, desenhos e modelos.”*¹⁴

E a conceituação dos autores modernos não se afasta das palavras dos comercialistas clássicos, nem da primeira definição legal de estabelecimento no direito brasileiro, constante do art. 1.142 do novo Código Civil: *“considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária”*.

Como oportuna síntese conclusiva acerca da caracterização do fundo de comércio, é referível o quadro levantado por Oscar Barreto Filho:

*“Nesta conformidade, parece lícito admitir, segundo o consenso geral, que o estabelecimento comercial: 1º, é um complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem os instrumentos de trabalho do comerciante, no exercício de sua atividade produtiva; 2º, não se configura como o complexo de relações jurídicas do comerciante, no exercício do comércio, e, portanto, não constitui um patrimônio comercial distinto do patrimônio civil; 3º, é formado por bens econômicos, ou seja, por elementos patrimoniais, sendo duvidoso se compreende elementos pessoais; 4º, é uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária que lhe é dada pela vontade do comerciante; 5º, apresenta um caráter instrumental em relação à atividade econômica exercida pelo comerciante.”*¹⁵

Tais características merecem melhor reflexão nas seções seguintes, em que se procurará construir uma teoria geral sobre o estabelecimento empresarial no direito brasileiro, considerando-se também as disposições presentes no novo Código Civil.

¹² Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 283.

¹³ Théorie Générale du Fonds de Commerce, p. 10. Tradução nossa do seguinte texto: *“On peut selon nous définir le fonds de commerce comme étant une universalité mobilière composée principalement d’éléments incorporels, accessoirement d’éléments corporels et servant à l’exercice d’une profession commerciale sans caractère public.”*

¹⁴ Cours de Droit Commercial, p. 303. Tradução nossa do seguinte texto em francês: *“Le fonds de commerce et d’industrie peut être défini comme une entité juridique, composée d’éléments organiques que le commerçant réunit dans sa main, en vue de constituer une clientèle nécessaire à une exploitation commerciale ou industrielle. Ces éléments sont à la fois d’ordre matériel – marchandises, mobilier, outillage – et d’ordre incorporel – nom commercial, enseigne, droit au bail, brevets, marques de fabrique, dessins et modèles.”*

1.2. Natureza jurídica:

Tratando-se o estabelecimento de uma realidade com existência distinta da dos elementos que a compõem, e que, embora reconhecida pelo Direito, nem sempre foi regulada de maneira satisfatória, surgiu vasta discussão quanto à sua natureza jurídica.

Atualmente, em vista do desenvolvimento de uma melhor compreensão sobre a matéria, consolidou-se a noção de que o estabelecimento constitui-se em universalidade de fato. Desta forma, ainda que na doutrina encontrem-se estudos aprofundados sobre o tema, consideramos que tal âmbito de análise não mais se faz pertinente, sendo relevante apenas uma exposição acerca dos fundamentos mais elementares da evolução do debate, fazendo-se breve referência sobre as principais escolas.

1.2.1. Teoria da personificação jurídica:

A primeira questão a ser enfrentada pelos doutrinadores, principalmente em época anterior à normatização do instituto, diz respeito à personificação ou não do estabelecimento, já que no campo comercial não são poucas as ocasiões em que o estabelecimento é tratado como sujeito de direito, embora seja manifestamente equivocado tal entendimento.

A confusão decorre principalmente da maneira como o estabelecimento é comumente tratado no mundo empresarial. Confundido na prática comercial com o conceito de empresa, acaba-se por atribuir-lhe todos os perfis da empresa, inclusive a existência de uma personalidade jurídica, para que se possibilite a assunção de direitos e deveres. Tal noção acaba ainda por ser reforçada pelo fato de o estabelecimento poder conter um elemento próprio de identificação (título de estabelecimento), bem como por ser usual nos contratos de compra a venda de fundo a existência de cláusula pela qual o adquirente assume a responsabilidade

¹⁵ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 75.

pelo pagamento dos débitos materialmente vinculados ao fundo. Confundindo impropriamente os conceitos do direito empresarial, o empresário acaba por atuar no campo comercial acreditando ser o estabelecimento uma universalidade autônoma, dotada de personalidade própria.

Mas, no âmbito jurídico, tal confusão não se mostra possível. De início porque, como veremos no momento oportuno, os conceitos de empresa e estabelecimento são absolutamente inconfundíveis. De outro lado, pelo fato de que a personalidade jurídica (embora haja vasta discussão doutrinária neste aspecto) pode ser considerada como uma concessão legal, não constando do art. 16 do Código Civil de 1916 (ou do art. 44 do novo Código Civil) o estabelecimento como ente dotado de personalidade jurídica.

Assim, no âmbito do direito brasileiro o estabelecimento não se enquadra na categoria de sujeito, mas sim na de objeto de direito. E tal orientação não destoia das premissas do direito italiano sobre a matéria, conforme se pode concluir das afirmações de Tulio Ascarelli:

“Econômica e contabilmente este conjunto de instrumentos destinados ao exercício do comércio está quase personificado, dizendo-se que o estabelecimento tem empregados, compra, vende, goza de crédito.

Juridicamente é, ao contrário, óbvio que o estabelecimento não é nem pode ser sujeito de direito; sujeito de direito, ou seja, titular de várias relações jurídicas, é o comerciante, isto é, o titular do estabelecimento.”¹⁶

Contudo, principalmente no direito alemão mostrou-se relevante a opinião de doutrinadores de peso, que num momento inicial atribuíram personalidade jurídica ao *Handelsgeschäft*. Tal posicionamento mostra-se compreensível numa realidade jurídica em que apenas os tipos societários mais complexos são dotados de personalidade jurídica (dualismo). Tal ordem de restrição legal, somada ao fato de que a limitação da responsabilidade do empresário é um corolário lógico da personificação jurídica (da sociedade, do estabelecimento ou de qualquer outra realidade que se torne titular de um patrimônio próprio responsável pelas obrigações

¹⁶ Introducción al Derecho Comercial, pp. 120-121. Tradução nossa do seguinte texto original: *“Económicamente y contablemente este conjunto de instrumentos destinados al ejercicio del comercio está casi personificado, y se habla del establecimiento que tiene empleados, que compra, que vende, que goza de crédito. Jurídicamente es, en cambio, obvio que el establecimiento no es ni puede ser sujeto de derecho; sujeto de derecho, es decir, titular de varias relaciones jurídicas, es el comerciante, esto es, el titular del establecimiento.”*

contraídas), tornou bem-vinda esta corrente, liderada por Endemann¹⁷. Vale, neste sentido, suporte na exposição de Karsten Schmidt:

*“Já no século XIX intentou-se declarar o estabelecimento de comércio ou a “Firma” como pessoa jurídica. Durante a vigência do ADHGB, esta teoria encontrou em Endemann um defensor destacado e, em 1881, von Völlderndorff expressou que o negócio era um sujeito de obrigações ligadas à intermediação. Considerando-se pessoa jurídica ou não, Endemann colocou em voga a idéia de que ‘o negócio tem sua própria vida. O negócio tem seu próprio caráter e movimento, que de nenhuma maneira depende só do proprietário. Os auxiliares e o dirigente dedicam seus esforços ao negócio, e não à pessoa daquele. O negócio toma para si o comerciante, e não o contrário. O próprio negócio, e não o comerciante, determina na maioria dos casos a propensão dos terceiros a contratar com o mesmo. O verdadeiro titular do crédito é o negócio’. Esta teoria, que aponta necessidade jurídicas de fato e conceitos ligados à intermediação, encontra dificuldades para enfrentar os dogmas gerados a respeito da capacidade e da personalidade jurídica.”*¹⁸

Outros autores, como Bekker, tornaram superada esta concepção, ao admitir a possibilidade de qualificação do estabelecimento como um patrimônio separado. Desta forma, o comerciante (sujeito de direito), poderia ser titular de mais de um estabelecimento, cada qual responsável pelas dívidas específicas (civis ou comerciais), por ser considerado como patrimônio separado. Embora não possamos concordar com tal posicionamento (por ofender ao princípio da unicidade patrimonial, além de se constituir em potencial mecanismo para o cometimento de fraudes), o mesmo tornou superada a idéia da personificação jurídica do estabelecimento no direito germânico.

De qualquer forma, nenhuma das duas teorias encontrou amparo no campo normativo, mesmo na Alemanha, cujo ordenamento jurídico não autorizou nem a

¹⁷ “Segundo uma delas [teorias sobre a natureza jurídica do estabelecimento], de origem germânica, devida sobretudo a ENDEMANN, o estabelecimento comercial goza de uma espécie de personalidade jurídica. É sujeito e não objeto de direito. Criado pelo proprietário, o estabelecimento adquire vida própria e autônoma. Os bens e direitos, cujas organização deu origem ao estabelecimento, passam a pertencer a este e não ao proprietário que, também ele, sujeito ao estabelecimento, decai de sua qualidade de dono para transformar-se apenas no primeiro empregado do estabelecimento” (BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 306).

¹⁸ Derecho Comercial, p. 82. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: “Ya en el siglo XIX se realizaron intentos de declarar al establecimiento de comercio o a la ‘Firma’ como personas jurídicas. Durante la vigencia del ADHGB, esta teoría encontró en Endemann un defensor destacado y, en 1881, von Völlderndorff expresó que el negocio era un sujeto de relaciones ligadas al tráfico. Sea que se la considere persona jurídica o no, en todo caso con Endemann se puso en voga la idea de que ‘el negocio tiene su propia vida. El negocio tiene su propio carácter y movimiento, que de ninguna manera depende sólo del propietario. Los auxiliares y aun el principal dedican sus esfuerzos al negocio y no a la persona de aquél. El negocio atañe al comerciante, y no al revés. El propio negocio, y no el comerciante, determina en la mayoría de los casos la propensión de los terceros a tratar con él. El verdadero titular del crédito es el negocio’. A esta teoría, que apunta a las necesidades jurídicas

personificação jurídica do estabelecimento nem o reconhecimento da existência de massas patrimoniais distintas. Desta forma, a teoria da personificação, naquele momento, cuidava-se apenas de especulação doutrinária, merecedora de inúmeras críticas, ao ponto de ter sido qualificada como “*Frankstein jurídico*” por João Eunápio Borges¹⁹. Vale destacar que atualmente o direito alemão apresenta uma regulamentação jurídica diferenciada sobre o fundo de comércio, identificando-o com a noção de empresa, que, no direito germânico, encontra conceituação jurídica própria.

Mais recentemente, o direito português trouxe novamente à luz a questão da personificação jurídica do estabelecimento. Portugal foi mais um dos países europeus a instituir um regime de responsabilidade limitada ao empresário individual, seguindo a determinação contida na XII Diretiva da Comunidade Econômica Européia.

Tal Diretiva nasceu como mecanismo de combate ao fato de o empreendedor ser naturalmente compelido a buscar um sócio para a o desenvolvimento da atividade empresarial. E a presença do segundo sócio não decorre da necessidade de busca pelo aporte de recursos financeiros, ou de agregação de conhecimentos específicos (fatos que deveriam orientar a busca por sócios), mas sim para que seja afastado o regime de responsabilidade pelas dívidas empresariais imposto ao empresário individual. Este, não sendo dotado de personalidade jurídica, responsabiliza todo o seu patrimônio pessoal em face das dívidas empresariais, num regime de responsabilização que se mostra tão arriscado que desestimula a atividade empresarial de natureza individual. Assim, acaba o empreendedor por buscar, ainda que contra a sua vontade, um sócio, para que assim possa constituir uma sociedade empresária, a qual, dotada de personalidade jurídica, possui patrimônio próprio, que responderá pelo pagamento das dívidas empresariais, num regime jurídico muito menos arriscado ao empreendedor. Assim, na Europa, a maioria dos países adaptou sua legislação, a partir de meados da década de 1980 (e principalmente após a edição da XII Diretiva, em 1989), passando a admitir a criação de sociedades personificadas constituídas por apenas um empreendedor, de

de hecho y a conceptos ligados al tráfico, se le hace naturalmente difícil enfrentar los dogmas que se iban generando respecto de la capacidad y de la persona jurídicas.”

¹⁹ Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 306.

forma que este deixa de ser compelido a buscar um sócio para gozar dos claros benefícios decorrentes da limitação da responsabilidade.

Esta solução, embora economicamente necessária como forma de estímulo à empresariedade, tornou-se criticada por parte da doutrina, que entendeu ser inviável a deturpação do conceito de sociedade, que se trata de uma realidade contratual e pluripessoal por natureza, para atender aos interesses econômicos do empreendedor.

E é em atenção tanto a estas críticas quanto às premissas econômicas que levaram à elaboração da Diretiva, que o direito português construiu caminho inovador, atribuindo personalidade jurídica ao estabelecimento individual (criado e mantido por apenas um empreendedor). De fato, pelo Decreto-lei 248, de 25 de agosto de 1986, foi regulamentado o estabelecimento individual de responsabilidade limitada – EIRL, cujos contornos basilares estão estabelecidos no art. 1º do Decreto-lei, *in verbis*:

- “Art. 1º. Disposições preliminares. – 1. Qualquer pessoa singular que exerça ou pretenda exercer atividade comercial pode constituir para tanto um estabelecimento individual de responsabilidade limitada.*
2. O interessado afetará ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada uma parte de seu patrimônio, cujo valor representará o capital inicial do estabelecimento.
3. Uma pessoa só pode ser titular de um único EIRL”.

Tal determinação pode ser considerada como um grande avanço na estruturação do direito societário, principalmente porque apresentou um caminho curto para a personificação jurídica da empresa, intentada por muitos doutrinadores (no Brasil, podemos referir como defensor da idéia Romano Cristiano²⁰). Contudo, deve-se ressaltar que a personificação do estabelecimento não se transformou em regra geral no direito lusitano, mas sim em forma especial de regulação de uma situação específica, pela qual se possibilitou a limitação da responsabilidade do empresário individual. Para além desta âmbito, o fundo de comércio lá continua sendo um objeto, e não sujeito, de direito.

Neste campo, ainda é referível a posição de Valéry²¹, que, buscando solução à já mencionada questão da busca pela limitação da responsabilidade do

²⁰ Na obra *Personificação da Empresa*, em que a atribuição de personalidade à empresa se dá de maneira mais abrangente, indo além da simples atribuição de personalidade ao estabelecimento.

²¹ Referida por Oscar Barreto Filho (*Teoria do Estabelecimento Comercial*, p. 83)

comerciante na virada entre os séculos XIX e XX, atribuiu personalidade jurídica ao fundo de comércio, distinguindo-o, entretanto, do estabelecimento comercial, que seria objeto de direito.

Contudo, embora com os apontamentos em contrário acima referidos, tem-se que a atribuição de personalidade jurídica do estabelecimento não tem sido admitida no campo normativo, já que a personificação é atribuída ao empresário coletivo (sociedade empresária), que se constitui no perfil subjetivo da empresa, e não ao estabelecimento, que se constitui em seu perfil objetivo. Ademais, não se pode olvidar que a personalidade jurídica pode ser compreendida como atribuição legal, não se podendo, desta forma, inferir sua existência se o legislador não a atribuiu de forma expressa. Neste sentido vale destacar a observação de Marcelo Bertoldi:

“A primeira teoria, chamada de teoria da personalidade jurídica do estabelecimento, capitaneada por Endemann, considera o estabelecimento como sujeito de direito distinto e autônomo em relação ao comerciante, ou seja, trata-se o estabelecimento de uma pessoa jurídica independente, que conta com patrimônio próprio, de maneira que as dívidas do estabelecimento não são suportadas pelo comerciante, mas tão-somente pelos elementos do próprio estabelecimento – entidade autônoma e independente. Esta teoria não é aceita em nosso ordenamento jurídico, pois, segundo o art. 16 do CC, somente são consideradas pessoas jurídicas de direito privado as fundações particulares, as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as sociedades mercantis, sem que se faça menção ao estabelecimento empresarial.”²²

Indo além, tem-se que não se mostra viável cogitar de uma hipotética alteração normativa, para que seja atribuída personalidade ao estabelecimento de maneira geral, como mecanismo de aproximação à tese de personificação jurídica da empresa. Em linhas gerais, tal alteração de regime jurídico não se mostra oportuna, seja por significar confusão entre diferentes perfis da empresa (subjetivo e objetivo), que devem ser sujeitos a regimes jurídicos próprios, seja porque a atribuição de personalidade simplesmente ao estabelecimento pode significar um mecanismo de facilitação ao cometimento de fraudes patrimoniais (vinculando-se a assunção de débitos a um estabelecimento sem lastro suficiente ao seu pagamento).

Assim, deve-se reafirmar que no direito brasileiro, assim como de maneira geral no direito comparado, o estabelecimento é tratado como objeto de direito, e não como sujeito, sendo desta forma uma universidade à qual não se atribui personalidade jurídica.

²² Curso Avançado de Direito Comercial, vol. 1, pp. 113-114.

1.2.2. Estabelecimento como objeto de direito:

Os doutrinadores têm massivamente alocado o estabelecimento no campo dos objetos de direito. Exceções referíveis estão nas obras de Carrara, que não o considera nem sujeito nem objeto de direito, mas sim um negócio jurídico, bem como de Tulio Ascarelli, que adota a mesma orientação com as seguintes palavras:

“Em realidade é conveniente, a meu entender, reconhecer que o estabelecimento não constitui um objeto autônomo de direito, e que os objetos de direito são somente os objetos particulares que o compõem. A unidade do estabelecimento é meramente econômica, e neste sentido muitos falam em universitas facti; sua importância se revela, apesar da interpretação de algumas disposições legais, como as recordadas há pouco, na dos negócios jurídicos.”²³

Mas, no âmbito do direito brasileiro, tais considerações mostram-se inaplicáveis, seja porque o estabelecimento de há muito é considerado como objeto do contrato de trespasse, seja porque a necessidade de se recorrer à orientação doutrinária para se chegar a tal constatação esvai-se com a edição do novo Código Civil, cujo art. 1.143 deixa claro trata-se o estabelecimento de um objeto de direito.

O estabelecimento se constitui em um bem integrante do patrimônio do empresário, tendo merecido tutela específica não só para a regulação de sua venda, mas também para abranger outros negócios jurídicos e mesmo a sua indenização, em caso de desapropriação. Surge sem maiores dificuldades, assim, a conclusão no sentido de ser o estabelecimento um objeto de direito.

Contudo, a complexidade imanente ao fundo de empresa fez com que a doutrina não se contentasse simplesmente em alocar o estabelecimento no âmbito dos objetos de direito, de forma que muito se escreveu no campo de sua natureza jurídica específica, construindo-se um caminho que passa por diversas teorias, sendo abordadas as principais a seguir.

²³Introducción al Derecho Comercial, p. 127. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: *“En realidad es conveniente, a mi entender, reconocer que el establecimiento no constituye un objeto autónomo de derecho, y que los objetos de derecho son solamente los objetos particulares que lo componen. La unidad del establecimiento es meramente económica, y en este sentido muchos hablan de universitas facti; su importancia se pone precisamente de manifiesto, además de la interpretación de algunas disposiciones de ley, como las recordadas hace poco, en la de los negocios jurídicos.”*

1.2.3. Universalidade de fato:

Do mundo fático extraem-se duas características dos estabelecimentos empresariais, quais sejam a multiplicidade de elementos e a sua integração em decorrência de sua finalidade econômica. Não se pode cogitar, inicialmente, de um estabelecimento formado por apenas um determinado bem. Por mais relevância econômica que este possa ter, tal como pode ocorrer com um ponto, uma marca ou um contrato de franquia, o mesmo, em si, não possibilitará o desenvolvimento de atividade empresarial, razão pela qual não pode ser considerado como sendo o próprio estabelecimento. Ainda que se mostre de extrema simplicidade a atividade desenvolvida, sempre haverá a necessidade de reunião de diversos elementos de natureza distinta para que possa ser desenvolvida materialmente a empresariedade. Daí decorre a característica da multiplicidade de elementos, que, como reafirmamos, é inerente a qualquer fundo de empresa.

De outro lado, os bens que o compõem estão afetados para uma mesma atividade empresarial. Afinal, o vínculo que os une é a destinação, de forma que, conforme analisamos com mais propriedade em seção específica, o critério base de verificação quanto à integração ou não de um elemento ao fundo de empresa é a verificação quanto à sua afetação à atividade empresarial. Assim, os elementos integrantes do estabelecimento estão economicamente vinculados entre si, estando todos afetados à atividade empresarial.

Contudo, em que grau esta inegável vinculação econômica acarreta uma aproximação jurídica, de forma que esta reunião de bens seja identificada como realidade autônoma e distinta de seus elementos? Tal questão tem sido enfrentada há décadas, encontrando-se ainda divergências²⁴, porquanto algumas teorias sejam mais aceitas, principalmente em face do direito positivo de cada país.

²⁴ Segundo Rubens Requião, *“essa bizarra figura jurídica, que é formada de bens que, unidos, dão em seu conjunto nascimento a um novo bem, como já se acentuou, tem desafiado a argúcia dos juristas para enquadrá-la nas tradicionais categorias jurídicas. Alguns, como Jean Escarra, preferem ensinar que a verdadeira natureza jurídica do fundo de comércio não se encontra ainda esclarecida”* (Curso de Direito Comercial, vol. 1, p. 204).

No Brasil, a corrente mais aceita busca identificar no estabelecimento uma universalidade de fato, visto ser inasfatável a existência de um conjunto de elementos que, integrados, dão ensejo ao surgimento de uma nova realidade material, que é a do estabelecimento, reconhecível como objeto do contrato de trespasse e para outros fins jurídicos. Neste sentido vem a lição de Oscar Barreto Filho:

“Ora, a destinação unitária, dada pela vontade do titular a um conjunto de coisas ou bens, que se encontram no seu patrimônio, traduz-se pelo conceito de universitas, ou, mais precisamente, pelo de universalidade de fato. A relevância que o direito atribui ao complexo de bens, em determinadas relações jurídicas, fazem-no um objeto de direito distinto das coisas singulares que o compõem, sendo disciplinado por normas peculiares.”²⁵

A aceitabilidade do enquadramento do estabelecimento à categoria de universalidade de fato é a regra entre os doutrinadores brasileiros clássicos. Adotam tal posição, entre diversos outros, Carvalho de Mendonça²⁶, Waldemar Ferreira²⁷ e João Eunápio Borges²⁸, em opinião que se mostra harmônica com os estudiosos da matéria no direito estrangeiro. Assim encontramos a lição de Escarra, que afirma que *“a maioria dos autores e das decisões enquadram o fundo de comércio como universalidade e, como esta universalidade não comporta um passivo transferível, dizemos que se trata de uma universalidade de fato, e não de uma universalidade de direito.”*²⁹

E, ainda no campo do direito comparado, não se pode deixar de referir a clássica lição de Giuseppe Ferri:

“A destinação a uma função unitária dos diversos bens é obra da vontade do empreendedor: dela depende essencialmente a reunião econômica dos vários bens e sobre a mesma se embasam os efeitos jurídicos que á reunião econômica estão vinculados. O estabelecimento regressa portanto, com características próprias, na categoria das universalidades de fato, e não na de universalidade de direito, e se coloca no mesmo plano da universalidade mobiliária, diferenciando-se desta pela heterogeneidade dos elementos dos quais resulta.”³⁰

²⁵ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 99.

²⁶ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. V, 1ª parte, p. 19.

²⁷ Tratado de Direito Comercial, vol. VI, p. 51.

²⁸ Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 316.

²⁹ Cours de Droit Commercial, p. 175. Tradução nossa do seguinte original em francês: *“La majorité des auteurs et des décisions envisage le fonds de commerce comme une universalité et, comme cette universalité ne comporte pas de passif transmissible, on dit que c'est une universalité de fait, et non une univesalité de droit.”*

³⁰ Manuale di Diritto Commerciale, p. 196. Tradução nossa do seguinte texto em italiano: *“La destinazione ad una funzione unitaria dei diversi beni è opera della volontà dell'imprenditore: da*

Para além desta percepção, Otávio Mendes³¹ (entre os brasileiros, já que a tese tem maior aceitação no contexto de outros sistemas jurídicos) procura vislumbrar o estabelecimento como uma universalidade de direito, a qual foi assim definida por Plácido e Silva: *“a universalidade de direito (universitates juris) é aquela em que a universalização de coisas é estabelecida pela própria lei, que a submete a regime especial e distinto a que estão sujeitos, individualmente, os bens e direitos, que a compuseram. Nesta espécie encontramos a herança, a massa falida.”*³²

Tal aceção tem sido afastada pela doutrina pátria, que costuma referir que o direito pátrio não faz nascer o estabelecimento como massa patrimonial distinta. E tais conclusões vêm com acerto, visto que, porquanto o estabelecimento seja juridicamente reconhecido, o mesmo não nasce da disposição legal, mas sim da atividade material do empresário, que, na organização de sua atividade, faz surgir o vínculo de afetação originador do estabelecimento. Ao revés do que ocorre com a massa falida, que surge por determinação legal, o estabelecimento nasce no campo fático, embora evidentemente tenha relevância e significado jurídico próprio. É esta a opinião de Sebastião José Roque:

*“O Fundo de Comércio não é constituído por expressa disposição da lei, mas pela vontade do empresário, não sendo portanto uma universalidade de direito, um conjunto de bens corpóreos, e principalmente incorpóreos, cuja combinação se opera em virtude da lei, mas a combinação é feita pelo empresário para constituir um instrumento de ação da empresa. Esse instrumento visa dar à empresa as condições para conquistar e manter uma clientela. É claramente uma universalidade de fato; é o empresário que resolve constituí-lo, mantê-lo e extingui-lo ou aliená-lo.”*³³

Já no contexto do novo Código Civil, não se pode olvidar que o conceito de universalidade de fato constante desta normatização se enquadra perfeitamente à definição de estabelecimento empresarial. Afinal, consta do art. 90 que *“constitui*

questa essenzialmente dipende il collegamento economico dei vari beni e su questa in definitiva si basano gli effetti giuridici che al collegamento economico sono connessi. L'azienda rientra pertanto, con caratteristiche proprie, nella categoria delle universitates facti non anche nella categoria delle universitates juris o jurium e si pone su uno stesso piano con le università di mobili, anche se da queste si differenzia per la eterogeneità degli elementi da cui risulta.”

³¹ Direito Comercial Terrestre, p. 334.

³² Vocabulário Jurídico, Vol. III e IV, p. 438.

³³ Moderno Curso de Direito Comercial, pp. 173-174.

*universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”.*³⁴

E, de fato, a conclusão não poderia ser diversa no panorama do direito brasileiro. Não se trata o estabelecimento de uma universalidade de direito, já que o mesmo não nasce de determinação legal, mas sim do fato de o empresário organizar os seus elementos constitutivos. De outro lado, o estabelecimento, em si, se constitui em unidade autônoma, reconhecida pelo direito como tal, admitindo tanto a negociação conjunta quanto um tratamento jurídico diverso ao concedido individualmente aos seus elementos. Daí o acerto da conclusão de João Eunápio Borges³⁵:

“Se acolhermos como critério distintivo das duas espécies de universalidades aquele mais comum – segundo o qual a universalidade de direito é um complexo de coisas destinadas a um fim pela vontade da lei, como a herança, a massa falida, o dote, etc.; ao passo que a universalidade de fato é um complexo de coisas destinadas a um fim pela vontade de seu dono – afirmaremos sem hesitação que o estabelecimento comercial é uma universalidade de fato, ou de coisas”.

E tal conclusão encontra suporte na clássica lição de Alfredo Rocco, que vem para afastar qualquer dúvida que pudesse remanescer quanto à espécie de universalidade em que se constitui o estabelecimento:

*“A universalidade de direito é, com efeito, um complexo de coisas destinadas a um fim pela vontade da lei. Assim, por exemplo, a herança, os bens do comerciante falido durante o processo de falência, ou o dote. Nestes casos, é evidente que o complexo de coisas não pode ser destinado a um fim diverso e que os elementos que o constituem não podem ser distraídos deste fim sem uma forte razão de necessidade ou de utilidade. Pelo contrário, no estabelecimento comercial tudo depende da vontade do proprietário, que pode muito bem alterar, quando lhe aprouver, o destino tanto do complexo, quanto das coisas que o constituem. Assim, pode ele, não só liquidar ou vender o estabelecimento, quando lhe aprouver, mas pode diminuí-lo ou acrescentá-lo, segundo lhe convenha. Tanto pode destinar ao estabelecimento coisas que já constituíssem o seu patrimônio privado, como pode distrair do estabelecimento bens para os destinar ao seu patrimônio privado ou para os vender. O que tudo demonstra à saciedade que o estabelecimento é uma simples universitas facti, para cuja constituição e cuja vida é sempre decisiva a vontade do proprietário.”*³⁶

³⁴ “Seu conceito [de estabelecimento] corresponde ao do art. 2.555 do Código Civil italiano vem através do art. 1.176, que dispõe: (...). Foi encarado portanto pelo seu aspecto unitário de complexo de bens que transcende os bens que o constituem isoladamente, assim considerado pelo aspecto teleológico, por ser dotado de instrumentalidade, ajustando-se ao conceito de universalidade de fato, tal como conceituada no parágrafo único do art. 88 do Projeto [depois art. 90 do Código Civil].” (BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*, p. 240)

³⁵ Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 316.

³⁶ Principios de Direito Comercial, p. 269.

Finalmente, não se pode deixar de atentar para a doutrina de Tulio Ascarelli, que neste ponto diverge absolutamente da orientação fornecida pelo restante da doutrina nacional. Analisando especificamente o caso do direito brasileiro, o grande mestre italiano nega a possibilidade de o estabelecimento ser considerado como coisa distinta dos bens que a integram. Ou seja: nega a existência de uma universalidade passível de tutela jurídica. Vale remissão às suas palavras:

“A tutela do estabelecimento não decorre, parece-me, de um direito absoluto sobre o estabelecimento, que tenha por objeto uma nova ‘res’ e seja distinto dos direitos cujos objetos são os vários elementos componentes do estabelecimento. Estes elementos constituem, sim, no seu conjunto, uma organização e sua conexão não é desprovida de valor econômico e relevância jurídica, mas cada qual deles continua sujeito a sua própria disciplina, de bens móveis, bens imóveis, créditos, bens imateriais; não constitui o seu conjunto, o estabelecimento ‘um novo’ bem, uma nova ‘res’ objeto de direitos reais.”³⁷

Contudo, embora não negando a relevância dos ensinamentos deste grande jurista, temos que a evolução normativa da matéria tornou inaceitável sua conclusão, já que, de há muito nosso direito admite a existência do estabelecimento como realidade distinta de seus elementos, sujeita a regime jurídico próprio. Daí reafirmar-se, de maneira definitiva no âmbito do direito brasileiro, que o estabelecimento apresenta-se juridicamente como universalidade de fato.

1.2.4. Estabelecimento como propriedade incorpórea:

A noção de universalidade recebeu ataque direto dos doutrinadores franceses, que, fazendo grande aproximação entre as figuras do estabelecimento e clientela, disseram que o estabelecimento está além da noção de universalidade, constituindo-se sim no direito de exploração da clientela. Foi-se além do objeto em si, buscando-se a tutela da finalidade da reunião de bens, que inegavelmente é o acesso à clientela e sua manutenção. Sendo este um direito incorpóreo, chegou-se à afirmação de que sua natureza jurídica é de propriedade incorpórea. Neste sentido vale suporte na lição de Ripert:

³⁷ Panorama do Direito Comercial, pp. 201-202.

“A expressão fundo de comércio deriva da expressão fundo de terra e na prática se fala em propriedade do fundo. Trata-se com efeito de uma propriedade, mas que não abrange nenhum objeto material. Esta propriedade é uma das propriedades incorpóreas, e o hábito de se referir à idéia de propriedade literária, artística e de marca e patentes, conduz facilmente a admitir a idéia de propriedade do fundo de comércio. Esta propriedade é em realidade um direito à clientela. É assim que a doutrina mais recentemente analisa todas as propriedades incorpóreas. O comerciante não tem um direito exclusivo à exploração de uma clientela, já que não existe um monopólio, expondo-se sempre a perdê-la. Mas de fato conserva os elementos que permitem confiar na manutenção de uma clientela, e eventualmente em seu aumento, bastando, para tanto, conservar ou transmitir estes elementos para manter ou ceder a clientela.”³⁸

Destaque-se que o autor desenvolve seu pensamento a partir da premissa de que a universalidade não poderia ser aceita como solução para o problema da natureza jurídica do fundo, já que esta possibilitaria a inclusão do passivo entre os elementos integrantes do estabelecimento, o que não se admite no direito francês e, como veremos, não se aceitava no direito brasileiro anteriormente à edição do novo Código Civil.

De outro lado, Planiol percebeu que o titular do estabelecimento comercial era o titular de um bem cuja avaliação estava diretamente relacionada ao seu aviamento; isto é, à sua capacidade de atração de clientela. Assim, mais do que ser proprietário dos bens que integram o estabelecimento (e, como vimos, nem mesmo existe a necessidade de ser titular de alguns de seus elementos), o empresário é titular do direito de exploração da clientela que o fundo de comércio é capaz de atrair. Neste sentido vale transcrever a lição de Dilson Dória:

“De acordo com essa teoria, os elementos materiais e imateriais que integram o fundo de comércio, embora não percam suas características singulares quando incorporados ao estabelecimento comercial, dão, todavia, o nascimento a um novo bem de natureza imaterial, análogo aos direitos de propriedade industrial ou de propriedade literária e artística. Na verdade, essa teoria parte da lição de Planiol, para quem o direito sobre o fundo de comércio é um direito à clientela. A clientela não seria, consoante seu magistério, em elemento do fundo de comércio, mas o próprio fundo.”³⁹

³⁸ Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: “La expresión ‘fonds de commerce’ deriva de la expresión ‘fonds de terre’ y en la práctica se habla de la propiedad del fondo. Se trata en efecto de una propiedad, pero que no comprende ningún objeto material. Esta propiedad es una de las propiedades incorporales, y el hábito de referirse a la idea de propiedad literaria, artística y de patentes y marcas, condujo fácilmente a admitir la idea de propiedad del fondo de comercio. Esta propiedad es en realidad un derecho a la clientela. Es así que la doctrina más reciente analiza todas las propiedades incorporales. El comerciante no tiene el derecho exclusivo a la explotación de una clientela, puesto que no existe un monopolio y se expone siempre a perderla. Pero de hecho conserva los elementos que le permiten confiar en el mantenimiento de una clientela y eventualmente en el aumento de la misma, bastándole, pues, conservar o transmitir estos elementos para mantener o ceder la clientela.”

³⁹ Curso de Direito Comercial, 1º vol., p. 122.

Suas conclusões, contudo, não podem ser acolhidas de forma integral. O valor do estabelecimento comercial está diretamente ligado à sua capacidade de atração de clientela, objetivo final de qualquer empresário. Assim, mais do que representar a somatória dos valores individuais dos bens que o integram, o preço do fundo de comércio tem direta relação com seu aviamento.

Mas de tal percepção não pode decorrer a afirmação de que o estabelecimento constitui-se na titularidade da clientela ou, por outra via, no direito à sua exploração. Inicialmente porque, como estudaremos de forma mais minuciosa no momento oportuno, ninguém é titular da clientela. Os clientes não pertencem ao empresário. Afinal, a clientela pode esvair-se, em decorrência de práticas concorrenciais regulares sem que o empresário prejudicado possa pleitear a indenização sobre os clientes perdidos. Assim, se um estabelecimento é alienado a outro empresário, embora o valor do mesmo tenha em consideração o seu aviamento, o comprador não pode invocar um eventual vício redibitório se os clientes, da noite para o dia, simplesmente deixarem de se dirigir ao estabelecimento.

Ademais, o alegado direito genérico à exploração da clientela é um corolário lógico dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, não derivando especificamente da titularidade de um estabelecimento. Desta forma, se todo o cidadão tem direito de buscar uma clientela, não cremos ser esclarecedora a definição da natureza jurídica do fundo de empresa como sendo uma propriedade incorpórea consistente exatamente no direito à clientela, que é uma garantia constitucional, que aproveita a todos os que desenvolvem atividade empresarial. É por tais razões que acreditamos que a melhor solução à questão relativa à natureza jurídica do estabelecimento é identificá-lo com uma universalidade de fato, na forma exposta na seção precedente.

Mas, como observação final, cumpre destacar que, no âmbito da revogada lei de luvas, o legislador brasileiro fez referência expressa a esta natureza de propriedade incorpórea, conforme bem evidencia Walter Álvares:

"(...) e mesmo no Brasil merece destaque considerado do decreto 24.150, de 1934, que se reporta expressamente a 'valor incorpóreo do fundo de comércio que se integra em parte no valor do imóvel'. Ou, se atentarmos, correta e doutrinariamente que o 'considerando' é

elemento a ser levado em conta na interpretação e aplicação da lei, a qual esclarece que o preâmbulo merece apreço como elemento de exegese, pois põe em evidência o fim da norma, então, há uma inclinação muito apreciável de direito positivo brasileiro por um conceito de fundo de comércio como bem imaterial, incorpóreo, tão ao gosto dos autores franceses.”⁴⁰

Em nosso ver, a simples menção, nas justificativas da lei, à idéia de bem incorpóreo não pode suprimir a análise de todas as razões que levam à adoção da natureza jurídica de universalidade de fato para o estabelecimento. Afinal, há a necessidade de se superar a antiga premissa de que não há palavras inúteis na lei, já que o processo legislativo brasileiro costuma percorrer caminhos que a lógica desconhece, impondo ao aplicador do Direito dispositivos e expressões que a razão não justifica. Consideramos a referência acima destacada como simples equívoco do legislador, elencável entre tantos outros infelizmente encontrados em nosso ordenamento, afastado por qualquer processo hermenêutico que vá pouco além da simples literalidade.

1.3. Estabelecimento e patrimônio:

O estabelecimento constitui um bem integrante do patrimônio do empresário, não havendo possibilidade de sinonímia entre os conceitos. Pode-se afirmar, inclusive, que há elementos do estabelecimento que não fazem parte do patrimônio, assim como se refere a possibilidade de identificação de bens patrimoniais do empresário que não estão abrangidos pelo seu fundo de empresa.

Fala-se, no âmbito de uma empresa industrial, da existência de máquinas e equipamentos que se constituem em objeto de contratos de arrendamento mercantil, seja em sua forma financeira, seja em sua modalidade operacional. Em ambos os casos, o proprietário do bem, no período do arrendamento, é o arrendador, e não o empresário arrendatário. Em tais condições, tem-se concluído pela presença de bens que não integram o patrimônio do empresário, mas que fazem parte de seu estabelecimento.

Neste sentido vem a clássica lição de Ferri: “*Não é necessário que estes bens sejam todos de propriedade do empreendedor; não é necessário que ele tenha mais*

⁴⁰ Direito Comercial, p. 190.

do que a sua posse⁴¹, encontrando-se, no mesmo sentido, a orientação de Gian Franco Campobasso⁴².

Está, contudo, equivocada esta justificativa para a conclusão de que o estabelecimento pode ser formado por bens que não integram o patrimônio do empresário, a qual parte da hipótese de bens objeto de contrato de arrendamento mercantil. Isto porque em casos que tais considera-se o contrato (e não a máquina em si) parte integrante do estabelecimento. E, de fato, seguindo esta premissa, resta inequívoca a conclusão de que, na avaliação do fundo, não apresenta qualquer relevância, ainda que secundária, o valor desta máquina, sendo considerados tão-somente os efeitos econômicos do contrato. Por derradeiro, não se pode deixar de considerar que os elementos integrantes do fundo devem ser passíveis de titularidade individual, sendo evidente que, no caso em exame, não há transferência de titularidade da máquina arrendada como consequência do *traspasse*, mas sim uma simples sucessão de pólo contratual (admitindo-se que a relação contratual será mantida após a transferência do estabelecimento). A máquina, enquanto não encerrado o arrendamento mercantil, continua pertencendo ao arrendador. O elemento que efetivamente integra o estabelecimento é o contrato, e não a máquina ou equipamento objeto do mesmo.

Concluir em sentido diverso seria o mesmo que acreditar que, em caso de locação do imóvel sobre o qual está constituída a atividade empresarial, o imóvel em si faria parte do fundo. O imóvel, assim como a máquina objeto de contrato de *leasing*, não faz parte do estabelecimento, não sendo abrangido em sua eventual transferência.

Mas, ainda que a justificativa se mostre equivocada, não se pode afastar o acerto da afirmação de que o estabelecimento pode ser formado por elementos que

⁴¹ Manuale de Diritto Commerciale, p. 198. Tradução nossa do seguinte texto em italiano: “Non è necessario che questi beni siano tutti di proprietà dell'imprenditore; è sufficiente che egli ne abbia anche il solo godimento.”

⁴² “Necessario e sufficiente per qualificare un dato bene come bene aziendale è perciò la destinazione funzionale impressagli dall'imprenditore. Irrilevante à invece il titolo giuridico (reale o obbligatorio) che legittima l'imprenditore ad utilizzare un dato bene nel processo produttivo. Non possono essere perciò considerati beni aziendali i beni di proprietà dell'imprenditore che non siano da questi effettivamente destinati allo svolgimento dell'attività di impresa (ad esempio, l'abitazione di proprietà dell'imprenditore). Viceversa, la qualifica di bene aziendale compete anche ai beni di proprietà di terzi di cui l'imprenditore può disporre in base ad un valido titolo giuridico, purché attualmente impiegati nell'attività di impresa (ad esempio, i locali dell'impresa presi in affitto o il macchinario in leasing)” (Diritto Commerciale, p. 143).

não integram o patrimônio do empresário. De fato, a máquina objeto de contrato de arrendamento mercantil não faz parte do estabelecimento, mas sim o contrato em si. E o contrato, como sabemos, não faz parte do patrimônio, estando no campo das obrigações. Assim, embora o contrato de *leasing* faça parte do estabelecimento, o mesmo não integra o patrimônio do empresário.

Assim, está correta a afirmação de que há determinados elementos integrantes do fundo de empresa que não fazem parte do patrimônio do empresário. Mas, classicamente, consagrou-se um exemplo errado para a hipótese, ao afirmar-se que máquina objeto de arrendamento integraria o estabelecimento no curso do contrato, embora não estivesse no âmbito do patrimônio do arrendatário. Em realidade, a máquina não integra nem o patrimônio nem o estabelecimento do empresário, sendo que o contrato em si, embora faça parte do fundo de empresa, não se constitui em elemento patrimonial do titular do estabelecimento.

Retomando a questão da diferenciação entre estabelecimento e patrimônio, afirmou-se que, além de existirem bens que integram o estabelecimento mas não fazem parte do patrimônio, pode-se identificar a hipótese contrária, abrangendo bens que constituem parte integrante do patrimônio do empresário, embora não estejam vinculados a nenhum de seus estabelecimentos.

De fato, pode-se vislumbrar a hipótese em que um empresário do setor industrial recebe em dação em pagamento uma fazenda para a extinção de determinado crédito. O imóvel, que evidentemente passará a integrar o conjunto patrimonial do empresário, não é de nenhuma forma necessário ao desenvolvimento de sua atividade, não se constituindo, portanto, em elemento do fundo de empresa. O que determina a pertinência de um bem ao estabelecimento é a destinação do mesmo, que pode estar vinculada ou não à atividade empresarial, fato que permite a existência de bens não afetados à empresariedade que, embora integrem o patrimônio do empresário, não fazem parte do estabelecimento pelo mesmo titularizado. Quanto a este aspecto, vale o apoio nos ensinamentos de Oscar Barreto Filho: *“O estabelecimento existe em função da atividade desenvolvida pelo empresário. Assim, o vínculo que une entre si os elementos do estabelecimento é*

*essencialmente funcional. Não é preciso, portanto, que esses bens todos estejam na disponibilidade do empresário a título de propriedade.*⁴³

Daí porque se pode concluir que os conceitos de patrimônio e estabelecimento são absolutamente distintos, seja em sua natureza, seja pela possibilidade de identificação de elementos que integrem uma realidade sem pertencer à outra. Neste sentido é precisa a lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto: *“o estabelecimento não se confunde, portanto, com o patrimônio do empresário, pois é composto exclusivamente daqueles bens por ele utilizados para o exercício de sua atividade (afetados ao exercício desta atividade), pouco importando se possui outros a ela não inerentes.*⁴⁴

Indo além, pode-se constatar outra distinção entre os conceitos, residente no fato de um mesmo empresário poder ser titular de vários fundos de empresa, mas de apenas um patrimônio, em atenção ao princípio da unicidade patrimonial. No caso de pluralidade de estabelecimentos, cada uma das universalidades se constitui em um elemento integrante do patrimônio único do empresário. Assim, um empresário pode ser titular de vários estabelecimentos, mas terá apenas um patrimônio.

Questão relevante decorrente deste aspecto é a da por alguns defendida possibilidade de o estabelecimento de um empresário individual constituir parcela patrimonial distinta, de forma que o empresário teria dois esferas patrimônios: o particular e o empresarial.

Neste sentido vem a tese defendida por Sylvio Marcondes Machado na clássica obra “Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual”, pela qual o autor pretendeu o efeito indicado no título por meio da distinção entre o patrimônio do comerciante e o referente à sua atividade, que tomaria a natureza de um patrimônio com afetação⁴⁵. Entretanto, sua tese somente se tornaria juridicamente

⁴³ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 138.

⁴⁴ Apontamentos de Direito Comercial, p. 125.

⁴⁵ *“O último capítulo da segunda parte deste trabalho não teve outro objetivo senão o de perquirir, sob informação de princípios integrantes da teoria das obrigações, o exato conceito de responsabilidade, apto a medi-la na sua extensão e a apurar a eficácia da sua limitação. A revisão crítica do conceito tradicional de obrigação, realizada pelos juristas germânicos e secundada na doutrina italiana, deu corpo à chamada teoria da dívida e da responsabilidade. A teoria, discriminando na obrigação as duas fases possíveis do seu ciclo de atuação, isolando o aspecto da responsabilidade patrimonial a esclarecendo os efeitos do princípio da responsabilidade ilimitada, permite que se distingam os sentidos próprio e impróprio da limitação: o da responsabilidade objetivamente limitada e o da responsabilidade quantitativamente determinada. Esta consiste na limitação de uma certa soma, pela qual responde o devedor com todo o seu patrimônio, não significando portanto a existência de uma*

plausível se houvesse previsão normativa ao reconhecimento de tal patrimônio separado como categoria jurídica própria.

A possibilidade de cisão patrimonial também foi defendida por Waldemar Ferreira, para quem, entretanto, tal separação não seria oponível a terceiros, que teria seus créditos garantidos por ambas as esferas patrimoniais do empresário, deixando claro que esta distinção somente seria possível para os empresários individuais⁴⁶.

Esta distinção patrimonial possibilitaria o benefício da limitação da responsabilidade ao comerciante individual, seguindo uma tendência de evolução do direito societário. Contudo, a simples afirmação da possibilidade de coexistência de duas massas patrimoniais distintas, embora facilite a instituição da empresa individual de responsabilidade limitada, encontra óbice no princípio da unicidade patrimonial. Esta corrente, dominante na França do século XIX, estabelece que cada pessoa somente pode ser titular de um patrimônio, salvante as hipóteses dos patrimônios especiais ou separados, legalmente previstos, os quais não abrangem a situação específica dos fundos de comércio. Vale aqui transcrever a orientação de Oscar Barreto Filho:

“É certo que existe, em tese, a possibilidade de criação de patrimônios separados, mas somente a lei pode admitir a separação de patrimônios. Ora, em face de nosso direito positivo, inexistente qualquer fundamento para afirmar que constitua patrimônio separado aquele núcleo de bens destinados pelo comerciante individual ao exercício do comércio. Na verdade, o patrimônio uno do comerciante (pessoa física) constitui a garantia comum de todos os credores, civis ou comerciais.”⁴⁷

responsabilidade limitada, e sim de uma dívida limitada. Aquela, ao contrário, exprime que no campo patrimonial do devedor, se demarca uma área de bens, destinada a suportar, no caso de inadimplemento, a ação dos credores, cuja eficácia se confina nos lindes intransponíveis dos valores aí realizados. Disso decorre, como fato concomitante, a formação de um patrimônio separado, pois os bens, a que fica circunscrita a responsabilidade por determinadas dívidas, são subtraídos à responsabilidade pelas outras e, como tais, formam, no patrimônio do devedor, grupo subsistente por si, reservado, de maneira exclusiva, a satisfazer certos credores, até a concorrência de seus créditos. Assim, se a limitação da responsabilidade, no sentido autêntico e rigoroso da responsabilidade objetivamente limitada, se produz como fato coetâneo da separação patrimonial, parece fora de dúvida que o patrimônio separado fornece solução ao problema da empresa individual com responsabilidade limitada.” (Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual, pp. 283-284).

⁴⁶ Tratado de Direito Comercial, vol VI, p. 4: *“Põe o indivíduo a serviço de sua atividade mercantil, em via de se converter em seu estado profissional, seu patrimônio civil, ou privado, no todo ou em parte na medida da previsão. Quando bastante parte dele, o patrimônio se biparte, por cissiparidade, formando-se dois patrimônios: o do cidadão e o do comerciante. Distintos, todavia se interdependem: lastreiam os dois as obrigações de seu titular, sejam as civis, sejam as comerciais, embora específicos. Refletem a mesma personalidade. Sempre o mesmo é o sujeito ativo das relações jurídicas, no seu dúplice desdobramento.”*

⁴⁷ Teoria do Estabelecimento Comercial, pp. 62-63.

Melhor exprimindo as premissas do unitarismo, Orlando Gomes nos apresenta o seguinte quadro principiológico:

- "a) só as pessoas, naturais ou jurídicas, podem ter patrimônio;*
- b) toda pessoa tem necessariamente um patrimônio;*
- c) cada pessoa só pode ter um patrimônio; e*
- d) o patrimônio é inseparável da pessoa".⁴⁸*

No caso do comerciante individual, não seria possível vislumbrar em seu estabelecimento um patrimônio separado de seu patrimônio pessoal, que respondesse pelas dívidas de natureza empresarial. Em realidade, o empresário individual tem um só conjunto obrigacional e patrimonial, surgindo daí duas conclusões: de um lado, o fundo de empresa, também no caso do empresário individual, constitui-se em bem integrante de seu patrimônio; de outro, não há possibilidade de determinação de uma espécie de limitação de responsabilidade, pela qual as obrigações de origem empresarial seriam pagas exclusivamente com os bens afetados àquela atividade⁴⁹.

Embora haja sólida sustentação às conclusões retro, vale destacar que o novo Código Civil contém equivocados dispositivos pelos quais se mostra possível a distinção de duas esferas patrimoniais para o empresário individual, em circunstâncias específicas. Vale referência, neste sentido, à norma presente no art.

⁴⁸ Introdução ao Direito Civil, p. 209.

⁴⁹ Mesmo no âmbito do direito italiano, que apresenta hipóteses em que se faz escrituração distinta entre obrigações cíveis e empresariais, não se admite a divisão do patrimônio. Assim ensina Tulio Ascarelli: *"El complejo de las relaciones jurídicas comerciales constituye precisamente el patrimonio comercial. Existen numerosas norma jurídicas las cuales presuponen la distinción entre patrimonio comercial y civil. La quiebra del comerciante no puede ser declarada sino por obligaciones comerciales (arts. 683 y 687); los gastos civiles del comerciante son anotados mensualmente en el libro diario, mientras se debe tener en cuenta diariamente las operaciones comerciales (art. 21); normas especiales están sancionadas en cuanto al patrimonio comercial de los menores bajo tutela (arts. 284 y 299 del Cód. Civil); pero aun cuando la distinción entre patrimonio comercial y patrimonio civil no sea desconocida para el derecho, la misma, sin embargo, no es tal que lleve a la conclusión de una separación jurídica entre patrimonio comercial y patrimonio civil y que permita contemplar en el patrimonio comercial un patrimonio separado. Según los artículos 1948 y 1949 del Código Civil cada uno responde de las propias deudas con todos los bienes propios, y, por tanto, no hay distinción entre patrimonio comercial y patrimonio civil. En caso de quiebra, aun que la misma no pueda ser declarada más que por las obligaciones comerciales, concurren todos los acreedores del comerciante (civiles y comerciales). Así pues, las normas que toman en consideración la distinción entre patrimonio civil y patrimonial comercial son normas aisladas que sancionan dicha distinción sólo desde puntos de vista especiales, mientras, con carácter general, está vigente el principio de la no distinción, y a la unicidad del titular corresponde la unicidad del patrimonio."* (Introducción al Derecho Comercial, pp. 119-120)

974, §2º, a qual, regulando a questão da incapacidade superveniente do empresário individual, determinou que não respondem pelas dívidas sociais os bens que o empresário possuía ao tempo da interdição, e que não eram afetos à atividade empresarial. Trata-se, contudo, de norma especial, que não apresenta como efeito o afastamento da unicidade patrimonial no direito brasileiro.

Por derradeiro quanto a este tópico, vale assentar, por sua relevância histórica, a opinião dissidente de Octávio Mendes, para quem não há a possibilidade de se dissociar o passivo do ativo vinculado a um estabelecimento, de forma que, quando o empresário é titular de um único estabelecimento, este se confundiria com o seu patrimônio⁵⁰. Contudo, em vista das justificativas colocadas ao longo desta seção, temos que, ainda que o empresário seja titular de um único estabelecimento, o mesmo constitui parte de seu patrimônio, não havendo identidade ou confusão entre os conceitos.

1.4. Natureza mobiliária:

A universalidade de fato composta pelos elementos integrantes do fundo de comércio acarreta o surgimento de um bem integrante do patrimônio do empresário. O estabelecimento, em si, é considerado um bem, suscetível de alienação. E, no contexto do direito civil, é relevante esclarecer a natureza do bem, se móvel ou imóvel, para que se defina o regime jurídico incidente sobre o trespasse.

A solução doutrinária clássica vem no sentido de considerar o fundo de comércio um bem móvel. Neste sentido, apoiamos-nos no escólio de Rubens Requião:

“Somos de 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 desta 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 confundem, mas mantém unitariamente sua individualidade própria.”⁵¹

⁵⁰ “O estabelecimento comercial, o fundo de commercio, segundo a definição de Vidari, é o complexo do activo e passivo referentes a um determinado negocio ou estabelecimento mercantil, como tal; em outras palavras, é o patrimonio commercial do negociante.” (Direito Commercial Terrestre, p. 334).

⁵¹ Curso de Direito Comercial, vol. 1, p. 210.

Daí porque a operação de trespasse, conforme veremos no capítulo III, é realizada por simples tradição, sendo que os requisitos de publicidade constantes do novo Código Civil são irrelevantes para a validade da operação entre as partes (a publicidade e a averbação da Junta Comercial somente se mostram necessárias para que a operação seja oponível a terceiros).

Tal questão, entretanto, mostra-se mais complexa quando se rompe com a doutrina tradicional com a finalidade de se admitir que o estabelecimento possa ser integrado também por bens imóveis. Como veremos em seção própria, consolidou-se o entendimento de que o estabelecimento, sendo bem móvel, não poderia ser integrado por bens imóveis. Neste sentido, valemo-nos novamente das palavras de Rubens Requião, para quem *“se considerado o estabelecimento, na sua unidade, um bem móvel, claro está, desde logo, que o elemento imóvel não o pode constituir.”*⁵²

Entretanto, temos que tal conclusão não pode prevalecer. Ocorre que a simples negação da possibilidade de um bem móvel integrar o estabelecimento constitui-se num afastamento da realidade fática da atividade empresarial, na qual, mormente no setor industrial (no comercial prevalecem os contratos de locação) é comum o fato de o empresário ser proprietário do imóvel onde desenvolve sua atividade.

E a questão ganha contornos ainda mais interessantes quando se aplica a norma presente no art. 43, III, do Código Civil, pela qual se considera imóvel por acessão *“tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade.”*

No caso de uma atividade industrial, todos os elementos (que normalmente não são poucos) que estiverem materialmente presos ao imóvel (envolvendo o barracão industrial e o maquinário chumbado) integrarão, por acessão, o bem imóvel, gerando-se uma paradoxal situação em que um torno industrial (imóvel por acessão) não poderia integrar o fundo de comércio, por mais necessário que fosse para o atingimento dos objetivos empresariais.

⁵² Curso de Direito Comercial, vol. 1, p. 214.

Tal paradoxo naturalmente conduz à busca por outra solução, considerando-se que o estabelecimento pode ser reputado bem móvel (quanto não houver imóvel entre seus elementos) ou bem imóvel (quanto o imóvel integrá-lo). Neste sentido vem a conclusão de Oscar Barreto Filho:

“Em princípio, o estabelecimento é uma universalidade mobiliária, quando constituído exclusivamente por bens móveis. No entanto, o fundo estará sujeito ao regime jurídico dos bens imóveis, quando na sua composição incluir terrenos, edifícios e construções, aos quais aderem, por acessão intelectual, as pertenças aplicadas em sua exploração industrial (Código Civil, art. 43, III). Tais acessórios, a qualquer tempo, poderão ser dissociados do imóvel, pela simples vontade do titular, recobrando a sua qualidade própria de móveis (Código Civil, art. 45).”⁶³

Ousamos discordar, contudo, da solução apontada pelo doutrinador que é considerado, com justiça, uma referência no estudo da teoria do estabelecimento. E duas são as razões de nossa discordância: de um lado, a norma constante do art. 43, III, do Código Civil de 1916 (repetida em sentido no art. 79 do novo Código Civil) não se mostra plenamente aplicável a todos os elementos constantes do estabelecimento. De outro, não se pode confundir o regime jurídico de transferência do fundo de empresa com as formalidades complementares exigidas para a transferência de alguns de seus elementos.

Quanto ao primeiro aspecto, deve-se considerar que a norma presente no art. 43, III, do Código Civil de 1916, foi redigida para aplicação à hipótese de integração física de determinados bens móveis ao imóvel, como acontece, por exemplo, no caso de um torno de grande porte fixado de maneira definitiva ao piso de um estabelecimento industrial. Neste contexto, a norma se mostra dissociada do caso do estabelecimento, integrado por uma série de bens de natureza incorpórea que não admitem qualquer espécie de vinculação, física ou jurídica, a um bem imóvel. Basta imaginar, neste campo, o caso de uma determinada marca ou título de estabelecimento vinculado a um fundo de empresa.

Baseando-se no escólio de Maria Helena Diniz, percebe-se que somente determinados bens, de existência física, podem ser considerados imóveis por acessão intelectual por força da norma supramencionada, os quais, porquanto também estejam vinculados ao estabelecimento, não o completam de maneira plena, havendo necessidade de agregação de outros elementos de natureza diversa

para que esteja caracterizado o fundo de empresa de maneira completa. Vale atenção às palavras da doutrinadora:

“c) imóveis por acessão intelectual ou por destinação do proprietário, que são todas as coisas móveis que o proprietário mantiver, intencionalmente, empregadas em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade. São qualificados como ‘pertencas’: máquinas agrícolas, ornamentos, instalações, animais ou materiais empregados no cultivo da terra, geradores, escadas de emergência justapostas nos edifícios, equipamentos de incêndio, aparelhos de ar condicionado, etc.”⁵⁴

Quanto ao segundo aspecto, deve-se esclarecer que a alienação do fundo tem natureza diversa da transferência de propriedade de seus elementos. Tal premissa se constata pelo fato de o trespasse não ser suficiente formalmente, por exemplo, para a transferência da marca, mostrando-se necessária a averbação da cessão junto ao INPI. E o mesmo ocorre no caso de um estabelecimento ser integrado por um bem imóvel. Aqui, o contrato de trespasse será realizado sem qualquer espécie de peculiaridade, cobrando-se, entretanto, a formalidade complementar consistente na formalização de escritura pública, a ser levada ao Registro de Imóveis, para que se perfaça a transferência específica do imóvel integrante do fundo.

Ou seja: a tutela do estabelecimento abrange a universalidade de fato pelo mesmo caracterizada, mantendo-se o regime jurídico individualmente imposto a cada de seus elementos integrantes. Por isso, esteja ou não integrado o fundo de empresa por um bem imóvel, o mesmo preservará sua natureza mobiliária. E nossa conclusão reflete a indicada por Isaac Halperin:

“Julgo que se trata de um bem móvel, ainda que se ache integrado por um bem imóvel de maneira principal, porque um problema é a natureza da universalidade (bem em si mesma), com um valor próprio que deriva da organização, que é objeto de atos jurídicos, e outro é a natureza dos bens que integram a universalidade, sujeitos individualmente para a sua transmissão aos procedimentos e formas especiais determinados pela lei para cada um deles.”⁵⁵

⁵³ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 201.

⁵⁴ Código Civil Anotado, p. 67.

⁵⁵ Curso de Derecho Comercial, vol. 1, p. 80. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: *“Juzgo que se trata de un bien mueble, aunque se halle integrado por un inmueble de manera principal, porque un problema es la naturaleza de la universalidad (bien por sí misma), con un valor propio que deriva de la organización, que es objeto de actos jurídicos, y otro es la naturaleza de los bienes que integran la universalidad, sujetos individualmente para su transmisión a los procedimientos y formas especiales determinadas por la ley para cada uno de ellos.”*

Particularidade referível neste campo é o caso do estabelecimento de destinação rural. Esta hipótese não era correntemente analisada pela doutrina em função do não enquadramento da atividade agrícola ao âmbito da comercialidade. Contudo, emergindo o paradigma da empresariedade, a atividade agrícola deve ser considerada como modalidade de atividade empresarial (quando o produtor rural opta por efetivar sua regularização no Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins). E, no campo da natureza do estabelecimento, surge uma peculiaridade ao se analisar a constituição do estabelecimento de destinação agrícola. Ocorre que, nesta hipótese, é o imóvel o principal (quando não o único, consideradas suas acessões) elemento do fundo. Neste caso, atribuir ao estabelecimento a natureza de bem móvel seria operar no campo da ilogicidade, fechar os olhos à evidente realidade de que o estabelecimento não pode ser dissociado da realidade imobiliária em que se constitui a fazenda. Daí a conclusão de que, no caso da atividade agrícola, o estabelecimento tem natureza imobiliária. Neste sentido, vale novo suporte na lição de Oscar Barreto Filho: *“É certo que no fundo ou fazenda rural, predomina o elemento imobiliário, sujeito à publicidade no registro de imóveis. Em função do solo, elemento preponderante, com seus acessórios e adjacências naturais, mede-se o crédito do fazendeiro. Daí o poder afirmar-se que a azienda rural define-se, essencialmente, como universalidade imobiliária.”*⁵⁶ Ademais, neste específico caso a norma constante do art. 43, III, do Código Civil de 1916, não encontra qualquer óbice de aplicabilidade, de forma que a transferência do estabelecimento rural deve estar sujeita ao regime jurídico imposto às transferências imobiliárias.

Destacável, ainda é a orientação de Paula Castello Miguel, para quem o fundo de comércio não pode ser classificado como móvel ou imóvel, sendo que somente os seus elementos, individualmente considerados, permitem tal ordem de classificação. Vale atenção às suas palavras:

*“A natureza jurídica do instituto conflita com o entendimento de Rubens Requião, que classifica o estabelecimento empresarial como um bem móvel. O estabelecimento é formado por bens que, em função de um interesse econômico, são encarados conjuntamente. Não se pode classificar este conjunto de bens como móvel ou imóvel. Essa classificação cabe ser feita aos bens individualmente considerados. Estes, sim, aceitam essa classificação. O conjunto de bens, que pode ser formado por móveis e imóveis, não permite esta classificação, justamente por não se tratar de um único bem, mas de um conjunto deles.”*⁵⁷

⁵⁶ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 198.

⁵⁷ O Estabelecimento Comercial, p. 32.

Discordamos, contudo, de seu entendimento. Pelas razões já expostas, temos que não há óbices insuperáveis à qualificação do estabelecimento empresarial como bem móvel, à exceção dos estabelecimentos rurais, que, por sua natureza específica, devem ser considerados imóveis.

1.5. Estabelecimento e empresa:

O Código Civil, recentemente aprovado, em princípio representa uma transição paradigmática entre o direito comercial e o direito da empresa. Não são poucos os que consideram esta transição um grande marco de modernização de um ramo do direito considerado antiquado principalmente por estar ancorado num código sesquicentenário.

Não restam dúvidas no sentido de que um Código Civil unificador, embora com diversas falhas (e abstraídas as ponderadas críticas que se pode tecer quanto à codificação em geral), pode ser considerado uma modernização do direito privado, trazendo consigo novos postulados e soluções normativas. Contudo, não podemos cair na tentação de propagandear uma realidade que, embora represente nossos desejos, não é exatamente a decorrente do novo *codex*.

Assim como ocorreu com o Código Civil Italiano de 1942, não se operou uma transição pela qual o direito comercial (centrado na tutela do comerciante) restou substituído por um novo campo que viesse a tutelar diretamente a empresa, realidade mais abrangente e vinculada aos preceitos da moderna economia. De fato, não havia mais viabilidade para defender o estabelecimento de uma tutela jurídica diferenciada a uma determinada classe com base na superadíssima teoria dos atos de comércio, concebida para uma realidade econômica de século XIX em tudo diversa da economia atual. A desatualidade de seus preceitos era evidente, de forma que a própria legislação complementar vinha procurando estabelecer um regime jurídico igualitário para os empresários mercantis e civis, como ocorreu, por exemplo, na tutela da propriedade industrial, no registro empresarial e da concorrência desleal, para citar apenas alguns exemplos. Mas em outros campos, como o direito falimentar, continuávamos a sustentar a aplicação de tratamentos

jurídicos diversos a empresários, em vista da natureza da atividade desenvolvida, com base em critérios fixados no século XIX.

Entretanto, no contexto de nosso Código Civil, não se mostra identificável um quadro em que a empresa fosse erigida à qualidade de paradigma. Ao revés, assim como ocorreu na Itália em 1942, a figura central do direito empresarial não é a empresa, mas sim o empresário, definido como *“quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”*.

Indo além, percebe-se que as sociedades (forma jurídica mais relevante em razão da possibilidade de limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais) podem ser qualificadas como empresárias ou simples, de acordo com critérios diretamente vinculados à atividade desenvolvida. Tais fatos nos permitem concluir que, embora estejam superadas velhas dificuldades decorrentes da imposição de tratamento jurídico diferenciado a uma empresa de prestação de serviços, e.g., ou da dificuldade de qualificação jurídica de determinadas atividades (como no caso das empresas de publicidade e propaganda, que ora eram consideradas sociedades civis por uma equiparação com a prestação de serviços, ora eram reputadas comerciais por se configurarem como necessárias ao desenvolvimento da atividade comercial, na aproximação de Rocco), continua-se num sistema em que a atividade desenvolvida é o critério para o enquadramento em categorias que, no campo do direito societário, não são mais as de sociedade comercial e de sociedade civil, mas sim de sociedade empresária e de sociedade simples, de forma que a reforma legislativa ficou num momento aquém da construção de um novo paradigma, limitando-se a estabelecer uma nomenclatura mais atualizada àquele que desenvolve atividade empresarial e a renovar os critérios objetivos de enquadramento à categoria de sociedade empresária. Trata-se, sem dúvida, de relevante atualização, mas não se cuida de uma completa transição paradigmática para o direito de empresa.

Mas tal estudo, embora de extrema relevância, é apenas referido superficialmente neste trabalho, já que, no campo da regulação jurídica do estabelecimento comercial, o fato de se estar plenamente ou não no âmbito do direito empresarial não acarreta qualquer alteração no enquadramento do fundo de

comércio no contexto da teoria da empresa, o qual já se mostrava de qualquer forma possível mesmo no âmbito do direito comercial.

As dúvidas na análise de tal matéria principiam no estudo relação jurídica existente entre estabelecimento e empresa, concluindo-se pela existência de uma relação de identidade, de coexistência obrigatória, ou de coexistência possível entre os conceitos. A dúvida é assim apontada por Halperin:

“Uma parte importante da doutrina identifica empresa e fundo de comércio; para outros, que englobam o conceito de empresa ao de empresário e à atividade jurídica deste, o fundo de comércio seria o substrato material, o conjunto de bens integrantes; para aqueles que contemplam na organização o aspecto distintivo, a empresa seria o fundo de comércio em estado dinâmico, e este a empresa em estado estático.”⁵⁸

No âmbito do direito brasileiro, temos que não se mostra possível a identificação entre os conceitos de empresa e estabelecimento, principalmente pelo fato de ambos possuírem naturezas diversas. Enquanto a empresa é abstrata, e abrange aspectos que vão desde a tutela do empresário até a forma de vinculação com os empregados, o estabelecimento se constitui num objeto de direito, num bem de titularidade do empresário para o exercício de sua atividade. Assim, os conceitos não podem ser tomados como sinônimos no âmbito do direito brasileiro.

Em realidade, o direito brasileiro, tal como ocorre de maneira geral no direito comparado, não tutela diretamente a empresa, que se constitui em realidade abstrata que nem mesmo encontra definição jurídica. Ao revés, procurou-se efetivar a tutela de determinados elementos da empresa que apresentam relevância jurídica, sendo que há aspectos da empresa (como a organização técnica das máquinas para a melhoria da eficiência de uma atividade industrial) que, por não apresentarem relevância jurídica, ao menos são considerados pelos direito. Com relação aos ângulos da empresa que efetivamente interessam ao mundo jurídico, tornou-se clássica a lição de Ferri, para quem são efetivamente relevantes os seguintes:

⁵⁸ Curso de Derecho Comercial, p. 79. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: *“Una parte importante de la doctrina identifica empresa y fondo de comercio; para otros, que engloban en el concepto de empresa al empresario y la actividad jurídica de éste, el fondo de comercio sería el sustrato material, el conjunto de bienes integrantes; para quienes contemplan en la organización el rasgo distintivo, la empresa sería el fondo de comercio en estado dinámico, y éste la empresa en estado estático.”*

- a) A empresa como expressão da atividade do empresário. A atividade do empresário está sujeita a normas precisas, que subordinam o exercício da empresa a determinadas condições ou pressupostos ou o titulam com particulares garantias. São as disposições legais que se referem à empresa comercial, como o seu registro e condições de funcionamento;
- b) A empresa como Idéia criadora, a que a lei concede tutela. São as normas legais de repressão à concorrência desleal, proteção à propriedade material (nome comercial, marcas, patentes, etc);
- c) Como um complexo de bens, que forma o estabelecimento comercial, regulando a sua proteção (ponto comercial), e a transferência de sua propriedade;
- d) As relações com os dependentes, segundo princípios hierárquicos e disciplinares nas relações de emprego, matéria que hoje se desvinculou do direito comercial para se integrar no direito do trabalho.⁵⁹

Como desdobramento lógico das conclusões de Ferri, surgiu a teoria de Asquini, pela qual a empresa apresenta quatro perfis de relevância jurídica, quais sejam:

- a) subjetivo: decorre da própria noção legal de empresário, buscando a identificação do sujeito de direito que desenvolve a atividade empresarial;
- b) funcional: refere-se à atividade profissional efetivada para a obtenção dos resultados pretendidos;
- c) patrimonial: busca a identificação e a tutela do estabelecimento subjacente à empresa; e
- d) corporativo: regulamenta a relação havida entre o empresário e os seus diversos colaboradores no desenvolvimento da atividade empresarial.

No âmbito das teorias de Ferri e Asquini, que se constituem em lições clássicas acerca da configuração jurídica da empresa, percebe-se que este conceito não se confunde com o de estabelecimento, configurando-se o fundo de empresa em um dos elementos, ou perfis, da empresa. E, neste sentido, vale referência à conclusão de Gian Franco Campobasso:

“O estabelecimento é o complexo de bens organizados pelo empreendedor para o exercício da empresa’ (art. 2.555). Desta sintética noção legislativa emerge com evidência da relação existente entre estabelecimento e empresa sob o perfil jurídico. É uma relação entre meio e fim constituindo o estabelecimento o aparato instrumental material (local, maquinário, utensílios, matérias primas, mercadorias, etc) de que o empreendedor se vale para o desenvolvimento e no desenvolvimento da própria atividade.”⁶⁰

⁵⁹ Citado por REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, p. 49.

⁶⁰ Diritto Commerciale, p. 140. Tradução nossa do seguinte texto em italiano: “ ‘L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa’ (art. 2.555). Da questa sintetica nozione legislativa emerge con evidenza il rapporto esistente fra azienda e impresa sotto il profilo giuridico. È un rapporto de mezzo a fine costituendo l’azienda l’apparati strumentale materiale (locali, macchinari attrezzature, materie prime, merci, ecc.) di cui l’imprenditore si avvale per lo svolgimento e nello svolgimento della propria attività.”

Assim, os conceitos não se mostram sinônimos, sendo o fundo de empresa um dos elementos integrantes da noção mais ampla que é a de empresa. A própria natureza jurídica dos conceitos é diversa, mostrando-se oportuna a transcrição da síntese conclusiva apontada por Oscar Barreto Filho, no sentido de que *“o empresário (...) é um sujeito de direito, e a empresa é a atividade por ele organizada e desenvolvida, através do instrumento adequado que é o estabelecimento.”*⁶¹

A aproximação entre os conceitos não pode, todavia, conduzir a uma equivocada conclusão no sentido de que as realidades são interdependentes (coexistência obrigatória), não sendo possível a existência de estabelecimento sem empresa, e vice-versa. Em realidade é viável cogitar-se a existência de estabelecimento sem empresa (como no caso de estabelecimento arrecadado no curso de processo falimentar, no qual, a partir da decretação da falência, em regra cessa a atividade e, portanto, a existência de empresa), de forma que a relação entre os conceitos é de coexistência possível, configurando-se o estabelecimento como elemento da empresa.

Neste ponto, assevere-se, ousando dissentir do mais clássico estudioso brasileiro do estabelecimento comercial, Oscar Barreto Filho, que afirmou a impossibilidade de existência isolada entre fundo de comércio e empresa, os quais *“se exigem reciprocamente numa relação de complementaridade, e só encontram seu significado pleno na unidade da relação que constituem.”*⁶² Neste aspecto, portanto, adotamos a conclusão de Francisco Wildo Lacerda Dantas, no sentido de que *“deve-se olhar com reservas a afirmação de que não há empresa sem estabelecimento, nem este sem aquela”*⁶³, embora o autor tenha fundamentado sua conclusão por distinto viés, qual seja a possibilidade de titularidade distinta da empresa e do estabelecimento.

1.6. Estabelecimento virtual

⁶¹ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 115.

⁶² Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 117.

⁶³ Manual Jurídico da Empresa, p. 52.

O desenvolvimento do comércio eletrônico coloca em pauta a discussão quanto à existência de uma nova modalidade de estabelecimento: o virtual. Neste sentido vem a recente opinião de Fábio Ulhoa Coelho, que traça um panorama do comércio virtual para concluir que, quando o produto ou serviço é adquirido exclusivamente através da *internet*, será reconhecível um estabelecimento virtual de titularidade do empresário. Vale atenção à suas palavras:

“A rede mundial de computadores (internet) tem sido largamente utilizada para a realização de negócios. Em razão disto, criou-se um novo tipo de estabelecimento, o virtual. Distingue-se do estabelecimento empresarial físico, em razão dos meios de acessibilidade. Aquele o consumidor ou adquirente acessa exclusivamente por transmissão eletrônica de dados, enquanto o estabelecimento físico é acessível pelo deslocamento no espaço. A natureza do bem ou serviço objeto da negociação é irrelevante para a definição da virtualidade do estabelecimento. Se alguém adquire, via internet, um eletrodoméstico, a mercadoria nada tem de virtual, mas como a sua compra decorreu de contrato celebrado com o envio e recepção eletrônicos de dados via rede mundial de computadores, considera-se realizada num estabelecimento virtual.”⁶⁴

E sua idéia é chancelada por outros doutrinadores, como Vera Helena de Mello Franco, para quem o estabelecimento pode *“ter configuração exclusivamente imaterial, como é o caso das lojas virtuais na Internet (sites)”⁶⁵*.

Tal, conclusão, entretanto, não pode ser aceita. Ocorre que, porquanto a titularidade de um domínio na rede mundial de computadores seja um instrumental cada vez mais necessário para o desenvolvimento da atividade empresarial, esta não se resume ao âmbito da *internet*.

Mesmo naquelas empresas voltadas diretamente para a prática do *e-commerce*, haverá sempre a necessidade de um estabelecimento real, composto de elementos físicos, para possibilitar o desenvolvimento da atividade. Este abrange, no mínimo, a existência de estrutura para administração, depósitos de mercadorias (no caso de venda de produtos) e mecanismos de distribuição dos produtos ou de efetiva prestação dos serviços.

Percebe-se, neste contexto, que o estabelecimento não é composto somente do domínio na *internet*, abrangendo também uma série de outros elementos para que o desenvolvimento da atividade seja possível. O estabelecimento não será

⁶⁴ Manual de Direito Comercial, p. 71.

⁶⁵ Curso de Direito Comercial, vol. 1, p. 122.

formado somente pelo seu componente virtual, mas também pelos elementos materiais, ainda que estes não sejam vistos diretamente pelo público consumidor.

Por esta via constata-se que o *site* constitui-se num elemento do estabelecimento, e não em sua totalidade, de forma que não há se falar em estabelecimento virtual, mas sim estabelecimento composto de um elemento virtual.

A *internet*, ainda que tenha proporcionado uma revolução tecnológica sem precedentes, em realidade constitui-se em forma de divulgação de produtos e serviços, conjugadas com um meio de facilitação de contato através do *e-mail*. Esta realidade, que tecnologicamente se mostra absolutamente revolucionária, em essência não difere materialmente de uma estratégia empresarial que se utilizada de televendas agregadas a uma forte campanha publicitária, ou do emprego do *telemarketing*. Se nestes casos não se cogita da virtualidade exclusiva do estabelecimento, a mesma conclusão deve decorrer da análise da repercussão jurídica do *e-commerce*.

Não é o fato de o comprador não se deslocar fisicamente ao estabelecimento que faz com que este deixe de existir. O mesmo ocorre no referido caso de compras realizadas através do *telemarketing*. Para a visualização do estabelecimento, não se pode prescindir do critério clássico, pelo qual estabelecimento é o conjunto dos elementos necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial, os quais podem abranger um domínio na rede mundial de computadores agregado à infraestrutura física sempre necessária ao integral desenvolvimento da empresariedade. Por isso, não podemos assentir com a existência do estabelecimento virtual como nova realidade jurídico-econômica, constituindo-se o *site* em mais um dos elementos possíveis do fundo de empresa.

1.7. Estabelecimento agrário

No campo da indústria e do comércio, construiu-se uma noção jurídica de estabelecimento, em cujo contexto percebe-se a extrema relevância dos elementos incorpóreos, bem como a busca de afluxo de clientela como objeto central da atuação do empresário. Neste contexto importa destacar as especificidades do estabelecimento agrário, e os pontos de contato com a disciplina do estabelecimento empresarial.

De início, importa considerar que a atividade agropecuária constitui-se em um dos mais sólidos pilares de nossa economia, e seu caráter empresarial está afirmado no novo Código Civil brasileiro, que considera o empreendedor rural como empresário, para todos os fins de direito, se o mesmo tiver optado pela inscrição de seus atos constitutivos no registro empresarial.

Não se mostra mais oportuna a tradicional cisão do estabelecimento em comercial e industrial, a qual se embasa na tradição do sesquicentenário Código Comercial, que não considera a atividade agropecuária como atividade mercantil, de forma que às empresas de objeto rural somente se aplicava a disciplina do direito comercial se as mesmas eventualmente estivessem constituídas sob a forma de sociedades anônimas, consideradas mercantis independentemente de seu objeto social. Tal noção fica superada no contexto do novo Código Civil, em que a atividade agropecuária é reputada empresária, bastando para tanto que o empresário opte pela inscrição no registro empresarial. Tal é a determinação constante do art. 971, pela qual *“o empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”*

Assim, se no paradigma da mercancia eram incluídas as atividades comerciais e industriais, não se pode abstrair, no âmbito do novo direito empresarial, a inclusão também da atividade rural.

Na atividade rural, não se pode partir da premissa de que o estabelecimento é formado unicamente pelo imóvel em que se constitui a fazenda. Duas razões afastam esta premissa: de um lado, porque a lavoura e o gado existentes sobre a terra assumem valor patrimonial usualmente bastante elevado, sendo efetivamente considerado no momento de uma eventual transferência da universalidade. De outro, porque a simples terra nua não se constitui em estabelecimento agrário, já que, em si, não se mostra suficiente ao desenvolvimento da atividade agrícola. Assim, para que se configure a existência de um fundo de empresa, para além do imóvel, haverá a necessidade de presença de toda a infra-estrutura necessária ao desenvolvimento da atividade rural. Neste ponto, vale apoio na lição de Fernando Campos Scaff, para quem *“apesar, contudo, da referida e comum centralidade do*

*fundo rústico no caso particular do estabelecimento agrário, os vegetais cultivados e os animais criados é que representam os bens materiais realmente imprescindíveis para a configuração da empresa agrária e, em particular, de sua projeção patrimonial.*⁶⁶

O imóvel é chamado de “fundo rústico”. Além dele, o estabelecimento ainda é integrado pelos instrumentos e equipamentos necessários ao desenvolvimento da atividade rural (galpões, tratores, baias, etc), pelos próprios animais e lavouras. Em determinados casos, o fundo ainda pode ser integrado por contratos de fornecimento (como ocorre comumente nas lavouras de tabaco, que somente se desenvolvem pela fixação de bases contratuais com as grandes indústrias do setor), e por direitos de propriedade industrial (como registro de marcas e patentes de invenção, aqui com a restrição constante do art. 10, IX, da Lei 9.279/96).

Outra peculiaridade do estabelecimento de natureza rural é o fato de que este pode estar fisicamente dividido, constituindo-se de porções descontínuas de terras integradas pela atividade do empresário, seja através do sistema de rodízio, seja para a utilização, como pasto, em determinadas épocas do ano. Neste sentido vem o apontamento de Fábio Maria De-Mattia:

*“O fundo, por sua vez, não se constitui, necessariamente, por um único trecho de terra, mas podem compô-lo vários lotes de terra distintos e separados e mesmo situados longe uns dos outros como, por exemplo, propriedades com áreas cultivadas sitas num vale e outras para pastos e bosques localizados em sítios montanhosos integrando-se, revezadamente, na gestão unitária.”*⁶⁷

Finalmente, cumpre destacar que o estabelecimento de finalidade rural também apresenta aviamento, o qual, entretanto, não está centrado na capacidade de atração da clientela, como ocorre com o estabelecimento de finalidade comercial, mas sim na capacidade produtiva, já que a venda dos produtos rurais muitas vezes é realizada por cooperativas, que garantem a venda desde que ocorra produção.

1.8. Criação do fundo:

⁶⁶ Teoria Geral do Estabelecimento Agrário, p. 105.

⁶⁷ Empresa Agrária e Estabelecimento Agrário, p. 75.

Constituindo-se em realidade objetiva, o fundo de comércio não tem momento de nascimento juridicamente determinado, passando a existir a partir do momento em que o empresário tenha reunido os elementos necessários ao desenvolvimento da atividade planejada.

Ao revés da sociedade, que tem natureza formal e nasce em regra geral no momento do registro de seus atos constitutivos (à exceção das irregulares), o fundo de comércio nasce e se extingue de acordo com o atuar objeto do empresário, que reúne ou pulveriza os elementos, possibilitando ou encerrando o desenvolvimento de sua atividade profissional.

Pode-se cogitar da existência de um estabelecimento sem que se encontre um empresário titular regularmente constituído, e para tanto basta se recordar da hipótese da sociedade irregular ou de fato, que, no contexto do novo Código Civil, é chamada de sociedade em comum. Aqui, a atividade empresarial é exercida sem que a sociedade formada pelos empreendedores tenha nascido no âmbito jurídico de forma regular.

De outro lado, também se pode identificar um segundo momento, em que se mostra possível a existência de uma sociedade sem estabelecimento. Na hipótese, e.g., de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada cujo contrato social tenha sido arquivado na Junta Comercial, mas que não desenvolve ainda suas atividades empresariais, encontramos a existência de uma sociedade empresária (de natureza contratual) sem um estabelecimento correspondente.

Mas o que releva, neste aspecto, é notar que o estabelecimento não nasce de nenhum ato registrário, não guardando qualquer regulação com o formal momento do nascimento das sociedades empresárias. Em realidade, o fundo de empresa nasce faticamente, de acordo com a atuação do empresário.

Superada esta questão inicial, surge outra, sobre a qual se debruça tradicionalmente a doutrina francesa, consistente em se perquirir quanto à necessidade de existência de uma clientela efetiva para que se cogite da existência de um estabelecimento. No sentido afirmativo vem a referida lição dos doutrinadores franceses, entre os quais destacamos, por sua relevância, o ensinamento de Albert Cohen, que afirma que *“a clientela é o elemento essencial, obrigatório e irredutível*

*de todos os fundos de comércio, não se podendo conceber sua exploração racional sem ela.*⁶⁸

A se exigir a existência efetiva de uma clientela para a caracterização de um estabelecimento, viria naturalmente a conclusão no sentido de que somente o fundo de empresa já estabelecido com sucesso pode ser considerado como tal, inexistindo a universalidade enquanto não for arrebanhada a clientela almejada pelo empreendedor.

Mas com tal posicionamento não podemos concordar. Isto porque a clientela não é em si uma realidade material, palpável e quantificável. Constitui-se sim em uma perspectiva de negócios futuros, que não podem ser frustrados por atos de concorrência desleal. Desde que o empresário reúna elementos que possibilitem o desenvolvimento efetivo da atividade empresarial, está caracterizada a existência de um estabelecimento, ainda que nenhum cliente tenha ainda sido efetivamente atendido. A clientela é sempre potencial, uma perspectiva para o futuro, não se constituindo num bem de propriedade do empresário. Discordamos, por esta razão, das lições clássicas do direito francês. E, neste aspecto, contamos com o relevante apoio nos ensinamentos de Hernani Estrella:

*“Segundo a doutrina a que nos filiamos decididamente, a simples organização de uma pluralidade de bens, coordenados em função do exercício de uma atividade mercantil e apta, em tese, a conseguir o escopo que a presidiu, configura o estabelecimento. A sua exploração é atividade ulterior, que entra no conceito genérico de empresa. Para nós, pois, o estabelecimento existe mesmo antes de ter entrado a operar, como continuará a existir, a despeito de cessar a sua exploração pelo advento da morte ou da falência do seu explorador. Em tais casos, poderá transferir-se a outrem como a mesma unidade econômica que era dantes.”*⁶⁹

Crer na solução diversa é afastar a objetividade, gerando situações de incerteza jurídica quanto ao regime jurídico aplicável, ante o questionamento quanto à efetiva existência ou não de clientela. A jurisprudência francesa nos aponta casos em que não se considera a existência de um fundo de empresa em vista do fato de os clientes estarem ocorrendo ao local por outras razões, como ocorre com as lanchonetes instaladas em estádios de futebol. Contudo, consideramos equivocado

⁶⁸ *Traité Théorique et Pratique des Fonds de Commerce*, p. 39. Tradução nossa do seguinte original em francês: *“la clientèle est l’élément essentiel, obligatoire et irréductible de tout fonds de commerce, l’exploitation de celui-ci ne pouvant rationnellement se concevoir sans elle.”*

⁶⁹ *Direito Comercial*, p. 167.

tal entendimento, já que se constitui em abstração sem solução o questionamento acerca dos motivos que levam a pessoa a estar no local onde está instalada a empresa, podendo levar a conclusões absurdas, como por exemplo a de que as lojas instaladas em uma tradicional localização turística não constituem estabelecimentos empresariais, já que as pessoas que ali vão estão no local em vista de uma atração turística, e provavelmente não retornarão tão cedo ao local. Tais considerações levaram, inclusive, a construção do conceito jurídico de *achalandage*, que, além de ser de difícil compreensão, é de nenhuma utilidade jurídica⁷⁰ no âmbito do direito brasileiro.

Podemos então afirmar que o estabelecimento nasce quando há a reunião de elementos que possibilitem o desenvolvimento da atividade do empresário, cuja operacionalidade dê ensejo à racional expectativa quanto ao afluxo de clientela quando do efetivo exercício da atividade empresarial, não se mostrando necessária a efetiva existência de uma clientela.

1.9. Extinção do fundo:

De início, deve-se ter em consideração que o encerramento da existência jurídica do empresário não gera necessariamente a do estabelecimento. Na hipótese de falência, é permitida forma alternativa de liquidação pela qual os credores arrendam o estabelecimento, ou o assumem como perfil patrimonial de empresa pelos mesmos constituída, de acordo com a regra presente no art. 123 do Decreto-lei 7.661/45 (desde que exista decisão, em assembléia de credores, em que seja atingido quórum deliberativo superior a 2/3 do total de créditos habilitados).

Surge desta forma a primeira conclusão parcial quanto a este aspecto, consistente na percepção de que o estabelecimento, sendo realidade objetiva (e não formal) extingue-se simplesmente quando objetivamente não mais se puder verificar a reunião dos elementos que possibilitem o desenvolvimento da atividade empresária. Quando um montante relevante de bens é alienado, de forma que os remanescentes não mais sejam suficientes para a manutenção da atividade

⁷⁰ O mesmo será analisado na sub-seção 4.3.1.

empresarial, opera-se a extinção do fundo de empresa, sem que tal fato tenha maior relevância quanto à verificação da continuidade da empresa.

Como já referido, há grande movimentação da constituição estrutural de um fundo de empresa, sem que tais alterações gerem alterações na universalidade em si. Afinal, a venda de um bem isolado, ou a inutilização de uma máquina em razão de quebra, por exemplo, normalmente nem mesmo geram alterações no valor do estabelecimento. Por isso mesmo, não é tarefa simples definir se houve ou não a extinção do estabelecimento, havendo situações fronteiriças entre a simples venda de bens componentes e a extinção, decorrente da impossibilidade no desenvolvimento da atividade empresarial.

Embora já se tenha procurado construir critérios baseados na manutenção do título de estabelecimento ou pela manutenção de outros sinais distintivos⁷¹, parece evidente que o único critério utilizável reside na verificação da possibilidade de desenvolvimento da atividade empresarial, fato que, analisado de outro viés, pode-se traduzir na manutenção do aviamento. Oportunas, neste ponto, são as palavras de Oscar Barreto Filho:

“O único critério seguro, embora nem sempre facilmente aplicável na prática, é dado pela subsistência do aviamento objetivo ou real (cujo conceito será esclarecido oportunamente), 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 vez que o aviamento se revela claramente aos olhos do público, o critério pode ser aplicado com êxito.”⁷²

Segundo a opinião de Ripert, o estabelecimento somente existe enquanto se estiver objetivamente desenvolvendo a atividade empresarial sobre o mesmo. Assim, o encerramento da atividade leva à extinção do estabelecimento. Vale atenção ao seu escólio:

“Estas propriedades [elementos incorpóreos do estabelecimento] são conservadas unicamente mediante exploração. A noção de propriedade neste caso se encontra

⁷¹ Conforme BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 138.

⁷² Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 138. No mesmo sentido vem o ensinamento de Waldírio Bulgarelli: *O estabelecimento se extingue quando se desintegram os elementos que o constituem, ou por destruição ou por destinação a outro fim etc. Não se extingue, entretanto, como vimos, pela sua cessão, nem pela falência*” (Sociedades Comerciais: Empresa e Estabelecimento, p. 67).

imperfectamente separada da noção de trabalho. O proprietário de um fundo perde sua clientela se não o explora, e que a perde integralmente, o fundo terá desaparecido.”⁷³

Esta concepção doutrinária pode gerar efeitos negativos na prática, já que possibilita tentativas de desenquadramento da noção de fundo de empresa como forma de afastamento do regime jurídico ao mesmo imposto, principalmente no tocante aos efeitos decorrentes de sua transferência, como a sucessão no passivo escriturado.

As partes poderiam, anteriormente à alienação do estabelecimento, paralisar as atividades durante um determinado espaço de tempo, pretendendo, desta forma, justificar uma posterior alegação de que houve uma simples alienação de bens, sem que a mesma pudesse ser juridicamente qualificada como um trespasse de fundo de empresa.

Por isso, preferimos a noção antecedente, no sentido de que o fundo somente se extinguirá se houver a efetiva desagregação de bens, de tal forma que os elementos remanescente, em si, não seja capazes à sustentação objetiva de uma atividade empresarial. Ainda que a atividade empresarial tenha estado paralisada durante algum período, o estabelecimento continuará existindo enquanto não houver a desagregação destes elementos que, potencialmente, mostram-se suficientes à posterior atração de clientela.

Daí decorre o acerto da orientação de Barbosa de Magalhães, para quem a paralisação da atividade dá ensejo à extinção do estabelecimento desde que seguida de sua efetiva liquidação: *“Em dado momento, o comerciante resolve cessar e cessa essas operações; nesse momento o estabelecimento se extingue, embora continue para as operações relativas à sua liquidação, ou mesmo durante algum tempo permaneça sem que o comerciante realize ou uma ou outras dessas operações.”⁷⁴*

E, neste sentido, encontramos suporte normativo no direito brasileiro, na norma constante do art. 116, §1º, do Decreto-lei 7.661/45, que cogita da venda do

⁷³ Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 327. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: *“Estas propiedades se conservan únicamente mediante la explotación. La noción de propiedad en este caso se encuentra imperfectamente separada de la noción de trabajo. El propietario de un fondo pierde su clientela se no lo explota y cuando la ha perdido enteramente, el fondo ha desaparecido.”*

⁷⁴ Do Estabelecimento Comercial, p. 151.

estabelecimento em momento posterior ao encerramento das suas atividades, conseqüência natural quando se cogita do estado de falência.

De qualquer forma, salientamos que se deve evitar a construção de critérios alternativos quanto à extinção do fundo, que possam propiciar o afastamento do regime jurídico imposto à operação de trespasse por um simples atuar dos empresários envolvidos.

1.10. Pluralidade de estabelecimentos:

A matéria relativa à pluralidade de estabelecimentos passa pela necessidade de uma opção doutrinária inicial. Há autores que afirmam de forma direta a existência de diversos estabelecimentos de titularidade de um mesmo empresário, surgindo um novo estabelecimento, distinto dos demais, sempre que o empresário organizar um novo conjunto de bens, fisicamente distintos dos até então existentes, em si suficientes ao desenvolvimento da atividade empresarial. Assim, o empresário que possui duas lojas para vendas em varejo titulariza dois estabelecimentos, e, se constituir uma terceira, mais um estabelecimento nascerá. Neste sentido vem a opinião de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para quem *“uma vez caracterizado o estabelecimento sob esta perspectiva funcional, um único empresário pode possuir vários estabelecimentos (diversos conjuntos que se bastam por si para o exercício da atividade empresarial).”*⁷⁵

De outro lado, encontra-se doutrina pela qual o empresário sempre titularizará um único estabelecimento, que poderá ser composto também por filiais, sucursais e agências. Neste sentido mostra-se referível a orientação de Barbosa de Magalhães:

*“Dentre esses elementos, que fazem parte do estabelecimento, e que podem considerar-se seus acessórios, há a considerar especialmente as sucursais, agências, delegações, representações ou filiais, que o comerciante individual ou coletivo estabelece em localidades diversas daquela onde está o estabelecimento principal, ou mesmo, embora muito menos freqüentemente, nessa própria localidade. Essas sucursais, agências, delegações, representações ou filiais são, efetivamente, estabelecimentos comerciais, mas fazem parte do estabelecimento comercial considerado como o conjunto de elementos com que o comerciante exerce sua atividade mercantil.”*⁷⁶

⁷⁵ Apontamentos de Direito Comercial, p. 131.

⁷⁶ Do Estabelecimento Comercial, pp. 25-26.

A resposta a esta controvérsia é de extrema importância para o estudo da matéria, já que interfere na própria definição de estabelecimento, fazendo com que uma operação de compra e venda de uma sucursal seja considerada pela primeira orientação doutrinária como trespasse de fundo de empresa, enquanto que a segunda corrente não vislumbra neste caso um efetivo trespasse, mas uma simples alienação de um dos elementos do estabelecimento⁷⁷.

Não vemos, no âmbito do direito brasileiro, sustentação à segunda orientação doutrinária. De um lado, deve-se considerar que, no exemplo de o empresário ser titular de duas lojas para venda em varejo, constituídas em municípios distintos, percebe-se que os elementos de uma em nada auxiliam no desenvolvimento da atividade da outra. Se o critério de integração de um determinado bem ao estabelecimento é exatamente a sua funcionalidade, esta não é identificada no caso de duas universalidades economicamente independentes uma da outra.

De outro lado, o novo Código Civil deixa clara a possibilidade de alienação de um estabelecimento em separado, no caso de o empresário titularizar mais de um fundo de empresa, o que seria inadmissível se houvesse sido adotada a teoria pela qual as filiais, sucursais e agências são meros elementos do único estabelecimento do empresário. Neste sentido encontramos, principalmente, as normas presentes nos arts. 1.145 e 1.149.

Tais são as razões pelas quais reafirmamos a conclusão no sentido de as agências, sucursais e filiais serem consideradas estabelecimentos autônomos, constituindo a sua alienação um efetivo trespasse, sujeito às regras presentes nos arts. 1.143 a 1.149 do novo Código Civil.

Para o direito brasileiro, ao revés do que ocorre usualmente no direito comparado, não houve a fixação de critérios de distinção entre matriz, sucursal, filial e agência. Em realidade, a única particularização de estabelecimento, em caso de pluralidade, reside no conceito de principal estabelecimento, que surgiu na redação conferida ao art. 5º do Decreto nº 916, de 24 de outubro de 1890: *“Quem exercer o*

⁷⁷ Ressalvamos, contudo, que Barbosa de Magalhães constrói solução alternativa, pela qual *“embora a transmissão não seja de todo o estabelecimento, desde que seja de uma parte dele, que contenha em si todos os elementos precisos para que o adquirente possa exercer o mesmo ramo de comércio do alienante, isto é, que seja de uma sucursal, agência, delegação, representação ou filial, ou mesmo*

comércio terá direito de registrar a firma ou razão social no registro da sede do estabelecimento principal, podendo fazê-la inscrever também na sede dos estabelecimentos filiais, uma vez que a do estabelecimento principal, quando situado na República, esteja inscrita.”

Quando um empresário organizada mais de uma unidade produtiva, havendo independência entre as mesmas para que cada qual seja autonomamente produtiva, está-se diante de hipótese de pluralidade de estabelecimentos. Repise-se que, porquanto haja pluralidade de estabelecimentos, o empresário conserva a unidade patrimonial, conforme analisamos na seção 1.3, supra.

O fato de existir pluralidade de estabelecimentos titularizados pelo mesmo empresário gera a necessidade de se efetivar duas ordens de classificação entre os mesmos. De um lado, há a necessidade de se distinguir a sede das casas filiais. Para tanto, utiliza-se de critério estritamente formal, já que a sede é estatutariamente indicada. Sede, portanto, é o local indicado como tal no contrato ou estatuto social. A sede constitui o domicílio da sociedade empresária. Contudo, no campo do direito processual civil, este conceito tem sua importância relativizada, já que, nos termos do art. 100, IV, do Código de Processo Civil, cada estabelecimento, seja sede ou filial, responde pelas obrigações que contrair, para fins de definição da competência territorial.

De outro lado, para fins de fixação de competência territorial no campo falimentar, faz-se necessário estabelecer-se qual o principal estabelecimento entre os diversos existentes. De fato, a norma presente no art. 7º do Decreto-lei 4.661/45 prevê que *“é competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.”*

Logo se percebe que o legislador não se utilizou da sede como critério para a fixação da competência territorial no processo falimentar, construindo uma nova categoria designada de principal estabelecimento. E este pode ser definido como o local onde são praticados os atos de administração da empresa. Desta forma, se um empresário possui um grande estabelecimento fabril em Município, e um escritório de onde emanam as decisões de ordem administrativa em outro, este será reputado o principal estabelecimento, mesmo sendo economicamente muito menos valioso do

um simples estabelecimento secundário, dão-se todos os requisitos para que possa entender-se que há um trespasse, embora parcial, do estabelecimento” (Do Estabelecimento Comercial, p. 234)

que o maior estabelecimento de destinação fabril. Neste sentido vale o suporte da doutrina de José da Silva Pacheco: *“Principal estabelecimento, para os efeitos do art. 7º da Lei de Falências, é o local onde a empresa tem o comando de seus negócios, o cérebro de suas decisões, onde o empresário, efetivamente, atua, realizando a política da empresa e as operações comerciais e financeiras de maior vulto.”*⁷⁸

É de se destacar, entretanto, que este critério não é uníssono na doutrina. Assim, no entendimento de Waldemar Ferreira, a noção de principal estabelecimento confunde-se com a de sede estatutária:

*“Cuidando-se, porém, de estabelecimentos de pessoas jurídicas, o principal é o em que o contrato ou estatuto social situe a respectiva diretoria ou administração, não somente da sociedade, em si mesma, quanto de todos os mais estabelecimentos, a ela subordinados. É impostergável o dispositivo do art. 35, IV, do Código Civil.”*⁷⁹

No mesmo sentido vem a opinião de Luiz Tzirulnik, para quem *“o principal estabelecimento do comerciante, quando se tratar de sociedades comerciais, há de equivaler ao estabelecimento social, isto é, o local avençado em contrato social para servir de sede à sociedade.”*⁸⁰

Tal posicionamento, entretanto, é diretamente combatido por Wilson de Souza Campos Batalha, que, além de esclarecer que os conceitos são juridicamente distintos, alerta ainda para o fato de que a confusão pode ensejar o cometimento de fraudes, principalmente no sentido de se proceder a alterações contratuais de sede para dificultar o pedido de falência por parte dos credores. Vale atenção às suas palavras:

“Principal estabelecimento não é o mesmo que sede social. A sede é o local em que se situa o centro jurídico da sociedade, a sua administração e a sua orientação financeira; a sede é o

⁷⁸ Processo de Falência e Concordata, p. 165. No mesmo sentido mostra-se oportuna a transcrição do ensinamento de Rubens Requião: *“O critério para se determinar o principal estabelecimento integrante de uma empresa não leva em conta a dimensão física dos seus diversos estabelecimentos. Conceitua-se o principal estabelecimento tendo em vista aquele em que se situa a chefia da empresa, onde efetivamente atua o empresário no governo ou no comando dos seus negócios, de onde emanam as suas ordens ou instruções, em que se procedem as maiores as operações comerciais e financeiras de maior vulto e em massa. Nesse estabelecimento, por ser o centro das decisões da empresa, contabilizam-se as suas contas e, por isso, aí se encontram os livros comerciais, sobretudo os livros obrigatórios e os livros fiscais.”* (Curso de Direito Falimentar, vol. 1, p. 81)

⁷⁹ Tratado de Direito Comercial, vol. 5, p. 36.

⁸⁰ Direito Falimentar. p. 65.

centro da empresa, como unidade econômica. O estabelecimento é a unidade técnica, em que se concentram as atividades produtivas e a direção ordinária dos negócios. A sociedade tem apenas uma sede, mas pode ter vários estabelecimentos.

(...)

Em consequência, não prevalece o expediente fraudulento consistente em alterar a sede social para excluir o pedido de falência proposto na sede estatutária, facilmente cambiável. O principal estabelecimento é que não se transfere com um traço de pena, como a sede social.”⁸¹

Para outros autores, principal estabelecimento é aquele onde se encontram os bens de maior valor econômico, pautando-se no art. 82 do Código de Processo Civil português, o qual estabelece que *“tem-se como principal estabelecimento aquele em que o argüido exerce maior atividade comercial”*. Entre estes autores destaca-se Oscar Barreto Filho, para quem deve *“preponderar na conceituação do estabelecimento principal o critério quantitativo do ponto de vista econômico, qual seja aquele em que o comerciante exerce maior atividade mercantil e que, portanto, é o mais expressivo em termos patrimoniais”⁸²*.

Mas em que pesem as divergências doutrinárias, tenho que deve ser homenageado o critério pelo qual o estabelecimento principal é considerado como o local onde são praticados os atos de gestão da empresa, por se tratar de solução mais próxima da efetividade do processo falimentar. Isto porque, ainda que seja mais complexa a arrecadação dos bens se os de maior valor se encontrarem em outra comarca, tal dificuldade é menos gravosa do que, por exemplo, a aplicação do dever processual pelo qual o falido não pode se ausentar do lugar da falência sem justa causa e autorização judicial (art. 34, III, do Decreto-lei 7.661/45). Tal regra é de interesse evidente para o processo falimentar, já que facilita a presença do falido aos atos processuais em que esta é necessária, e no caso de sociedades empresárias, seu âmbito de incidência abrange os representantes legais da pessoa jurídica, gerentes ou diretores. Assim, no caso de o processo erroneamente tramitar em local diverso daquele de onde a sociedade era administrada, ou haveria simples afastamento da norma supra-referida (com dificuldades evidentes para a prática dos atos processuais em que a presença do falido é necessária), ou se exigiria o absurdo de os representantes legais da sociedade falida mudarem de domicílio. Estas dificuldades processuais deixam de existir quando se adota o critério segundo

⁸¹ Falências e Concordatas, pp. 132-133.

⁸² Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 146. No mesmo sentido vem a opinião de Nélon Abrão (Curso de Direito Falimentar, p. 68).

o qual “a expressão principal estabelecimento não está relacionada com a proporção da casa comercial, não havendo qualquer referência com as instalações, significando, isto sim, o local de onde o comerciante comanda, dirige, administra seus negócios”, de acordo com Amador Paes de Almeida⁸³.

Sob outro aspecto, importa destacar que existem determinadas unidades empresariais, fisicamente destacadas do estabelecimento empresarial, que apresentam funções econômicas específicas, como no caso de um depósito de entrepostagem. Estes não podem ser considerados como estabelecimentos empresariais secundários, já que, em si, não se mostram suficientes para o desenvolvimento da atividade empresarial. Neste sentido vem a clássica orientação da doutrina francesa, que distingue as sucursais dos “locais acessórios”, que não teriam a natureza de estabelecimentos, a qual é defendida, entre outros, por Albert Cohen⁸⁴.

Tal conclusão, é de se asseverar, gera efeitos jurídicos, ao menos no campo doutrinário, relativamente à qualificação jurídica do escritório, destacado fisicamente de uma unidade fabril, e de onde emanam os atos de gestão da empresa. Sendo o local de onde a empresa é efetivamente administrada, o mesmo é qualificado como estabelecimento principal, para fins de definição do juízo competente para o processamento de uma ação de falência. Mas, de acordo com a doutrina supratranscrita, o estabelecimento principal, para fins falimentares, não pode ser ao menos considerado como um estabelecimento empresarial, já que, em si, não se mostra suficiente para o desenvolvimento da atividade empresarial de maneira completa, caracterizando-se como um “local acessório”, onde determinadas atividades (administração e contabilidade), são praticadas. E, ao menos no campo teórico, tal conclusão deve ser tomada como efetiva, ainda que, no campo prático, não decorra qualquer efeito para fins de aplicação da legislação falimentar.

Efeito jurídico evidente decorrente desta constatação é a conclusão no sentido de que a eventual alienação do escritório de onde emanavam os atos de

⁸³ Curso de Falência e Concordata, p. 71.

⁸⁴ *Traité Théorique et Pratique des Fonds de Commerce*, p. 41: “*les établissements secondaires autres que les sucursales, ne peuvent être juridiquement considérés comme des fonds de commerce. Ils constituent simplement des locaux accessoires, sans individualité distincte. Il en est ainsi, par exemple, des locaux servant à l'entreposage des marchandises ou à la fabrication des produits, dès l'instant qu'ils ne sont pas ouverts à la clientèle et qu'aucune opération ne s'y traite avec les tiers. Ces*

administração não pode ser considerada como uma alienação de fundo de empresa, afastando-se, por conseqüência, todo o regime jurídico imposto à operação de trespasse, seja quanto às formalidades contratuais legalmente exigidas, seja quanto aos efeitos acessórios do negócio incidentes sobre as partes. A venda deste escritório deve ser considerada como a venda de um elemento do estabelecimento em que se constitui a fábrica administrada à distância.

Por fim quanto a esta matéria, vale destacar que a doutrina francesa fixou uma distinção entre filial e sucursal embasada no fato de que a filial é dotada de personalidade jurídica, sendo economicamente dependente de uma sociedade mãe, no contexto de um grupo societário. Já a sucursal se constitui em estabelecimento com autonomia econômica, titularizado por empresário ou sociedade empresária que também titulariza outros estabelecimentos. Tal é a conclusão de Yves Reinhard: *“A sucursal é constituída pela reunião de dois elementos: a ausência de personalidade jurídica e a autonomia de gestão. A ausência de personalidade jurídica permite distinguir a sucursal da filial: a filial é em efeito uma pessoa moral, juridicamente independente ainda que dependa economicamente de uma sociedade mãe que controla um grupo de sociedades.”*⁸⁵

Tal distinção, contudo, não apresenta significação no âmbito do direito brasileiro, já que, entre nós, a filial é também considerada como um segundo estabelecimento de titularidade do mesmo empresário, sem apresentar autonomia jurídica face ao empresário que a controla. Neste sentido vem a norma constante do art. 969 do novo Código Civil pela qual *“o empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária.”* E Waldemar Ferreira alerta que *“a lei não distinguiu a sucursal da filial, muito menos da agência; e as três expressões se empregam sem significado específico, ao arbítrio de cada comerciante ou sociedade”*⁸⁶.

établissements secondaires ne forment avec l'établissement principal qu'un seul et même fonds de commerce.”

⁸⁵ Droit Commercial, p. 290. Tradução nossa do seguinte texto em francês: *“La succursale est constituée par la réunion de deux éléments: l'absence de personnalité juridique et l'autonomie de gestion. L'absence de personnalité juridique permet de distinguer la succursale de la filiale: la filiale est en effet une personne morale, juridiquement indépendante même si elle dépend économiquement d'une société mère qui gère un groupe de sociétés.”*

1.11. Fundo em empresa em *shopping centers*

Em meados da década de 80, ao comércio varejista brasileiro foi imposta uma revolução sem precedentes. A insegurança, acompanhada da cada vez maior busca pela praticidade, levou à importação do modelo empresarial dos *shopping centers*, que, além de mudar o comportamento dos consumidores, trouxe inovações no campo do direito contratual que nem sempre foram bem acolhidas pelo empresariado, que muitas vezes se vê sujeito a cláusulas abusivas para poder ter acesso à clientela que aflui ao *shopping center*.

A imposição destas cláusulas contratuais, que prevêm desde o repasse de parte do faturamento do lojista ao administrador até a possibilidade de fiscalização direta deste nos livros contábeis daquele, passando pela sujeição a campanhas publicitárias e ao *mix* de produtos determinado pelo administrador, conduziram a grandes debates acerca da natureza jurídica deste contrato, a qual também abrange a discussão relativa à efetiva existência de um estabelecimento empresarial de titularidade do lojista.

Este último questionamento centra-se primordialmente na tradição da doutrina e jurisprudência francesas, para as quais somente se configura a existência de um estabelecimento quando este apresentar clientela própria, não se configurando, portanto, a existência de um fundo de empresa na sempre lembrada hipótese de uma lanchonete instalada num estádio de futebol, em que, à obviedade, a clientela não comparece para fazer um lanche, mas sim para assistir a uma partida de seu time. No caso de uma loja instalada em um *shopping center*, seria questionável a existência de um estabelecimento, já que a clientela aflui ao local prioritariamente atraída pelo conjunto de atrações, e não para se dirigir especificamente a uma determinada loja.

Mas a hipótese do lojista não pode ser equiparada à acima mencionada. Isto porque não se pode afirmar com segurança que a clientela é totalmente atraída ao *shopping center* em face do conjunto de seus atrativos, já que o principal deles se constitui nas próprias lojas. Afinal, é evidente que, inexistindo lojas que se mostrem

⁸⁶ Tratado de Direito Comercial, vol. VI, p. 36.

em si capazes de atrair a clientela, esta não afluirá automaticamente ao local pelo simples fato de ali existir um *shopping center*. Por isso, no âmbito do direito francês, a conclusão é pela existência de clientela tanto para o lojista quanto para o empreendedor, apenas havendo uma particularidade quanto ao que os doutrinadores daquele país denominam de *achalandage*, que, como veremos, se constitui no grau de vinculação pessoal entre a clientela e o empresário. E tal conclusão (ressalvada a para nós indiferente questão da *achalandage*) evidentemente se aplica também para o direito brasileiro, em que as dificuldades de análise da matéria deveriam ser ainda menores em vista do não enquadramento da clientela como elemento integrante do fundo.

Importa notar que o *shopping center* abrange sempre um multiplicidade de estabelecimentos, formada pelo conjunto das lojas ali instaladas e pelo próprio empreendimento, que, em si, se constitui numa atividade empresarial. Neste sentido se mostra clara a lição de Fernando Albino de Oliveira, *in verbis*:

“O shopping tem seu fundo de comércio consubstanciado na própria concepção do empreendimento, na distribuição inteligente e eficaz dos vários ramos de negócio (tenant mix), na estrutura organizacional, na administração, na idealização constante de campanhas promocionais. O comerciante lojista detém a boa imagem do seu nome, marca e sinal distintivo, a especialização no ramo de negócio, o saber promover e vender aqueles produtos, o que lhe proporciona faturamento adequado, do qual o empreendedor participará.”⁸⁷

Superada esta questão preliminar, surge outra, de maior relevância jurídica, consistente na determinação quanto à abrangência ou não, no contrato formulado entre o administrador e o lojista, de uma cessão de fundo de empresa, em cujo contexto seriam cobradas as formalidades negociais e incidiriam os efeitos jurídicos que serão expostos no capítulo que segue.

Para tanto, cumpre destacar inicialmente que, embora ainda persista discussão neste ponto, a doutrina preponderantemente tem admitido que o contrato ajustado entre o administrador e os lojistas se constitui numa modalidade especial de locação. Neste sentido referimos a conclusão de Fábio Ulhoa Coelho, para quem *“entre o empreendedor e o lojista existe um contrato de locação, embora revestido de cláusulas especiais com vistas ao atendimento a características próprias do*

⁸⁷ Shopping Centers – Questões Jurídicas, p. 67.

shopping.⁸⁸ E, mesmo os doutrinadores que refutam esta conclusão, concordam quanto ao fato de que a locação se constitui no principal elemento do contrato, conforme notícia de maneira minuciosa Roberto Wilson Renault Pinto⁸⁹.

Tal percepção quanto à natureza jurídica do contrato em análise nos permite concluir que o pacto é eminentemente temporário, e mantém a vinculação direta entre lojista e administrador durante todo o seu período de cumprimento, de forma que o lojista não adentra ao local com ânimo definitivo e, de outro lado, não pode transferir diretamente o seu direito de utilização do local. Daí decorrem duas conseqüências jurídicas.

De um lado, no contrato formado entre o administrador e o lojista não há se cogitar de uma transferência de fundo de empresa, seja em vista de seu caráter temporário, seja porque os elementos cedidos pelo administrador não são em si suficientes para o desenvolvimento da atividade do lojista. Este terá, com o contrato, direito à utilização do espaço, sobre o qual, evidentemente, deverá organizar a instalação de todos os elementos corpóreos e incorpóreos (mobiliário, mercadorias, título de estabelecimento), para que sua atividade possa ser desenvolvida de maneira funcional. Assim, o que o administrador cede ao lojista é apenas parte dos elementos necessários ao funcionamento da atividade que ali será desenvolvida.

Conclusão diversa é exposta por Fernando Albino de Oliveira, para quem, “*da forma pela qual os contratos são redigidos, trata-se de cessão do fundo de comércio do empreendedor*.”⁹⁰ Contudo, deve-se notar, neste aspecto, que o administrador não cede seu estabelecimento ao lojista, já que a atividade desenvolvida por este será de natureza absolutamente diversa daquela empreendida pelo administrador. Tratam-se de dois negócios empresariais distintos, um consistente na administração do *shopping* (que se perfaz exatamente com a cessão de espaços aos lojistas) e outro consubstanciado no comércio varejista oferecido ao consumidor (que não era anteriormente desenvolvido pelo administrador).

O contrato de *shopping center*, de outro lado, passa a se constituir em elemento integrante do estabelecimento empresarial do lojista. Assim, em caso de

⁸⁸ Curso de Direito Comercial, p. 114.

⁸⁹ Shopping Centers – Questões Jurídicas, p. 224.

⁹⁰ Shopping Centers – Questões Jurídicas, p. 68.

cessão do fundo, aplicam-se ao contrato de *shopping center* as regras previstas no art. 1.148 do novo Código Civil.

Em síntese conclusiva, temos que não se abrange, no contrato ajustado entre o administrador e o lojista, um trespasse de estabelecimento (havendo a transferência de apenas um elemento necessário, mas em si insuficiente, para o desenvolvimento da atividade empresarial deste), bem como que, no caso de venda do estabelecimento de um lojista para outro, o contrato firmado com o administrador deverá ser considerado como um elemento integrante da universalidade que se intenta transferir.

2. ELEMENTOS DO FUNDO DE EMPRESA

2.1. Considerações gerais

Para que o estabelecimento exista como unidade funcional, faz-se necessária a reunião de elementos de diversas naturezas, numa composição que varia de acordo com as peculiaridades inerentes a cada atividade empresarial. Claro está que o estabelecimento relativo a uma empresa de prestação de serviços será diferente de outro destinado ao comércio varejista, o qual não apresentará qualquer semelhança com um fundo voltado à atividade industrial.

Em qualquer espécie de atividade, haverá elementos que se mostram mais relevantes do que outros. Tal ocorre, por exemplo, no comércio varejista, em que o ponto empresarial normalmente destaca-se economicamente na composição do fundo, ou na atividade industrial, em que o maquinário será o cerne do estabelecimento. Mas a possibilidade de existência de um determinado bem primordial não possibilita uma confusão entre este e a universalidade. No caso do comércio varejista, o ponto será apenas um dos muitos elementos integrantes do fundo, por mais valioso que seja. Não se pode, neste ou em qualquer outro caso, confundir-se o principal elemento com a própria universalidade. Na composição de qualquer estabelecimento, haverá a necessidade de reunião de uma grande diversidade de elementos, de natureza corpórea e incorpórea, cujo espectro pode ser percebido pela exposição de Waldemar Ferreira:

“Tanto a pessoa natural, quanto a pessoa jurídica, ingressam, dessarte, no mundo dos negócios, com patrimônio adequado ao seu exercício. Fixam-se no espaço, adquirindo ou locando o prédio, quando não parte dele, que venha a ser o local, a sede onde se instale o meio e o instrumento da sua função medianeira. Preparam-no convenientemente, dotando-o do mobiliário e das instalações propícias. Celebram-se, para isso, os contratos de compra ou de arrendamento do prédio. Situa-se o ponto do negócio. Armações. Balcões. Mostruários. Máquinas de contabilidade e de outras usanças. Pesos e medidas. Utensílios de toda a sorte. Mercadorias. Nominaliza-se o acervo constituendo. Ajustam-se prepostos, efetuando

*contratos de emprego ou de preposição mercantil. Distribuem-se entre eles atribuições e encargos. Obtêm-se as devidas licenças municipais. Fazem-se os registros nas repartições arrecadoras estaduais ou federais. Rubricam-se os livros de contabilidade e os exigidos pelo fisco. Inscreve-se a firma. Faz-se a publicidade reclamada pelos usos e estilos. Entra o comerciante, pessoa natural ou jurídica, a praticar as providências para o exercício de sua atividade, desde os primeiros instantes acionada. Abertas as portas, posto o patrimônio, assim formado, em movimento, ele se transfigura. Erige-se em estabelecimento.*⁹¹

Neste contexto de diversidade, afigura-se confortável ao aplicador do direito a fixação de um rol normativo dos diversos elementos que poderiam vir a integrar um fundo de empresa. Tal definição eliminaria incertezas no campo comercial, principalmente com relação à abrangência material de um contrato de trespasse em concreto. Em determinados casos, poderiam surgir litígios em vista da incerteza quanto à inclusão de determinados elementos na composição do fundo cuja titularidade se está a transferir. Para solucionar a questão, poderia parecer conveniente a determinação normativa quanto aos elementos integrantes da universalidade.

No Brasil, optou-se pela inexistência de norma com este conteúdo. E tal opção mostra-se acertada, já que não se mostra viável o estabelecimento de um rol fechado sobre todos os possíveis elementos de um fundo de empresa.

Tal premissa decorre, inicialmente, do fato de que a especificidade de cada atividade desenvolvida conduzirá a uma peculiar composição material do fundo de comércio, que será materializado por bens das mais diversas naturezas, desde o mobiliário até um contrato de franquia, desde o ponto comercial até um registro de marca. Assim, não se pode pretender a fixação de uma listagem exaustiva, mas sim de uma indicação dos elementos mais comumente encontrados na composição dos fundos de empresa.

Esta dificuldade se revela na doutrina dos países em que a normatização específica procurou estabelecer tal listagem de elementos. Podem ser referidos os exemplos do direito francês (em que a Lei de 17 de março de 1909 prevê que o estabelecimento é composto por mercadorias, o material necessário ao desenvolvimento da atividade, como mobiliário e equipamentos industriais, e os elementos incorpóreos, como a insígnia, o nome comercial, o direito ao local, a clientela e os direitos de propriedade intelectual) e do direito argentino (no qual o art.

⁹¹ Tratado de Direito Comercial, vol. VI, p. 6.

1º da Lei 11.867 prevê que o estabelecimento é composto de instalações, mercadorias, nome e insígnia comercial, clientela, direito ao local, patentes de invenção, marcas de fábrica, desenhos e modelos industriais, distinções honoríficas e outros bens integrantes da propriedade intelectual). Em ambos os casos, as relações normativamente indicadas são tidas como meramente exemplificativas, exatamente em vista da impossibilidade de se prever quais os bens necessários ao desenvolvimento de todas as modalidades de atividades empresariais. Daí a observação de Paula Castello Miguel, no sentido de que *“a técnica de enumerar os elementos componentes do estabelecimento empresarial não se mostra eficiente. A diversidade de bens que compõem o estabelecimento e a variedade que estes podem adquirir, em função dos diferentes ramos de atividade desenvolvidos, tornam a enumeração falha.”*⁹²

Superada a questão relativa à inexistência de uma listagem normativa dos elementos integrantes do fundo, cumpre fixar um critério doutrinário para a definição quanto à integração ou não destes à universalidade a que estão integrados.

Inicialmente, deve ser adotado o critério da funcionalidade, pelo qual efetiva-se a vinculação de determinado elemento a um fundo de empresa em razão de sua afetação à atividade desenvolvida pelo empresário. A partir do momento em que o estabelecimento é definido normativamente como o conjunto de elementos reunidos pelo empresário para o exercício de sua atividade, conclui-se de maneira simples que, para que um elemento integre a universalidade, deve atender a esta funcionalidade, estando vinculados ao exercício da empresariedade.

Desta noção inicial surge a referência de Ferri, no sentido de que *“no estabelecimento, a reunião dos bens é eminentemente funcional; isto é decorre do fato de todos serem destinados a uma função econômica, como instrumento da atividade empresária.”*⁹³

Normalmente, costuma-se referir que basta a afetação à atividade empresária para que se conclua pela integração de um determinado elemento ao fundo. Desta forma, ainda que o empresário não seja proprietário do bem, mas esteja exercendo a posse direta sobre o mesmo, a conclusão seria pela integração à universalidade.

⁹² O Estabelecimento Comercial, p. 30.

Neste sentido fixou-se corrente doutrinária majoritária, que costuma citar o exemplo do contrato de arrendamento mercantil de uma máquina industrial, a qual, ainda que evidentemente não seja de propriedade do empresário durante o curso do contrato, integrará o estabelecimento em decorrência de sua óbvia afetação à atividade empresária.

Contudo, conforme já expusemos na seção 1.3 deste trabalho, não concordamos com tal conclusão. Os elementos integrantes do fundo devem ser todos de titularidade do empresário, para que se possibilite sua integral transferência em caso de trespasse. Assim, no caso do contrato de *leasing*, constata-se que o bem arrendado não faz parte do fundo, ao revés do contrato, que integrará a universalidade. Assim, no caso de trespasse, a máquina não sofrerá alteração de propriedade (continuando na esfera patrimonial do arrendador), sendo entretanto transferido o contrato de arrendamento, na forma prevista pelo art. 1.148 do novo Código Civil.

Além da titularidade por parte do empresário, temos ainda que o elemento deve se mostrar transferível para que possa integrar o fundo de empresa. Afinal, para que se efetive a operação de trespasse, deve ocorrer a transferência de domínio não só da universalidade, mas também de cada um dos elementos que a integram. Assim, conforme veremos no momento oportuno, o nome empresarial não pode ser considerado um elemento integrante do fundo, exatamente por não se mostrar em si transferível, não estando abrangido na operação de trespasse. Para que a universalidade se mantenha, há que se preservar sua integralidade no momento do trespasse, não se podendo cogitar a hipótese de um elemento ser considerado integrante do fundo somente enquanto o mesmo não for objeto de um contrato de compra e venda, quando, então, seria excluído em vista de sua intransferibilidade individual.

Tais as razões pelas quais concluímos pela existência de um critério tríplice para o enquadramento de um determinado bem ao estabelecimento. Além da destinação funcional, este deve ser titularizado pelo empresário proprietário do fundo, e esta deve se mostrar transferível.

⁹³ Manuale di Diritto Commerciale, p. 195. Tradução nossa do seguinte texto em italiano: “*Nell’azienda, il collegamento dei beni è eminentemente funzionale; è determinato cioè dal fatto che tutti sono destinati ad una funzione economica, come strumento dell’attività imprenditrice.*”

Sob outro aspecto, faz-se oportuno destacar que a ciência da administração agrupa os elementos do estabelecimento empresarial de forma peculiar, distinguindo o capital fixo do circulante. Tal modalidade de distinção, entretanto, não se mostra relevante no campo do Direito Empresarial, em que a classificação dos elementos toma em consideração sua natureza e sua materialidade, e não sua destinação econômica.

Outra consideração inicial faz-se relevante no campo da descrição dos elementos integrantes do fundo de comércio, qual seja a constatação de que há grande volume de alterações da composição de um determinado estabelecimento empresarial, sem que seja alterada sua natureza de universalidade. Basta referir que as matérias-primas constituem-se em óbvio elemento integrante de um estabelecimento empresarial de natureza industrial, sendo constantemente adquiridas, transformadas e alienadas sem que haja qualquer alteração na constituição genérica do fundo de empresa. Ou ainda se pode cogitar da alienação de um determinado equipamento integrante do ativo imobilizado do empresário, fato em que, ainda que possa ter ocorrido uma diminuição contábil do valor patrimonial da empresa, não se altera a estrutura econômica do fundo em si, podendo, inclusive, incurrir em tal operação alteração no valor da universalidade. Esta se mantém enquanto preservar sua funcionalidade, independentemente do acréscimo ou afastamento de algum de seus elementos.

Finalmente, oportuno é destacar que não se mostra possível acompanhar a doutrina de Walter Álvares, para quem são elementos do fundo de empresa capital, trabalho e organização⁹⁴. A nosso ver, trata-se de indevida aproximação entre os conceitos de empresa e de estabelecimento, já que a somatória dos elementos citados pelo doutrinador acarretam a criação da empresa como um todo, abrangendo outros aspectos para além de seu perfil objetivo, que é o estabelecimento.

Após estes esclarecimentos vestibulares, podemos indicar os elementos mais comumente integrantes do estabelecimento no contexto da atividade empresarial em concreto.

2.2. Bens móveis:

Nenhuma dificuldade surge no apontamento dos bens móveis como parte integrante do fundo de empresa, visto que estes constituem os bens materialmente mais evidentes do mesmo. Afinal, quando se pensa na reunião de bens necessários ao desenvolvimento de determinada atividade, imediatamente se cogita acerca dos equipamentos de produção, do mobiliário necessário à venda do produto, ou do próprio estoque de mercadorias, para que depois se imaginem os elementos incorpóreos que se fazem necessários para a eficiência da atividade planejada, como os direitos de propriedade industrial ou o título de estabelecimento.

As espécies de bens móveis usualmente agregadas ao estabelecimento empresarial foram oportunamente classificadas por Rubens Requião (que fez referência a bens corpóreos, e não a bens móveis⁹⁵) em mercadorias, instalações e máquinas e utensílios⁹⁶.

Mercadorias podem ser conceituadas como os produtos que se oferecem ao consumidor, cuja produção ou venda constitui-se em objeto central da atividade do empresário. Etimologicamente, a palavra mercadoria deriva de coisa destinada ao mercado, bastando esta singela noção para a precisa compreensão de seu significado.

Instalações constituem-se no mobiliário montado para a exposição das mercadorias e o conforto da clientela. Evidentemente, as instalações devem ser pensadas de forma a possibilitar o bem-estar dos clientes, sendo elemento chave para o sucesso de um empreendimento. Neste sentido vem a observação novamente extraída de Rubens Requião: *“a escolha da instalação adequada para o ramo de comércio e classe de freguesia resulta da habilidade e sagacidade do empresário: para uma clientela habituada ao conforto e luxo, as instalações, para atraí-la, seguem estes padrões; mas se o estabelecimento se destinar à classe mais humilde, as instalações devem ser mais modestas.”*⁹⁷

⁹⁴ Direito Comercial, p. 187.

⁹⁵ Optamos pela expressão bens móveis pelo fato de a categoria de bens corpóreos abranger também os imóveis, que merecem estudo à parte na matéria em exame.

⁹⁶ Curso de Direito Comercial, v. I. p. 213.

⁹⁷ Curso de Direito Comercial, v. I. p. 214.

Máquinas e utensílios são os equipamentos profissionais necessários à prática da atividade empresarial. No caso de um estabelecimento de finalidade industrial, será evidente a relevância econômica das máquinas, centrais à possibilitação da atividade produtiva. Já no caso de um estabelecimento de finalidade comercial, embora não haja a necessidade de utilização de máquinas industriais, sempre haverá o emprego de equipamentos, que podem variar da obviedade de uma máquina registradora à simplicidade de uma calçadeira numa loja de sapatos, para citar apenas dois exemplos.

Constituindo-se nos elementos visíveis e mais evidentes do estabelecimento empresarial, os bens móveis não oferecem maiores dificuldades quando da interseção entre o plano econômico e o jurídico, inexistindo aqui os debates jurídicos usualmente encontrados na maioria dos demais elementos, como poderemos constatar na análise que segue.

2.3. Bens imóveis:

A análise quanto à possibilidade de enquadramento dos imóveis como elementos integrantes do fundo de empresa tem gerado profundas discussões no âmbito doutrinário. A divergência surge pela natureza distinta dos fundamentos utilizados. De um lado, tem-se afirmado que os bens imóveis não podem integrar o estabelecimento empresarial em vista da natureza jurídica deste, normalmente apontada como sendo de bem móvel, em vista da forma contratual do contrato de trespasse, como veremos oportunamente. Neste sentido pode ser apontada a opinião de Rubens Requião:

“Ora, se considerarmos o estabelecimento, na sua unidade, uma coisa móvel, claro está, desde logo, que o elemento imóvel não o pode constituir. É preciso, e é de bom aviso aqui frisar, que não se deve confundir o fundo de comércio com o patrimônio. O fundo de comércio não constitui todo o patrimônio, mas é parte ou parcela do patrimônio do empresário. A empresa, que é o exercício da atividade organizada pelo empresário, conta com vários elementos patrimoniais, por este organizado, para a produção ou troca de bens ou serviços que não integram o estabelecimento comercial. O imóvel pode ser elemento da empresa, mas não o é do fundo de comércio.”⁹⁸

⁹⁸ Curso de Direito Comercial, v. I, p. 214.

De outro lado, encontramos orientação doutrinária no sentido de que a definição quanto ao enquadramento ou não de determinado bem ao estabelecimento empresarial decorre de afetação do mesmo à atividade desenvolvida pelo empresário, assim como da titularidade desta bem.

Assim, se o imóvel faz parte integrante do fundo de empresa, sendo utilizado por seu proprietário e por esta via se mostrando essencial para a eficiência de sua atividade, mostra-se por demais abstrato inferir que o mesmo não integra o fundo, mormente quando se cogita de eventual alienação deste, que usualmente se fará de forma íntegra, para a preservação do interesse econômico dos empresários envolvidos.

Fundada em tal premissa, surge doutrina oposta à primeira corrente, admitindo a integração do fundo de empresa por bens imóveis. Neste sentido, vale referência à lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

“Se o empresário é proprietário de um imóvel, é preciso saber se tal imóvel está ou não afetado ao exercício de sua atividade: se não estiver (como, por exemplo, aquele recebido em pagamento de dívida, situado até em praça diversa daquela em que o empresário atua), embora incluído no seu patrimônio, esse imóvel não integra o estabelecimento; se estiver, não pode haver dúvida de que dele faz parte. Nesse último caso, além do ponto, o empresário detém a propriedade do imóvel onde seu estabelecimento está localizado.”⁹⁹

No âmbito do direito comparado, o impasse também existe. Enquanto no direito argentino e no francês os imóveis não integram o fundo de empresa, no direito português e o no alemão há menção expressa na lei a respeito da possibilidade de o estabelecimento ser integrado também por bens imóveis que apresentem destinação empresarial.

O que resta evidente é que o critério utilizado pela doutrina que prevê a impossibilidade de o estabelecimento ser composto também por bens imóveis é materialmente muito menos relevante do que a justificativa empregada pela corrente oposta. E além disso mostra-se inconsistente, podendo ser afastado por um estudo mais cuidadoso.

De fato, pelo trespasse aliena-se a universalidade, que, conforme analisado na seção 1.4, tem natureza mobiliária independentemente da integração de um imóvel na formação do estabelecimento. Afinal, no ato de venda do estabelecimento,

⁹⁹ Apontamentos de Direito Comercial, p. 136-137.

a transferência de determinados elementos que o integram depende de formalidades complementares que vão além da contratação inicial. Assim ocorre para que se perfaça a transferência de titularidade dos direitos relativos à propriedade industrial, aos contratos em geral e, porque não dizer, também com os imóveis.

Numa transação concreta de alienação de um fundo empresarial de natureza industrial, por exemplo, em que se pretende a transferência de uma unidade fabril edificada sobre um terreno de propriedade do empresário alienante, é evidente que os potenciais compradores terão em mente, usualmente, a aquisição de toda a unidade produtiva, não cogitando da possibilidade de se adquirir o fundo de empresa sem que se inclua o imóvel. Neste caso, para além da forma contratual de transferência do fundo escolhida pelas partes, haverá a necessidade de tomada de formalidades específicas relativas a elementos particulares do fundo. Assim, determinada patente deverá sofrer processo de transferência de titularidade junto ao INPI, assim como o imóvel somente terá efetivamente um novo proprietário a partir da inscrição junto ao Registro de Imóveis. Por tais razões consideramos oportuna a conclusão de João Eunápio Borges:

“Se o imóvel em que está instalado o estabelecimento pertence ao proprietário deste, não há motivo para não o incluir entre os elementos corpóreos do estabelecimento. (...) vimos em que sentido e por que continuam ainda os imóveis fora do domínio do nosso direito comercial vigente. Tais razões, porém, não impedem o comerciante de, se o quiser, considerar o imóvel como parte integrante de seu estabelecimento.”¹⁰⁰

As conclusões vêm no sentido de que é possível a integração do estabelecimento por bens imóveis, e que a natureza do estabelecimento, em si, não se altera. Sua transferência é realizada da mesma forma que seria exigível se não houvesse tal interção, apenas se cobrando formalidades complementares específicas para a perfeição da transferência de propriedade do bem imóvel. Daí porque discordamos do entendimento manifestado por Dilson Dória, no sentido de

¹⁰⁰ Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 288. No mesmo sentido vem a lição de Fran Martins: “Já observamos que, desde tempos recuados, os imóveis não estão na órbita do direito comercial, muito embora possam ser adquiridos para a revenda com o intuito de lucro. No entanto, quando os imóveis pertencem ao comerciante, para o seu estabelecimento ou para um serviço necessário à empresa comercial – tais como armazéns para depósito de mercadorias, prédios apropriados para a instalação de usinas etc – esses imóveis se incorporam ao fundo de comércio e, ao ser vendido o estabelecimento comercial, figuram no mesmo, salvo se de modo diverso for deliberado pelos contratantes.” (Curso de Direito Comercial, p. 356)

que a integração por bem imóvel altera integralmente o regime de transferência do estabelecimento:

“Da tradição do Direito Brasileiro sempre foi o entendimento de se considerar o estabelecimento como coisa móvel, por mais imóveis que pudesse ter. Mas, se o estabelecimento se compõe de imóveis, é preciso notar, ficará ele sujeito ao regime jurídico dos bens imobiliários, pelo que a sua transferência, que, de ordinário, se faz por instrumento particular, será realizada por escritura pública a ser registrada no registro imobiliário.”¹⁰¹

Conforme veremos no momento oportuno, a alienação do estabelecimento, como universalidade, é realizável por contrato, público ou particular, que, para ter eficácia frente a terceiros, deve ser averbado à margem da inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis e deve ser publicado na imprensa oficial.

Determinados elementos integrantes do fundo, entretanto, cobram formalidades específicas para que se opere a transferência de sua titularidade. É o que ocorre, por exemplo, com os direitos integrantes da propriedade industrial, cuja transferência deve ser formalizada junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

De idêntica forma deve ser analisada a matéria relativa ao fundo de empresa. Assim como outros elementos dele integrantes, os bens imóveis cobram formalidades complementares para a sua transferência, que depende de escritura pública a ser levada ao Registro de Imóveis, nos termos do art. 1.245 do novo Código Civil. Mas a transferência do estabelecimento, considerado em sua universalidade, não tem excepcionada a regra geral atinente às formalidades pelo fato de haver integração por bens imóveis, assim como nenhuma mudança de regime decorre da integração de direitos de propriedade industrial na universalidade a ser transferida.

E a questão pode ainda ser analisada sob outro viés. Ocorre que a tradicional exclusão dos bens imóveis do âmbito dos elementos integrantes do fundo de empresa também se funda no fato de que a compra e venda de imóveis não é considerada ato de comércio, em vista da redação conferida ao art. 191 do Código Comercial. Assim, se a alienação de imóveis não é considerada atividade mercantil, e se a operação de transferência do fundo é evidentemente uma operação de

natureza comercial (no contexto da teoria dos atos de comércio), decorria a conclusão pela inadmissibilidade de integração do imóvel na universalidade em que se constitui o fundo.

Tal fundamento, entretanto, deve ser afastado por duas razões. De um lado, porque a relevância da identificação da comercialidade de um determinado negócio jurídico tem sido gradativamente esvaziada de sentido no direito brasileiro, que há décadas vivencia uma fase de transição do direito comercial para o direito empresarial, a qual culmina na edição do novo Código Civil, em cujo contexto não mais se cogita quanto à comercialidade dos atos, que agora são considerados de natureza empresarial ou não, em critério muito mais abrangente do que o paradigma estabelecido pelo Código Comercial de 1850. Ou seja: a categoria dos atos de comércio está em vias de não mais apresentar relevância jurídica.

E, de outro lado, importa ainda relevar que, mesmo no âmbito da teoria dos atos de comércio (moribunda no âmbito do direito brasileiro), há a possibilidade de uma compra e venda de imóveis ser considerada como ato de comércio por conexão na hipótese em que a compra de um imóvel tem por finalidade a instalação da atividade empresarial, de forma que, mesmo - que se mantivesse o critério da comercialidade dos atos, haveria caminho lógico-jurídico para manter o trespasse no âmbito do direito mercantil, ainda que a operação abrangesse a transferência de um imóvel em seu contexto. E, sob este ponto de vista, nossa conclusão encontra respaldo na orientação de Paulo Roberto Colombo Arnoldi:

“Os imóveis – embora possam ser adquiridos para fins de revenda, não estão no âmbito do direito comercial. Entretanto, os imóveis pertencentes ao comerciante, para seu estabelecimento ou para serviços necessários à empresa comercial (ex.: armazéns), incorporam-se ao fundo de comércio. Ao ser vendido o estabelecimento comercial, esses imóveis o acompanham, salvo se for deliberado de modo diverso pelos contratantes.”¹⁰²

Por todas estas razões, podemos concluir que carece de sustentação jurídica a tradicional exclusão dos imóveis do âmbito do estabelecimento empresarial. Além disso, reafirmamos que a integração do imóvel à universalidade não altera a natureza mobiliária do fundo de empresa.

¹⁰¹ Curso de Direito Comercial, p. 119.

¹⁰² Teoria Geral do Direito Comercial, p. 170.

2.4. Propriedade industrial:

Em determinadas atividades, os direitos de propriedade industrial constituem elementos de grande repercussão econômica na composição do estabelecimento. Basta imaginar os exemplos da relevância das patentes para uma empresa voltada ao desenvolvimento de novos produtos, ou a proteção da marca de uma empresa de comércio varejista de renome nacional. Vale, portanto, uma rápida exposição sobre a abrangência da tutela da propriedade industrial no âmbito do direito brasileiro.

O fundamento central da tutela da propriedade industrial reside na necessidade de proteção da atividade criativa do empresário, que, desenvolvendo produtos inovadores, ou criando marca que atue em si como elemento de atração da clientela, deve ter a garantia de utilização econômica exclusiva destes direitos. Neste sentido vem a sempre segura orientação de Carvalho de Mendonça:

“O industrial ou o técnico que, após meditados estudos, demoradas investigações e penosos sacrifícios, consegue inventar ou descobrir novos produtos industriais, novos meios ou a aplicação nova de meios conhecidos para obter um produto ou resultado industrial, ou melhorar a invenção de outros, presta relevante serviço à sociedade, concorrendo para o fomento da indústria e tem o incontestável direito ao fruto de seu labor. Nem seria compreensível negar-se-lhe o que não se recusa ao escritor, o direito sobre a criação do seu espírito, da sua inteligência.”¹⁰³

Mas não são todas as modalidades de atividade criativa do empreendedor que constituem o núcleo de tutela da propriedade industrial. Por exemplo, a criação de um nome empresarial ou de um título de estabelecimento, ainda que mereçam a tutela jurídica, têm regulação e proteção decorrente de outros segmentos do direito empresarial.

Em realidade, quatro são as espécies protegidas de propriedade industrial em nosso ordenamento jurídico, quais sejam as marcas, o desenho industrial, o modelo de utilidade e a invenção. As duas primeiras modalidades são protegidas pelo registro, estando as duas outras tuteladas pela concessão de patentes, sendo que, em ambos os casos, a proteção emana do Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

¹⁰³ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. V, 1ª parte, p. 111.

Marcas, nos termos do art. 122 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), são sinais distintivos de produtos ou serviços, visualmente perceptíveis. Os elementos gráficos que trazem ao consumidor a imediata identificação de um produto ou serviço merecem tutela jurídica, para que se evite a prática de atos de concorrência desleal consistentes na utilização de marca de outrem para que o consumidor seja levado a acreditar que está adquirindo produto de outro empresário. Destaque-se que, ao contrário do que ocorre por exemplo no direito alemão, as marcas não compreendem os sinais sonoros, já que devem ser visualmente perceptíveis.

Além do conceito geral de marca, encontra-se ainda a regulamentação de modalidades específicas deste direito industrial, as quais são elencadas pelo art. 123 da LPI. Neste contexto, encontramos a marca de produto ou serviço (*“aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”*), a marca de certificação (*“aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada”*) e a marca coletiva (*“aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade”*).

O desenho industrial, pela redação conferida ao art. 95 da LPI, é *“a forma plástica ornamental de um objeto ou conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.”* A característica essencial dos desenhos industriais é a inovação da apresentação visual de determinado produto, sem que sua utilidade seja aperfeiçoada ou de qualquer forma alterada. Um objeto de desenho industrial mantém sua utilidade anterior, alterando-se tão-somente a sua apresentação visual. É o que ocorre, por exemplo, com a criação de um novo *design* para uma cadeira. Evidentemente, mantém-se a destinação funcional do produto, conferindo-se, porém, uma inovadora apresentação que agrega valor econômico ao mesmo.

O modelo de utilidade, terceira espécie de propriedade industrial, é definido pelo art. 9º da mesma lei como *“o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato*

inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação". No modelo de utilidade, existe um aperfeiçoamento funcional de algo já existe, melhorando-se invenção anterior. Ao revés do que ocorre com o desenho industrial, em que a funcionalidade é mantida, no modelo industrial é irrelevante a apresentação visual do produto, de forma que este direito de propriedade industrial somente surge quando há aprimoramento funcional de determinado objeto já existente.

Já a invenção, quarto e último dos direitos industriais juridicamente tutelados, não encontra definição normativa, exatamente pela virtual impossibilidade de tal tarefa. A correta opção do legislador foi definir o que não é invenção, seja pela possibilidade de enquadramento do resultado da atividade criativa como modelo de utilidade, seja pelas restrições constantes do art. 10 da Lei 9.279/96, pelas quais não se considera invenção ou modelo de utilidade *"descobertas, teorias científicas e modelos matemáticos; concepções puramente abstratas; esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; programas de computador em si; apresentação e informações, regras de jogo; técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais"*. Assim, a criação de algo novo, com aplicação industrial, que não esteja no rol do art. 10 da LPI, e que não seja caracterizável como modelo de utilidade, reúne, em princípio, os requisitos materiais que seja buscada a proteção dos direitos de invenção.

Para a tutela dos direitos industriais, há a necessidade de busca de registro (para as marcas e desenhos industriais) ou patente (para as invenções ou modelos de utilidade), junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, sendo relevante apontar que a transferência da titularidade destes direitos depende de procedimentos específicos, para além do simples contrato de trespasse. Assim, o art. 137 da LPI determina que a cessão da marca somente será oponível frente a terceiros após a anotação da operação junto ao INPI, fazendo-se constar a qualificação completa do cessionário.

Oportuno é rememorar que o Código da Propriedade Industrial de 1945 (Lei 7.903/45) somente permitia a transferência de titularidade da marca se houvesse a transferência integral do estabelecimento. Não era autorizada, assim, a alienação da marca de forma desvinculada, ligando-a fortemente à noção jurídica de fundo de empresa. Contudo, com a edição do Código de 1967, inaugurou-se o sistema da livre alienação da marca, o qual perdura até os dias de hoje, em cuja sistemática a marca pode ser alienada tanto como decorrência do trespasse do estabelecimento quanto em operação desvinculada da universalidade.

Embora hoje não mais se questione a validade do sistema da livre cessão da marca, é referível o posicionamento contrário da doutrina, à época da alteração normativa, que entendeu pela possibilidade de assim se levar o público a engano quanto à procedência dos produtos adquiridos, em caso de transferência isolada da marca¹⁰⁴.

Da mesma forma como ocorre com a marca, é possível a cessão isolada de desenho industrial, modelo de utilidade ou invenção, sendo que a operação somente se torna oponível frente a terceiros após o procedimento de anotação junto ao INPI.

É de se destacar ainda que, quanto à cessão destes direitos industriais, a legislação prevê hipótese excepcional de transferência dos direitos de exploração garantidos à pessoa que, de boa-fé, anteriormente ao requerimento de patente ou registro formulado por terceiro, explorava seu objeto. Neste caso, poderá esta pessoa continuar a exploração, sem ônus. Contudo, a cessão deste direito de exploração não se admite de forma isolada, somente sendo possível no caso de transferência do estabelecimento empresarial. É o que determinam as normas constantes nos arts. 45 e 110 da LPI, ao dispor que *“o direito conferido na forma deste artigo só poderá ser cedido juntamente com o negócio ou empresa, ou parte desta que tenha direta relação coma exploração objeto da patente [ou registro], por alienação ou arrendamento.”*

¹⁰⁴ Neste sentido vem a orientação de Oscar Barreto Filho: *“Diríamos, numa palavra, que a proibição de cessão da marca, sem a transferência do estabelecimento, visa a proteger o público contra erro ou engano quanto à procedência dos produtos, e encontra fundamento no princípio geral de repressão à concorrência desleal. O próprio caráter acessório da marca impõe a sua inaccessibilidade separadamente do estabelecimento ou do ramo de comércio ou indústria e que se acha ligada. Os escritores nacionais, a começar por Afonso Celso, e a maior parte dos tratadistas e das leis*

2.5. Nome empresarial

O primeiro e juridicamente mais relevante elemento de identificação do empresário é o nome empresarial, aquele pelo qual o mesmo assume os direitos e obrigações decorrentes de sua atividade. Em nosso direito, o nome empresarial se divide em nome social e firma individual. E o nome social apresenta duas formas possíveis, quais sejam a denominação e a firma ou razão social.

A denominação é obrigatoriamente adotada pelas sociedades anônimas, e facultativamente pelas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, em que, à exemplo das comanditadas por ações, pode-se optar entre denominação e firma social. As demais formas societárias, à exceção da conta de participação, que não possui nome, adotam obrigatoriamente a firma social.

Na denominação, há liberdade quanto à construção do nome, podendo-se empregar qualquer espécie de palavra ou expressão, desde que não haja colidência com outro nome anteriormente registrado. No caso das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, que podem optar pela adoção de denominação ou de firma social, daquela não poderá constar nome de pessoa natural, e deve existir menção à atividade desenvolvida.

Já as firmas ou razões sociais são compostas pelos nomes de todos, alguns ou um dos sócios, por extenso ou abreviadamente, podendo ainda ser agregadas expressões complementares (normalmente relativas às modalidades de atividades desenvolvidas). No caso de a firma não ser composta pelos nomes de todos os sócios, a mesma deve ser acrescida da expressão “e companhia”, por extenso ou abreviadamente.

A doutrina classicamente tem incluído o nome empresarial como elemento integrante do fundo de empresa. Neste sentido pode-se citar, entre diversos outros, o escólio de Fábio Ulhoa Coelho: *“os elementos imateriais do estabelecimento empresarial são, principalmente, os bens industriais (patente de invenção, de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome*

estrangeiras são contrários à cessão livre da marca. Não vemos justificativa para a guinada em nossa legislação pelo decreto-lei n. 254, de 1967.” (Teoria do Estabelecimento Comercial, pp. 213-214)

*empresarial e título de estabelecimento) e o ponto (local onde se desenvolve a atividade econômica).*¹⁰⁵

Contudo, ousando discordar do posicionamento majoritário de nossa doutrina, temos que não é viável inclusão do nome empresarial entre os elementos componentes do estabelecimento. Isto porque a possibilidade de alienação do estabelecimento, como universalidade, depende da premissa lógica da transferibilidade de cada um de seus elementos. Para que um elemento possa ser considerado como integrante do fundo de empresa, deve-se demonstrar, além da destinação empresarial do mesmo, a sua transmissibilidade. Afinal, se o estabelecimento como universalidade é transferível, a eficácia do trespasse depende da transferibilidade de todos os seus elementos.

No caso dos nomes comerciais, percebe-se que os mesmos não são em realidade transferíveis. Porquanto também exista vasta orientação doutrina no sentido desta possibilidade¹⁰⁶, bem como haja suporte normativo indireto para tanto, constante da regra presente no art. 7º do Decreto 916, de 1890, percebe-se que em realidade a existência de dois fundamentos jurídicos principais que conduzem à conclusão pela intransferibilidade material do nome empresarial, fato que leva à impossibilidade de sua inclusão no rol de elementos possíveis dos estabelecimentos empresariais. O primeiro fundamento consiste na impossibilidade de confusão entre as operações de venda de estabelecimento e de venda de participações societárias. Já o segundo consiste no eventual direito adquirido pelo comprador do estabelecimento, em operação de trespasse, relativamente ao nome empresarial do vendedor limita-se à possibilidade de se designar sucessor do alienante, não possibilitando a simples utilização do nome do vendedor. Percebe-se que, em ambas as situações, há a simples possibilitação de um dos contratantes designar-se sucessor do outro, não havendo se falar em aquisição do nome de maneira plena, ou em possibilidade de sua irrestrita utilização. Vale discorrer mais profundamente sobre estas considerações iniciais.

¹⁰⁵ Curso de Direito Comercial, vol. 1, p. 96.

¹⁰⁶ *“Em relação ao nome comercial objetivo, deve-se reconhecer, em princípio, que possui valor patrimonial, podendo ser objeto de cessão, transmissão e perda. Ao titular do nome comercial se reconhece a faculdade de cedê-lo, assim como a de renunciar ao seu direito.”* (BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial, pp. 215-216)

Inicialmente, não se pode confundir as hipóteses de alienação de estabelecimento e de venda de participação societária, em decorrência da qual existe tão-somente uma nova composição do quadro social, sem qualquer transferência do fundo de empresa, que continua sendo titularizado pela sociedade. Na alienação de quotas, além de inexistir trespasse do fundo (que continua pertencendo à pessoa jurídica), haverá a necessidade de adequação da firma ou razão social, para que se atenda ao princípio da veracidade (o raciocínio, à evidência, não se aplica às denominações sociais, mantidas na hipótese de alienação do controle acionário). Afinal, seria indevida a manutenção dos nomes dos antigos sócios na razão social, fazendo com que terceiros acreditassem na existência de um quadro social que não corresponde à realidade. Mas em tal hipótese, vale reafirmar, não existe efetiva transferência do nome, mas sim sua adaptação em virtude de uma nova composição do quadro social. Contudo, esta é uma das hipóteses em que há a possibilidade de fazer constar do novo nome social a referência ao anterior, através da utilização da expressão “sucessor de ...”.

Voltando ao campo do trespasse de estabelecimento, deve-se partir da premissa de que o nome constitui-se no elemento de identificação do empresário. Enquanto este existir regularmente, necessária se faz a manutenção de seu nome, mostrando-se absolutamente inadmissível a hipótese de um empresário sem o mesmo. Se o empresário continuar a existir, deverá manter seu nome. E, como bem sabemos, a alienação do estabelecimento não acarreta a extinção do empresário que o explorava.

Se a sociedade empresária era titular de mais de um estabelecimento, continuará existindo e exercendo atividade empresarial, assumindo em seu nome os direitos e obrigações daí decorrentes, razão pela qual o seu nome deve ser mantido, sem possibilidade de cessão. Se a sociedade empresária era titular de somente um estabelecimento, e o aliena, pode continuar a existir, ainda que não desenvolva atividade empresarial. Afinal, a existência jurídica da sociedade não depende da efetiva prática de atividade empresarial, sendo consequência do requisito formal em que se constitui o arquivamento de seus atos constitutivos na Junta Comercial. Portanto, ainda que haja a alienação do único estabelecimento (ou de todos, no caso de pluralidade), o empresário preservará o seu nome, já que continua a existir

para o mundo jurídico, razão pela qual não se mostra acertada a conclusão pela possibilidade de cessão do nome empresarial.

Sob um terceiro viés, deve-se ainda ter em consideração que o nome empresarial está vinculado ao perfil subjetivo da empresa, que corresponde à pessoa do empresário, e não ao seu perfil objetivo, relativo ao estabelecimento. Trata-se de elemento de identificação da pessoa do empresário, e não do objeto de direito em que se constitui o estabelecimento (o qual é identificado pelo título de estabelecimento). Logo, estando em campos distintos da estrutura jurídica da empresa, não se poderia cogitar que o nome empresarial (assim como ocorre com a personalidade do empresário), esteja agregado ao estabelecimento.

E neste ponto encontramos ressonância na doutrina de João Eunápio Borges:

“Em nosso direito, a firma ou nome comercial não se inclui entre os elementos componentes do estabelecimento. Porque (...) o nome comercial (firma ou denominação) designa a pessoa do comerciante e não o seu estabelecimento. E, a não ser para o fim restrito de permitir ao adquirente declarar-se sucessor do vendedor, nos termos do art. 7º, parág. único, do decreto nº 916, a firma é inalienável.”¹⁰⁷

No mesmo sentido, encontramos a orientação de Pontes de Mirana, para quem *“O nome civil e o nome comercial não são elementos componentes do fundo de empresa (...). O título de estabelecimento ou a insígnia, sim; nome de coisa, o direito ao título de estabelecimento ou à insígnia faz-se parte integrante dela.”¹⁰⁸*

Compreende-se, desta forma, a conclusão de Waldemar Ferreira, no sentido de que o Decreto 916 não prevê a cessão plena do nome, mas sim o direito de se designar sucessor de alguém. Vale remissão às suas palavras:

“A compra deste [do estabelecimento] não opera, propriamente, a transferência da firma. Impropriamente, sim: o novo proprietário do estabelecimento tem que o explorar sob a sua firma, individual ou social, acrescida da designação sucessória, prevista na lei. O que, em verdade, o adquirente obtém é o direito de se dizer publicamente sucessor da firma que explorava o estabelecimento.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 289. Assim também a lição de Tulio Ascarelli: *“Parece que deba sostenerse la intransferibilidad de la firma en sentido subjetivo [nome empresarial], y en verdad, ningún comerciante podía suscribir letras de cambio, en lugar de con el nombre próprio, con el del anterior titular del establecimiento; y sostenerse, en cambio, la transferibilidad de la firma en sentido objetivo [título de establecimiento], bien inmaterial capaz de circulación, pero de circulación junto al establecimiento o al menos junto con aquellos elementos que en el caso concreto son característicos del establecimiento comercial, porque, de outra manera, la transferencia de la firma podría constituir un engaño para el público.”* (Introducción al Derecho Comercial, pp. 141-142)

¹⁰⁸ Tratado de Direito Provado, vol. 15, p. 372.

¹⁰⁹ Tratado de Direito Comercial, vol. VI, p. 174.

Para além destes questionamentos de ordem material, cremos que a inclusão do nome empresarial entre os elementos integrantes do estabelecimento também decorre de uma histórica confusão terminológica. Ocorre que, no direito estrangeiro, costuma-se fazer referência a patronímico e a nome comercial objetivo, considerando-se aquele o elemento de identificação do empresário e este o da atividade (ou do estabelecimento). Assim, melhor se compreende a inclusão do nome comercial entre os elementos integrantes do fundo no âmbito do direito francês. Segundo Alain Viandier, *“o nome comercial, ao contrário do patronímico, é transferível.”*¹¹⁰ Assim, haveria a transferibilidade do título de estabelecimento (bem como da insígnia), mas não do nome comercial em sentido subjetivo.

Para Ripert, *“O nome se transmite unicamente como elemento de identificação do fundo. O comerciante não pode servir-se do mesmo em atos jurídicos e não pode firmar com este nome letras de câmbio”*¹¹¹. Neste contexto, se o nome somente se transfere como elemento de identificação do fundo, deve-se concluir que o autor está se referindo ao título de estabelecimento, que é o efetivo elemento de identificação da universalidade, e não ao nome empresarial, que não identifica o fundo, mas sim a pessoa do empresário.

Percebe-se, desta forma, que em muitas obras do direito estrangeiro trata-se por nome comercial, ou por nome comercial objetivo, o que nós tratamos por título de estabelecimento. Vale destacar que não se cuida de uma unanimidade, havendo autores de renome, como Albert Cohen, um dos maiores estudiosos da matéria no âmbito do direito francês, que entendem pela cessibilidade do nome empresarial subjetivo. Para o citado autor, ao contrário do que ocorre com o nome civil, que é intransferível, o nome empresarial pode ser cedido juntamente com o estabelecimento¹¹². Mas há, como referido, sólido e atual entendimento no sentido de que o nome subjetivo não pode ser transferido, mas somente o que se denomina de nome comercial, ou de nome comercial objetivo, que é, em realidade, o nosso título de estabelecimento.

¹¹⁰ L'Entreprise Commerciale, p. 204. Tradução nossa do seguinte original em francês: *“le nom commercial, à la différence du patronyme, est cessible.”*

¹¹¹ Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 336. Tradução nossa do seguinte original em espanhol: *“El nombre se transmite únicamente como elemento del fondo. El comerciante no puede servirse del mismo en los actos jurídicos y no puede firmar con este nombre letras de cambio.”*

Tal questão terminológica foi brilhantemente elucidada por Oscar Barreto Filho, cuja lição vem para afastar quaisquer dúvidas que ainda pudessem remanescer sobre a matéria:

“O nome comercial, considerado do ângulo subjetivo – firma ou denominação designativa do comerciante singular ou da sociedade mercantil – e que vem regulado pelas leis comerciais, é um direito de personalidade, inerente à pessoa do titular, e, como tal, insuscetível de apreciação pecuniária, intransmissível e imprescritível.

Já o nome objetivo – que abrangeria o nome de empresa, indicativo não da pessoa, mas da atividade exercida pelo titular, mais o título de estabelecimento e a insígnia – está compreendido na categoria ampla dos sinais distintivos, que abrangem todos os meios de individualização da atividade empresarial.

Em relação ao nome comercial objetivo, deve-se reconhecer, em princípio, que possui valor patrimonial, podendo ser objeto de cessão, transmissão e perda. Ao titular do nome comercial se reconhece a faculdade de cedê-lo, assim como a de renunciar ao seu direito.”¹¹³

Por todas estas razões, concluímos, ainda que ao arrepio dos ensinamentos cristalizados pela respeitável doutrina nacional, que o nome empresarial não pode ser considerado um elemento integrante do estabelecimento.

2.6. Título de estabelecimento

O nome empresarial, embora seja o efetivo elemento de identificação do empresário, nem sempre se mostra atraente aos olhos da clientela, notadamente quando se constitui em firma ou razão social.

Tal razão levou o empresário a criar um novo elemento de identificação, o título de estabelecimento, que pode ser conceituado como a designação que o empresário utiliza publicamente para a identificação de seu fundo de empresa, aquela que efetivamente será vista e lembrada pelo consumidor que se dirige ao estabelecimento.

No conceito de título de estabelecimento está abrangido também o de insígnia. Esta seria a identificação do estabelecimento através de emblema ou sinal; aquele, através de expressão ou palavra escrita. Esta distinção tem origem no revogado art. 114 do Código de Propriedade Industrial de 1945, não apresenta maior relevância jurídica, já que os efeitos jurídicos incidem de maneira idêntica

¹¹² Traité Théorique et Pratique des Fonds de Commerce, p. 25.

sobre as duas realidades. No direito português, há referência apenas à insígnia, que se mostra classificável em emblemática ou nominativa, conforme seja formada por sinais gráficos ou por palavras ou expressões, respectivamente.

Ao revés do nome empresarial, o título de estabelecimento não se constitui na forma de identificação de uma pessoa, mas sim na forma de identificação de um objeto, estando portanto desvinculado da pessoa do empresário. No âmbito da teoria da empresa, pode-se afirmar que o título de estabelecimento não pertence ao perfil subjetivo da empresa (empresário), mas sim ao seu perfil objetivo (estabelecimento), estando, desta forma, sujeito a regime jurídico absolutamente diverso daquele voltado à tutela do nome empresarial.

Sendo o efetivo elemento de identificação da empresa frente à clientela, o título de estabelecimento se configura em elemento de grande relevância econômica na composição do fundo, constituindo-se, no caso de franquias, no principal atrativo ao empresário que deseja iniciar suas atividades (aqui, não como adquirente de um fundo de empresa, mas como franqueado, condição que, entre outros aspectos, lhe garante o direito de utilização temporária da marca e do título de estabelecimento detidos pelo franqueador).

Em vista da relevância econômica deste elemento de identificação, o direito deveria disponibilizar ao empresário instrumental normativo de proteção do título de estabelecimento pelo mesmo utilizado, de maneira semelhante ao que ocorre no caso da tutela do nome empresarial.

A utilização do nome depende de prévio registro (decorrente do arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial), o qual não será procedido se o nome que se pretende registrar for semelhante ou assemelhado a outro anteriormente registrado por outro empresário. Garante-se por esta via o direito de exclusividade na utilização do nome empresarial, medida de extrema relevância que impede a confusão entre empresários aos olhos dos consumidores ou outros empresários contratantes.

Se o nome empresarial merece tal proteção jurídica, o mesmo deveria ocorrer para o título de estabelecimento, ainda mais porque este é o elemento visível da empresa, aquele cuja utilização desvirtuada pode gerar danos irreparáveis.

¹¹³ Teoria do Estabelecimento Comercial, pp. 215-216.

Contudo, surpreendentemente percebe-se que há três décadas a utilização do título de estabelecimento não merece regulamentação jurídica em nosso sistema normativo. De fato, a proteção direta da designação do perfil objetivo da empresa era fornecida pela lei da propriedade industrial. Houve minuciosa regulamentação da matéria, desde a edição do Decreto-lei 7.903, até a do Decreto-lei 1.005, de 1969, encontrando-se a regulação mais precisa no Código de Propriedade Industrial de 1945.

Neste, houve conceituação normativa de título de estabelecimento, constante de seu art. 114, pelo qual consideravam-se como tais as denominações utilizadas com a finalidade de *“distinguir o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, ou relativo a qualquer atividade lícita”*, considerando-se como insígnias os emblemas e outros sinais distintivos dirigidos à mesma finalidade.

Tanto os títulos de estabelecimento quanto as insígnias, desde que devidamente registradas no então existente Departamento Nacional de Propriedade Industrial, tornavam-se de utilização exclusiva de seus titulares, sendo relevante notar que o âmbito territorial desta exclusividade cingia-se às municipalidades em que estavam constituídos os estabelecimentos titularizados pelo empresário. Além disso, nos casos de grandes centros urbanos, a proteção poderia ser restrita somente a determinada área da cidade.

No âmbito material a utilização dos títulos de estabelecimentos e insígnias estava limitada às fachadas dos estabelecimentos, papelaria, veículos e anúncios. Sua aplicação sobre produtos era vedada, a não ser que o título também estivesse registrado como marca. Tal disposição era curiosa por dois motivos. Inicialmente porque não era obrigatório o registro das marcas, de forma que a imposição gerava desigualdade entre os empresários que registravam títulos de estabelecimento ou insígnias e aqueles que não o faziam. De outro, porque inexistia sanção ao descumprimento da obrigação, fato que tornava inócua a determinação legal. Como bem apontou João da Gama Cerqueira, *“sendo desprovidas de sanção, aquelas disposições permaneceram como letra morta, não havendo meios de torná-las efetivas.”*¹¹⁴

¹¹⁴ Tratado da Propriedade Industrial, p. 1.246.

Assim, ainda que com algumas imperfeições, havia naquela época normatização que satisfazia a necessidade econômica de proteção dos títulos de estabelecimento.

Contudo, de maneira surpreendente, o Código de Propriedade Industrial de 1971 determinou expressamente, em seu art. 199, que aquela regulamentação específica não disciplinaria as matérias relativas à tutela dos nomes comerciais, títulos de estabelecimento e insígnias.

No caso do nome comercial, sua tutela voltou para o âmbito do decreto 916, de 1890, que forneceu suficiente proteção jurídica aos interesses dos empresários. Já para os títulos de estabelecimento e insígnias, inexistia regulamentação específica, e a lacuna não foi suprida até os dias atuais. Ou seja: inexistente regra prevendo de maneira clara o direito de exclusividade na utilização de título de estabelecimento, bem como as formalidades necessárias para a sua transferência ou as hipóteses de extinção, para citar apenas algumas das questões jurídicas que podem surgir da prática empresarial.

A tutela do título de estabelecimento se faz por via indireta. O empresário que se sentir lesado pela utilização de título assemelhado por concorrente deve buscar a reparação dos danos impostos, seja com fundamento no art. 159 do Código Civil, seja com base na caracterização de concorrência desleal genérica. De outro lado, encontra-se a norma constante do art. 195, V, que, considera crime de concorrência desleal tal prática.

São normas repressivas, e não preventivas, que não evitam a efetiva realização de danos, dependem do demorado processamento de ações pelo procedimento ordinário e podem colocar em situação de litígio partes que atuam de boa-fé. Todos estes efeitos seriam afastados se houvesse registro e proteção dos títulos de estabelecimento, nos moldes existentes até a edição do Código da Propriedade Industrial de 1971.

Para além da matéria relativa à incompreensível e danosa ausência de regulação jurídica da matéria, há outro ponto a ser analisado, relativo à relevância do título de estabelecimento no âmbito da operação de trespasse do estabelecimento.

Poder-se-ia questionar se, para a caracterização de uma efetiva transferência do fundo, haveria a necessidade de inclusão do título de estabelecimento no âmbito

da transferência. Afinal, se inexistir continuidade na utilização do título de estabelecimento, será evidente para a clientela que ocorreu uma alteração na titularidade do fundo, fato que poderá afastá-la até que, eventualmente, seja readquirida a sua confiança.

Mas, ainda que no âmbito econômico haja efeitos decorrentes da alteração do elemento de identificação do fundo após o trespasse, não se poderia concluir pela inexistência de tal operação (havendo simples transferência de propriedade de bens empresariais) quando não houvesse a abrangência do título de estabelecimento.

Conforme veremos na seção 3.9 deste trabalho, existe operação de trespasse sempre que houver a transferência de um conjunto de elementos que, em si, seja suficiente à continuidade no desenvolvimento da atividade a que se dedicava o empresário alienante. E, neste contexto, pode-se concluir facilmente que o afastamento do título de estabelecimento (ou a sua alteração), não acarreta, no âmbito econômico, uma impossibilitação à continuidade no desenvolvimento da atividade empresária, podendo, quando muito, significar alguma redução de clientela. Assim, o título de estabelecimento não se configura em elemento de presença essencial para a verificação do âmbito mínimo de transferência para a caracterização de uma operação de trespasse.

No direito comprado, encontramos referência expressa à questão no direito português, que prevê a possibilidade de alienação de fundo sem a transferência de seu elemento de identificação, se houver disposição expressa neste sentido. Tal orientação consta do art. 29º, 5, da Lei de Propriedade Industrial: *“sem prejuízo do disposto no número seguinte, e salvo declaração expressa em contrário, a transmissão do estabelecimento envolve o respectivo nome, insígnia, logotipo e recompensas.”*

Ainda sobre esta questão, vale destacar que a conclusão no sentido da descaracterização da operação de trespasse quando não houver inclusão do título de estabelecimento no âmbito de transferência poderia gerar um mecanismo fácil para que os empresários afastassem a incidência das rigorosas normas jurídicas relativas às operações de compra e venda de fundo de empresa. Conforme analisaremos na parte central desta tese, o direito brasileiro fez incidir sobre os empresários contratantes um regime jurídico de excessivo rigor em razão da operação de trespasse, numa desequilibrada tentativa de tutela dos interesses dos

credores. Assim, em caso de conclusão equivocada quanto à necessidade de inclusão do elemento de identificação para a efetiva existência do trespasse, poderiam os empresários, pelo simples ato de alterar o título de estabelecimento, pretender a imposição de um regime diferenciado, que poderia até mesmo prejudicar direitos de terceiros. Por tal razão, reforçamos a conclusão no sentido de ser desnecessária a transferência do título de estabelecimento (ou insígnia) para a efetiva caracterização de uma operação de trespasse.

2.7. Ponto empresarial

O ponto sempre se destacou como um dos mais relevantes elementos do estabelecimento empresarial, seja no âmbito econômico para as atividades vinculadas ao comércio, seja no âmbito jurídico em decorrência da existência de proteção específica sobre o mesmo desde a edição da lei de luvas.

O direito ao ponto constitui-se em valor intrínseco ao local onde é desenvolvida a atividade empresarial, apresentando-se, em si, como fator de atração da clientela. Afinal, a probabilidade de sucesso é muito maior quando a atividade é instalada em local onde há tradicional afluxo de compradores, sem que exista a necessidade de criar novos hábitos de deslocamento para a clientela.

O ponto é um direito titularizado em regra pelo empresário (muitas vezes um locatário), e não pelo proprietário do imóvel. Daí a relevância de lei de luvas (posteriormente da lei de locações), tutelando este direito do locatário em vista de eventuais abusos do locador. A única hipótese em que o titular do ponto não é o empresário que explora diretamente o local é o de locação-gerência, em que a locação envolve não só o imóvel, mas também o fundo de empresa em sua totalidade, nos termos do §1º do art. 52 da Lei de Locações.

Não se pode negar que é no âmbito da atividade comercial em sentido estrito que o ponto se mostra como elemento de maior relevância econômica, já que as indústrias usualmente contam com meios próprios de distribuição para os compradores de seus produtos (embora a proximidade das fontes de insumo possa representar um fator de valorização do local onde se instalou um estabelecimento

industrial)¹¹⁵. E, no âmbito da atividade comercial, a matéria perdeu parte de sua relevância em razão da ampla utilização dos complexos contratos de *shopping center*, em que o direito ao local se revela de forma mais ampla e específica, mediante o pagamento ao administrador de outras rubricas contratuais. Contudo, não se pode negar que o comércio praticado fora dos *shopping centers* continua sendo de grande relevância econômica, de maneira que a matéria continua tendo destacada importância jurídico-econômica.

A principal fonte normativa de tutela do ponto é a Lei de Locações, quando da regulação do direito de renovação do aluguel não-residencial. Segundo o art. 51 da Lei 8.245/91, o locatário fará jus à renovação do contrato de aluguel desde que esteja no local há mais de cinco anos (o prazo deve ser representado por contratos escritos e sucessivos, sem interrupção), estando desenvolvendo a mesma atividade há mais de três anos. Se estas condições estiverem satisfeitas, o locatário pode, no penúltimo semestre do contrato a ser renovado, propor ação renovatória, impedindo desta forma que o locador simplesmente se oponha à renovação do contrato. Desta forma se protege o ponto (presumidamente existente com a conjunção dos elementos materiais exigidos pela lei), impossibilitando ao proprietário do imóvel a exigência de vantagens abusivas¹¹⁶ (em vista da necessidade de o locatário proteger a clientela conquistada ao longo dos anos) ou mesmo a rescisão do contrato na forma do art. 56 da mencionada lei, com simples notificação com antecedência de 30 dias, sem necessidade de justificativa material.

Deve-se ressaltar que a renovação do contrato não é automática, podendo o locador opor exceção de retomada, a qual impede a continuidade do vínculo locatício ainda que na ação renovatória estejam demonstrados os requisitos constantes do art. 51. As modalidades de exceção de retomada estão nos arts. 52 e

¹¹⁵ “Não tem ele muito valor mercadológico para uma indústria. O público consumidor dos produtos de uma indústria compra dela pela confiança que ela inspira e pela boa qualidade e preço acessível de seus produtos. Para as empresas dedicadas ao comércio varejista, entretanto, o ponto é fator importantíssimo no aviamento delas.” (ROQUE, Sebastião José. *Moderno Curso de Direito Comercial*, p. 188)

¹¹⁶ João Eunápio Borges apresenta leitura diversa sobre a matéria, entendendo que, para que se coibissem os abusos praticados pelos proprietários, deu-se um exagerado instrumento de tutela do empresário locatário: “Difícilmente consegue o proprietário a retomada de seu imóvel, no qual, se bem localizado, o comerciante, em poucos anos, ganhou algumas vezes o valor de tal imóvel. E quando excepcionalmente se reintegra na posse do que lhe pertence, pesadas indenizações ao ‘pobre’ comerciante fazem amargar ao proprietário, muito mais que a de Pirro, a vitória penosamente

72 da lei de locações, destacando-se entre outras as hipóteses de realização de obras exigidas pelo Poder Público, realização de obras que aumentem o valor do negócio ou propriedade, necessidade de uso pessoal (ou de sociedade em que ascendente ou descendente seja detentor da maioria da participação no capital social) ou a existência de melhor proposta de locação por parte de terceiros.

A relação legal das hipóteses, segundo o entendimento doutrinário, não é exaustiva, podendo-se alegar exceção de retomada sempre que o direito de propriedade estiver sendo prejudicado diretamente pela proteção do ponto. O argumento mais utilizado para a defesa desta afirmação vem no sentido de que o direito de propriedade é constitucionalmente tutelado (art. 5º, XXII), enquanto que a proteção do ponto decorre da lei de locações, não podendo o direito constitucional ser prejudicado por outro constante de lei ordinária. Neste sentido vale o suporte na orientação de Fábio Ulhoa Coelho:

“A lei de locações assinala algumas das hipóteses em que a oposição dos interesses dos contratantes da locação empresarial é resolvida em favor do locador, não reconhecendo o direito de inerência ao ponto. Evidentemente, trata-se de uma referência exemplificativa, não exaustiva, da lei. Ou seja, em qualquer caso, se a renovação compulsória da relação locatícia importar a impossibilidade de o locador exercer plenamente o seu direito de propriedade, ainda que a hipótese não se encontre especificamente contemplada na lei como fator impeditivo da renovação, esta não pode ocorrer, porque o contrário representaria desobediência à norma constitucional assecuratória daquele direito.”¹¹⁷

O fundamento a esta conclusão nos parece equivocado. Isto porque, ao se tutelar o ponto através da renovação do contrato de locação, não se está no âmbito de efetividade tão-somente da lei de locações, atingindo-se também as finalidades previstas pelos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Daí porque entendemos que a relação das exceções de retomada é exaustiva, em sentido contrário ao defendido pela orientação doutrinária acima exposta.

Percebe-se, de qualquer forma, que a proteção ao ponto não é absoluta, havendo situações específicas em que se tutela mais diretamente os interesses do proprietário.

Até este momento, o ponto é apenas indiretamente protegido pela lei. Afinal, o objeto central de tutela é a relação de locação, sendo evidente que a sua

conquistada, em muitos anos de duríssima luta judiciária.” (Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 293)

¹¹⁷ Curso de Direito Comercial, p. 102.

manutenção ou rescisão acarretará a continuidade de utilização ou não do ponto por parte do empresário. Protegendo-se a locação, protege-se o ponto.

De outra via, tutela-se o ponto também no momento em que o legislador prevê que o locatário receberá indenização por sua perda na hipótese de oposição de exceção de retomada, a não ser no caso de existência de melhor proposta por parte de terceiro ou de realização de obras determinadas pelo Poder Público ou com o objetivo de valorização do imóvel. No caso de realização de obras, contudo, a indenização será devida se as mesmas não tiverem início em até três meses após a entrega do imóvel. Esta é a determinação constante do art. 52, §3º, da lei de locações. É na hipótese de exceção de retomada, portanto, que o legislador prevê diretamente a proteção do ponto, através de sua indenização em determinados casos.

No campo normativo, encerra-se aí a proteção do ponto comercial. A tutela jurídica mostra-se limitada, visto que o julgador não tem apoio em instrumentos legais diretos para analisar hipóteses em que o empresário é também titular do ponto e para aquelas em que ainda não estão atendidos os requisitos constantes do art. 51 da atual Lei de Locações.

Neste caso, o legislador desconsidera a necessidade de tutela daquele empresário que ainda não atendeu aos requisitos do art. 51, mas pagou o valor do ponto ao antigo locatário, ou fez surgir com sua atividade uma clientela geradora de um novo ponto empresarial. Em ambas as hipóteses, temos que o locatário deve ser indenizado se for indevidamente despejado, com o proprietário colhendo indevido benefício em decorrência do ponto. Para tanto, à ausência de normatização específica, temos como aplicáveis à tutela dos direitos do empresário os princípios básicos da concorrência desleal genérica.

Já no caso de o proprietário do imóvel ser também o titular do ponto, a proteção ao ponto confunde-se com a tutela da propriedade. O ponto se transforma em acessório do imóvel. Questão material merecedora de especial atenção é a de desapropriação de imóvel pelo Poder Público. Nesta hipótese, temos que, em razão do princípio da justa indenização, esta deve abranger não só o valor do imóvel, mas também o do ponto ao mesmo vinculado.

Contudo, tanto nos casos em que a lei tutela diretamente os interesses do titular do ponto, quanto naqueles em que há a invocação de princípios para tanto,

surge uma questão material de difícil solução, qual seja a fixação de um valor justo para a indenização do ponto.

Usualmente, o valor do ponto é meramente comercial, sendo fixado diretamente entre os empresários com base, principalmente, na capacidade de o local atrair a clientela. Esta evidentemente varia de acordo com as constantes alterações de nossa economia. Assim, à ausência de critérios legais objetivos, impõe-se difícil tarefa ao julgador no momento da fixação da indenização.

Veja-se, neste campo, que muitas vezes o ponto, em si, não apresenta valor econômico algum. São as hipóteses em que o empresário “passa o ponto” àquele que se dispuser a assumir os encargos do contrato de locação. Um dos mais evidentes efeitos da proliferação dos *shopping centers* foi a desvalorização dos pontos vinculados ao comércio de rua, que, na última década, perderam grande parte de seu valor.

De qualquer forma, deve-se recorrer à norma constante do art. 1.059 do Código Civil, de forma que a indenização deve abranger todos os prejuízos impostos ao empresário que se viu compelido a alterar o local de desenvolvimento de suas atividades. Em alguns casos, como no de um escritório de representações, os prejuízos estarão basicamente reduzidos às despesas de mudança. Noutros, em que o ponto se mostra mais valioso, deverá ser considerado tanto o valor intrínseco deste quanto os demais prejuízos impostos ao empresário, incluindo mesmo os lucros cessantes decorrentes da perda de clientela. Trata-se, à evidência, de matéria complexa, ensejadora, nos casos materiais, de ampla discussão judicial.

Por derradeiro quanto ao ponto empresarial, cumpre ainda destacar que o mesmo não se confunde com o estabelecimento, por mais relevante que seja o seu valor econômico frente aos demais bens utilizados pelo empresário. Isto porque o estabelecimento, por definição, constitui-se no conjunto dos bens necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial. E este conjunto, à evidência, inexistente somente no ponto. Ao local, por melhores que sejam suas qualidades intrínsecas, haverá a necessidade de conjunção de outros elementos, deste o mobiliário até os contratos de natureza empresarial. O local, em si, não é o suficiente para o desenvolvimento da atividade empresarial.

Desta forma, a alienação separada do ponto empresarial não pode ser confundida com uma operação de trespasse. Esta somente existirá quando houver a

venda de um conjunto de bens, além do ponto, que permita ao adquirente desenvolver a sua atividade empresarial sem o acréscimo de novos elementos. Assim, a alienação do ponto (ainda que abranja algumas “instalações”) não será confundida com o trespasse, não incidindo, neste caso, o rigoroso regime jurídico previsto na lei de falência e no novo Código Civil. E a chamada “venda com instalações” poderá eventualmente ser tratada como efetiva operação de trespasse, quando houver a abrangência de elementos em si suficientes ao desenvolvimento da atividade empresarial, atingindo-se o âmbito mínimo de transferência (que será estudado na seção 3.6 deste trabalho).

2.8. Contratos:

Sendo os contratos relações obrigacionais inter-pessoais, seria natural partir-se da premissa de que os mesmos não integrariam o fundo de empresa. Afinal, as pactuações são fonte de geração de direito e deveres entre as pessoas envolvidas, não afetando juridicamente o estabelecimento, que não é um sujeito de direito para que possa estar vinculado aos direitos e deveres nascidos de uma contratação. No máximo, nesta análise jurídica estrita, o estabelecimento seria objeto de um contrato (seja na hipótese de um contrato de compra e venda do mesmo, seja no caso de constituição de uma garantia real sobre o estabelecimento), sendo que, neste contexto, o contrato não seria parte do estabelecimento, mas sim o contrário, com o fundo de empresa constituindo-se num elemento do contrato. Tais premissas tornam, em análise inicial, aparentemente correta a conclusão de Rubens Requião, no sentido de os contratos não poderem ser considerados elementos integrantes da universalidade em que se constitui um determinado estabelecimento empresarial. Vale atenção às suas palavras:

“os contratos não integram o estabelecimento comercial, pois são elementos da empresa. No exercício da empresa, de que é o fundo de comércio instrumento, o empresário é levado a firmar diversos contratos. Esses contratos se referem ao funcionamento desse instrumento de ação, que é o fundo de comércio ou azienda, mas não o integram (...) Não podemos confundir a empresa com o fundo de comércio, pois aquela, repetimos, é o exercício da atividade do empresário e este é o instrumento daquele exercício. Ao lado do fundo de comércio, que é

*instrumento, os contratos são elementos do exercício da empresa. Por meio dos contratos o empresário, enfim, exerce suas atividades.*¹¹⁸

E sua orientação não se constitui em manifestação doutrinária isolada, encontrando fundamento nos ensinamentos de comercialistas clássicos, como é o caso de Ferri¹¹⁹.

Contudo, voltando-se a análise para o âmbito econômico, bem se sabe que a existência de determinados estabelecimentos depende diretamente da manutenção de alguns contratos, necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial como os demais elementos integrantes do fundo. Basta cogitar a hipótese de um estabelecimento para comércio em varejo em que o empresário é franqueado de uma empresa nacionalmente conhecida. Nesta hipótese, o sucesso econômico da atividade deriva, em grande parte, da atração de clientela decorrente da utilização das marcas e títulos de estabelecimento cedidos pela franquia, de forma que este contrato constitui-se no principal elemento econômico do fundo de empresa. Afastados os efeitos decorrentes do contrato de franquia, o estabelecimento simplesmente deixa de existir, já que os demais elementos integrantes do fundo não são suficientes para a manutenção eficaz da atividade empresarial. Assim, partindo-se do conceito material de estabelecimento, autoriza-se conclusão diversa da inicialmente evidenciada, no sentido da inclusão dos contratos entre os elementos integrantes do fundo.

Ademais, os contratos são, em si, transferíveis, consoante prevê de forma clara a redação conferida ao art. 1.148 do novo Código Civil. Desta forma, os contratos podem ser abrangidos no contexto da operação de trespasse, sendo transferidos conjuntamente com os demais elementos do fundo.

Neste contexto surgiu a conclusão doutrinária de que os contratos podem ser considerados como parte integrante do estabelecimento empresarial, desde que se mostrem necessários ao desenvolvimento da atividade, como ocorre, classicamente, com os contratos de franquia, de fornecimento ou de distribuição, entre tantos outros

¹¹⁸ Curso de Direito Comercial, vol 1, p. 215.

¹¹⁹ *“Non varrebbe osservare in contrario che nel complesso aziendale rientrano i debiti, i crediti e persino i rapporti contrattuali, perché questa nozione di azienda contrasta con quella posta nell’art. 2555 cod. civ., che considera espressamente l’azienda un complesso di beni e perché il passaggio dei crediti, dei debiti e dei rapporti contrattuali, nell’ipotesi di trasferimento della titolarità o del godimento dell’azienda, se giustifica pienamente su altre basi.”* (Manuale di Diritto Commerciale, p. 196).

que poderiam ser mencionados. Neste sentido são precisos os apontamentos de Vera Helena de Mello Franco:

“Como, em determinados casos, em certas relações jurídicas a conexão econômica com o fundo de comércio (estabelecimento) é intrínseca, tais contratos seguem, forçadamente, o destino do estabelecimento comercial. É o que ocorre, v.g., com o contrato de locação do imóvel onde está situado o estabelecimento, com os de fornecimento de mercadorias e com aqueles de trabalho. Nestas situações, pelo fato de ser muito estrito o nexô econômico entre os bens componentes do estabelecimento e as prestações derivadas daquelas relações, surge o fenômeno da acessoriedade legal, e aqueles contratos seguem o destino do conjunto.”¹²⁰

E tal conclusão encontra suporte normativo no direito brasileiro a partir da edição do novo Código Civil, já que o art. 1.148 prevê uma simplificação formal para a sucessão dos contratos empresariais no âmbito de uma operação de trespasse, admitindo-se, por esta via, a integração das avenças na universalidade em que se constitui o fundo de empresa.

A norma surgiu porque, embora determinados contratos possam efetivamente ser considerados como elementos integrantes do fundo de empresa, partindo-se das premissas gerais do direito das obrigações, no caso de trespasse haveria a necessidade de buscar o assentimento dos terceiros contratantes relativamente à sub-rogações derivadas da transferência integral do estabelecimento. Tal providência tutelaria os interesses do contratante, que assim teria preservada sua liberdade de contratar ou não com determinadas pessoas, em atenção ao princípio da liberdade contratual.

Mas a norma presente no art. 1.148 do novo Código Civil surge para criar um regime excepcional, afastando os preceitos gerais do direito obrigacional para, na defesa da unidade econômica do fundo, determinar a sub-rogação automática nos contratos de natureza empresarial quando da operação de trespasse. Vale atenção ao texto da inovadora norma:

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

¹²⁰ Manual de Direito Comercial, vol. 1, p. 116.

Embora uma análise apressada do comando normativo pudesse conduzir à conclusão de que está sendo violada a liberdade contratual dos terceiros contratantes, não é em realidade o que ocorre. A transferência dos contratos, na forma estabelecida pelo legislador, vem como elemento de facilitação negocial para o adquirente, mormente para a manutenção de contratos de prestação continuada com seus compradores. Afinal, a unidade econômica do estabelecimento poderia ser atacada se os terceiros, com quem foram firmados contratos cuja manutenção é necessária para a preservação do fundo, se opusessem à assinatura de novos instrumentos contratuais, sem que houvesse razão material para tanto, ou ainda, cogitando-se o pior, viessem estes contratantes a exigir vantagens indevidas para a manutenção dos aludidos contratos.

Mas, é de se destacar, este terceiro contratante não fica desprotegido em seus interesses. A tutela dos direitos do terceiro contratante se dá por duas vias. De início, ressalva-se a impossibilidade de sub-rogação dos contratos pessoais, aqueles em que a sub-rogação impossibilitaria o cumprimento ou alteraria o sentido da contratação. De outro lado, tem o terceiro contratante, pelo prazo de 90 dias após a publicação da transferência do estabelecimento, a possibilidade de denunciar a pactuação. Não se trata, contudo, de denúncia vazia, havendo a necessidade de evidenciação de justa causa para tanto.

O ponto negativo a ser referido nesta norma é que o prazo de 90 dias presume a ciência dos terceiros contratantes relativamente à transferência do estabelecimento, o que nem sempre ocorre no campo material, já que a publicidade da venda se limita à averbação no registro Empresarial (poucas vezes consultado por terceiros) e na publicação na imprensa oficial (a qual surte efeitos mais teóricos do que práticos de publicidade, quando não há um conhecimento prévio do ato a ser publicado).

De qualquer forma, a existência desta norma afastou por completo as dúvidas que pudessem existir quanto à integração dos contratos no âmbito dos fundos de empresa. Independentemente de os mesmos não serem propriamente bens, residindo no campo do direito obrigacional, os pactos podem integrar o fundo de empresa, sendo que os efeitos jurídicos da sua redação conferida ao art. 1.148 do novo Código Civil serão estudados com maior profundidade nos capítulos 3 e 5 deste trabalho.

2.9. Clientela

A clientela é o principal objetivo econômico do empresário, a razão pela qual sua atividade é constituída, o foco de suas esperanças. No âmbito da administração de empresas, constitui-se em realidade de extrema relevância, que também é tutelada pelo direito. Cuidou o ordenamento jurídico da tutela da clientela principalmente na regulação da concorrência desleal, em que se impede o desvio da mesma através de meios ilícitos.

Mas, ainda que a clientela seja economicamente de central relevância para a atividade empresarial, e mesmo que não seja desconhecida como realidade tutelada pelo direito, não se pode afirmar que, juridicamente, ela seja um elemento integrante do estabelecimento.

Tal conclusão decorre do fato de o empresário não ser proprietário de seus clientes. O direito não presume, na tutela da concorrência desleal, que algum empresário seja titular de uma determinada clientela. O direito expresso que o empresário tem é o de impedir a concorrência desleal por parte dos outros empresários. A clientela é apenas indiretamente tutelada.

O empresário não é dono ou titular de seus clientes, não tendo qualquer instrumento jurídico de defesa de seus interesses se os mesmos simplesmente deixarem de afluir ao seu estabelecimento, ressalvada apenas a hipótese em que tal atuar seja ilicitamente causado por terceiro, quando terá o empresário direito à indenização pelos prejuízos sofridos.

Vem neste sentido a lição de Mário Figueiredo Barbosa:

"Impraticável, pois, pretender-se afirmar um direito sobre a clientela. Ter-se-á como absurdo considerá-la uma coisa e torná-la de propriedade de alguém precisamente porque se trata de entidade fugidia e sem possibilidade de retê-la. Entidade difícil de impor fixação. Não pode ser suscetível de apropriação, uma vez que necessita de autonomia. Desenvolvendo-se um sistema econômico de livre concorrência, não se pode, evidentemente, exercer um poder de apropriação."¹²¹

¹²¹ Valor da Clientela no Fundo de Comércio, p. 76.

Não sendo o empresário titular de seus clientes (detendo apenas, como qualquer outro empreendedor, o direito de livre e leal concorrência), surge a conclusão no sentido de que a clientela não pode ser considerada um elemento integrante do fundo de empresa, razão pela qual, quando de sua alienação, não ocorre transferência da clientela, que, de fato, não pertence a ninguém.

Mas tal conclusão não é uníssona na doutrina. Para alguns autores, como o supracitado Mário Figueiredo Barbosa, a clientela, ainda que si não possa ser considerada um objeto de direito titularizado pelo empresário, pode ser tomada como elemento integrante do fundo de empresa, já que a sua proteção é consequência natural da tutela do estabelecimento. Contudo, sua posição está ancorada em preceitos do direito francês.

Na doutrina francesa, é tradicional não só a inclusão da clientela como elemento integrante do fundo, como também a sua eleição à categoria principal componente, aquele sem o qual não se pode cogitar da existência de um estabelecimento. Afinal, se o estabelecimento existe para o desenvolvimento da atividade empresarial, esta não pode existir sem que uma clientela dê suporte econômico às pretensões do empresário, que evidentemente depende, para a sua sobrevivência, de compradores para os seus produtos ou serviços. Partindo deste contexto, bem como da percepção de que o valor econômico de um estabelecimento é decorrência direta de sua clientela, há autores, como Ripert¹²², que identificam os conceitos de clientela e de fundo de empresa, afirmando que a clientela não é apenas um elemento do estabelecimento, mas é o próprio estabelecimento.

Mas esta tradição não é isenta de críticas nem mesmo para os doutrinadores daquele país. Encontra-se doutrina contrária a esta conclusão de identificação plena entre os conceitos de clientela e estabelecimento. Neste sentido vem a opinião de Escarra¹²³.

Indo além, entretanto, logo se percebe que, porquanto seja um bem econômico de inegável relevância para a existência material do estabelecimento, a clientela não é objeto de transferência, sendo tutelada apenas em decorrência de uma obrigação de não-fazer (impedimento ao restabelecimento) imposta ao vendedor, a qual se configura como modalidade de concorrência desleal, situação

¹²² Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 332.

¹²³ Cours de Droit Commercial, p. 175.

jurídica que abrange inúmeras outras situações materiais verificáveis independentemente da existência de um trespasse de estabelecimento. É neste contexto que Ripert, que se constitui no autor que mais fortemente aproximou os conceitos de estabelecimento e clientela, deixou claro que não existe transferência da clientela quando do trespasse, mas sim a transferência do direito à exploração da mesma¹²⁴.

Por isso, embora não desconheçamos a tradição francesa sobre a matéria, optamos por afirmar que a clientela não pode ser considerada como elemento integrante do fundo, principalmente em decorrência de não pertencer nem ao empresário nem a qualquer outra pessoa. Tal é a razão pela qual discordamos da opinião de Luiz Autuori¹²⁵, para quem a clientela é elemento de central importância na composição do fundo.

A clientela, além de não ser propriedade do empresário, não pertence a ninguém¹²⁶. Se o faturamento de um determinado empresário estava ancorado nas compras efetivadas por um determinado e identificado grupo de clientes, aquele não poderá, de forma alguma, se opor na hipótese de este grupo decidir-se por alterar seu fornecedor, mesmo que após vários anos de relação de consumo. A clientela flui no contexto do mercado, sempre uma mera expectativa, e não um direito consolidado, ao empresário que a cada dia abre as portas de seu estabelecimento. Assim, não pode ser transferida juntamente com os demais elementos integrantes

¹²⁴ *“De hecho, la actividad del comerciante no desempeña una función esencial en la explotación o por lo menos la clientela no se vincula al carácter personal de esta actividad. Una clientela civil, por ejemplo, la del abogado o del médico, se baza en la confianza particular inspirada por una persona. En cambio una clientela comercial se basa en las condiciones en que se explota el comercio o la industria. Se comprende, pues, que se pueda fácilmente cederse el derecho de explotación de una clientela comercial, lo que es imposible en caso de una clientela personal. Muchos autores consideran la clientela como uno de los elementos del fondo de comercio, lo cual nos parece un error, pues el fondo no es otra cosa que el derecho a una clientela. No existiendo clientela no existiría fondo de comercio.”* (Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 324).

¹²⁵ *“Sem vender seu fundo de comércio in totum, o comerciante pode ser levado, durante a atividade comercial, a ceder isoladamente um ou vários elementos corpóreos ou incorpóreos, incluída a clientela, eis que esta constitui o elemento essencial e característico do fundo de comércio, e a cessão equivale à sua própria venda, obedecendo-se sempre o estatuído nas leis em vigor.”* (Fundo de Comércio [Locação Comercial], p. 48)

¹²⁶ Tulio Ascarelli apresenta interessante abordagem sobre o tema, facilitando sua compreensão: *“cada pescador, permita-me a imagem, tem direito à sua rede; tem o direito de pintar a rede com as suas cores para que possa ser distinguida e por isso a ninguém é dado usar a rede alheia colhendo peixes, no caso clientes, para si próprio. Cada qual, porém, é livre na luta para a conquista dos clientes, ficando assim estes, ou seja os consumidores, juízes em definitivo dos produtos, o que, por seu turno, é de molde a levar os produtores à constante melhoria e barateamento da produção no interesse dos consumidores.”* (Panorama do Direito Comercial, p. 191)

da universalidade em que se constitui o estabelecimento, razão principal pela qual não pode ser considerada um elemento integrante desta universalidade. Vale, para o reforço de nosso posicionamento, o suporte nos ensinamentos de Oscar Barreto Filho:

“Parece claro que nem o conjunto de clientes ou fregueses, nem a habitualidade de suas relações, nem a constância no volume de negócios, constituem parte ou elemento do estabelecimento.

(...) A clientela não é um bem imaterial, objeto autônomo de direito; é uma situação de fato, à qual se atribui um valor econômico, muitas vezes relevante, que é protegido indiretamente pela lei. Essa situação de fato decorre dos fatores do aviamento, sobre o qual também influi.”¹²⁷

Embora juridicamente seja evidente que a clientela não integra o fundo de empresa, não se pode abstrair a existência de inúmeros contratos em que se configura uma pretensa alienação de clientela¹²⁸. Tais pactuações, contudo, devem ser vistas como contratos de intermediação, justificando-se os valores recebidos pelo empresário alienante como remuneração à facilitação de contratação entre o novo empresário e os antigos clientes, com fundamento assemelhado à hipótese de representação comercial.

É oportuno esclarecer que, ainda que a clientela não possa ser considerada como elemento integrante do fundo, a consequência natural da proteção jurídica fornecida a este é, indiretamente, a tutela da clientela, tal como ocorre no campo do direito concorrencial. Neste sentido vale novo apoio nas palavras de Mário Figueiredo Barbosa: *“a proteção é uma decorrência de normas que tutelam outros elementos. A existência de preceitos legais que protegem e amparam determinados elementos constitutivos do fundo de comércio, por efeito desta atuação, conseqüentemente amparam a clientela.”¹²⁹*

¹²⁷ Teoria do Estabelecimento Comercial, pp. 182-183. Há entendimento doutrinário diverso, embora incomum. Exemplo apontável é o da doutrina de João Eunápio Borges, segundo a qual não se pode cogitar de um estabelecimento sem clientela, sendo possível inclusive a sua transferência, decorrente da cláusula de não-restabelecimento: *“Pode evidentemente alguém ceder a sua clientela. Como nenhum direito, porém, tem sobre o cliente ou ao cliente, que é livre de servir-se e de abastecer-se nesse ou naquele estabelecimento, tal cessão tem apenas o alcance explicado em nota e se reduz a uma obrigação de não-fazer, assumida pelo alienante, dando lugar a uma relação jurídica meramente pessoal entre vendedor e comprador.”* (Curso de Direito Comercial Terrestre, pp. 302-303)

¹²⁸ *“É comum falar-se em venda da clientela, mas esse direito sobre ela é recusado e havido com antijurídico pelo fato de não se conceber um direito sobre pessoas.”* (BARBOSA, Mário Figueiredo. Valor da Clientela no Fundo de Comércio, p. 74).

¹²⁹ Valor da Clientela no Fundo de Comércio, p. 79.

Daí porque, no campo da natureza jurídica do estabelecimento, ter tomado corpo, principalmente na França, a teoria segundo a qual o fundo de empresa seria um propriedade incorpórea, consubstanciada exatamente no direito de exploração da clientela.

Contudo, embora seja evidente que a manutenção do estabelecimento também gera a proteção indireta da clientela (componente econômico primordialmente visado pelo empresário), não se pode chegar à conclusão de que a clientela possa integrar o fundo de empresa (ou mesmo que o fundo se constitui em propriedade incorpórea), já que a aplicação de outros mecanismos legais de proteção, de natureza diversa, também propicia o mesmo resultado.

É o caso, por exemplo, da tutela do nome empresarial, ou dos direitos de propriedade industrial, que geram, como efeito evidente, a vedação de práticas de concorrência desleal tendentes a buscar indevidamente a parcela de clientela em determinado momento atraída a um determinado estabelecimento empresarial. Em realidade, sempre que se proteger de alguma forma a atividade do empresário, estar-se-á indiretamente tutelando aquilo que o empresário mais necessita para que a sua empresa apresente destinação econômica própria: a clientela. E esta tutela abrange desde o direito constitucional de lealdade na concorrência até as normas que tratam do estabelecimento como universalidade a ser protegida. A tutela da atividade do empresário, por qualquer via, acarreta a proteção de seu direito à exploração da clientela.

Por derradeiro quanto à clientela, oportuno é ressaltar a presença, na doutrina pátria, de manifestações no sentido de que a clientela difere da freguesia, valendo, neste aspecto, remissão à doutrina de Vera Helena de Mello Franco:

“Ambas as noções, embora usadas indistintamente, são diferentes. A clientela implica numa idéia de permanência, de lealdade. representa um núcleo mais ligado à qualidade do estabelecimento (aviamento) e abrange o conjunto de pessoas que freqüentam o estabelecimento atraídos pela qualidade do aviamento. Já a freguesia é um critério geográfico, sem vínculo de lealdade, representado por aquele núcleo transeunte, passageiro, que somente adquire produtos em determinado estabelecimento por razões particulares, pessoais, de ordem subjetiva, como a localização, a vizinhança, a comodidade ou o fato de por acaso ter passado pelo estabelecimento.”¹³⁰

¹³⁰ Manual de Direito Comercial, vol. 1, p. 120.

Com tal orientação, contudo, não podemos concordar, já que a noção de freguesia não apresenta qualquer significação jurídica, estando situada exclusivamente no campo do estudo da administração de empresas, de forma que constitui aspecto da empresa irrelevante juridicamente. Percebe-se que se trata de apropriação do conceito francês de *achalandage*, sem que existam, entretanto as premissas normativas verificadas naquele ordenamento jurídico. Para o legislador brasileiro, a proteção jurídica da clientela abarca tanto esta realidade como a freguesia, no conceito da autora supracitada.

Como conclusão parcial, pode-se reafirmar que, ainda que o legislador proteja indiretamente a clientela (através não só da tutela do estabelecimento, mas também por meio de outros mecanismos legais, como os relativos ao direito concorrencial ou à proteção do nome empresarial), e mesmo que esta se constitua em realidade econômica de central importância para o empresário (afinal, o objetivo último da atividade empresarial é a atração da clientela), a mesma não pode ser tomada como elemento integrante do fundo de empresa, em vista de sua intransferibilidade, decorrente do fato de ser titularizada por ninguém.

2.10. Aviamento

Embora haja autores, como Sampaio de Lacerda¹³¹, Carvalho de Mendonça¹³² e Cesare Vivante¹³³, que não só consideram o aviamento como parte integrante do fundo, mas defendem que o mesmo se constitui no seu principal elemento, o aviamento, assim como a clientela, não pode ser incluído como elemento integrante do estabelecimento, embora por razões diversas das referentes à clientela.

O aviamento pode ser definido como a capacidade de um estabelecimento atrair a clientela, sendo reflexo da eficiência da organização dos fatores de produção em sua integralidade. Segundo Sebastião José Roque, “o aviamento é a capacidade de produzir lucros da empresa. É o complexo de fatores corpóreos e incorpóreos, de

¹³¹ Lições de Direito Comercial Terrestre, p. 111.

¹³² Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol V, 1ª parte, p. 21.

¹³³ Tratado de Direito Mercantil, p. 2.

fatores pessoais e mercadológicos que, reunidos, dão à empresa a aptidão de funcionar de forma lucrativa”¹³⁴.

O aviamento, desta forma, não é um bem, mas uma característica do fundo empresarial, que não é um objeto integrante da universalidade, com existência própria, embora seja vital para a fixação do valor do negócio de trespasse. Afinal, o adquirente cuida principalmente de saber, na avaliação, quanto ao efetivo interesse na realização do negócio de trespasse, se o estabelecimento apresenta boa capacidade de atração de clientela, a qual é considerada, antes dos elementos materiais, para a fixação do valor do fundo. Esta é a irrefutável opinião de Oscar Barreto Filho:

“Constitui 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. (...) Uma vez que o aviamento não é um elemento autônomo, nem se identifica com o próprio estabelecimento, passou-se a configurá-lo como uma qualidade ou atributo inerente ao complexo de elementos de que é formado o estabelecimento.”¹³⁵

Esta qualidade existe em todo o estabelecimento empresarial. Não há estabelecimento sem aviamento¹³⁶. O que varia é seu valor, que pode ser inexistente (no caso de uma atividade mal estruturada, fracassada, incapaz de atrair clientela e de se manter) ou ser elevado (no caso de um empreendimento de sucesso, com um grande e estável afluxo de clientela).

Tal conclusão, assevere-se, contrapõe-se à obtida pelos autores que identificam o estabelecimento com o sobrevalor existente sobre os elementos

¹³⁴ Moderno Curso de Direito Comercial, p. 185.

¹³⁵ Teoria do Estabelecimento Comercial, pp. 171-172. Neste mesmo sentido é mencionável o pronunciamento de Tulio Ascarelli: “Por outro lado o aviamento, como lembramos há pouco e como evidenciara, CARNELUTTI e ROTONDI, não é uma coisa, mas uma qualidade, como a fertilidade do terreno; é o maior valor peculiar a um conjunto de elementos organizados para a consecução de um fim que já por isso, adquirem um valor maior da soma de valores dos bens que os compõem quando isoladamente considerados tais bens; é causa e, por seu turno, efeito da clientela.” (Panorama do Direito Comercial, p. 208)

¹³⁶ Como lembra João Eunápio Borges, “pelo simples fato de existir, e por mais rudimentar que seja sua organização, todo estabelecimento tem seu aviamento. A diferença será apenas de grau, mas o aviamento é atributo necessário e essencial de qualquer estabelecimento. É, porém, repita-se, uma qualidade, um atributo do estabelecimento, não um elemento autônomo que se possa considerar isoladamente como os demais de que se compõe o estabelecimento.” (Curso de Direito Comercial Terrestre, pp. 298-299)

integrantes do fundo, o qual é identificado no momento da fixação do preço de venda, em noção próxima à de fundo de comércio na acepção de Fábio Ulhoa Coelho. Para estes doutrinadores, entre os quais destacamos Laureano Falla¹³⁷, nem todo estabelecimento possui aviamento, já que, na hipótese de o preço de venda ser igual ou inferior à somatória dos bens individualmente envolvidos na operação, o mesmo não existirá. Com tal opinião não concordamos, por não considerarmos oportuna a identificação do estabelecimento com um valor concretamente determinado, mostrando-se mais oportuno considerar-se o aviamento como uma característica dos estabelecimento que, como tantas outras, influencia na formação do preço.

De outro lado, também se mostra importante destacar que o aviamento não é, em si, objeto de tutela jurídica direta. Apenas indiretamente acaba por ser protegido, uma vez que, sempre que se aplique uma disposição legal que tenha por finalidade a proteção da unidade do estabelecimento, surgirá como resultado evidente a manutenção de seu aviamento. Vem neste sentido o ensinamento de Tulio Ascarelli:

*“O adquirente do estabelecimento poderá, por isso, gozar, como vimos, do aviamento deste e da respectiva clientela quando desfrutar os elementos que formam o aviamento; será, portanto, tutelado não diretamente por meio de um direito que tenha por objeto o aviamento, mas indiretamente, desde que consiga conservar os componentes deste e limitar, lícitamente, a concorrência do titular anterior, e uma vez que esteja juridicamente tutelado para tais fins.”*¹³⁸

Assim, embora o aviamento seja elemento de grande relevância no âmbito econômico, juridicamente acaba por ser considerado apenas uma característica do estabelecimento, expressando sua utilidade tão-somente na eventualidade de se mostrar necessária a obtenção de um valor justo para o fundo, seja para negociação, seja para indenização.

Sua função está mais próxima da economia do que do direito. Como veremos no momento oportuno, o preço ajustado para um negócio de trespasse do

¹³⁷ *“Es innegable que en la empresa en movimiento, económicamente hablando, existe un valor representado por la suma total de los bienes que la integran, el hecho resalta a la vista si se tiene en cuenta que en la venta de cualquier empresa mercantil próspera el precio que ha de pedir el vendedor es mayor a la suma de los distintos elementos que componen sus activos menos su pasivo justamente porque el conjunto coordinado de elementos que la componen, adquiere un valor plus por la posibilidad que su uso produzca una renta mayor que la del uso de cada uno de los elementos considerados aisladamente. Este valor plus, que suele denominarse ‘good will’ o aviamento (...)”* (Derecho Mercantil, p. 43).

estabelecimento não necessariamente coincide com a somatória dos valores individualmente atribuíveis a cada um seus elementos, sendo usualmente superior ao valor assim encontrado. Esta diferença decorre exatamente do aviamento.

Tal fato econômico leva ao questionamento sobre a necessidade de menção ao aviamento nos balanços patrimoniais empresariais, como forma de justificar o sobrevalor obtido em caso de alienação do fundo. No direito brasileiro, não se prevê a inserção do aviamento como elemento do balanço. No direito italiano, que neste ponto reputamos mais preciso do que o nosso (por não fechar os olhos a uma evidente realidade econômica), o aviamento pode ser lançado nos balanços patrimoniais de sociedades anônimas, como prescreve o art. 2.427 do Código Civil italiano. De qualquer forma, ainda que haja a sua quantificação contábil, não há qualquer alteração, no âmbito do direito italiano, relativamente à conclusão pela não inclusão do aviamento como elemento do fundo, já que, ainda que não se possa negar sua realidade econômica, juridicamente esta realidade não encontra tutela específica. Esta é a conclusão de Giuseppe Ferri, que encerra qualquer debate sobre a matéria:

“A reunião dos bens em função de um escopo produtivo tem um valor econômico em si e por si, independentemente do valor singular dos bens sobre os quais atua: valor econômico que se designa como aviamento do estabelecimento, e que encontra expresso reconhecimento na lei, preocupando-se esta em impor os exatos critérios para a sua avaliação no balanço (art. 2427 cód. civ.). O aviamento não é um novo bem, mas o valor econômico da reunião. Desta forma se fala do aviamento como um estado ou qualidade do estabelecimento, ao invés de um de seus elementos.”¹³⁹

2.11. Passivo

Até o advento do novo Código Civil, havia cisão doutrinária, prevalecendo a corrente segundo a qual o passivo não integra o fundo de empresa. Exceções eram as hipóteses dos débitos trabalhistas e tributários, que, por força de normas

¹³⁸ Panorama do Direito Comercial, p. 208.

¹³⁹ Manuale de Diritto Commerciale, p. 196. Tradução nossa do seguinte texto em italiano: *“Il collegamento dei beni in funzione di un scopo produttivo ha un valore economico in sé e per sé, indipendentemente dal valore dei singoli beni su cui si attua: valore economico che si designa come avviamento dell’azienda e che trova espresso riconoscimento nella legge, preoccupandosi questa di dettare addirittura i criteri per la sua valutazione in bilancio (art. 2427 cod. civ.), L’avviamento non è un*

específicas (art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e art. 133 do Código Tributário Nacional), recaem sobre o adquirente do estabelecimento, integrando-o.

Ressalvadas estas exceções, preponderou a conclusão no sentido de que o passivo não integra o estabelecimento, gerando-se, como consequência lógica, a inadmissibilidade de cogitar da transferência do passivo ao adquirente do fundo de empresa. E, neste sentido, mostra-se referível por sua precisão e amplitude a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

“Entre os elementos do estabelecimento empresarial não se encontra o passivo do empresário que o titulariza. Ou seja, apenas os bens, corpóreos ou incorpóreos, integram o estabelecimento, não as dívidas e obrigações que possui o empresário (com fornecedores, bancos, empregados, consumidores, fisco, etc). Essa definição é importante principalmente para fins de regulação dos direitos e deveres do sucessor, do empresário que adquire o estabelecimento. Como o passivo não faz parte do objeto transacionado, o adquirente não responde, em regra, pelas dívidas do alienante, mesmo quando decorrentes da atividade empresarial desenvolvida no mesmo estabelecimento.”¹⁴⁰

Mas, como referido, tal entendimento encontrou alguma divergência, ainda que minoritária. Entre os defensores da integração do passivo entre os elementos do fundo de empresa estão João Eunápio Borges¹⁴¹, Sampaio de Lacerda¹⁴², Theophilo de Azeredo Santos¹⁴³ e Octavio Mendes, valendo transcrever a opinião deste último, que, na hipótese de o empresário ser titular de um único estabelecimento, considera que este se confunde com o seu patrimônio: *“se uma sociedade comercial aliena todo o seu patrimônio sem pagar simultaneamente a todos os seus credores, não pode haver dúvida sobre a responsabilidade o adquirente pelo passivo do patrimônio adquirido, que dele faz parte integrante.”¹⁴⁴*

Entretanto, por mais evidente que seja o acerto da primeira orientação doutrinária, encontramos, com surpresa, o disposto no art. 1.146 do novo Código Civil, aqui transcrito para melhor compreensão da matéria:

“Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor

nuovo bene, ma il valore economico del collegamento. Esattamente pertanto si parla dell'avviamento come di un modo di essere o di una qualità dell'azienda, piuttosto che un suo elemento.”

¹⁴⁰ Curso de Direito Comercial, pp. 96-97. Equivocada, no entanto, é a manutenção do mesmo posicionamento em edição atualizada com as inovações decorrentes do novo Código Civil.

¹⁴¹ Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 288.

¹⁴² Lições de Direito Comercial Terrestre, p. 110.

¹⁴³ Manual de Direito Comercial, p. 69.

¹⁴⁴ Direito Commercial terrestre, p. 335.

primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.”

Neste contexto, mostra-se evidente a superação da discussão doutrinária. Por força de lei, o passivo passa a ser elemento integrante do fundo de empresa, transferível por efeito legal do trespasse.

Esta determinação normativa, contudo, não pode ficar isenta de severas críticas. Afinal, já se superou de há muito a noção de que a norma se constitui em si como objeto único de análise do jurista. A norma não deve ser interpretada como valor absoluto, mas deve sim estar sempre sujeita à valoração crítica, para que se possa analisar sua legitimidade e a sua adequação aos princípios da matéria objeto de regulação.

A inclusão do passivo como elemento integrante do estabelecimento, como vimos, constituía-se em orientação minoritária na doutrina, que, examinando a hipótese de alienação do único estabelecimento titularizado pelo empresário vendedor, considera que o comprador deveria assumir a totalidade do passivo decorrente da atividade empresarial. Tal conclusão, de todo equivocada, partia de duas premissas falsas: a noção de que o estabelecimento se confunde com a noção de empresa, e a identificação entre os conceitos de estabelecimento e patrimônio.

Inicialmente, tem-se como imprópria a identificação entre as noções de estabelecimento e empresa, muito comum no campo comercial, mas inadmissível na esfera jurídica. Como salientamos, a empresa não se constitui, em seu todo, objeto de regulação jurídica, havendo a tutela de apenas alguns de seus perfis, que apresentam relevância para o direito. Percebe-se que o estabelecimento se constitui no perfil objetivo da empresa, inconfundível com a totalidade. Assim, ao se cogitar de um estabelecimento, não se adentra na esfera de todos os perfis da empresa (embora outras esferas possam ser atingidas além do perfil objetivo, já que a noção de empresa como idéia criativa identifica-se com a propriedade industrial que, como vimos integra o estabelecimento), de forma que, por exemplo, o perfil subjetivo (personalidade do empresário) não é atingido. Desta forma, tem-se que não se pode concluir que a alienação do fundo de empresa constitui-se na transferência da totalidade da empresa, hipótese que, se fosse válida, autorizaria a inclusão do passivo entre os elementos do estabelecimento.

De outro lado, também se mostra juridicamente inadmissível a confusão entre os conceitos de estabelecimento e patrimônio. Conforme tivemos a oportunidade de sustentar no momento oportuno, o fundo de empresa se constitui em elemento integrante do patrimônio, mas com ele não se confunde. De fato, o patrimônio de uma sociedade empresária pode ser constituído por bens que não integram o seu estabelecimento, conforme tivemos a oportunidade de discorrer no momento oportuno. De outro lado, possibilita-se a pluralidade de estabelecimento sem violação à unicidade patrimonial.

Ademais, a idéia de que a transferência do estabelecimento acarreta uma transferência do patrimônio (onde está indiscutivelmente incluído o passivo) esvai-se por completo quando se cogita da alienação do único estabelecimento não de uma sociedade empresária, mas sim de um empresário individual. Bem sabemos que o empresário individual, não sendo dotado de personalidade jurídica, não é detentor de dois patrimônios (um formado pelos bens empresariais e outro constituído pelos bens particulares, como já se cogitou na doutrina), mas de um único patrimônio, constituído pela totalidade de seus bens, direitos e obrigações.

Neste contexto, é evidente que a alienação do estabelecimento do empresário individual não acarreta a transferência de seu patrimônio, já que os bens, direitos e obrigações particulares não são abrangidos pela operação. Assim, seja pela salvaguarda dos elementos particulares do patrimônio do empresário individual, seja pela inadmissibilidade jurídica de se considerar a existência de um patrimônio empresarial distinto do patrimônio pessoal do empresário, percebe-se irrefutavelmente a impropriedade da confusão entre os conceitos de patrimônio e estabelecimento.

Afastadas estas duas falsas premissas, percebe-se que não há fundamento jurídico que dê sustentação à tese da integração dos débitos à universalidade do estabelecimento. Ainda no caso dos débitos tributários e trabalhistas, incluídos no conjunto transferível do estabelecimento por força das disposições presentes nos arts. 133 do CTN e 448 da CLT, não há justificativa para tanto no âmbito da teoria geral do estabelecimento.

As normas somente se justificam como opção legislativa de tutela máxima dos interesses econômicos dos trabalhadores e do fisco, ainda que para tanto haja o desvirtuamento da noção de estabelecimento. Mas, de qualquer forma, existe uma

justificativa consistente na necessidade de proteção destas modalidades de crédito, e que não aproveitam à totalidade dos credores, que não merecem tal forma de tutela em outros momentos normativos, como ocorre, por exemplo, no caso do direito falimentar.

A conclusão inafastável vem no sentido da impropriedade de inclusão do passivo entre os elementos integrantes no fundo. E nossa conclusão encontra-se harmonizada com o sempre referível posicionamento de Oscar Barreto Filho, *in verbis*:

“Configurado como universalidade de fato, não se pode dizer que, em nosso direito, o estabelecimento ou casa comercial constitua um patrimônio separado, de forma que possa compreender elementos do ativo e do passivo do empresário, em cujo patrimônio se insere. Sendo essencialmente um complexo de bens, o estabelecimento somente compreende elementos do ativo do comercial, pessoa física ou jurídica. O passivo não entra em sua composição.”¹⁴⁵

E, indo além, não se pode esquecer que a norma constante do art. 1.146 do Código Civil, que força a conclusão no sentido de o passivo ser um elemento integrante do fundo, é contraditória com os termos do próprio art. 1.142 da mesma codificação, o que torna ainda mais incompreensível a opção do legislador. Afinal, na conceituação de estabelecimento, presente no referido art. 1.142, está expresso que se considera como tal *“todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”*

Ora! Se o estabelecimento é considerado como complexo de bens, não pode abranger o passivo, já que o passivo, de forma alguma, pode ser considerado como bem. Evidente é a imprecisão do legislador também na conceituação (afinal, também deixou de fazer menção aos contratos), constatando-se a evidente impropriedade na forma de regulação da matéria.

O equívoco normativo é evidente, não só com relação à inclusão do passivo como elemento integrante do fundo, como, e principalmente, na regulação da consequência jurídica desta inclusão, que está no cerne da norma presente no art. 1.146 do novo Código Civil, e se constitui na transferência do passivo juntamente com a alienação do estabelecimento. Tal consequência se constitui num dos

¹⁴⁵ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 154.

principais objeto de análise deste trabalho, merecendo seções próprias para a sua exposição e crítica.

De qualquer forma, reafirmamos nossa conclusão no sentido de que, doutrinariamente, não se encontram fundamentos para a inclusão do passivo entre os elementos integrantes do fundo. Mas, no Brasil, as razões doutrinárias ficaram de todo prejudicadas pela norma imposta pelo art. 1.146 do novo Código Civil, a qual gera a inclusão do passivo entre os elementos integrantes da universalidade em que se constitui o estabelecimento.

3. TRANSFERÊNCIA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

3.1. Noções gerais

Na busca pela precisão terminológica, a doutrina tradicionalmente indica ser mais propícia a utilização da expressão “titularidade do estabelecimento” ao invés de “propriedade” do mesmo. Podendo o fundo de empresa ser composto de elementos que não fazem parte do patrimônio do empresário, tornar-se-ia impróprio referir-se à propriedade de toda a universalidade. É o caso dos direitos de crédito, que não são uma propriedade de seu titular, bem como dos contratos, que não são considerados como bens ou direitos, residindo no campo do direito obrigacional. De fato, não há se cogitar em um proprietário de um contrato. Tal justificativa orienta a lição de Oscar Barreto Filho, valendo atenção às suas palavras:

“Para admitir-se a propriedade do estabelecimento, seria mister aceitar a possibilidade da incidência do direito de propriedade sobre direitos de crédito, o que constitui uma evidente contradição em termos. A palavra titularidade, em sua acepção genérica, se refere a todos os direitos subjetivos, qualquer que seja a sua natureza, e, portanto, é o mais adequado para exprimir a relação de pertinência que existe entre o estabelecimento e o empresário.”¹⁴⁶

E, pela mesma razão, tornar-se-ia mais precisa a utilização da expressão “trespasse do estabelecimento” ao invés de “compra e venda” do mesmo.

Contudo, consideramos que tal ordem de questionamento, além de não gerar resultados concretos, já que o contrato está sujeito a regime jurídico próprio. Não se esqueça que o estabelecimento, em si, é um bem, com natureza própria frente a seus elementos. O empresário será proprietário do fundo de empresa ainda que não o seja dos contratos que o integram. E, sendo proprietário de um bem, não se mostra inadequado cogitar-se de sua compra e venda, de forma que a referência à designação trespasse tem por único objetivo uma indicação quanto à existência de

regime jurídico próprio, que incidirá quer se chame o contrato de trespasse quer se faça referência a uma compra e venda. Por isso mesmo, a conclusão não encontra adequação com a possibilidade de aplicação subsidiária de disposições relativas à compra e venda, como pode ocorrer na hipótese de invocação de vício redibitório. Ademais, a conclusão de Oscar Barreto Filho não encontra reflexo no direito comparado, bastando para tanto referir a opinião de Barbosa de Magalhães, para quem *“o direito, que o comerciante tem sobre o seu estabelecimento comercial, é um direito de propriedade, um direito real”*¹⁴⁷.

Temos, neste contexto, que podem ser utilizadas indistintamente as referências a propriedade ou titularidade do estabelecimento, bem como a compra e venda ou trespasse do mesmo.

Superada esta questão preliminar, que não gera maiores efeitos concretos, percebe-se que a matéria relativa à compra e venda de estabelecimento descortina uma série de questões jurídicas sobre aspectos formais e materiais de grande relevância. Tanto em função da ausência de regulação da matéria anteriormente à edição do novo Código Civil, quanto em face da tradicional confusão conceitual (no sentido da aproximação entre os perfis patrimonial e subjetivo da empresa), surgiram imensas dificuldades de definição, pela doutrina, dos princípios jurídicos aplicáveis a esta operação.

No âmbito formal, houve a necessidade de definição quanto à eventual necessidade de registro e publicidade do contrato, já que não são poucas as vezes em que o negócio é realizado mediante fraude, despatrimonializando-se o empresário vendedor em prejuízo de seus credores. Nestes casos, questionam-se também os efeitos jurídicos incidentes sobre a operação, os quais podem abranger desde a declaração de ineficácia do negócio até a possibilidade de responsabilização do adquirente pelos débitos materialmente vinculados ao fundo.

Indo além, constata-se que não se constitui em tarefa simples definir a abrangência material de uma determinada operação de trespasse. No âmbito da universalidade compreende-se um rol imenso de elementos, havendo necessidade de clara delimitação a respeito daqueles que estão naturalmente abrangidos pelo

¹⁴⁶ Teoria do Estabelecimento Comercial, pp. 139-140

¹⁴⁷ Do Estabelecimento Comercial, p. 157.

trespasse, dos que dependem de contratação especial, bem como dos elementos que se mostram insuscetíveis de transferência.

Dúvidas ainda surgem no campo da fixação do preço do estabelecimento, tanto para a verificação quanto às condições econômicas do negócio, quanto para a fixação de valor de indenização em caso de desapropriação. O preço da universalidade normalmente é superior à simples somatória dos valores de seus elementos integrantes.

Questionam-se ainda os efeitos decorrentes de eventual concorrência posterior entre adquirente e alienante do fundo, bem como, para citar apenas alguns dos principais problemas enfrentados pela doutrina, a possibilidade de sub-rogação automática nos contratos vinculados ao fundo.

Percebe-se que a matéria está plena de dificuldades no campo doutrinário. Mas a doutrina e a jurisprudência, ao longo dos anos, fixaram parâmetros sólidos para a solução das controvérsias, os quais em grande parte refletem as soluções do direito comparado e estão em harmonia com a principiologia aplicável à matéria.

Contudo, agora, surge uma nova fonte para a solução das questões relativas ao trespasse. Com a edição do novo Código Civil, finalmente estabeleceram-se regras específicas para o trespasse, nem sempre de maneira correta. Cumpre então, analisar as disposições, efetivando-se a necessária comparação com as anteriores conclusões doutrinárias.

3.2. Forma

Anteriormente à edição do novo Código Civil, inexistia qualquer formalidade exigida pelo direito para a realização do negócio de trespasse, que era tratado como simples compra e venda de bem móvel. Bastava, desta forma, a existência de contrato, que poderia ocorrer até mesmo na forma verbal, sem que fosse necessário o seu registro em qualquer órgão ou a publicidade desta operação.

A única questão formal destacável era a possibilidade de o contrato ser genérico quanto à definição do objeto, gerando a transferência dos elementos integrantes do fundo sem que os mesmos fossem individualmente descritos, bastando a referência à transferência do estabelecimento empresarial como

universalidade. Afinal, o estabelecimento é, em si, um bem, transferível de forma integral se for genericamente indicado como objeto do contrato.

A simplicidade formal da operação foi bem descrita por Waldemar Ferreira:

“A publicidade do trespasse dá-se, costumeiramente, não, porém, por preceito legal, visto que a lei não disciplinou, especificamente, o contrato. Rege-se ele, portanto, pelas regras do direito comum. Tanto pode constar de instrumento público, como de particular. Não poucos se trespasam por via de simples recibos, e até por troca de cartas. Se assim é quanto à forma do contrato, de tanta simplicidade, o mesmo não se dá quanto aos seus efeitos.”¹⁴⁸

Usualmente acompanha o contrato de trespasse um inventário dos bens abrangidos pela operação. Caso não se tenha tomado este cuidado, que evita posteriores questionamentos acerca da abrangência material da operação, entende-se pela transferência da totalidade dos bens vinculados à atividade empresarial. De outro lado, é possível que no instrumento conste procedimento inverso, com a exclusão de determinados bens, desde que não se afete a instrumentalidade do fundo de empresa.

Conforme veremos na seção 3.6, somente existe operação de trespasse quando houver a transferência da titularidade de um conjunto de elementos que, em si, possibilite o desenvolvimento de atividade empresarial pelo adquirente. Se houver a exclusão de bens com tal abrangência que o âmbito da transferência não preserve a instrumentalidade empresarial do conjunto de bens, não mais se estará diante de um contrato de trespasse, mas sim de uma compra e venda de uma reunião de bens móveis.

De outro lado, vale lembrar, com Oscar Barreto Filho¹⁴⁹, que há ocasiões em que se mostra mais conveniente, para fins fiscais, a realização de mais de um instrumento contratual sobre o trespasse, cindindo a operação em blocos distintos. Contudo, mesmo que haja pluralidade de instrumentos, não se afasta a unicidade do negócio, que para todos os efeitos jurídicos será reputado como transferência de estabelecimento, de toda a universalidade. Atingindo-se materialmente o âmbito mínimo de transferência, a operação será considerada como trespasse, ainda que as partes tenham formalizado mais de um instrumento contratual.

¹⁴⁸ Instituições de Direito Comercial, p. 456.

¹⁴⁹ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 211.

Enfim, no regime jurídico aplicável anteriormente à vigência do novo Código Civil, não havia a exigência de qualquer formalidade, registro ou publicidade do contrato de trespasse, identificando-se a operação sempre que materialmente tivesse ocorrido a transferência de um conjunto de bens em si suficiente para ao desenvolvimento da atividade empresarial pelo adquirente.

Já com a edição do art. 1.144 do novo Código Civil, a matéria ganhou tratamento jurídico diferenciado, com exigência de averbação no Registro Empresarial, bem como de publicidade da operação através da imprensa oficial para que o contrato seja válido perante terceiros. E, para que seja possível a tomada de tais providências, evidentemente deverá o contrato ser realizado por escrito. Vale a transcrição da norma:

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

Destaque-se que as exigências referidas pelo comando normativo não se constituem em requisitos para a validade do contrato, mas sim em condições para a imposição de seus efeitos frente a terceiros. O contrato em si continua isento de formalidades. O efeito do descumprimento das determinações constantes da supratranscrita regra limita-se à impossibilidade de oposição da avença frente a terceiros, preservando a mesma sua validade entre as partes.

Claro está, entretanto, que os empresários seguirão à risca estas determinações, sob pena de penhora do estabelecimento (ou de algum de seus elementos), em execuções posteriormente propostas contra o alienante.

Destaque-se que, para que o contrato gere efeitos frente a terceiros, há a necessidade de tomada de ambas as providências. Assim, se os empresários envolvidos efetivarem somente a averbação na Junta Comercial, ou somente a publicação na imprensa oficial, a operação será inoponível a terceiros.

A intenção evidente do legislador foi conferir caráter de publicidade à operação, já que o trespasse pode ocorrer sem percepção de sua realização pelo público, notadamente no caso em que se mantém o título de estabelecimento utilizado pelo vendedor. Seja pela averbação na Junta Comercial, seja pela

publicação na imprensa oficial, procura-se tornar público o contrato, ainda que se mostrem simplesmente teóricos os efeitos de publicidade decorrentes da publicação na imprensa oficial.

Com relação à exigência de averbação na Junta Comercial, surge o questionamento a respeito de qual é o empresário sobre cujo registro deve ser efetivada a averbação do trespasse. A norma refere-se a empresário, no singular, e não a empresários, no plural, de forma a indicar que apenas um dos empresários envolvidos está sujeito a esta formalidade.

O interesse sobre o fato jurídico da alienação é detido pelos credores do vendedor, já que estes estarão sujeitos aos efeitos da sucessão de obrigações e da diminuição do ativo do seu devedor. De fato, a aquisição do estabelecimento não representa risco direto aos interesses dos credores do comprador ao tempo da contratação. Ao revés, estes são beneficiados com o ato, já que terão maior suporte patrimonial para garantir o pagamento de seus créditos.

Assim, poderia surgir conclusão no sentido de ter o legislador exigido a averbação da operação tão-somente à margem do registro empresarial do vendedor. Mas tal conclusão, ainda que se apresente sustentável no âmbito de análise do art. 1.144 do novo Código Civil, sucumbe se atentarmos para outra disposição constante do mesmo diploma legal, qual seja a presente no seu art. 969, parágrafo único, pela qual *“a constituição de estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede.”*

Da análise deste último dispositivo, de aplicação cogente, percebe-se que, ainda que no art. 1.144 tenha-se feito referência à necessidade de averbação à margem do registro do empresário, no singular, tal providência deve ser tomada junto ao registro de ambos os empresários envolvidos na operação, satisfazendo-se tanto a proteção dos credores pretendida pelo art. 1.144, quanto a formalidade exigida pelo art. 969, parágrafo único.

Por derradeiro, em atenção às determinações constantes do Decreto 1.800/96, deve-se ter em consideração que o ato praticado junto ao Registro Empresarial não é efetivamente de averbação, mas sim de arquivamento, já que, no âmbito do art. 32 da referida normatização, não se faz qualquer referência a averbação, podendo ser aplicada, para o enquadramento ao regime de arquivamento, a hipótese constante do art. 32, II, m, pela qual são arquiváveis “os

demais documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ou daqueles que possam interessar ao empresário ou à empresa mercantil.”

A sujeição ao regime de arquivamento torna imperiosa a forma escrita para que tal providência seja tomada, já que, de acordo com o art. 33 do Decreto 1.800/96, o pedido de arquivamento deve ser instruído com o documento representativo da operação.

Percebe-se que o contrato se afasta do regime da simplicidade existente anteriormente à vigência do novo Código Civil. Com a edição das regras acima referidas, faz-se necessária a atenção à forma escrita, ao arquivamento na Junta Comercial, bem como à publicação na imprensa oficial, para que a operação possa ser oposta a terceiros.

3.3. Formalidades complementares

A função evidente do contrato de trespasse é a transferência de titularidade do estabelecimento. Contudo, para que esta se efetive integralmente, alcançando a transferência de titularidade de todos os elementos que o integram, são necessárias providências complementares, visto que determinados elementos integrantes do fundo somente podem ser transferidos mediante formalidades específicas.

O reconhecimento jurídico da existência do estabelecimento, como universalidade autônoma, não afasta o regime jurídico aplicável a cada um de seus elementos, o que vem cobrar a tomada de outras formalidades de transferência de propriedade, além da operação de trespasse. Neste sentido é precisa a orientação de Vera Helena de Mello Franco:

“(...) a universalidade (...) está classificada dentre os bens móveis, o que significa que a transferência do estabelecimento, considerado no seu conjunto, se perfaz pela tradição, sem maiores formalidades. Já quanto aos seus elementos componentes, a transferência de cada um seguirá a lei que lhe é própria. Assim, v.g., se dentre os elementos do estabelecimento existir um bem imóvel, a transferência da propriedade seguirá as formalidades próprias; se se cuidar de marca, a averbação da cessão de uso no INPI será de rigor e assim por diante.”¹⁵⁰

¹⁵⁰ Manual de Direito Comercial, vol. 1, p. 123.

Entre as hipóteses mais comuns em que tais providências são necessárias, podemos citar os casos em que o estabelecimento empresarial é integrado por imóveis, direitos de propriedade industrial e determinados contratos empresariais.

No primeiro caso, não se poderia pretender que os efeitos do contrato de trespasse (realizável por instrumento particular e sujeito a arquivamento – no contexto do novo Código Civil – somente no Registro de Empresas) sobrepujassem a clássica determinação normativa no sentido de que a transferência de propriedade dos imóveis somente ocorre após a averbação da escritura pública no Registro Imobiliário específico.

Destaque-se que, no caso de o estabelecimento ser integrado também por um bem imóvel, haverá a necessidade de formalização de escritura pública para a transferência do imóvel. Isto porque esta regra geral somente poderia ser afastada se existisse norma específica dispensando a escritura pública, o que incoorre no caso em análise, embora seja verificável na hipótese de pagamento de preço de emissão de ações mediante transferência de propriedade de bem imóvel, em que a ata da assembléia que aprova a avaliação faz as vezes de escritura pública, que, neste específico caso, acaba por ser dispensada. À falta de disposição legal específica, entendemos que tal sistemática não pode ser aplicada também para a hipótese de alienação de fundo de empresa.

Se o estabelecimento for integrado por um bem imóvel, haverá a necessidade, para a transferência de propriedade deste, das formalidades complementares consistentes na formalização de escritura pública de compra e venda, que será levada ao registro imobiliário.

De outro lado, a tomada de providências complementares também é necessária no caso de o estabelecimento estar integrado por direitos de propriedade industrial.

No caso de o direito industrial estar materializado em patente (invenção e modelo de utilidade), a cessão da mesma deve ser averbada junto ao INPI, que anotarà junto à patente a qualificação completa do cessionário, sendo que somente a partir deste ato a cessão será válida perante terceiros, nos termos dos arts. 59 e 60 da Lei 9.279/96.

Destaque-se que não se trata de hipótese de licença de patente, mas sim de sua cessão. Isto porque está implícito no contrato de trespasse o caráter definitivo

da transferência, ao revés do que ocorreria, por exemplo, na hipótese de arrendamento do estabelecimento, na qual seria cabível o processo de licença, regulado pelos arts. 61 a 67 da Lei de Propriedade Industrial.

Já na hipótese de direito industrial registrável (marca e desenho industrial), embora a cessão de igual forma deva ser anotada junto ao INPI, somente a partir deste ato produzindo seus efeitos frente a terceiros (arts. 136, I, e 137 da LPI), há normas mais específicas sobre a matéria. Segundo o art. 134, a cessão somente será possível se o cessionário atender aos requisitos legais para requerer o registro, os quais estão especificados no art. 128 da mesma normatização. E, nos termos do art. 135, *“a cessão deverá compreender todos os registros ou pedidos, em nome do cedente, de marcas iguais ou semelhantes, relativas a produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, sob pena de cancelamento dos registros ou arquivamento dos pedidos não cedidos.”*

Finalmente, no âmbito dos contratos, deve-se ter em consideração que determinadas relações obrigacionais integram o estabelecimento, desde que se demonstre a necessidade de sua manutenção para o desenvolvimento da atividade empresarial. Como vimos no momento específicos, contratos de trabalho, de locação, de arrendamento mercantil e de franquia, quando existentes, integram o fundo empresarial, e devem ser transferidos no momento do trespasse, sob pena de desintegração da atividade empresarial. No caso do um franqueado, por exemplo, a continuidade da atividade empresarial somente será possível se se mantiver o contrato de franquia, que usualmente é o elemento mais valioso do estabelecimento.

O regime jurídico de sua transferência, contudo, sofreu radical transformação com a edição da norma presente no art. 1.148 do novo Código Civil. Cumpre inicialmente evidenciar as regras que incidem até a entrada em vigor da nova codificação.

Nas relações contratuais em geral, não se admite a hipótese de sucessão unilateral de posição contratual. Necessária de faz a aquiescência do outro contratante para que se mantenha a relação contratual frente ao adquirente. Tal regra geral, entretanto, sofre uma exceção e, em alguns casos, complementação normativa específica.

A exceção mencionada reside no âmbito dos contratos de trabalho, que são transferidos ao adquirente independentemente de qualquer formalidade, nos termos

do art. 448 da CLT. O contrato de trabalho não prescinde de qualquer formalidade, sendo identificável sempre que estejam presentes os requisitos básicos da relação de emprego: subordinação, habitualidade e remuneração.

De outro lado, há casos em que a legislação prevê soluções específicas, que não abandonam a regra geral. Na locação, prevê o art. 13 da Lei 8.245/91 que a sua cessão depende do consentimento prévio e escrito do locador. Se este se recusar a fornecer o consentimento, será notificado, e terá o prazo de 30 para manifestar sua oposição, que não precisa ser justificada e impede a cessão do contrato.

No caso de oposição à cessão, os efeitos negativos sobre o contrato de trespasse serão de tal forma evidentes que poderão impossibilitar a realização do negócio. Isto porque, de um lado, a oposição impede a cessão e, de outro, a omissão da cessão pode levar à rescisão do contrato, por força do contido no art. 9º, II, da normatização específica.

Por tal razão, tem-se aconselhado que, nas locações empresariais, se faça constar do contrato a prévia autorização de sua cessão, impedindo-se, por esta via, o cometimento de abusos por parte do locador, que pode se prevalecer de sua capacidade de oposição para exigir prestações indevidas. Neste sentido vem a orientação de Fábio Ulhoa Coelho:

“Desse modo, para fins de preservar a integridade de seu investimento, o empresário, ao locar imóvel para a instalação da empresa, deve negociar com o locador a inserção, no contrato de locação, da anuência prévia para eventual cessão. Se não conseguir esta condição negocial no início do vínculo locatício, ele poderá vir a ter dificuldades para recuperar o investimento, quando do trespasse, caso o locador imponha luvas excessivas para anuir com a cessão do vínculo locatício.”¹⁵¹

Como usualmente, principalmente para os empresários de pequeno e médio porte, se mostra extremamente difícil a negociação desta cláusula contratual, existe aqui um ponto de risco indevido para o empresário, que pode se sujeitar ao arbítrio do locador.

Para impedir tais abusos, consta do direito português norma pela qual, em caso de trespasse de estabelecimento, o locador não pode ser opor à transferência do contrato de locação. Segundo o art. 115º, 1, do Regulamento dos Arrendamentos Urbanos, *“é permitida a transmissão por acto entre vivos da posição do arrendatário,*

¹⁵¹ Curso de Direito Comercial, p. 116.

sem dependência da autorização do senhorio, no caso de trespasse do estabelecimento comercial ou industrial.” Possibilita-se desta forma a proteção dos empresários, colocando-se a manutenção da empresa acima dos interesses individuais do locador, que, de qualquer forma, não sofre prejuízo direto pela cessão da locação, já que as condições contratuais anteriormente aceitas serão mantidas.

No âmbito do contrato de arrendamento mercantil, usualmente utilizado como forma de aquisição de equipamentos e automóveis, a Resolução 2.309/96, do Banco Central do Brasil, elenca entre os elementos obrigatórios do contrato *“a faculdade de a arrendatária transferir a terceiros no País, desde que haja anuência expressa da entidade arrendadora, os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato, com ou sem co-responsabilidade solidária.”*

O intento da norma é claro. Além de estipular a clara regra segundo a qual a transferência da posição de arrendatário somente ocorre com a concordância expressa da entidade arrendadora, fixa a possibilidade de imposição de responsabilidade solidária entre o antigo e o novo arrendatário pelas obrigações contratuais. Trata-se de hipótese hedionda, já que a substituição não é imposta à instituição arrendadora, que aceita ou não o novo contratante, não havendo desta forma justificativa para a imposição de co-responsabilidade. E como neste âmbito contratual a possibilidade de negociação de cláusulas é quase utópica, as instituições financeiras têm ampla possibilidade de imposição desta indevida regra.

Finalmente, para o contrato de franquia inexistente norma direta sobre as condições de transferência no contexto da Lei 8.955/96. Contudo, este contrato é constituído necessariamente da cessão temporária de marca ou patente, conforme se deflui da própria definição legal do contrato, constante do art. 1º da mencionada lei.

Neste contexto, tem-se como clara a necessidade de providências complementares para transferência do contrato de franquia, que abrangem tanto a concordância do franqueador (elemento necessário mesmo que a lei não exija de maneira expressa) quanto as anotações necessárias junto ao INPI para a cessão temporária dos direitos de propriedade industrial necessariamente envolvidos no contrato.

Mas, como referido, as regras relativas à transferência de contratos sofrem uma radical alteração de sentido com a edição do art. 1.148 do novo Código Civil,

que prevê a sub-rogação automática como regra geral para os contratos de natureza empresarial atingidos pelo trespasse. E o novo regime será estudado na seção 3.7 deste trabalho.

3.4. Valor

A avaliação de um estabelecimento empresarial é sempre tarefa de grande dificuldade. Isto porque, evidentemente, o seu valor não corresponde à simples somatória dos elementos que o integram. Constituindo-se em realidade própria, diversa da natureza dos elementos que o integram, o fundo apresenta um valor próprio, de difícil avaliação *in abstracto*, principalmente em função do caráter incorpóreo e variável da universalidade.

O valor de um estabelecimento é diretamente influenciado pela sua capacidade de geração de lucros. Mas, evidentemente, há outros valores que também são considerados pelos empresários envolvidos no momento da realização de uma operação de trespasse. Podemos dizer, em linhas gerais, que o valor de um estabelecimento é formado pela inter-relação de três variáveis específicas:

- a) o valor individual dos elementos integrantes;
- b) o valor decorrente da atividade organizativa desenvolvida pelo empreendedor;
- c) o potencial de atração de clientela (aviamento).

Não há dúvidas em afirmar que o elemento de avaliação que assume maior relevância no campo da formação do preço é o aviamento. Afinal, o próprio interesse na realização do negócio decorre da boa avaliação do fundo com relação à sua capacidade de atração de clientela. Por isso concluiu Ripert que *“o valor de um fundo de comércio, independentemente dos elementos materiais, é aferido segundo a cifra de negócios e os lucros realizados, quer dizer, segundo a importância de sua clientela.”*¹⁵² Assim, embora os demais elementos influenciem inegavelmente na obtenção do valor de um estabelecimento, o aviamento se destaca como principal fator econômico analisado pelas partes envolvidas no negócio.

¹⁵² Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 323. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: *“El valor de un fondo de comercio, independentemente de los elementos materiales, se aprecia según la cifra de negocios y el beneficio realizados, es decir, según la importancia de la clientela.”*

A quantificação econômica do aviamento, contudo, constitui-se em si em tarefa de muito difícil realização. Inicialmente porque o aviamento não consta como valor no âmbito dos balanços das empresas brasileiras, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com as sociedades anônimas italianas, que por força de lei devem quantificar economicamente seus aviamentos nos balanços contábeis. Evidente que, neste caso, o valor lançado nos balanços não se constitui em cifra absoluta e irrefutável, preservando-se a liberdade das partes quanto à formação do preço em cada negócio de trespasse. Mas é inegável que tal referência, no balanço, atua como base inicial de avaliação, além de trazer mais segurança no âmbito tributário, já que diminui a possibilidade de caracterização de um inexistente lucro em virtude da venda do estabelecimento por valor superior à somatória dos valores dos elementos que o integram. Assim, inexistindo menção ao aviamento no balanço das empresas brasileiras, não encontramos esta base inicial de avaliação.

De outro lado, percebe-se que existem diversas técnicas da avaliação do potencial lucrativo de uma empresa. Entre estas, destacam-se as do fluxo de caixa descontado e da comparação de múltiplos. A primeira leva em consideração as perspectivas de faturamento futuro, em função do histórico da empresa. A segunda procura utilizar como padrão de análise o valor fixado para outros estabelecimentos similares em operações de trespasse.

A técnica da comparação de múltiplos, embora mais simples, é de mais difícil aplicação, já que depende do fato da existência de operações de trespasse sobre estabelecimento de natureza similar, sobre a qual sejam conhecidas as condições da negociação. Evidente é dificuldade da existência de ambos os fatores, de forma que o método mostra-se de pouca aplicabilidade no campo do trespasse de estabelecimento.

De outro lado, a técnica do fluxo de caixa descontado apresenta inegáveis dificuldades de aplicação, tanto pelas diversas fórmulas elaboradas a partir de suas premissas, quanto pela existência de variáveis abstratas em cada uma destas fórmulas. De fato, encontramos na obra de Martinho Maurício Gomes de Ornelas¹⁵³ dez fórmulas para o cálculo do aviamento. Já para Guy Lacroix¹⁵⁴, seriam pelo menos oito os métodos matemáticos de mensuração econômica do estabelecimento.

¹⁵³ Avaliação de Sociedades, p. 136 e seguintes.

¹⁵⁴ Évaluation des Fonds de Commerce et des Entreprises, p. 137 e seguintes.

E, em absolutamente todas as fórmulas matemáticas apontadas, existem variáveis abstratas, que não apresentam quantificação material, e que representam os fatores de risco envolvidos na operação. Percebe-se que a pretensão de estabelecimento de fórmulas matemáticas é tarefa que não apresenta soluções concretas em termos de avaliação, já que os critérios doutrinariamente criados mostram-se de extrema variabilidade em vista da presença de índices abstratos.

Em realidade, independentemente das fórmulas criadas pelos economistas, que não são aqui reproduzidas por não se mostrarem relevantes em nossa análise jurídica do estabelecimento, percebe-se que a quantificação do aviamento é um ato de negociação que envolve, principalmente, o histórico de lucratividade e os riscos futuros que possam afetar a atividade empresarial. E, quanto a estes riscos, bem sabemos que não há matemático, jurista ou economista que possa precisar, com absoluta segurança, qual será o cenário da economia brasileira no espaço de um ano, por exemplo. Assim, a avaliação dos riscos incidentes sobre a atividade empresarial é sempre uma atividade que envolve conhecimentos profundos de economia e administração de empresa, mas que depende, fundamentalmente, de uma boa dose de sorte.

De outro lado, não se pode deixar de considerar que o valor do aviamento, embora seja o principal fator econômico considerado pelas partes no momento da formação do preço, não é o único elemento a ser considerado.

Para a formação do preço, deve-se levar em consideração, também, a atividade de empreendedor para organização dos elementos integrantes do fundo, bem como o valor da somatória dos elementos que formam a universalidade. Afinal, não se poderia cogitar uma operação de trespasse em que o preço fosse inferior à somatória dos elementos que integram o fundo. Neste caso, evidentemente o vendedor deveria proceder à liquidação do estabelecimento, vendendo separadamente os bens que o integram para ao final obter maior retorno financeiro.

Contudo, nem mesmo tal somatória se mostra simples. Isto porque o estabelecimento é composto de uma grande diversidade de elementos incorpóreos, que, são, em si, de difícil avaliação. Afinal, qual o efetivo valor de uma marca, ou de um título de estabelecimento? Qual o reflexo econômico da desvinculação dos elementos do fundo, relativamente ao seu valor individual? São perguntas que não encontram possibilidade de respostas genéricas e prévias.

Tome-se ainda o exemplo de um ponto comercial, cujo valor se altera com extrema volatilidade, podendo a inauguração de um *shopping center* alterar o valor dos pontos comerciais de toda uma cidade, se este empreendimento apresentar capacidade de alterar o comportamento da clientela com que os empresários contavam até então. O valor do ponto varia de acordo com a perspectiva de atração de clientela, cambiável a cada movimento da economia.

Completa-se, desta forma, um quadro em que se constata que a prévia fixação do valor de um estabelecimento empresarial é tarefa que beira ao inalcançável, seja pela dificuldade de mensuração econômica de cada um dos elementos que devem ser levados em consideração para a composição do valor, seja pela variabilidade de cada um destes valores parciais em razão de qualquer alteração da economia, sendo que, em se tratando de Brasil, bem sabemos que a economia não se encontra em absoluta estabilidade.

E, neste contexto, deve-se concluir que o valor do fundo é, quase sempre, um valor de negociação, sendo o efetivamente justado pelas partes, independentemente da existência de critérios econômicos para a sua obtenção. Mais do que o valor econômico do fundo, encontramos, na realidade negocial brasileira, a atenção sendo voltada ao valor de negociação obtido materialmente nas operações de *trespasse*.

Evidente é o surgimento de elevadas dificuldades neste campo quando se cogita da obtenção de valor justo de indenização em caso de desapropriação. Aqui, como é claro, não somente o valor do imóvel será objeto de indenização por parte do ente público, mas também o estabelecimento sobre o mesmo constituído. E, para a indenização deste estabelecimento, deve-se buscar uma quantia que reflita o seu efetivo valor, em tarefa que passa por todas as dificuldades acima referidas.

No âmbito de uma operação de *trespasse*, as dificuldades são superadas pela negociação. Assim, o preço do negócio é simplesmente aquele ajustado entre as partes. Mas, na hipótese de desapropriação, todas as dificuldades potencializam-se, já que se fará necessária a obtenção de um valor do fundo sem que exista negociação entre as partes. de qualquer forma, percebe-se que a dificuldade inerente à tarefa de obtenção de um valor para o estabelecimento decorre de sua natureza, não podendo ser superada por qualquer ordem de previsão normativa.

3.5. Pagamento fracionado do preço

Principalmente nos negócios de maior valor, é natural que se ajuste um parcelamento do pagamento do preço ajustado para o trespasse, vinculando o custo da operação ao faturamento futuro como forma de diminuir a necessidade de aportes imediatos (com seus evidentes custos financeiros para o adquirente) para a realização do negócio. Nestes casos, cumpre analisar a forma contratual incidente, principalmente para que se estude a pertinência jurídica de utilização de um compromisso de compra e venda.

No direito francês, esta é a forma contratual mais utilizada nos casos de pagamento fracionado do preço, havendo cisão doutrinária e jurisprudencial tão-somente quanto à necessidade de se fazerem constar do compromisso de compra e venda todos os elementos contratuais exigidos para a proteção das partes na hipótese de simples trespasse do fundo¹⁵⁵.

Contudo, embora a prática francesa, que é a mais tradicional na regulamentação da matéria, indique para a corriqueira utilização dos compromissos de compra e venda, temos que tal modalidade contratual não se mostra oportuna para o caso sob exame em face dos princípios jurídicos derivados do direito brasileiro.

Ocorre que o compromisso de compra e venda apresenta relevante função de garantia nas hipóteses de compra fracionada de imóveis, em que a transferência de propriedade se dá com a devida inscrição no registro imobiliário. Enquanto estiver em cumprimento o contrato, o promissário-comprador não é proprietário do bem, facilitando a defesa dos interesses do promitente-vendedor em caso de não-pagamento do preço. De outro lado, após o integral pagamento do preço ajustado o promissário-comprador tem direito ao recebimento da escritura definitiva do bem, não podendo o promitente-vendedor se recusar a fornecê-la, sob pena de ajuizamento de ação de adjudicação compulsória, em que a sentença fará as vezes

¹⁵⁵ *“En matière de vente de fonds de commerce, les promesses de vente ou d’achat sont d’un usage fréquent. On les connaît dans la pratique sous le nom de ‘compromis de vente’. La question c’est posée de savoir si ce compromis – du moins quand il revêt le caractère d’une promesse unilatérale d’achat, ou d’une promesse synallagmatique de vente et d’achat – devait contenir les mentions obligatoires exigées par la loi de 1935 pour la protection de l’acquéreur. La jurisprudence est divisée.”* (ESCARRA, Jean. *Cours de Droit Commercial*, p. 180).

de escritura de compra e venda para fins de transferência de propriedade do bem objeto do contrato.

Mas no caso de uma compra e venda de estabelecimento empresarial este mecanismo de proteção jurídica carece de sentido, principalmente em decorrência da natureza mobiliária do fundo. Sendo bem móvel, sua propriedade se transfere pela simples tradição, de forma que o compromisso de compra e venda não terá outro efeito jurídico que não o de indicar um fracionamento no pagamento do preço, o qual, à evidência, poderia ser ajustado em qualquer contrato de compra e venda.

Destaque-se que a necessidade de averbação do contrato à margem do registro empresarial das partes, prevista pelo novo Código Civil, não tem o efeito de transferir a propriedade do fundo. Trata-se de simples exigência formal para que a cessão seja oponível a terceiros, inexistindo alteração quanto ao regime jurídico de transferência de propriedade que, em se tratando de bem móvel, se dá pela simples tradição.

É por tais razões que consideramos inoportuna a utilização do compromisso de compra e venda para a instrumentalização de um trespasse com pagamento fracionado, situando-os à margem da prática francesa sobre a matéria. O contrato mostra-se inviável como mecanismo de proteção das partes, e desta inviabilidade podem surgir prejuízos àqueles que acreditam que, em formalizando esta modalidade contratual, gozarão dos benefícios incidentes para a hipótese de compromisso de compra e venda sobre imóveis.

3.6. O âmbito mínimo da transferência

Questão de extrema relevância no estudo da operação de trespasse é a distinção entre esta operação e a venda de algum ou alguns dos bens integrantes de um determinado estabelecimento. Bem sabemos que a venda de uma determinada máquina ou equipamento não se constitui em operação de trespasse, razão pela qual não incide sobre a mesma o rigoroso regime jurídico previsto na legislação falimentar e no novo Código Civil. Mas há situações fronteiriças em que poderá surgir dúvida sobre qual a operação realizada pelos empresários, que tanto pode ser um trespasse quanto uma alienação de bens. Tal ocorre, por exemplo, no caso de

venda de “ponto com instalações”, consoante se vê corriqueiramente anunciado. E a definição quanto à modalidade contratual efetivamente ocorrida é relevante para a determinação quanto à imposição dos efeitos relativos à operação de trespasse, os quais sempre são evitados pelos empresários envolvidos.

Para solucionar esta questão, há a necessidade de esclarecimento sobre qual seria o âmbito mínimo de transferência para que o contrato celebrado entre empresários possa ser qualificado como uma efetiva operação de trespasse.

Nesta tarefa, seria tentadora a simplificação consistente na afirmação de que o objeto da operação de circulação não é o estabelecimento em si, mas sim a clientela, superando os problemas decorrentes da universalidade através da individuação do objeto. Tal espécie de conclusão é largamente encontrada na doutrina francesa mais antiga. Contudo, este caminho não é aceitável por duas razões: de um lado, porque a clientela não pode ser considerada de propriedade de alguém, já que nenhum empresário tem o direito de exigir o comparecimento diário ou semanal de seus clientes; de outro, porque a operação de compra e venda do estabelecimento comercial (e não da clientela) é regulada pelo direito, desde a edição do decreto-lei 7.661/45 (art. 52, VIII). Em conclusão parcial, tem-se que, porquanto se mostre dificultoso o tema referente à alienação do estabelecimento, não se pode pretender uma alteração doutrinária do objeto das operações de circulação.

Assim, afastado o critério pelo qual haveria alienação de estabelecimento quanto houvesse transferência de clientela, cumpre analisar, em vista dos elementos integrantes do fundo de empresa, qual o âmbito mínimo de transferência para a caracterização do trespasse.

E, neste contexto, pode-se afirmar que está configurada uma operação de trespasse sempre que os empresários pactuem a alienação de elementos que, em si, se mostrem suficientes ao desenvolvimento da atividade empresarial, sem que haja a necessidade de acréscimo, por parte do adquirente, de outros elementos para que se confira funcionalidade ao conjunto de elementos envolvidos na operação. Quando ao comprador nada mais resta que não colocar em funcionamento os elementos adquiridos, tem-se o trespasse. Quando se faz necessário o acréscimo de outros elementos, para além dos recebidos, configura-se uma simples compra e venda de um conjunto de bens, e não de um trespasse.

Destaque-se que o critério está fundado na necessidade de acréscimo de elementos, e não na possibilidade de o adquirente incrementar o conjunto recebido. Mesmo que o comprador tenha alterado a estrutura recebida, modificando ou acrescentando alguns elementos, existe o *trespasse* quando, no âmbito dos elementos abrangidos na operação, estava caracterizada a possibilidade de prática da empresariedade.

A venda do estabelecimento, quando o mesmo é indicado genericamente como objeto, presume a alienação de todos os elementos que o integram. Contudo, nada impede que no contrato ajustado entre as partes se estabeleça a exclusão de determinados bens do âmbito da negociação. Contudo, tais bens não podem se mostrar necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial, de forma que o seu afastamento do negócio impeça a continuidade da atividade empresarial.

Deve-se distinguir, neste ponto, a utilidade da necessidade de existência. De fato, todo e qualquer elemento voltado ao desenvolvimento da atividade empresarial apresenta-se útil ao desenvolvimento da atividade. Mas necessário é aquele elemento sem o qual não mais se mostra viável o desenvolvimento da empresariedade. Assim, ainda que um balcão frigorífico seja útil para a funcionalidade de uma panificadora, *e.g.*, o ponto é necessário ao seu funcionamento. O balcão pode ser suprimido sem comprometimento da funcionalidade, enquanto o ponto é essencial para a manutenção da empresariedade.

Os bens afastados do âmbito da alienação, porquanto estejam por definição afetados ao desenvolvimento da atividade empresarial, não podem ser de tal relevância para o exercício da empresariedade que o seu afastamento gere dificuldades na manutenção da empresa, cobrando-se a necessidade de sua substituição por outro por parte do adquirente.

Na hipótese de ter sido excluído do âmbito da alienação algum elemento necessário, não se pode considerar que tenha ocorrido a venda de um estabelecimento, mas sim a alienação de um conjunto de bens. Neste sentido vale apoio na lição de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, a qual, ainda que proferida no contexto do direito português, tem plena aplicação à realidade do direito brasileiro:

“Num concreto negócio de trespasse, gozam as partes de liberdade para excluírem da transmissão alguns elementos do estabelecimento. Todavia, tal exclusão não pode abranger os bens necessários ou essenciais para identificar ou exprimir a empresa objecto do negócio. Desrespeitando-se o âmbito mínimo (necessário ou essencial) da entrega (constituído, portanto, pelos elementos necessários e suficientes para transmissão de um concreto estabelecimento), impossibilitado fica o trespasse; objecto do negócio translativo serão então singulares bens (ou conjunto de bens) de um estabelecimento, não o próprio estabelecimento.”¹⁵⁶

Há autores, como Néelson Abrão¹⁵⁷, que entendem de forma diversa, afirmando que a incidência das regras referentes à venda do estabelecimento deve ocorrer sempre que haja a alienação de um bem economicamente relevante no patrimônio do empresário vendedor, ainda que este bem, em si, não se mostre suficiente para o desenvolvimento da atividade empresarial. Com tal orientação não podemos concordar, já que o estabelecimento somente existe no âmbito da universalidade, não se podendo alterar os conceitos jurídicos para a finalidade, ainda que nobre, de justificar uma proteção extraordinária aos interesses dos credores.

Outra maneira diferenciada de abordar a matéria é encontrável nos ensinamentos de Waldemar Ferreira, para quem somente existe venda de estabelecimento se a mesma significar o encerramento da atividade do empresário. Vale atenção às suas palavras:

“Quando o comerciante vende apenas parte de seu estabelecimento, porque se desfaça de uma de suas seções, a situação é, realmente, diversa do trespasse do estabelecimento. Assim também quando transfere filial, aliena sucursal ou transfere sua agência. Em casos tais, ele não desaparece da atividade mercantil. Nem do cenário jurídico. Continua operando.”¹⁵⁸

Ousamos entretanto dissentir do ilustre comercialista, por duas razões. De um lado, porque a pluralidade de estabelecimentos é uma possibilidade jurídica inegável, de forma que o empresário pode ser titular de mais de um estabelecimento, constituindo-se a venda de um deles num negócio independente de trespasse. De outro, porque, ainda que o empresário venda todas as suas unidades empresariais, afastando-se economicamente do mundo empresarial, ele

¹⁵⁶ Curso de Direito Comercial, pp. 264-265.

¹⁵⁷ Da Ação Revocatória, p. 94.

¹⁵⁸ Instituições de Direito Comercial, p. 462.

não sairá do cenário jurídico, continuando a subsistir como empresário regular enquanto não houver o encerramento de seu registro na Junta Comercial.

Tais razões nos levam a reafirmar supramencionada a lição de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, de forma que a alienação de estabelecimento existe sempre que haja a transferência de titularidade de uma universalidade de bens em si suficientes para a prática da empresariedade, ainda que alguns elementos integrantes do estabelecimento do alienante sejam excluídos do âmbito do trespasse.

Desdobramento lógico desta conclusão é a opinião de Ripert¹⁵⁹, para quem ocorre transferência do estabelecimento sempre que haja transferência (evidentemente econômica, e não jurídica) da clientela. Não se trata de opinião diversa da encontrada por Jorge Manuel Coutinho de Abreu, já que o desenvolvimento da atividade empresarial somente se mostra possível se houver uma clientela que lhe dê suporte, a qual, assente-se, constitui-se no mais relevante elemento econômico levado em consideração no momento da fixação do preço do estabelecimento. Contudo, consideramos mais coerente a exposição do doutrinador português, por evitar os inconvenientes jurídicos da vinculação da clientela ao fundo de empresa, a qual, como vimos, não se mostra oportuna em vista do fato de a clientela não ser um bem de propriedade do empresário e suscetível de alienação. A transferência da clientela é fática, e não jurídica, de forma que o adquirente não pode opor nenhum alegado ao vendedor se a clientela deixar de afluir ao estabelecimento (excluída, é claro, a hipótese de concorrência desleal decorrente do restabelecimento do vendedor).

Por fim, oportuno é destacar que, no âmbito do direito francês, pode-se considerar como âmbito mínimo da transferência apenas o conjunto dos elementos incorpóreos, já que a lei admite a possibilidade de existência do privilégio (modalidade de garantia oferecida ao vendedor para protegê-lo quanto ao efetivo

¹⁵⁹ Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 332: *“Se plantea el problema de dilucidar si existe un elemento esencial del fondo cuya reserva o cesión tendría como efecto que se considerara que el fondo no ha sido cedido o que lo ha sido. Este problema ofrece un general interés para los acreedores del comerciante que tienen derechos particulares en caso de venta del fondo y cuyos derechos pueden verse comprometidos en virtud de la cesión por separado de los elementos componentes del fondo. este ha sido un arduo problema para la jurisprudencia, pues es, en realidad, imposible determinar, de manera abstracta y general, los elementos esenciales del fondo y todo depende del género de comercio. Si se define el derecho sobre el fondo como un derecho a la clientela, se encuentra fácilmente la solución a las dificultades, pues se trata simplemente de saber cuáles son los elementos determinantes para la conservación de la clientela.”*

recebimento do preço) somente sobre os elementos incorpóreos do fundo. Neste sentido são encontradas as opiniões de Escarra¹⁶⁰ e Cohen¹⁶¹.

Mas esta opção de centralizar o âmbito mínimo de transferência nos elementos incorpóreos revela-se enganosa, já que os franceses, como um todo, entendem que a clientela se constitui em elemento central de existência do fundo. Neste contexto, cumpre perceber que a manutenção da clientela depende da transferência de todos os elementos, também corpóreos, para que o adquirente possa continuar a desenvolver a atividade, sem solução de continuidade.

Assim, podemos concluir que o âmbito mínimo de transferência é constituído por todos os elementos, materiais ou imateriais, cuja reunião seja necessária para a continuidade do desenvolvimento da atividade empresarial, sempre recordando que, para que não venham a existir lides posteriores, convém que as partes discriminem, no instrumento contratual, quais são os elementos efetivamente englobados no trespasse, precaução que afasta a necessidade da análise (que, como vimos, não é pacífica), quanto aos elementos efetivamente transferidos.

Tais noções jurídicas, no entanto, são completamente desconhecidas por nossos tribunais superiores, tendo-se constituído uma inadequada corrente jurisprudencial que entende ter ocorrido alienação do estabelecimento empresarial, para fins de propositura da ação revocatória no processo falimentar, em qualquer hipótese de alienação de bem integrante do fundo, confundindo, assim, a parte com o todo. Neste sentido vale referência aos seguintes arestos:

“COMERCIAL. FALÊNCIA. AÇÃO REVOCATÓRIA.

1. Representando o direito ao uso e gozo de linhas telefônicas valor integrante do patrimônio comercial da falida e componente do seu estabelecimento, são ineficazes, em relação à massa, os atos de alienação praticados durante o chamado período suspeito, independentemente de prova da intenção de fraude (art. 52, VIII, Decreto-lei 7.661/45).
2. Recurso especial conhecido e provido.”¹⁶²

¹⁶⁰ Cours de Droit Commercial, p. 178: “Normalement la vente d'un fonds de commerce a pour objet essentiel ses éléments incorporels: enseigne, nom commercial, clientèle et achalandage, droit au bail. A défaut de spécification précise dans de contrat, ces quatre éléments incorporels constituent automatiquement l'objet de la vente.”

¹⁶¹ Traité Théorique et Pratique des Fonds de Commerce, p. 38: “Si l'on de réfère à la loi de 1909 on constate que ce sont les éléments incorporels qui ont été considérés par le législateur comme prépondérants dans la composition d'un fonds de commerce, les éléments corporels ayant été régegués au rang de accessoires. c'est ainsi qu'à défaut de désignation précise dans l'acte constitutif, le privilège du vendeur, comme aussi celui du créancier nati, ne portent que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.”

¹⁶² STJ, RESP 1896/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Bueno de Souza, j. 18/12/91.

“PATRIMÔNIO – AÇÃO REVOCATÓRIA.

A alienação de bem integrante do patrimônio mercantil da falida, no período suspeito, é ineficaz em relação à massa (art. 52, VIII), independentemente de prova da intenção de fraude. Recurso não conhecido.”¹⁶³

Duplo é o motivo pelo qual estas decisões são merecedoras de crítica. De um lado, afirma-se impropriamente que a ação revocatória intentada com base no art. 52, VIII, do Decreto-lei 7.661/45 está temporalmente limitada aos atos de transferência praticados durante o termo legal. Consoante análise efetivada anteriormente, temos que não há subsídios legais para tal conclusão. E de outro lado, no ponto que nos interessa mais proximamente, percebe-se que o julgador considerou existir alienação do fundo onde ocorreu a simples venda de um de seus elementos integrantes.

Evidente é a necessidade de se combater esta forma de leitura da matéria, sob pena de se elevar ao impensável os já exagerados efeitos jurídicos da possibilidade de declaração de ineficácia da venda de estabelecimento. Claro está que a venda do fundo só existe quando estiver abrangido um âmbito mínimo de transferência, nos moldes acima verificados, sendo que a alienação de bem integrante do fundo deve ser juridicamente tratada de forma individual, impondo-se o regime jurídico relativo ao bem sobre a transferência. Acreditar na validade dos pressupostos da linha jurisprudencial em análise significaria, por exemplo, que as formalidades de publicidade e registro da venda do estabelecimento sejam exigíveis para a venda de qualquer de seus bens, para não cogitar de outros efeitos ainda mais absurdos.

Por derradeiro, importa notar que o âmbito mínimo de transferência para a configuração de uma operação de trespasse é um conceito material, e não formal. Os empresários envolvidos não poderiam pretender a desqualificação jurídica da operação mediante o desdobramento contratual, ajustando várias operações seqüenciais de compra e venda, envolvendo cada qual apenas alguns dos elementos integrantes do fundo. Ainda que vários sejam os contratos, e qualquer que seja a designação aos mesmos conferida, haverá o trespasse sempre que for materialmente atingido o âmbito mínimo de transferência, quando deverão incidir os efeitos juridicamente previstos para a compra e venda de estabelecimento.

¹⁶³ STJ, RESP 56985/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, j. 04/04/85.

3.7. Sucessão nos contratos de finalidade empresarial

Conforme tivemos a oportunidade de analisar em seção precedente, anteriormente à edição do novo Código Civil, havia a necessidade de formalização da sucessão nos contratos de natureza empresarial, o que poderia gerar dificuldades aos empresários envolvidos quando um terceiro contratante se opusesse, ainda que sob o genérico manto do princípio da liberdade contratual, à assinatura de um novo pacto, como formalização da sucessão entre os empresários trespassantes. Tal oposição, em alguns casos, poderia mesmo inviabilizar a realização do negócio, sem que as partes envolvidas pudessem impor ao contratante a alteração de pólo na pactuação.

Mas, no contexto do novo Código Civil, não fica sujeita ao arbítrio dos terceiros contratantes a formalização ou não de novo instrumento contratual, impondo-se, com algumas restrições, a sucessão, como forma de manutenção da unidade econômica do estabelecimento. Neste sentido, foi editada a norma presente no art. 1.148 do novo Código Civil, aqui transcrita:

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

Procurou o legislador, mediante a normatização em análise, proteger o terceiro contratante (que não pode sofrer a imposição de prejuízos decorrentes da sucessão contratual), o alienante (que, pela possibilidade de sucessão, preserva a unicidade econômica de seu estabelecimento) e do adquirente (que não fica sujeito à vontade imotivada dos terceiros contratantes para manter os contratos que apresentam utilidade para o desenvolvimento da atividade empresarial).

Ocorre a sub-rogação nos contratos de finalidade empresarial, independentemente de qualquer formalidade, como decorrência da operação de trespasse. Somente ficam afastados desta determinação, em regra geral, os contratos de natureza pessoal. Nos contratos que não se mostram pessoais (os

quais são a regra no mundo empresarial) existe uma restrição ao princípio da liberdade de contratar em defesa da manutenção da unidade econômica do fundo. E a sucessão será efetivada por força de lei, a não ser que, no prazo de 90 dias, seja levantada justa causa por terceiro contratante. Se a justa causa foi argüida, o contrato será rescindido, e o alienante responderá frente ao comprador do fundo relativamente à diminuição de valor decorrente da perda de funcionalidade derivada da rescisão do contrato.

Evidente é que a justa causa não pode estar ancorada simplesmente no princípio da liberdade contratual, já que o mesmo é aqui excepcionado. Em realidade, deve o terceiro contratante demonstrar que, com a sub-rogação, haverá um desequilíbrio contratual, com a imposição de prejuízos de ordem financeira ao mesmo. Tal é a natureza da justa causa a ser invocada.

Ademais, este direito de recesso não pode ser exercitado quando o terceiro contratante consentiu expressa ou tacitamente com a manutenção do contrato após o trespasse, o que ocorre se o mesmo continua a cumprir a suas obrigações contratuais após o efetivo conhecimento quanto à alienação do fundo. Segundo Giuseppe Ferri, *“naturalmente o direito de recesso não pode ser exercitado quando o terceiro contratante havia expressa ou tacitamente consentido com a substituição”*¹⁶⁴. Possibilitar-se a rescisão mesmo após a evidenciação da continuidade da relação contratual seria um afronta ao princípio da boa fé objetiva nas relações negociais.

Vale destacar que a regra somente se aplica aos contratos bilaterais em que nenhuma das partes cumpriu plenamente suas obrigações. Se se cuida, ao revés, de hipótese em que um dos contratantes já exauriu por completo seus deveres contratuais, não se está diante de uma cessão de contrato, mas sim de uma cessão de direito ou de obrigação. Neste sentido, ainda que analisando o paralelo desta norma presente no Código Civil italiano de 1942 (que traz regulação assemelhada em seu art. 2.558), vale o suporte na orientação de Oscar Barreto Filho, para quem *“refere-se o art. 2.558 aos contratos bilaterais m curso, ainda não executados por nenhuma das partes; se o contrato foi cumprido por uma das partes, a obrigação*

¹⁶⁴ Manuale di Diritto Commerciale, p. 202. Tradução nossa do seguinte original em italiano: *“naturalmente il diritto di recesso nun può essere esercitato quando il terzo contraente abbia espressamente o tacitamente consentito alla sostituzione”*.

*passa a ser unilateral e somente se pode transmitir a posição de credor ou de devedor.*¹⁶⁵

A norma excepciona de seu campo de aplicação os contratos de natureza pessoal. Pode-se definir contrato pessoal como sendo aquele em que não se mostra possível o cumprimento da obrigação ajustada por terceiro que não o contratante, já que a pactuação somente foi realizada em razão de uma qualidade pessoal específica por parte de um dos contratantes. O exemplo clássico é o contrato pelo qual se ajusta a encomenda de uma obra de arte, em que, à obviedade, não pode haver substituição do artista sem prejuízo aos interesses do contratante. Tais noções se mostram consonantes com os ensinamentos de Orlando Gomes:

*“Um contrato é ‘intuitu personae’ quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é, para o outro, elemento determinante para a sua conclusão. A uma das partes convém contratar somente com determinada pessoa, porque seu interesse é que as obrigações contratuais sejam cumpridas por essa pessoa. Por isso, a pessoa do contratante passa a ser elemento causal do contrato.”*¹⁶⁶

Tais premissas nos permitem concluir, inicialmente, que a exceção não é facilmente encontrada nos contratos de caráter empresarial, em que a impessoalidade é a tônica, mormente na hipótese em que os contratantes são pessoas jurídicas.

Contudo, a questão merece ainda outra forma de análise. Ocorre que a pessoalidade, usualmente, caracteriza as obrigações assumidas por uma das partes contratantes, e não por ambas. Assim ocorre no clássico exemplo do contrato de encomenda de uma obra de arte, em que, ainda que seja evidente a pessoalidade da obrigação de esculpir ou pintar, é absolutamente impessoal a obrigação da outra parte contratante, que se constitui simplesmente em pagar o preço no prazo e condições estipulados.

Se o contrato se mostra pessoal no tocante ao cumprimento da obrigação do empresário, é evidente que a sucessão automática, como decorrência da alienação do fundo, geraria claros prejuízos ao terceiro contratante, que veria alteradas as condições particulares que o levaram a contratar com o empresário trespassante.

¹⁶⁵ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 225.

¹⁶⁶ Contratos, p. 82.

Mas, de outro lado, se não é o trespassante quem tem a obrigação pessoal, não há motivos para não ocorrer a sucessão automática no contrato. Basta imaginar a hipótese em que um empresário contrata a cessão de direitos de imagem de um famoso artista, que assume a obrigação de, no período de um ano, atuar em dez anúncios publicitários. Sendo a obrigação do empresário o simples pagamento, e sendo o contrato de evidente interesse empresarial, não vemos motivos pelos quais a exceção da pessoalidade poderia ser invocada, como forma de evitar a sucessão de partes no contrato. Nestes casos, estando a pessoalidade fora do âmbito de obrigações assumidas pelo empresário, e estando preservada a vinculação do ajuste com o desenvolvimento da atividade a que se volta o estabelecimento, deve incidir a regra genérica, pela qual a sucessão somente pode ser evitada se oportunamente for levantada hipótese de justa causa pelo terceiro contratante.

Abstraídas estas questões incidentais, percebe-se que a disposição constante do art. 1.148 do novo Código Civil é das poucas, nesta matéria, a merecer elogios, visto que o sentido econômico da disposição legal é o de conceder segurança negocial às partes, ao contrário do que acontece com outras normas constantes do capítulo relativo ao estabelecimento empresarial no novo *codex*.

De fato, no regime anterior era conhecido o fato de os contratos de finalidade empresarial serem parte integrante do estabelecimento. Contudo, à ausência de regras específicas, cobrava-se das partes envolvidas no trespasse diligências junto aos terceiros contratantes para que houvesse sucessão formal nos contratos. Assim, embora os contratos devessem ser mantidos para que se conservasse plenamente a utilidade funcional do estabelecimento, as partes ficavam por vezes sujeitas aos caprichos dos terceiros contratantes, que poderiam exigir vantagens indevidas para manifestar formalmente seu consentimento nos novos instrumentos contratuais que precisam ser formalizados para possibilitar a sucessão de partes.

Com a nova sistemática normativa, nos contratos empresariais em geral existe a sucessão de partes por força de lei, afastando a possibilidade de oposições desmotivadas por parte dos terceiros contratantes. Mas a regra, é claro, não é perfeita em sua redação, havendo algumas razões que obstam o pleno cumprimento de sua justificativa econômica. A esta análise crítica mais acurada está reservada a seção 5.4 do presente trabalho.

Ademais, a regra em análise encerra uma dúvida de há muito existente em nosso Direito, relativa à possibilidade de o adquirente do estabelecimento poder invocar em seu favor os requisitos para a propositura de ação renovatória de aluguel, tendo sido estes de fato atingidos pelo alienante, anteriormente ao trespasse do estabelecimento.

No regime anterior, poderia ser cogitada a existência de um novo contrato de locação, em que o direito à ação renovatória de aluguel somente surgiria após o período de cinco anos, desde que os contratos renovados neste período fossem todos escritos e com prazo determinado, e que, nos últimos três anos, houvesse o desenvolvimento de uma mesma atividade empresarial. Ou seja: durante o período de cinco anos, não poderia o adquirente fazer uso da ação renovatória de aluguel.

Já no âmbito de aplicação do art. 1.148 do novo Código Civil, tal possibilidade de alegação se esvai, já que é o mesmo contrato que se mantém, com simples sucessão de locatários, sem que se afastem as condições objetivas vinculadas ao mesmo. Assim, se o alienante do estabelecimento já havia reunido os requisitos objetivos para a propositura da ação renovatória anteriormente ao trespasse, estes requisitos são também transferidos ao adquirente, que assim pode de imediato se utilizar da ação renovatória de aluguel.

Por derradeiro quanto a este aspecto, vale destacar que a matéria assume tamanha relevância jurídica que no âmbito do direito francês, que é o que mais profundamente estudou a matéria, considera-se como elemento integrante do fundo o direito ao aluguel (*droit au bail*), consistente exatamente nos elementos objetivos que possibilitam o manejo da ação renovatória

3.8. Sucessão nos débitos materialmente vinculados ao fundo

Até o advento do novo Código Civil, ficou ao encargo da doutrina e da jurisprudência a definição quanto à transferência de obrigações em decorrência da operação de trespasse. À ausência de lei específica, criaram-se teses contrapostas, tendo predominado ao longo do desenvolvimento dos estudos aquela que inadmita a

transferência de débitos materialmente vinculados ao fundo¹⁶⁷, à exceção daqueles em que tal efeito é legalmente determinado (obrigações trabalhistas e tributárias, estas com restrições).

A tese hoje minoritária apoiou-se principalmente em dois fundamentos. De um lado, afirmava-se que, na hipótese de o empresário ser titular de um único estabelecimento, este representaria o próprio patrimônio do mesmo, abrangendo também os débitos, que seriam transferidos em conjunto quando de eventual transferência do fundo empresarial. Esta é a opinião de Octavio Mendes:

“ (...) deverá ser regulado o caso do negociante que, possuidor de um só estabelecimento, transferi-lo a terceiro, sem pagar ao ato a todos os credores, e declarando que a transferência é feita sem responsabilidade do adquirente pelo passivo.

Nesse caso, o adquirente será responsável perante os credores do estabelecimento, ainda que o instrumento da cessão declare o contrário, porque o fundo cedido é todo o patrimônio do cedente.

Pode-se discutir se o fundo de comércio constituirá nesse caso uma ‘universitas juris’ ou uma ‘universitas facti’, mas o que é incontestável é que, não possuindo o cedente outros bens, o fundo de comércio representará todo o seu patrimônio, e que este compreende não só os direitos como também as obrigações do respectivo sujeito, conforme a lição que já transcrevemos de Fadda e Bensa.”¹⁶⁸

Mostra-se relevante destacar que, para a hipótese de o empresário ser titular de mais de um estabelecimento, a venda de um deles acarreta solução diversa para Octávio Mendes, que, para este caso, defende a não transferência de obrigações como consequência da alienação¹⁶⁹. Porquanto se mostre sempre respeitável a opinião deste grande comercialista, já foi superada doutrinariamente a possibilidade de identificação entre as noções de patrimônio e de fundo de empresa, que têm natureza diversas, conforme já verificamos com maior atenção na seção 1.3 deste trabalho.

¹⁶⁷ A maior aproximação possível entre um estabelecimento e um débito é a material, com o débito decorrendo da atividade desenvolvida no fundo. Não se pode cogitar de um débito juridicamente vinculado ao fundo, já que este, sendo objeto e não sujeito de direito, não pode ser titular de obrigações.

¹⁶⁸ Direito Commercial Terrestre, p. 337-338.

¹⁶⁹ “Se a sociedade, porém, possui mais de um estabelecimento comercial, poderá neste caso, transferir um deles a terceiro, sem responsabilidade do adquirente pela solução do passivo respectivo, o qual poderá ficar a cargo da sociedade cedente, se esta ficar com bens suficientes para garantir pagamento integral a todos os credores, porque, em tal caso, a pessoa jurídica continuará a subsistir, não importando a cessão de um dos fundos de comércio por ela explorados, a cessão de uma *universalidade de direitos*. Nessa hipótese poderá ter lugar a separação do ativo e passivo do estabelecimento cedido (...)” (Direito Commercial Terrestre, p. 337)

Como outro fundamento para a tese da transferência do passivo vinculado ao estabelecimento, afirmou-se a necessidade de adoção da teoria da aparência, pela qual os clientes e credores normalmente não sabem da ocorrência da alienação (e da eventual diminuição do ativo de garantia do devedor originário), notadamente no caso de manutenção do título de estabelecimento que já vinha sendo empregado pelo empresário alienante.

Embora não sejam raros os julgados, ainda hoje, que entendam que, em face de teoria da aparência, deve ocorrer a transferência ao adquirente do passivo relativo ao estabelecimento, a solução mais correta, a amplamente apoiada pela doutrina, parte da premissa de que o fundo de comércio não é sujeito de direitos e obrigações, mas sim um objeto de direito. Assim, não pode o fundo de comércio estar vinculado ao passivo empresarial, que é de responsabilidade do empresário, sujeito de direitos e obrigações.

Fica estabelecida desta forma a regra geral pela qual a transferência do estabelecimento não acarreta a sucessão de obrigações materialmente ligadas às atividades desenvolvidas naquele fundo de empresa. Neste sentido, vale apoio nos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho:

“No Brasil, como se considera que o passivo não integra o estabelecimento (Barreto Filho, 1969: 228/229), a regra é a de que o adquirente não se torna sucessor do alienante. Isto é, os credores de um certo empresário não podem, em princípio, pretender o recebimento de seus créditos de outro empresário, em razão de este haver adquirido o estabelecimento do primeiro. Não existe regra e sub-rogação em decorrência do trespasse.”¹⁷⁰

Também oportuna é a transcrição do escólio de Waldemar Ferreira:

“Partindo do conceito de não ser o fundo de comércio, como a herança, universalidade de direito, mas de fato, complexo de objetos corpóreos e incorpóreos, unidos pelo emprego comum a que se destinam e suscetíveis de separarem-se, LYON CAEN & RENAULT concluíram que a cedência pode compreender os créditos e as dívidas oriundas da exploração do fundo de comércio, anteriores à venda, em benefício e a cargo do vendedor. Mas, quanto às dívidas, o contrato não teria efeito senão entre vendedor e comprador. Não contra os credores: estes não poderiam ser constrangidos a mudar de devedor. Assim doutrinaram os comercialistas exímios; e bem.”¹⁷¹

E tais orientações apresentam sintonia com a clássica orientação de Cesare Vivante:

¹⁷⁰ Curso de Direito Comercial, vol. 1, p. 113.

“A doutrina anterior é decisiva para resolver a questão sobre se o comprador de uma casa de comércio responde pelas dívidas da mesma, ainda quando tenha convencionado com o proprietário adquirir só o ativo. Eu sustento que, em tal hipótese, os credores não podem fazer valer nenhum direito contra o comprador da casa de comércio, porque o contrato de compra e venda, que deveria constituir o título do direito daqueles, não fala a seu favor, excetuando o exercício da ação revocatória, nos casos em que proceda.”¹⁷²

A correção do posicionamento é inquestionável. Se a alienação do estabelecimento gerar a insolvência do devedor, ocorre simples alteração de estado patrimonial deste, sem sub-rogação de obrigações. A alienação do estabelecimento é a alienação de um bem, complexo como outros, economicamente relevante como outros. Sua alienação não se confunde com sub-rogação (inaceitável sem a aquiescência dos credores, de qualquer forma), nem a alteração da composição social no caso de o vendedor ser uma sociedade empresária (não se está vendendo participações societárias, mas sim um bem integrante do patrimônio do empresário). Portanto, não se mostra juridicamente defensável a transferência do passivo no ato do trespasse de estabelecimento empresarial.

Vale contudo referir que há doutrinadores de renome¹⁷³ que entendem pela aplicabilidade da norma presente no art. 343, segunda parte, do antigo Código Comercial¹⁷⁴ para justificar a transferência de débitos como decorrência da operação de trespasse, em época anterior à edição do novo Código Civil.

Referida norma efetivamente trata de uma possibilidade de sucessão de passivo, mas, ainda que também seja merecedora de críticas, não tem analogia com a hipótese de trespasse de fundo de empresa, já que trata de questão

¹⁷¹ Instituições de Direito Comercial, 2º volume, p. 460.

¹⁷² Tratado de Derecho Mercantil, p. 8. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: *“La doctrina anterior es decisiva para resolver la cuestión de si el comprador de una casa de comercio responde de las deudas de la misma, aun cuando haya convenido con el propietario adquirir sólo el activo. Yo sostengo que, en tal hipótesis, los acreedores no pueden hacer valer ningún derecho contra el comprador de la casa de comercio, porque el contrato de compraventa, que debiera constituir el título del derecho de aquéllos, no habla a su favor, exceptuando el ejercicio de la acción revocatoria, en los casos que proceda.”*

¹⁷³ Oscar Barreto Filho (Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 229) e Néelson Abrão (Da Ação Revocatória, p. 97).

¹⁷⁴ *“Se ao tempo de dissolver-se a sociedade, um sócio tomar sobre si receber os créditos e pagar as dívidas passivas, dando aos outros sócios ressalva contra toda a responsabilidade futura, esta ressalva não prejudica a terceiros, se estes nisso não convierem expressamente; salvo se fizerem com aquele alguma novação de contrato (art. 438). Todavia, se o sócio que passou a ressalva continuar no giro da negociação que fazia objeto da sociedade extinta, debaixo da mesma ou de nova firma, os sócios que saírem da sociedade ficarão desonerados inteiramente, se o credor celebrar,*

absolutamente diversa, consistente em forma especial de liquidação de obrigações após a dissolução de sociedade comercial. Nesta hipótese, prevê a legislação comercial que a continuidade das operações entre credores anteriores à dissolução e o sócio que continua a desenvolver a mesma atividade gera a sucessão de passivo, desonerando os antigos sócios das responsabilidades assumidas em nome da sociedade que se dissolve.

Por isso, entendemos que a norma constante da Segunda parte do art. 343 do antigo Código Comercial não poderia ser aplicada analogicamente à operação de trespasse, para possibilitar o reconhecimento da sucessão de passivo em época anterior à edição do novo Código Civil.

Exceções já existiam, antes da edição do novo Código Civil. Tratam-se de dois dispositivos, constantes da Consolidação das Leis do Trabalho e do Código Tribunal Nacional, que, na defesa de seu objeto central de tutela, prevêm a responsabilidade do adquirente do estabelecimento por obrigações trabalhistas e tributárias. Em ambos os casos, pautou-se o legislador numa aproximação à figura da empresa, como forma de proteção à despatrimonialização do devedor, a qual poderia ser incentivada para que se evitasse o cumprimento das responsabilidades específicas.

No campo do direito do trabalho, encontramos no art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho a seguinte norma: *“a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”* Esta norma tem vasta aplicabilidade, já que por mudança na estrutura jurídica da empresa pode-se compreender uma grande diversidade de situações jurídicas, que abrangem operações de concentração empresarial, alteração de composição social ou mesmo a venda do estabelecimento empresarial, principalmente a se considerar todos os perfis da empresa apontados por Asquini. De qualquer forma, desta norma surgiu a conclusão uníssona, por parte da doutrina, no sentido de que a alienação do estabelecimento empresarial acarreta a transferência de responsabilidade pelo pagamento das obrigações trabalhistas materialmente vinculadas ao fundo de empresa. Neste sentido, vale apoio na lição de Paula Castello Miguel:

com o sócio que continua a negociar debaixo da mesma ou de nova firma, transações subseqüentes, indicativas de que confia no seu crédito.”

“Tem-se, então, um dispositivo do direito do trabalho, que com objetivo de garantir a manutenção do emprego, acaba por interferir na manutenção do estabelecimento empresarial. Como já foi dito, em decorrência da natureza jurídica do estabelecimento, os contratos não fazem parte de sua composição. Os contratos de trabalho, porém, por expressa disposição legal, são exceção a esta regra.”¹⁷⁵

A única limitação quanto à aplicação desta norma é a cisão, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, quanto à sucessão de responsabilidade no caso dos contratos de trabalho que se encerraram antes do trespasse. De fato, encontram-se doutrinadores, como Alexandre Aguiar de Brito, que afirmam que a sucessão não se opera com relação aos contratos já encerrados, visto que o art. 448 presume que os contratos de trabalho estejam em vigor. Segundo o referido doutrinador, *“os contratos de trabalho terminados, antes do trespasse, não subsumem-se ao preceito, pois, alterações posteriores às suas terminações não os prejudicam”¹⁷⁶*. Sua orientação, entretanto, diverge tanto da aplicação da norma presente no art. 10 da CLT, quanto da finalidade da norma, que é a máxima tutela dos créditos trabalhistas, independentemente da estrutura jurídica do empregador. De qualquer forma, esta discussão, conforme veremos, fica superada pela edição do art. 1.146 do novo Código Civil.

Já no campo do direito tributário foi redigida norma mais específica, constante do art. 133 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir 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:

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

II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo do comércio, indústria ou profissão.”

Da leitura da norma destaca-se a falta de precisão terminológica, levando à exagerada redundância constante na referência a “fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional”, na qual chega-se mesmo a criar uma nova categoria até então desconhecida, qual seja o nominado

¹⁷⁵ O Estabelecimento Comercial, p. 43.

¹⁷⁶ A Questão da Responsabilidade, por Sucessão “Inter Vivos”, no Contrato de Trespasse, p. 134.

estabelecimento profissional. Compreende-se tal cuidado, para que nada escape à claríssima intenção do fisco, que pretende efetivar sua gana arrecadatória mesmo que tropece no direito (ou, em alguns casos, no bom senso), para tanto.

Vale ainda ressaltar, quanto à aplicação do art. 133 do Código Tributário Nacional, que existe cisão doutrinária e jurisprudencial quanto ao alcance do dispositivo, especificamente no tocante à responsabilidade do adquirente pelo Imposto de Renda devido pelo alienante. Partindo de um critério equivocados, criou-se o entendimento de que a responsabilidade pelo Imposto de Renda existe quando se verificar que houve a aquisição não só do estabelecimento, mas da empresa em si, olvidando-se que a empresa não pode ser objeto de alienação, já que a transferência da totalidade da estrutura societária significa a alienação de todas as participações sociais, de forma que o devedor principal (a pessoa jurídica da sociedade) não sofre qualquer alteração. Neste sentido vem a opinião de Marco Aurélio Greco¹⁷⁷. Atualizando as noções, pode-se afirmar que o Imposto de Renda também será de responsabilidade do adquirente na hipótese em que o estabelecimento alienado era o único titularizado pelo alienante.

Não há justificativa sustentável, dentro da teoria geral do estabelecimento empresarial, para ambas as opções normativas. Aliás, nos dois os casos nega-se relativamente a própria natureza jurídica do estabelecimento, nos moldes já descritos e largamente aceitos pela doutrina. Afinal, uma universalidade de fato, como já explicado no estudo dos elementos do fundo de empresa, não pode ser integrada por dívidas. Surge a inevitável contradição: se a natureza jurídica é perceptível pela forma como determinado instituto é regulado em cada sistema normativo, não podem os comandos legais ser contrários à natureza jurídica, sob pena de reconhecimento de invalidade desta. Se a própria lei afirma a possibilidade de transferência de obrigações no contexto do estabelecimento, perde sustentação a afirmação de que o estabelecimento seja uma universalidade de fato. Mas, no específico caso em exame, as normas supra transcritas devem ser compreendidas sob o viés da necessidade de proteção de bens jurídicos específicos, notadamente na hipótese da defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores, mesmo que isso importe alguma incoerência doutrinária. Afinal, o mundo dos conceitos não pode

¹⁷⁷ Imposto Sobre a Renda – Responsabilidade do Sucessor na Aquisição do Estabelecimento – O art. 133 do CTN, p. 78 e seguintes.

abstrair a necessidade de sua relativização para a defesa de bens jurídicos mais relevantes. Daí a conclusão, um tanto lacônica, de Délio Maranhão, ao analisar as conseqüências jurídicas do art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho: *“Porque o novo empregador responde pelos contratos de trabalho concluídos pelo antigo, no caso de transferência do estabelecimento? Porque a lei assim o determina.”*¹⁷⁸

Este era o quadro jurídico relativo à sucessão de obrigações como conseqüência da alienação do estabelecimento comercial até a edição do novo Código Civil, que, em seu art. 1.146, prevê a responsabilidade do adquirente por todas as obrigações ligadas ao estabelecimento, desde que contabilizadas, estabelecendo, ainda, uma solidariedade do alienante com limitação temporal. Vale atenção ao comando normativo:

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

Pela redação da norma, ficam superadas todas as conclusões construídas pela doutrina com base na teoria geral do estabelecimento empresarial. Partindo da premissa da máxima tutela aos interesses dos credores, o legislador criou norma merecedora de incansáveis críticas, pela qual o adquirente do fundo assume a responsabilidade pelo pagamento do passivo vinculado ao fundo, construindo, como única limitação à aplicação da regra, a exigência de que os débitos impostos ao adquirente estejam regularmente contabilizados. Limitação que, como veremos no momento oportuno, não se constitui em inquestionável fonte de segurança ao adquirente.

Ainda, prevê a norma que o vendedor continua solidariamente obrigado pelo pagamento do débito por um determinado período de tempo. Quanto a este aspecto, não se nota a existência de qualquer restrição indevida aos direitos tanto do alienante (que naturalmente deve responder pelos débitos pelo mesmo assumidos) quanto dos terceiros credores (que preservam o direito de cobrança contra o devedor originário).

¹⁷⁸ Instituições de Direito do Trabalho, p. 228.

O ponto em que a nova regra mostra-se absolutamente criticável é o relativo à imposição da responsabilidade ao adquirente pelo pagamento de débitos que não foram pelo mesmo assumidos, solidariamente pelo prazo de um ano (contado do trespasse, quanto aos débitos vencidos, ou do vencimento, quanto aos vincendos) e individualmente após este prazo.

No campo da teoria geral do estabelecimento, não há como justificar esta regra. Criou-se uma indevida vinculação entre um bem integrante do patrimônio do empresário e a subjetiva responsabilidade pelo pagamento de débitos. Confundiram-se os conceitos de sujeito e objeto de direito, de estabelecimento e patrimônio do empresário, numa regra que, de tão desvinculada dos princípios aplicáveis à matéria, não encontra nenhuma espécie de justificativa jurídica, ainda que a mesma fosse criticável. O defeito de técnica está tão evidente que a própria crítica fica prejudicada.

Provavelmente, e aqui não podemos ir além da suposição, operou-se uma indevida aproximação entre os conceitos de patrimônio e estabelecimento, de todo imprópria mesmo nos casos em que o estabelecimento alienado era o único de titularidade do empresário. De qualquer forma, como já vimos de maneira exaustiva, o estabelecimento se constitui em um elemento integrante do patrimônio do empresário, não se confundindo com a totalidade. Assim, o estabelecimento não abrange débitos e créditos, a totalidade do ativo e do passivo, mas simplesmente, como determina a lei, um conjunto de bens.

Talvez, de outro lado, tenha o legislador cogitado que a alienação do estabelecimento acarreta o encerramento da existência regular do empresário alienante, imaginando que os credores devem ser protegidos nesta forma indevida de liquidação. Tal provável premissa, de um lado, desconsidera a hipótese de alienação de apenas um dos diversos estabelecimentos titularizados pelo alienante. E, de outro, contraria a regra segundo a qual o encerramento da atividade não acarreta a extinção do empresário, que continua a existir regularmente enquanto estiver inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

De qualquer forma, não há como saber com certeza qual o caminho lógico trilhado pelo legislador no campo jurídico. A única justificativa claramente perceptível na redação da norma reside no campo econômico.

Clara está a intenção do legislador em proteger o credor em face da diminuição do lastro patrimonial do alienante após a efetivação do trespasse. Mas a regra criada a partir de tal premissa gera, em realidade, efeitos econômicos negativos, talvez nem mesmo cogitados pelo legislador.

Isto porque, conforme será melhor evidenciado no último capítulo deste trabalho, a função do direito no campo da empresariedade não se resume à tutela do crédito. Para que um sistema econômico prospere, há a necessidade de também criar regras que estimulem a iniciativa do empreendedor em criar uma nova atividade, caminho pelo qual há geração de novos empregos, recolhimento de mais tributos e maior movimentação financeira no mercado. Deve-se buscar uma tutela equilibrada, que, de um lado, proteja o quanto possível os direitos do credor, possibilitando-se a concessão de créditos em melhores condições e menores custos. Mas, de outro lado, esta proteção não pode ser tão extremada a ponto de inviabilizar materialmente a realização de um negócio jurídico que, ao contrário, deveria ser largamente incentivado como mecanismo de materialização do princípio da preservação da empresa.

A regra, como colocada, torna o negócio de aquisição do estabelecimento tão oneroso que os empresários naturalmente evitarão esta forma contratual. Daí decorrem tanto um ataque à preservação da empresa (já que o vendedor, sem encontrar comprador para seu estabelecimento, deverá liquidá-lo) quanto um claro incentivo ao cometimento de fraudes (mediante negócios que, por vias diversas e obscuras, intentem o mesmo resultado de uma operação de trespasse).

Mesmo no campo econômico, portanto, a tutela mostra-se indevida. Seja pelo desequilíbrio acima indicado, seja porque os credores já detinham instrumentos processuais para a defesa de seus interesses. Podiam os credores prejudicados buscar o reconhecimento de fraude à execução (quando já existia, ao tempo da alienação, demanda contra o alienante que, pela mesma, ficou reduzido ao estado de insolvência), ou o manejo da ação revocatória em processo falimentar (sendo que esta forma processual de proteção aos interesses dos credores já se mostrava em si, anteriormente à edição do novo Código Civil, em regra de tutela exagerada, como veremos ainda neste capítulo).

Veja-se que, ainda que as partes contratantes tenham pactuado que a sucessão do passivo não ocorrerá, tal disposição contratual, por restringir direitos de

terceiros, não terá validade para os credores, que evidentemente não consentiram com tal determinação. Ainda que haja tal cláusula restritiva, os credores poderão executar o adquirente do fundo, e também o alienante pelo período de solidariedade legalmente fixado.

No caso de existência de tal cláusula, nada resta ao adquirente além de, após a satisfação dos interesses dos credores, buscar em regresso a efetividade da cláusula contratual em face do alienante do fundo de empresa¹⁷⁹.

Por derradeiro, vale destacar que, anteriormente à edição do novo Código Civil, era comum a existência de cláusula, no contrato de trespasse, pela qual o adquirente do estabelecimento assume o passivo ao mesmo vinculado. Neste sentido vale menção ao escólio de Fábio Ulhoa Coelho:

“É comum – e atende, em geral, à conveniência dos empresários contratantes – a inserção de cláusula, no trespasse, que transfere ao adquirente a responsabilidade pela solução das dívidas pendentes do alienante, ligadas ao estabelecimento transacionado. Normalmente, em anexo ao instrumento contratual, relacionam-se os débitos e identificam-se os credores e valores correspondentes, para maior segurança quanto à extensão da obrigação assumida pelo comprador do estabelecimento. É a cessão por dívidas, que embora não disciplinada especificamente no direito positivo brasileiro, tem sido considerada válida. Esta, assim, a primeira hipótese em que se opera, no direito brasileiro, a sucessão empresarial: a previsão de cláusula, no contrato de trespasse, em que o adquirente assume a responsabilidade por obrigações do alienante. Trata-se, por assim dizer, de sucessão contratada.”¹⁸⁰

A eficácia de tal cláusula, à evidência, estava restrita às partes que a pactuavam, não podendo significar uma imposta sub-rogação aos credores, que não participaram do contrato nem anuíram com a transferência de responsabilidades. Por isso, o devedor originário continuava obrigado ao pagamento das obrigações frente aos credores, garantindo para si o direito de regresso contra o adquirente do fundo de empresa por força da cláusula contratual entre os mesmos ajustada.

¹⁷⁹ “Podem as partes do contrato de alienação do estabelecimento estipular que o alienante ressarcirá o adquirente, por uma ou mais obrigações, principalmente as que se encontram sub judice. Entre eles, prevalecerá, ainda que numa etapa regressiva, exatamente o que contrataram. A cláusula de não-transferência do passivo, por certo, não libera o adquirente, que poderá ser demandado pelo credor, cabendo-lhe, então, o direito de regresso contra o alienante. O credor do alienante somente perde o direito de cobrar o crédito do adquirente do estabelecimento se expressamente renunciou ao direito quando anuiu com o contrato. Mas, uma vez pagando a terceiro por obrigação que, pelo contrato firmado com o alienante, não lhe cabia suportar, o adquirente tem o direito de se ressarcir com base na cláusula de não-transferência de passivo.” (COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial, pp. 61-62)

¹⁸⁰ Curso de Direito Comercial, vol. 1, p. 114.

O que a lei propõe, com a edição do supratranscrito art. 1.146, é uma nova realidade, que vai muito além dos efeitos da cláusula de assunção de responsabilidade freqüentemente encontradas nos contratos de trespasse de estabelecimento. Ao revés, a lei impõe a sub-rogação, prevendo ainda a solidariedade do devedor originário, com limitação temporal, criando uma regra jurídica sem precedentes, tanto no direito nacional quanto no estrangeiro.

3.9. Cessão de créditos

Com a edição da regra segundo a qual o adquirente responde pelo passivo vinculado ao fundo, houve a imposição lógica de criação de outro dispositivo, agora para prever a existência de uma cessão, em favor do adquirente, dos créditos materialmente vinculados ao fundo.

Desta forma, a regra presente no art. 1.149 do novo Código Civil prevê como efeito da transferência do estabelecimento a cessão dos créditos ao mesmo vinculados, ao determinar que *“a cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se pagar de boa-fé ao cedente”*.

Pelas mesmas razões que nos levaram à crítica à norma que estabelece a sucessão do passivo, cremos ser imprópria tal disposição legal. Afinal, em resumo, o fundo de empresa é um objeto de direito, não se confundindo com a pessoa do credor, que não se altera pela venda de um bem integrante de seu patrimônio. Ademais, o estabelecimento (ainda que seja único) é apenas um elemento integrante do patrimônio do empresário, não se confundindo com o mesmo.

Mais uma vez (embora com efeitos não tão danosos) o legislador conduziu o estabelecimento a uma “quase persofinicação”, inexistindo respaldo na teoria geral do estabelecimento para que se alcance tal resultado. É evidente que o sujeito credor deveria continuar titular de seus créditos, por não ser alterada a relação pessoal inerente a estes. Permanece, portanto, e pelas mesmas razões apontadas na seção precedente, a crítica da inserção dos débitos e créditos como elementos

integrantes do estabelecimento empresarial¹⁸¹. Neste sentido vale o reforço da sólida orientação de Paula Castello Miguel:

“Os direitos, assim como as obrigações, porém, não pertencem ao conjunto de bens que forma o estabelecimento empresarial, mas ao seu titular. Apenas o sujeito de direito é capaz de ser titular de direitos. Um objeto de direito, um conjunto de bens, como o estabelecimento empresarial, não possui personalidade jurídica para ser titular de direitos e obrigações. (...) Os direitos e obrigações permanecem ligados ao titular do estabelecimento empresarial.”¹⁸²

A cessão de créditos, nos termos agora constantes de nossa legislação, decorre da publicação da operação de trespasse. Contudo, o devedor de boa-fé que pagar ao antigo credor ficará exonerado da obrigação.

Tal razão nos leva a apontar como precaução em defesa dos interesses do comprador (já que os créditos transferidos evidentemente integram de alguma forma o preço ajustado pelas partes), a notificação dos credores, nos termos do art. 290 do novo Código Civil¹⁸³, como maneira de se afastar a possibilidade de exoneração da obrigação frente ao adquirente do fundo em razão da realização de pagamento de boa-fé ao antigo credor.

Quanto à necessidade de notificação dos credores, contudo, Carvalho de Mendonça expressa opinião diversa, afirmando bastar para esta finalidade a publicação de anúncios genéricos, dispensando-se a notificação pessoal de cada devedor. Vale atenção às suas palavras:

“Quanto à cessão dos créditos, surge a dúvida seguinte: é necessária a notificação dos devedores (...)? Em rigor, assim deveria ser, mas a verdade é que a cessão de créditos ajusta-se cumulativamente e muitas vezes seria impossível a notificação pessoal de cada devedor. Bastarão os anúncios nos jornais e as circulares dirigidas aos devedores.”¹⁸⁴

Todavia, ousamos reafirmar nosso anterior entendimento, no sentido de que, em defesa da boa-fé negocial, deve ser desonerado o devedor que de boa-fé pagar ao alienante do fundo (cedente do crédito) sem que tenha ocorrido sua notificação pessoal, nos termos do art. 290 do novo Código Civil.

¹⁸¹ Opinião divergente é manifestada por Dilson Dória, para quem os créditos, assim como os débitos, podem integrar o fundo de empresa (Curso de Direito Comercial, p. 119)

¹⁸² O estabelecimento Comercial, pp. 41-42.

¹⁸³ “Art. 290. A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.”

¹⁸⁴ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VI, 2ª parte, p. 156.

Por derradeiro quanto a este aspecto, mostra-se evidente que os créditos corporificados em títulos de crédito cobram atos complementares à sua transferência, que podem abranger desde a hipótese de simples tradição (no caso de título ao portador), a realização de endosso (para os títulos à ordem) ou mesmo a cessão civil de crédito (para os títulos não à ordem).

3.10. Possibilidade de declaração de ineficácia

Até o advento do novo Código Civil, havia pouco regramento acerca do negócio jurídico de transferência do estabelecimento empresarial. Em realidade, apenas no âmbito do direito falimentar encontrávamos alguma disciplina jurídica da matéria, através de dois artigos.

Pela norma presente no art. 2º, V, do Decreto-lei 7.661/45, presume-se insolvente, para fins de declaração de sua falência, o comerciante que transfere seu estabelecimento a terceiro sem o consentimento de todos os credores, a não ser que, após a alienação, permaneça com patrimônio suficiente ao pagamento de seu passivo.

Já pelo art. 52, VIII, fica estabelecida uma modalidade de ação revocatória por ineficácia, pela qual, independentemente da boa-fé das partes, o negócio de transferência do estabelecimento será declarado ineficaz frente à massa falida, a não ser que se demonstre que os credores, após notificação, não se manifestaram contrariamente ao negócio, que todos os credores àquele tempo existentes foram pagos, ou que havia patrimônio remanescente suficiente a este pagamento. Sendo esta a norma mais relevante até então existente, e constituindo-se em modelo normativo posteriormente adotado pelo novo Código Civil, vale transcrevê-la:

“Art. 52. Não produzem efeito relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não a intenção deste fraudar credores:

VIII – a venda, ou transferência, de estabelecimento comercial ou industrial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a este tempo existentes, não tendo restado ao falido bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, dentro de 30 (trinta) dias, nenhuma oposição fizerem os credores à venda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos.”

É destacável a rigidez de tal norma, por três aspectos principais: inicialmente, porque se mostra absolutamente irrelevante a comprovação de boa-fé das partes. Ainda que esteja evidenciada a ausência de intenção de fraude por parte do adquirente do fundo, este sofrerá os efeitos da declaração da ineficácia se não puder comprovar a ocorrência de uma das três excludentes legalmente previstas.

Em segundo lugar porque, para que se previna o adquirente no sentido da comprovação de qualquer das três excludentes (pagamento dos credores, ausência de oposição por parte deste após notificação ou existência de patrimônio remanescente suficiente), há a necessidade de o mesmo saber com precisão, ao tempo da transação, quem eram os credores do alienante, sendo que tal pesquisa mostra-se impossível na hipótese, por exemplo, de dívidas constantes de títulos ao portador e não escrituradas pelo alienante.

Finalmente, há a se considerar que, ao contrário de todas as outras hipóteses de ação revocatória por ineficácia (após a revogação do inciso VII pelo art. 167 da Lei 6.015/73), inexistente limite temporal de alcance da operação, de forma que operação realizada muitos anos antes da declaração de falência do vendedor pode ser atacada por ação revocatória. Quanto a este último aspecto, deve-se destacar que a norma presente no art. 56, §1º, da lei falimentar, prevê prazo prescricional para a propositura da ação, sem qualquer relação com os limites temporais de verificação dos atos jurídicos constantes de cada inciso do art. 52. Assim, os riscos persistem até que ocorra o efetivo pagamento de todos os credores do empresário alienante.

De qualquer forma, o que se constata é que a normatização em comento mostra-se extremamente rígida, principalmente a se considerar que o negócio de compra e venda do estabelecimento empresarial não apresenta maiores formalidades e se constitui (ou deveria se constituir) em prática empresarial cotidiana. Construiu-se, desta forma, norma que, ao invés de incentivar o desenvolvimento da atividade empresarial, parte de uma premissa de proteção máxima dos interesses dos credores para impor graves restrições à atividade empresarial, já que o empresariado, após o conhecimento da matéria, tende a afastar-se desta modalidade de operação, exatamente pelo alto grau de risco envolvido.

Solução mais justa seria a subsunção da hipótese da venda do estabelecimento comercial à norma genérica constante do art. 53 da lei de falências, pela qual, para além das hipóteses fechadas do artigo antecedente, a ação revocatória é viável sempre que se comprove o intento fraudulento de um negócio que gerou prejuízo aos credores. Ou seja, no campo da ação revocatória inexistente limitação de casos em que a mesma se mostre cabível. Qualquer negócio jurídico que gere prejuízo aos credores pode ser objeto desta modalidade de ação. O que ocorre é que a norma presente no art. 52 dispensa o autor da prova do *concilium fraudis* para as hipóteses nele evidenciadas, em que se pode presumir o intento fraudulento. Afinal, é pouco crível a existência de boa-fé numa operação, por exemplo, pela qual se constitua um direito real de garantia, às vésperas da declaração de falência, para um credor anterior, que não tinha tal privilégio.

Percebe-se que no art. 52 o legislador erigiu hipóteses em que se pode presumir a má-fé do negócio. A infelicidade foi ter incluído o trespasse do estabelecimento entre estas hipóteses. Mais coerente com os objetivos estatais de desenvolvimento da economia seria a simples revogação do inciso, abrangendo também o art. 53 a hipótese de venda do estabelecimento.

Não se pode abstrair que, às vésperas da declaração de sua falência, o empresário desonesto busque a transferência de seus bens a terceiros de sua confiança, para que os mesmos não sejam atingidos pelo ato de arrecadação. Contudo, pela relevância do negócio, a prova do intento de fraudar não se mostra inviável, já que esta transferência, quando realizada com fins escusos, normalmente envolve pessoa da esfera de confiança do falido, geralmente adotando-se uma fórmula pela qual a atividade empresarial continua a ser exercida no mesmo local, sob uma nova administração com a qual o falido guarda estreita relação, sendo que os trabalhadores usualmente conhecem esta situação fática. Ou seja: não é de extrema dificuldade a comprovação da má-fé, quando existente.

Adotando-se a premissa inversa, pela qual a lei presume a má-fé do adquirente, dois efeitos são decorrentes: de um lado, o ágil negócio de trespasse é desincentivado, gerando conseqüências negativas para o próprio desenvolvimento da economia. De outro, geram-se situações absolutamente injustas, em que empresários de boa-fé perdem seu investimento em vista da falência posterior do

alienante, mesmo que tenha tomado todas as precauções possíveis para a realização do negócio.

Isto porque as precauções possíveis não são suficientes, principalmente a se considerar a possibilidade de existência de débitos não escriturados, sobre os quais ninguém além do vendedor tem conhecimento. Neste quadro, uma situação contábil confortável pode abstrair a existência de pesados débitos, que configurem uma situação de insolvência desconhecida pelo comprador, a qual provavelmente conduzirá à falência do vendedor e dará ensejo à posterior declaração de ineficácia do negócio pela via da ação revocatória, ainda que esteja patente a boa-fé do adquirente.

Até a edição do novo Código Civil, os efeitos desta norma estavam restritos ao âmbito do processo falimentar. Contudo, com a edição do novo Código Civil, a criticada regra da lei de falências ganhou repercussão ainda maior, já que a redação conferida ao art. 1.145 deste diploma legal praticamente repete a hipótese e os efeitos do art. 52, VIII, da legislação falimentar. Vale a transcrição do dispositivo legal:

“Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.”

Em seu aspecto material, a norma é absolutamente semelhante à oriunda da legislação falimentar. Prevê-se que a eficácia da alienação pode ser atacada, desde que não se comprove o pagamento de todos os credores, a existência de bens suficientes para tanto, ou o assentimento dos credores, após sua notificação.

De igual forma, as críticas dirigidas ao direito falimentar aplicam-se aqui, somadas à decepcionante percepção de que o tempo não mostrou ao legislador a equivocidade de sua opção. De maneira ainda mais ampla, eleva-se uma barreira sobre as práticas empresariais usuais, tornando inviável a segurança de um negócio comum e que, em outros aspectos, não é em nada dificultado pelo direito, em vista de suas facilidades contratuais. Os prejuízos são evidentes. Pode-se atingir tanto aqueles que se vêem surpreendidos pelo desapossamento de seu estabelecimento empresarial por se evidenciar, posteriormente, a insolvência do vendedor (possivelmente conduzindo à paralisação da atividade empresarial), quanto a

atividade empresarial em seu contexto mais amplo, já que, percebendo-se a insegurança jurídica do trespasse, o empresariado deixará de realizar tal modalidade de negócio, não restando outra opção ao potencial alienante que não o encerramento de sua atividade, com os prejuízos sendo estendidos também aos trabalhadores, ao fisco e à própria economia.

Vale repisar que a insegurança jurídica, acima apontada, decorre da absoluta impossibilidade material de se reunir preventivamente elementos probatórios para eventual defesa em futura alegação de ineficácia por parte de algum credor malsatisfeito. Afinal, embora os créditos regularmente contabilizados possam ser identificados sem maiores dificuldades, não se pode abstrair o fato de que o legislador não faz referência tão-somente aos credores regularmente contabilizados, sendo considerada, para todos os efeitos, toda a classe dos credores. Neste contexto, não é difícil imaginar a possibilidade de existência de débitos não contabilizados pelo alienante, os quais, por mais cuidadosa que seja a investigação do potencial comprador, não podem ser identificados sem a colaboração do vendedor. Vale também lembrar que os efeitos jurídicos da norma também aqui independem da boa ou má-fé das partes, de forma que eventual omissão dolosa por parte do alienante é absolutamente indiferente para que os prejuízos materiais sejam suportados pelo comprador, que, embora futuramente possa buscar a compensação de seus prejuízos mediante ação de indenização, certamente não terá como executar com êxito o título judicial contra alguém que revela, antes mesmo da propositura da ação, evidentes sinais de insolvência.

O exemplo do direito estrangeiro, que em alguns casos tem longa e madura regulamentação sobre a matéria, deveria ter inspirado o legislador pátrio. No direito francês, por exemplo, exigem-se formalidades para a perfeição da operação de trespasse, incluindo mesmo o registro da operação. Após a publicidade da mesma, existe um prazo para a oposição de credores, findo o qual não mais se mostra viável o ataque à eficácia da operação, a não ser que posteriormente fique evidenciado o cometimento de fraude em prejuízo de terceiro. Ou seja: em vista do caráter público da transação, afasta-se a presunção de má-fé em curto espaço de tempo, destinado à oposição pelos credores.

No âmbito do direito brasileiro, a presunção de má-fé, constante do direito falimentar, encontrou como amparo o fato de a operação poder ser realizada sem

qualquer formalidade específica, publicidade ou qualquer mecanismo de comunicação aos credores. Neste ambiente, bem poderia ocorrer o desenvolvimento de práticas desonestas de transferência patrimonial, sendo a ação revocatória um mecanismo (ainda que altamente criticável, como vimos), de combate às práticas fraudulentas. Tal justificativa resta superada com o novo Código Civil, que previu formalidades para que a operação seja oponível a terceiros. Mas, de qualquer forma, é inaceitável a ampla presunção de má-fé, a qual, assevere-se, contraria o disposto no art. 164, quando o Código Civil cuida da fraude contra credores: *Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção do estabelecimento mercantil, rural ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.*”

Ao revés, optou-se pela presunção de má-fé, impondo ao adquirente o ônus de comprovar a ocorrência de algum das excludentes. Se, à época da vigência do art. 52 da lei falimentar, o negócio já era evitado pelos empresários, em vista do risco de posterior declaração de ineficácia, com mais razão agora que o âmbito material de aplicação da norma é expandido ao extremo haverá uma verdadeira fuga desta modalidade contratual por parte daqueles que conheçam os efeitos jurídicos da operação. E, quanto aos que não os conhecem, a estes caberá suportar o seu peso.

E, para além do âmbito material, percebe-se que a regra gera desequilíbrio de tutela também no âmbito processual. Afinal, ao revés do que ocorre no direito falimentar, em que a declaração de ineficácia resulta de sentença proferida em ação própria, em que ambos os empresários envolvidos no trespasse formam o pólo passivo, no caso do art. 1.145 o legislador não estabeleceu a necessidade de propositura de ação própria, de forma que a ineficácia poderá ser declarada por despacho em qualquer processo de execução, sem oportunidade prévia de defesa processual por parte do adquirente.

Enfim, bem se percebe que a norma desvirtua a função econômica do contrato, que é a efetivação do princípio da preservação da empresa. E as críticas são tão contundentes que o seu desenvolvimento completo ficará reservado a seção específica no último capítulo do presente trabalho..

3.11. A cláusula de não-restabelecimento

Conforme já referimos no momento oportuno, a avaliação do estabelecimento empresarial toma como base o seu aviamento, a sua capacidade de atração da clientela. Em sua mensuração, as partes interessadas consideram todos os fatores que estão ao seu alcance, inclusive a possibilidade de concorrência futura, não com terceiros (já que a atividade empresarial desenvolvida por terceiros não diz respeito aos contratantes), mas sim com o próprio alienante do estabelecimento, que, posteriormente à venda, poderia se dedicar a nova empresa, tomando para si parcela relevante da clientela com a qual contava o adquirente do fundo.

Para prevenir este risco, é comum a previsão da chamada cláusula de não-restabelecimento nos contratos de trespasse, pela qual o alienante do fundo se compromete em determinado período (usualmente quantificado em cinco anos) a não se dedicar a atividade empresarial que concorra com a do adquirente. E a justificativa econômica desta determinação é bem exposta por Giuseppe Ferri:

“O estabelecimento tem valor enquanto instrumento de uma atividade produtiva e em vista da realização de um resultado produtivo: é portanto necessário que este valor não seja subtraído pelo alienante através do exercício de atividade concorrente que possa importar um desvio de clientela.”¹⁸⁵

Na pactuação desta cláusula, apenas três restrições são impostas: de um lado, a cláusula de não-restabelecimento não pode ter duração temporal indefinida (para que não se ataque inutilmente o princípio da livre iniciativa); de outro, não pode ter abrangência territorial irrestrita (já que o restabelecimento de um padeiro em outra cidade não acarreta qualquer risco à clientela pretendida pelo adquirente); finalmente, não pode ser absoluta quanto à atividade desenvolvida (já que a prática de atividade diversa não acarreta danos à concorrência). Assim vem o ensinamento de Tavares Paes: *“É impossível o veda absoluto ao restabelecimento do alienante do estabelecimento comercial. Tal equivaleria, se fosse possível, à morte econômica*

¹⁸⁵ Manuale di Diritto Commerciale, p. 200. Tradução nossa do seguinte texto em italiano: *“Il complesso aziendale ha valore in quanto strumento di una attività produttiva e in vista della realizzazione di un risultato produttivo: è pertanto necessario che questo valore non sia sottratto dall'alienante attraverso l'esercizio di una attività concorrente la quale possa importare uno sviamento della clientela.”*

do vendedor, além de ser inconstitucional”¹⁸⁶. E, pela sua amplitude, vale suporte na orientação de Maria Antonieta Lynch de Moraes:

“Podemos concluir, portanto, que é lícita a estipulação contratual que obsta o restabelecimento, desde que subordinada a condições temporais, geográficas e substanciais. Desta forma temos que:

- no que se refere ao aspecto temporal, a convenção impeditiva não pode impor ao alienante uma abstenção permanente de concorrência, pois configuraria uma renúncia definitiva ao direito de exercer determinada atividade econômica, o que é irrenunciável por excelência;
- no que se refere ao objeto da convenção, ou seja, ao aspecto substancial do pactuado, a restrição está relacionada ao ramo de atividade desenvolvida pelo estabelecimento titular da clientela e não a outro tipo de atividade;
- e, finalmente, no que se refere ao aspecto geográfico, a abstenção de concorrência restringe-se à zona em que ela se trava, não sendo válida fora do âmbito de influência dos estabelecimentos concorrentes.”¹⁸⁷

Destaque-se que esta cláusula, desde que atenda aos limites acima descritos, não ataca o princípio constitucional da livre iniciativa, já que, em interpretação sistemática, deve-se priorizar a proteção aos princípios da livre concorrência e da boa-fé objetiva.

Para além destes questionamentos, a cláusula de não-restabelecimento não apresenta maiores dificuldades hermenêuticas, constituindo-se em útil instrumento de proteção dos interesses do adquirente do fundo. Contudo, a investigação científica deve ir além da possibilidade da existência da cláusula, para que se analise a possibilidade de restrição ao restabelecimento quando da inexistência de pactuação neste sentido.

No direito italiano, o restabelecimento é genericamente vedado, pelo prazo de cinco anos, na mesma base territorial. No direito brasileiro, até a edição do novo Código Civil, dever-se-ia buscar os princípios gerais da concorrência desleal para a solução dos litígios daí decorrentes. Vale a análise da evolução histórica da matéria, para perceber o acerto da disposição constante do novo Código.

Identifica-se um marco do debate deste assunto no direito pátrio. Trata-se de ação proposta em São Paulo, no ano de 1913, da qual foi autora a Companhia

¹⁸⁶ Da Concorrência do Alienante do Estabelecimento Comercial, p. 34. Seu ensinamento encontra ressonância no de Tulio Ascarelli: *“Justamente se enseña a este respecto que, por el fundamental respeto a la libertad humana, deben considerarse nulos aquellos pactos por los cuales la competencia se prohíbe ilimitadamente; la prohibición contractual de competencia será, pues, lícita solamente si se limita en el tiempo, en el espacio y en el género.”* (Introducción al derecho Comercial, p. 130)

¹⁸⁷ O Trespasse: a alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula de não restabelecimento, p. 123.

Nacional de Tecidos de Juta e foram requeridos o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista de Aniagaem. E a relevância da causa pode ser percebida já com a indicação dos nomes dos advogados envolvidos: representando os interesses da autora, José Xavier Carvalho de Mendonça; defendendo os requeridos, Rui Barbosa.

O Conde Álvares Penteado conduziu a constituição da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, promovendo também a transferência, para esta, do estabelecimento comercial vinculado à Fábrica de Juta Santana, a qual também era dirigida pelo Conde. Um ano depois, o próprio Conde construiu nova fábrica, no mesmo local em que funcionava a anterior. Tal fato deu ensejo ao surgimento da lide, entendendo a autora da ação que a transferência do fundo abrangeria também a da clientela, devendo ser fixada indenização pela divisão da clientela decorrente da instalação da nova fábrica. Vale a transcrição do argumento construído por Carvalho de Mendonça, constante de obra posteriormente publicada:

“Uma das garantias devidas pelo vendedor é fazer boa ao comprador a coisa vendida, e não inquietá-lo na sua posse ou domínio (Cód. Comercial, arts. 214 e 215). Conseqüentemente, ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe possa retirar toda ou parte da clientela. Essa turbação por parte do vendedor importaria privar o comprador, no todo ou em parte, da coisa vendida.”¹⁸⁸

A evolução da doutrina mostrou o desacerto do argumento, já que, conforme estudamos de maneira específica, a clientela não pode ser considerada como elemento integrante do fundo. Entretanto, os fatos vinculados à lide evidenciam um quadro jurídico de violação à livre concorrência, tutelando-se, por via transversa, a clientela. Afinal, o fato de a clientela não pertencer ao empresário não significa que a mesma não possa ser tutelada. E ela especificamente o é, pela disciplina do direito concorrencial.

¹⁸⁸ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. VI, pp. 157-158. Esta tese ganhou ainda maior apoio após a manifestação favorável de Tulio Ascarelli à posição defendida por Rui Barbosa, nos seguintes termos: *“Pessoalmente, embora talvez seja diversa a orientação dominante no Brasil, desde um célebre parecer de Rui Barbosa, estou, por isso, entre aqueles que acham decorrer, implicitamente, da venda do estabelecimento, a proibição do alienante de ‘se rétablir’ nos limites (de gênero de comércio, tempo, espaço) em que a concorrência do alienante gozaria de indevida vantagem em virtude da procedente gestão do estabelecimento vendido. Esta conclusão assenta, a meu ver, no princípio de deverem os contratos ser interpretados e executados de boa-fé.” (Panorama do Direito Comercial, pp. 203-204)*

Voltando aos elementos históricos, a ação foi julgada improcedente, em grau de embargos junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo sido acatada a tese exposta por Rui Barbosa, pela qual a restrição ao desenvolvimento de atividade mercantil (decorrente do restabelecimento) somente poderia ser considerada se fosse ajustada. Ou, atualizando os argumentos: o não-restabelecimento somente seria invocável se houvesse cláusula específica no instrumento de trespasse.

Vale transcrever as palavras do jurista, constantes do memorial apresentado no Supremo Tribunal Federal:

“124. Discutindo, na parte antecedente destas razões, a jurisprudência indicada como favorável à teoria que combatemos, deixamos evidenciado que a interdição, ao cedente, de se reestabelecer, nas alienações de casas de comércio, não se verifica, onde não existir cessão de clientela. Outro sim, pari passu, mostramos que a cessão da clientela, expressão habitual da renúncia ao direito de se reestabelecer o cedente num comércio igual ao cedido, não emana ipso jure da natureza destas cessões, pela regra da obrigação geral da garantia na compra e venda, mas de uma convenção especial entre o negociante, que aliena o seu negócio, e o que o adquire.

125. Se a clientela fosse parte inseparável do fonds de commerce, claro está que a cessão da casa de comércio resultaria, necessariamente, a da clientela. Esta seria, então, cláusula inerente e subentendida nesses contratos... Acontece, porém, que a clientela não constitui parte inseparável da exploração comercial.”¹⁸⁹

Expostas as teses, cumpre, em tarefa nada confortável, confrontar as opiniões dos grandes juristas, buscando a melhor solução para o litígio em consideração ao atual estágio de evolução da compreensão sobre a matéria.

Embora, como já referido, a clientela não se constitua em elemento integrante do fundo, a mesma é protegida pelas regras emanadas do direito concorrencial. Neste âmbito, encontra-se norma indicativa das modalidades de concorrência desleal específica, consideradas crimes de concorrência desleal, qual seja o art. 195 da Lei 9.279/96. Entre as hipóteses lá encontradas, não se encontra nenhuma que apresente adequação aos fatos em exame.

Para além do campo da concorrência desleal específica, entretanto, deve-se analisar o contido no art. 209 da mesma lei, *in verbis*:

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

¹⁸⁹ Obras Completas de Rui Barbosa, t. I, v. XL, pp. 135-136.

Assim, embora o restabelecimento não possa ser considerado modalidade de concorrência desleal específica, não está impedida a busca pela indenização dos prejuízos se estiver caracterizada hipótese de concorrência desleal genérica. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, considera-se concorrência desleal aquela em que são utilizados meios indevidos para a busca da clientela que aflui ao estabelecimento de outrem.

“Não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também se identificam a concorrência leal e a desleal. São os meios empregados para a realização desta finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e meios inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva.”¹⁹⁰

Ora! Se o empresário aliena seu estabelecimento, está implícita a noção de que não irá se restabelecer no mesmo local, acumulando o valor da venda e a clientela. Ademais, deve-se atentar para o princípio da boa-fé objetiva, já que o adquirente por certo não manteria as bases negociais se lhe fosse revelada a intenção de o alienante retornar à prática empresarial no mesmo local, concorrendo com o comprador.

Por tais razões, a jurisprudência orientou-se na proteção da boa-fé do adquirente, bem como se pautou nos princípios do direito concorrencial, para combater o restabelecimento prejudicial aos interesses do comprador, ainda que inexistia cláusula contratual neste sentido. Contextualizando o caso da Fábrica de Juta Santana à atual compreensão sobre a matéria, vale atentar para a observação de Luiz Fernando Gurgel de Faria:

“Apesar da conotação que a ação envolvendo a venda do fundo de comércio da Companhia Nacional de Tecidos de Juta teve para o tema, no longínquo ano de 1913, com a vitória da tese defendida por Rui Barbosa, não se pode deixar de considerar que logo depois a corrente abraçada por Carvalho de Mendonça foi ganhando força nos Tribunais, de modo que, nos dias atuais, vem prevalecendo.”¹⁹¹

¹⁹⁰ Curso de Direito Comercial, vol. 1, p. 184.

¹⁹¹ O Restabelecimento do Alienante Após a Venda do Estabelecimento, pp.137-138.

Esta a evolução histórica da matéria no direito brasileiro. Ainda que num momento inicial tenha decidido que a restrição ao restabelecimento somente existiria se tivesse sido pactuada, doutrina e jurisprudência convergiram para o entendimento no sentido de que o restabelecimento em si, ainda que não pactuado, pode ser considerado antijurídico quando representar hipótese de concorrência desleal, devendo o alienante indenizar o comprador pelos prejuízos decorrentes da concorrência posteriormente instalada.

Em vista do acerto desta posição, temos como de grande valor a norma consolidada no art. 1.147 do novo Código Civil, que finalmente veio a regular especificamente a matéria no direito brasileiro (válida, ainda que editada 60 anos após a regulação da matéria no direito italiano), *in verbis*:

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

Vale destacar que a norma encontrou redação bastante feliz ao fazer referência à concorrência, e não ao restabelecimento. Afinal, a norma que proibisse o restabelecimento, no período de 5 anos, poderia violar frontalmente o princípio constitucional da livre iniciativa se impedisse, por exemplo, o restabelecimento em outra cidade, atividade que não atacaria de forma alguma a clientela alcançada pelo adquirente do estabelecimento alienado.

Tem-se também como precisa a norma presente no parágrafo único, já que o interesse material envolvido na regra (proteção da clientela) somente apresenta razão de ser tutelado enquanto perdurar a relação de usufruto ou arrendamento que mantenha o contratante na posse direta do estabelecimento, e que poderia ser prejudicada na equação econômica do contrato se, após o usufruto ou arrendamento, o nu-proprietário ou arrendador voltasse a desenvolver atividade empresarial semelhante no mesmo local, concorrendo na busca pela clientela.

Tavares Paes, em trabalho específico sobre o tema, entende que, caso o contrato de usufruto ou arrendamento tenha prazo superior a cinco anos, a vedação à concorrência estará limitada à regra geral. Assim, num contrato de arrendamento

com prazo de 10 anos, o restabelecimento poderá de qualquer forma ocorrer após o decurso do primeiro quinquênio. Vale a transcrição de sua opinião:

“Evidentemente a proibição ali citada é a de não-concorrência no quinquênio subsequente à alienação. E se o usufruto for fixado por três anos, ou por sete? O melhor juízo é o de que o dever dura cinco anos se por mais de um quinquênio durar o usufruto. Por outro lado, a obrigação durará o tempo do contrato de usufruto, se este for inferior ao quinquênio. Mutatis mutandis, o mesmo se diga com relação ao arrendamento.”¹⁹²

Também se mostra oportuno salientar que a prática dos atos de infração da concorrência não poderia ser feita pela utilização de outra pessoa, de forma que alguém materialmente se restabelece, causando prejuízos indevidos ao adquirente, registrando a atividade em nome de terceiros. Evidente é que este atuar fraudulento gerará prejuízos indevidos ao adquirente do fundo, que poderá invocar a obrigação de não-restabelecimento da mesma forma¹⁹³.

No caso de violação da cláusula de não-restabelecimento, abrem-se dois caminhos processuais para a defesa dos interesses do adquirente. De um lado, resta evidente a possibilidade de o mesmo intentar ação de perdas e danos. De outro, com fulcro no art. 642 do Código de Processo Civil, pode o adquirente requerer o encerramento do estabelecimento criado indevidamente, já que a cláusula de não-restabelecimento enquadra-se perfeitamente à hipótese de obrigação de não fazer.

3.12. Arrendamento

A possibilidade jurídica do arrendamento do fundo de empresa não é colocada em questão, seja no âmbito no novo Código Civil, seja no regime anterior à sua vigência. Afinal, o estabelecimento, como bem móvel, pode ser objeto de tal modalidade contratual. Contudo, a aplicação das regras gerais relativas ao

¹⁹² Da Concorrência do Alienante do Estabelecimento Comercial, p. 41.

¹⁹³ *“Il arrive du reste que le vendeur cherche à tourner à l'interdiction. Il ne se rétablit pas lui-même, mais fait ouvrir un établissement similaire par un membre de sa famille ou par un tiers. Ou encore il fonde une société avec un tiers. Il a été jugé que s'il s'agit vraiment d'une personne interposée, la combinaison est frauduleuse et que l'interdiction de se rétablir joue aussi bien contre le comparse que contre le vendeur lui-même. Ce dernier est donc considéré comme manquant personnellement à son*

arrendamento não se mostra suficiente à tutela de interesses específicos envolvidos nesta operação.

Anteriormente à edição do novo Código Civil, inexistia regulação própria da matéria, ao revés do que ocorre, por exemplo, no âmbito do direito francês, que instituiu e disciplinou a figura da *location-gérance*, ou no do direito italiano, o se encontra o *affitto dell'azienda*. Havia apenas previsão indireta desta modalidade negocial no âmbito da lei de locações. Já com a edição do novo Código, que como bem sabemos cuidou de tutelar o estabelecimento em capítulo específico, encontra-se menção à forma do contrato e ao direito de não-concorrência com o arrendador, mas, como veremos, ainda há grande lacuna normativa no cuidado da matéria.

Curiosamente, em vista da forma como a matéria restou regulada no nosso ordenamento jurídico, o contrato de arrendamento de estabelecimento pode estar sujeito a dois regimes jurídicos distintos, conforme a universalidade seja ou integrada por bem imóvel. Quando, na composição do fundo, também estiver abrangido um bem imóvel, a locação da universalidade é tratada pelo direito brasileiro como locação imobiliária, conforme evidencia a regra presente no art. 52, §1º, da Lei 8.245/91. Este dispositivo é claro quanto à hipótese abrangida, em que “a locação também envolvia o fundo de comércio”. Assim, no caso de inclusão do elemento imobiliário no fundo, o arrendamento da universalidade é tratado, por força de lei, como locação de imóvel não-residencial, ainda que ao arrepio da teoria geral do estabelecimento empresarial, que, como vimos no primeiro capítulo deste trabalho, mantém sua natureza mobiliária ainda que seja integrado por bem imóvel. De outro lado, se a locação somente abrange o fundo, trata-se de arrendamento do bem móvel, regulado pelas regras gerais constantes do Código Civil.

Claro está que a segunda hipótese é de mais difícil ocorrência, já que, como formalidade complementar ao contrato de arrendamento do fundo, as partes deverão buscar a materialização de um contrato de sublocação do imóvel sobre o qual estiver instalado o estabelecimento, em tarefa que pode não se mostrar das mais fáceis. Vale destacar, neste ponto, que a regra presente no art. 1.148 do novo Código Civil, pela qual ocorreria a automática sub-rogação do contrato de locação anteriormente firmado, não se aplica à hipótese de arrendamento do fundo, já que a norma faz

obligation de garantie d'éviction et est passible de dommages-intérêts de ce chef.” (ESCARRA, Jean. Cours de Droit Commercial, pp. 182-183).

referência expressa às figuras do adquirente e do alienante, evidentemente inexistentes no contrato de arrendamento, de maneira que a norma somente incide sobre as operações de trespasse, não beneficiando as partes envolvidas em contrato de arrendamento. Assim, deve-se buscar a concordância do locador quanto à sublocação do imóvel.

Percebe-se, por esta via, que a operação de locação mais usualmente encontrável na prática negocial é aquela em que o locador é proprietário do imóvel, e o loca juntamente com o fundo de empresa, nos termos do art. 52, §1º da lei de locações.

Esta modalidade contratual, é de ressaltar, apresenta interesse material de relevo, não só pela possibilidade de os empresários, segundo seus interesses, livremente pactuam o arrendamento, como também pela necessidade de sua adoção em determinados casos, como nos de incapacidade superveniente do empresário individual (fato que o impede de exercer diretamente a atividade) ou mesmo, e com maior interesse, como forma de possibilitação da continuidade da atividade do empresário falido¹⁹⁴.

As duas hipóteses materiais encontram regulação indireta no ordenamento jurídico brasileiro. Destacável é a norma constante do art. 974 do novo Código Civil, segundo a qual *“poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais, ou pelo autor da herança”*, caso em que haverá prévia autorização judicial e a atividade será exercida por representante legal do incapaz, ou por gerente nomeado. Contudo, há hipóteses em que não será possível a administração da atividade pelo representante legal (por impedimento jurídico ou incapacidade técnica), e, ao mesmo tempo, haverá dificuldades para a nomeação de gerente (principalmente pela necessidade de sua remuneração, que pode ser um encargo insustentável pelas pequenas empresas que caracterizam o exercício individual). Nestes casos, a melhor alternativa econômica seria o arrendamento do estabelecimento a outro empresário (evidentemente, se a atividade econômica envolvida comportar tal

¹⁹⁴ Segundo Manuel Broseta Pont, *“Este contrato (que provoca una disociación entre la titularidad y la explotación de la empresa) suele utilizarse para invertir capitales con el fin de obtener una rentabilidad superior a la que procura la inversión en valores mobiliarios; para soslayar las circunstancias que impiden la explotación personal de una empresa; para encubrir un verdadero*

relação contratual). De outro lado, o arrendamento do estabelecimento é possível como forma alternativa de liquidação, na forma do art. 123 do Decreto-lei 7.661/45, embora o tempo transcorrido entre a declaração da falência e o início da fase de liquidação possa tornar inviável tal providência.

Com relação à forma como o contrato é regulado no direito brasileiro, incidem regras gerais e uma regra específica, esta para a hipótese de haver locação do fundo em conjunto com o imóvel sobre o qual estiver instalado.

No campo das regras gerais, o novo Código determina expressamente a incidência aos contratos de arrendamento de duas normas. De um lado, o contrato somente gerará efeitos perante terceiros se houver sua publicação na imprensa oficial e seu averbamento à margem do registro empresarial das partes. Com tal medida ficam preservados os interesses de terceiros, que poderiam acreditar estar realizando negócios com o arrendador, enquanto o arrendatário é o sujeito de direito com quem efetivamente contratam. De outro lado, impõe-se também à hipótese de arrendamento a vedação à concorrência por parte do arrendador, a qual persistirá durante todo o período contratual, nos termos do parágrafo único do art. 1.147. Trata-se de oportuna regra no sentido da proteção dos interesses do arrendatário, que poderia ser prejudicado no conteúdo econômico do contrato se o arrendador concorresse diretamente pela clientela após a formulação do contrato, já que o aviamento considerado para o ajuste do valor do arrendamento sofrerá um desequilíbrio pela diminuição da clientela.

De outro lado, embora inexista norma específica quanto a esta questão, deve-se destacar que a obrigação de o arrendatário devolver a coisa, ao final do contrato, nas mesmas condições em que a recebeu, encontra peculiaridade na hipótese de o objeto de contrato ser um fundo de empresa. Sendo o estabelecimento também composto de bens consumíveis, como são as mercadorias, poderia surgir discussão quanto ao âmbito de devolução exigido do arrendatário ao final do contrato. Tal debate, contudo, não se mostra oportuno na esfera jurídica, visto que o objeto do contrato é a universalidade do estabelecimento, e não os seus elementos, sendo que a universalidade é mantida ainda que acrescida ou diminuída de algum elemento, desde que conserve sua funcionalidade. Por isso consideramos

arrendamiento de local de negocios; y, además, como instrumento contractual para realizar una unión o concentración de empresas” (Manual de Derecho Mercantil, p. 90).

recomendável que, quando da efetiva operação de arrendamento, o estoque de mercadorias seja reduzido, ou se possível inexistente, para evitar as conseqüências econômicas (não contornáveis juridicamente), decorrentes do consumo destes bens.

Além destas determinações gerais, encontra-se apenas mais uma referência normativa relativa à locação de trespasse, incidente somente no caso de locação de imóvel em conjunto com o fundo de empresa. Neste caso, como determina a norma presente no art. 52, §1º, da Lei 8.245/91, possibilita-se que a exceção de retomada prevista no inciso II do mesmo artigo seja invocável também para a hipótese de o empresário retomar o imóvel para desenvolver atividade semelhante à qual se dedicava o locatário. Bem sabemos que o locatário que reúne os requisitos legais (contrato por escrito e com prazo determinado, vínculo locatício ininterrupto por mais de cinco anos, e desenvolvimento da mesma atividade empresarial pelo menos nos últimos três anos do contrato) pode intentar judicialmente a renovação do contrato de locação. Mas este direito não é absoluto, podendo ser afastado no caso de o locador invocar exceção de retomada. Uma das exceções, prevista no art. 52, II, prevê que o locador não está obrigado a renovar o contrato *“se o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano (...)”*. Neste caso, o locador deveria ou desenvolver atividade diversa da praticada pelo locatário, ou pagar a este indenização relativa à valorização do ponto. Mas, na específica hipótese em que a locação também envolve o estabelecimento, tal regra restritiva não incide sobre o locador, que pode retomar o imóvel e continuar a desenvolver a mesma atividade, sem estar obrigado ao pagamento de indenização ao antigo locatário.

Percebe-se, de qualquer forma, que é extremamente restrito o âmbito de regulação jurídica deste contrato, restando diversos pontos em que se resente da falta de tutela específica. Entre estes, não se pode deixar de citar que o contrato pode apresentar prejuízos econômicos para ambas as partes. O arrendador pode ser ver diretamente prejudicado pela desvalorização de seu bem decorrente da má administração do arrendatário, que macula o local a tal ponto que a clientela simplesmente deixa de se dirigir ao mesmo. No direito italiano, a má administração por parte do arrendatário dá ensejo à rescisão do contrato. De outro lado, o arrendatário, ainda que tenha desenvolvido sua atividade de maneira tão eficiente que o aviamento do fundo sofreu grave valorização, deve restituir o mesmo ao seu

proprietário ao final do período contratado, sem direito ao recebimento de nenhuma indenização. Com isso, pode ocorrer enriquecimento indevido por parte do arrendador, que ao final do contrato receberá um bem que restou sobrevalorizado em função da atividade do arrendatário, sem que este seja indenizado. Para a tutela específica de ambas as hipóteses, deveria existir a edição de normas específicas.

Daí se percebe que o negócio de arrendamento do fundo, no âmbito do direito brasileiro, não encontra tutela normativa que conceda plena segurança às partes envolvidas, que, em razão dos riscos necessariamente assumidos, acabam por evitar também esta modalidade contratual.

3.13. Usufruto

Pode-se compreender o usufruto como sendo um direito real exercido sobre coisa pertencente a outrem (nu-proprietário), pelo qual o usufrutuário tem o direito de uso da mesma, bem como de recebimento dos seus frutos. Após o período ajustado pelas partes, a coisa deve ser devolvida ao seu proprietário, que poderá então exercer o domínio de maneira plena.

Trata-se de modalidade negocial usualmente mencionada no campo doutrinário (e referida pelo art 1.144 do novo Código Civil), mas de quase nenhuma aplicação prática, quando se cogita de o mesmo ter por objeto um estabelecimento empresarial.

O usufruto de estabelecimento apresenta peculiaridades decorrentes da própria natureza do objeto do contrato. Isto porque é obrigação central a devolução do objeto, nas mesmas condições em que foi recebido, ao final do período da contratação. Contudo, o estabelecimento se constitui numa universalidade composta de bens consumíveis (mercadorias) e inconsumíveis, de forma que a devolução dos exatos bens que foram recebidos não se mostra possível. Mas tal fato não desnatura o contrato, já que o objeto do contrato não são todos os bens que ao início da relação foram repassados ao arrendatário, e sim a universalidade, que se mantém independentemente da integração de novos elementos ou a retirada (ou consumo) de alguns deles, desde que seja conservada a utilidade genérica do fundo. Daí porque discordamos do respeitável posicionamento de Oscar Barreto Filho, que

entende aplicável a norma presente no art. 1.392, §1º, do novo Código Civil, para a finalidade de, quanto aos bens consumidos, obrigar o usufrutuário a repor o seu equivalente em dinheiro¹⁹⁵. Trata-se, ao nosso ver, de confusão entre o estabelecimento (universalidade), que é o efetivo objeto do contrato, com os seus elementos, variáveis como consequência natural do desenvolvimento da atividade empresarial. Daí porque nos orientamos pelos ensinamentos de Pontes de Miranda quanto a este aspecto:

“O usufruto do fundo de empresa é o usufruto da universitas. O proprietário tem a sua propriedade sobre todo o fundo de empresa: ao dar-se a substituição de qualquer elemento, a propriedade apanha o objeto novo. No momento de terminar o usufruto, não é preciso qualquer ato do usufrutuário para que o proprietário tenha tido a propriedade plena. (...) O art. 726 não é invocável; porque se trata o usufruto como usufruto de patrimônio (art. 714, 2ª parte).”¹⁹⁶

Reconhecendo-se que o usufruto do estabelecimento tem por objeto um determinado bem, consistente numa universalidade, e não vários bens individualmente considerados, não surgem dificuldades na plena aceitação desta modalidade contratual no campo jurídico. Isto porque, consistindo o usufruto em modalidade de garantia, percebe-se que no campo negocial é pouco provável que um empresário se desaposse de seu estabelecimento (ficando impossibilitado de desenvolver a atividade empresarial) como forma de garantia de uma obrigação que logicamente decorre de sua atividade. Não há sentido na hipótese de um empresário encerrar suas atividades para garantir o pagamento de uma obrigação que naturalmente delas decorre, num ato que se configuraria em verdadeiro suicídio econômico.

Mas, ainda que no campo material seja pouco provável o manejo desta modalidade contratual, cuidou o legislador de determinar, no art. 1.144 do novo Código Civil, que o contrato somente produzirá efeitos frente a terceiros depois de averbado à margem da inscrição dos empresários junto ao registro de empresas,

¹⁹⁵ “Não obstante tratar-se de usufruto que tem por objeto uma universalidade de fato, esta abrange coisas consumíveis, no sentido jurídico. Nada impede, a nosso ver, que, em relação a essas coisas, na falta de preceito específico, se aplique a regra, peculiar ao quase-usufruto, recolhida no art. 726 do Código Civil brasileiro. Desta maneira, findo o usufruto, é o frutuário obrigado a restituir coisas equivalentes em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, estimado pelo preço corrente ao tempo da restituição. se, porém, referidas coisas foram avaliadas no título constitutivo do usufruto, salvo cláusula expressa em contrário, o usufrutuário é obrigado a pagá-las pelo preço da avaliação.” (Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 271).

bem como de publicado na imprensa oficial. Evidentemente, não se tratam de requisitos para a validade do contrato, mas sim para a possibilidade de oposição do mesmo em relações que envolvem terceiros.

3.14. Penhor

A hipótese de constituição de penhor mercantil sobre o estabelecimento mereceu atenção especial de nossos tratadistas, que, em peso, concluíram pela sua inadmissibilidade. Tal conclusão se embasa no pressuposto de necessidade de regulação legal específica, para além da previsão constante do art. 273 do Código Comercial, principalmente porque a aplicação das regras gerais conduziria à inviabilidade do negócio, em vista da necessidade de transferência de posse direta sobre o bem apenhado. Afinal, o empresário desprovido da posse sobre o seu estabelecimento não mais pode desenvolver a sua atividade. Neste sentido encontra-se o escólio de Carvalho de Mendonça:

*Admitindo-se o estabelecimento comercial como representando um valor de crédito e como móvel corpóreo, falta lei expressa que sobre ele autorize o penhor, o que é essencial, visto como, no assunto, indispensáveis são cautelas que resguardem terceiros de boa-fé. Os recursos integrais do devedor não devem ser absorvidos por um só credor ou grupo de credores, na ignorância dos fatos pela parte dos outros credores. Arruinar-se-ia o crédito comercial ao invés de auxiliá-lo. Pondo à margem esta solução radical, certo é que penhor do estabelecimento, a ser legalmente possível, deveria ser regulado pela disciplina do penhor mercantil, garantidos os direitos de terceiros. Em tais condições, são princípios cardiais deste penhor: a efetiva tradição do estabelecimento ao credor e a posse real, ostensiva deste (não a ideal ou consensual), posse que revele aos terceiros a situação do devedor, evitando que este fraude ou engane outros credores, que em boa-fé e ignorantemente nele confiavam. Na falta de registro (que nossas leis não estabelecem), a posse do credor seria o sinal externo, que a terceiro denunciaria não poder o comerciante dispor desse elemento de seu patrimônio. O credor, pelo dever de conservar, teria de assumir o exercício do comércio, sem prejuízo de aplicar a sua atividade no estabelecimento empenhado. Inteiramente pago, teria o credor de restituir o estabelecimento ao seu dono. Fora destes termos, que tornam proibitivo o penhor, não vemos como constituí-lo.*¹⁹⁷

Opinião contrária foi defendida por Otávio Mendes, para quem era possível o penhor, com cláusula *constituti*, desde que fosse dada publicidade a tal ato¹⁹⁸. E o

¹⁹⁶ Tratado de Direito Privado, vol. 15, p. 370.

¹⁹⁷ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VI, p. 484.

¹⁹⁸ "Diante de tal disposição, é forçoso reconhecer que no penhor civil a efetiva e real tradição do credor da coisa apenhada só pode agora ser dispensada no caso do penhor agrícola ou pecuário,

seu entendimento encontrava apoio em dois fatos exteriores ao mundo da norma: de um lado, havia a prática negocial no mundo empresarial; de outro, o direito francês regulou extensamente a *nantissement* do fundo de comércio, e é inegável a influência da doutrina francesa, nesta matéria, não só no Brasil, mas em todo o mundo jurídico.

Entretanto, ainda que tal opinião se manifestasse, os tribunais logo se posicionaram no sentido de que, sem legislação específica, não seria juridicamente viável o penhor do estabelecimento. Neste sentido, vale transcrição da notícia dada por Waldemar Ferreira:

“Não pouco se praticou, entretanto, o penhor de estabelecimentos comerciais com tal cláusula [cláusula constituti]. Não poucas vezes, aberta a falência de comerciantes, vieram a saber seus credores, fornecedores de mercadorias, que elas estavam a garantir determinado credor, mercê do penhor do estabelecimento. A surpresa era geral. O prejuízo, inevitável. Não passava o contrato, por sua ausência de publicidade e de realidade externa, de contrato puramente consensual, que só a posse do estabelecimento empenhado pelo credor revelaria. Disso, resultou a fraude. Chamados a debelá-la, juízes e tribunais deram pela nulidade do penhor, com tal fundamento. Não somente por esse, senão também pelo de que, em regra, não se especificavam os bens, constantes do fundo de comércio, sobre os quais o penhor recaía. Não se discriminavam por miúdo e isso era essencial à validade do penhor mercantil. A fim de contornar-se a dificuldade decorrente da ausência de publicidade, pensou-se em proceder ao registro de títulos e documentos particulares. Não tinha este, porém, a virtude de dar eficiência ao penhor; e foi havido por ineficiente.”¹⁹⁹

Evidente é que o penhor de estabelecimento ou é negocialmente inviável (pela transferência da posse do bem apenhado enquanto não pago o débito), ou é prejudicial aos interesses dos credores (que teriam a possibilidade de satisfação de seus créditos afastada em vista do posterior conhecimento de um penhor com cláusula *constituti*). Tais razões levam à necessidade de tratamento legal específico da matéria, para que se garanta a segurança negocial. E, enquanto não sobrevier tal normatização, prevalece a opinião de nossos tratadistas no sentido da inviabilidade do penhor de estabelecimento empresarial.

exceção única aberta à regra do art. 769. Mas, no penhor mercantil, a admissibilidade da ‘cláusula constituti’ não poderá ser contestada, enquanto vigorar o art. 274 do Cód. Com.; e em relação ao penhor de fundos de comércio, é a própria utilidade, o próprio interesse dos comerciantes que a exige, com a mesma força com que o interesse dos agricultores forçou a inclusão no Código Civil da exceção permitida no art. 769 acima citado” (Direito Comercial Terrestre, p. 342).

¹⁹⁹ Instituições de Direito Comercial, p. 488.

3.15. Penhora

Um dos dispositivos que vislumbrou o estabelecimento como objeto de direito em si, ainda antes da edição do novo Código Civil, está presente no art. 677 do Código de Processo Civil²⁰⁰, o qual prevê a possibilidade de penhora do estabelecimento empresarial. Norma de igual sentido era encontrada no diploma processual civil de 1939.

O estabelecimento, bem integrante do patrimônio do empresário, é submetido a regramento específico no tocante à penhora. Assim, no caso de constrição judicial sobre o estabelecimento, em sua universalidade, deve ser nomeado um administrador estranho ao quadro social do devedor, que, no prazo de dez dias, apresentará um plano de administração da empresa. Clara está a correta intenção do legislador em manter a atividade empresarial durante o curso da execução, atendendo-se por esta via ao princípio da preservação da empresa, que vem sendo considerado um dos pilares do direito empresarial.

Sendo a forma de administração fato de interesse tanto do devedor quanto do credor, por se manter o valor econômico do estabelecimento, as partes devem ser ouvidas a respeito da proposta do administrador nomeado, decidindo posteriormente o Juiz. Ademais, podem as partes entrar em acordo a respeito tanto da forma de administração quanto do nome do depositário, caso em que haverá simples homologação pelo Julgador.

O administrador, para que possa desempenhar suas atividades, deve ser investido dos poderes de representação da pessoa jurídica, conforme ensina Araken de Assis:

“A amplitude dos poderes do depositário-administrador, que visa tirar a eficácia produtiva mínima da coisa, se revela impostergável, por outro lado, pela necessidade de corrigir os equívocos administrativos na exploração da empresa, que talvez tenham dado causa à dívida. Desse modo, o administrador da empresa ou estabelecimento penhorado, escolhido no âmbito assaz limitado dos empresários que se destaquem nesses misteres e gozem de

²⁰⁰ “Art. 677. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em dez (10) dias a forma de administração.

§1º. Ouvidas as partes, o juiz decidirá.

§2º. É lícito, porém, às partes ajustarem forma de administração, escolhendo o depositário; caso em que o juiz homologará por despacho a indicação.”

*ilibada reputação, usufruirá ampla e razoável liberdade, limitada apenas pelo plano de administração, para manter estável ou recuperar as finanças da 'societas' penhorada.*²⁰¹

Sendo necessária a outorga de poderes de representação, o termo de nomeação deve ser averbado à margem do registro empresarial do devedor, para que os terceiros possam ter conhecimento quanto à legitimidade do administrador na realização de negócios em função da administração do estabelecimento.

Quanto ao plano de administração, percebe-se que o legislador não impôs qualquer forma de restrição, de maneira que não incidem as regras constantes do art. 74 da legislação falimentar que, apesar de prever a possibilidade de continuação da atividade do falido, que será gerida de igual forma por administrador judicialmente nomeado, estabelece regras de limitação de administração que, praticamente tornam inviável a hipótese de continuação no desenvolvimento da atividade empresarial.

Sob determinada ótica, o regramento jurídico da penhora do estabelecimento mostra-se contraditório com a norma presente no art. 649, VI, do mesmo diploma processual civil, pela qual são absolutamente impenhoráveis “os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.” Ora! Claro está que o estabelecimento é um instrumento necessário ao exercício da profissão do empresário. Tal contradição mereceu atenção da jurisprudência, que fixou dois critérios objetivos de aplicação da norma. De um lado, encontra-se julgados no sentido de que a impenhorabilidade somente beneficia as pessoas físicas²⁰². De outro, há corrente pela qual a impenhorabilidade vem em favor também das pequenas empresas²⁰³.

A orientação de ambas as posições da jurisprudência vem no evidente sentido de preservar as pequenas atividades empresariais, e o acerto de tal premissa não pode ser negado. Contudo, as normas presentes nos arts. 649, VI, e 677, podem gerar efetivos conflitos de ordem processual, bastando para tanto imaginar a penhora sobre bens de pequeno empresário que configurem o âmbito mínimo de existência de um estabelecimento. Em tal situação, qual a norma

²⁰¹ Manual do Processo de Execução, p. 606.

²⁰² “Os bens móveis e imóveis de uma empresa são penhoráveis. A penhora de máquinas industriais não priva a empresa de continuar suas atividades.” (RSTJ, 73/401)

aplicável: a previsora da impenhorabilidade ou a que admite a constrição judicial, embora sujeita a regime específico? Em nossa opinião, deve ser aplicado o art. 677 do Código de Processo Civil, admitindo-se a penhora, ainda que do pequeno empresário, em vista do fato de esta norma ser mais específica do que a presente no art. 649, VI, do mesmo diploma legal. Entretanto, assevere-se que, em determinadas situações, pode não ser clara a distinção entre equipamentos profissionais e estabelecimento empresarial, podendo-se debater sobre a presença de seu âmbito mínimo, gerando debates sem dúvida prejudiciais à efetividade e celeridade do processo.

Já o art. 678 prevê que *“a penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um de seus diretores”*. A norma tem âmbito específico de aplicação, estando inegavelmente voltada à hipótese de execução movida contra empresário concessionário ou dependente de autorização.

Referida norma se mostra criticável, seja por criar tratamento diferenciado sem que existam sólidas razões econômicas ou jurídicas para tanto, seja por fazer menção a empresa, e não a estabelecimento, já que a empresa, em si, não pode ser considerada objeto de direito em nosso ordenamento jurídico. Contudo, de sua redação surgiu desdobramento lógico da penhora de estabelecimento, que é a penhora sobre o faturamento do devedor empresário, que se converteu em alternativa usualmente buscada pelos credores, que a preferem em detrimento da penhora de estabelecimento.

Ressalte-se apenas, quanto à penhora do faturamento, que a jurisprudência tem admitido esta modalidade constrição judicial, desde que haja uma limitação percentual, de forma que não se penhora a totalidade do faturamento (o que acarretaria a inevitável paralisação da atividade empresarial), mas sim percentual sobre o mesmo, fixado de acordo com a natureza da atividade. O percentual máximo que tem sido admitido é de 30% sobre o total do faturamento do devedor.

²⁰³ *“Os bens úteis e/ou necessários às atividades desenvolvidas pelas pequenas empresas, onde os sócios atuam pessoalmente, são impenhoráveis, na forma do disposto no art. 649, VI, do CPC.”* (STJ, 3ª T., RESP 156.181-RO, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 17/12/98).

3.16. Transferência *mortis causa*

Quando se cogita da transferência *mortis causa* do estabelecimento, evidentemente está-se diante de hipótese em que a atividade empresarial era desenvolvida por empresário individual, constituindo o estabelecimento parte de seu espólio. Afinal, as pessoas jurídicas não morrem, mas juridicamente se extinguem, não deixando espólio, mas sim uma massa patrimonial objeto da liquidação. Neste contexto, a sociedade que se dissolve envolve-se em processo de liquidação, em que, se houver alienação do estabelecimento a terceiros, trata-se de trespasse simples, sem qualquer particularidade quanto ao regime jurídico aplicável à operação.

A hipótese que se pretende analisar nesta seção envolve tanto o falecimento de empresário individual quanto a continuação de sua atividade por parte de seus herdeiros. Questiona-se, neste âmbito: existe uma operação de trespasse? A resposta é afirmativa.

Na hipótese de falecimento do empresário individual, seu estabelecimento (ou seus estabelecimentos) integra o seu espólio. Aberto o inventário, deverá ser procedida a liquidação, em cujo contexto todos os credores deverão ser pagos com as forças da herança. Se o ativo componente do espólio não for suficiente para o pagamento da totalidade do passivo, pode qualquer herdeiro ou credor requerer a decretação de falência do espólio. Desta forma, somente se mostra possível a transferência do estabelecimento, na fase da partilha, ao herdeiro ou herdeiros que desejem continuar a atividade desenvolvida pelo falecido empresário, ou a terceiro, na hipótese de os herdeiros não desejarem continuar a desenvolver esta atividade, se todos os credores houverem recebido os valores aos mesmos devidos.

Embora haja evidentes peculiaridades nesta modalidade de transferência, não se pode olvidar que o estabelecimento altera sua titularidade. Afinal, o empresário individual, ainda que para efeitos tributários seja equiparado a uma pessoa jurídica, não é de fato dotado de personificação especial, de forma que o empresário desenvolve suas atividades com base na sua capacidade de pessoa natural. Falecendo o empresário, é evidente que os sucessores não podem simplesmente continuar a desenvolver a sua atividade, debaixo do nome de alguém que não mais

existe. Assim, se os herdeiros desejam continuar explorando a atividade, haverá a necessidade de regularização de sua condição jurídica junto ao registro empresarial, seja através da constituição de uma sociedade entre os herdeiros (que também pode ser integrada por outras pessoas), seja pelo registro, como empresário individual, se apenas um herdeiro, sem o apoio de sócios, desejar desenvolver a atividade. Em qualquer hipótese, o estabelecimento muda de titularidade.

E o mesmo ocorre na hipótese de os herdeiros optarem pela venda do estabelecimento a terceiro, para que a partilha incida sobre o produto da venda. Neste sentido, encontramos suporte na orientação de Barbosa de Magalhães:

“Segundo parece, J. Pinto Loureiro também considera trespasse a transmissão do estabelecimento a título gratuito e já se julgou, com a nossa concordância, que deve considerar-se trespasse a transmissão do estabelecimento por sucessão legítima ou testamentária.

Esta é a que nos parece ser a boa doutrina, pois – dada a noção ampla do trespasse – transferência a qualquer título do estabelecimento comercial – não vemos que haja razão legal, ou de outra qualquer ordem, para excluir qualquer forma de transmissão a título oneroso e todas ou quaisquer formas de transmissão a título gratuito.²⁰⁴

Assim, também no caso de sucessão *mortis causa* de um estabelecimento criado por empresário individual, incide o regime jurídico do trespasse, apesar de, neste caso, as normas protetivas dos interesses dos credores fiarem superadas pelo fato de esta transmissão somente poder se dar após a liquidação do passivo agregado ao espólio.

3.17. Aporte do fundo em sociedade

Para a integração do capital social, são admitidos aportes em dinheiro ou em qualquer bem suscetível de avaliação. Assim, o estabelecimento titularizado por um empresário pode se constituir em base material para a integralização das quotas ou ações pelo mesmo subscritas.

Tal operação é viável tanto nos casos em que o sócio ingressante é pessoa jurídica (sociedade empresária sócia de outra) quanto naqueles em que um empresário individual constitui sociedade para se furtar da responsabilidade pessoal

²⁰⁴ Do Estabelecimento Comercial, p. 219.

pelas obrigações empresariais. Esta última hipótese é a que apresenta maior interesse, devendo ser analisados os seus efeitos.

O empresário individual assume responsabilidade direta pelas obrigações de natureza empresarial, ao revés do que ocorre com o sócio de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cujo risco se limita (quanto às operações regulares) à perda do montante investido na integração de suas quotas sociais. Tal consequência decorre do princípio de unicidade patrimonial, pelo qual cada pessoa somente pode ser titular de um único patrimônio. Assim, não sendo o empresário individual uma pessoa jurídica distinta da pessoa natural do empreendedor, não há possibilidade de cisão patrimonial em duas massas distintas, uma de natureza empresarial e outra de natureza particular, de forma que se pudesse pretender o envolvimento só dos bens de natureza empresarial no pagamento destas dívidas. Em realidade, o empresário individual tem apenas um patrimônio, que responde frente ao conjunto de suas obrigações, sejam estas de natureza particular ou profissional²⁰⁵. Com isso, assume elevados riscos em razão do desenvolvimento de atividade empresarial, já que, em hipótese de insucesso, os efeitos patrimoniais da falência atacam todos os seus bens, presentes e futuros.

É por tal razão que o empreendedor busca usualmente a constituição de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada para o desenvolvimento de sua atividade. Desta forma, cria-se uma nova pessoa distinta de seus sócios (a pessoa jurídica da sociedade), a qual será titular de patrimônio próprio e deverá responder pessoalmente pelo pagamento de suas obrigações. Aos sócios incumbe apenas integralizar o capital social.

O empresário individual, titular de um ou mais estabelecimentos, pode, para se furtar aos riscos da empresariedade solitária, constituir uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a qual continuará a desenvolver, sem solução de continuidade, a mesma atividade a que vinha se dedicando o antigo empresário, agora sócio, agora beneficiário do regime de limitação da responsabilidade pelas obrigações sociais.

²⁰⁵ Aqui se revela a equivocidade da regra presente no art. 974, §2º, do novo Código Civil, pela qual *“não ficam sujeitos [em caso de interdição] ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização”*.

Nestes casos, usualmente a integralização do capital social da sociedade constituída é feita mediante a transferência de propriedade do fundo de empresa até então explorado pelo empresário individual, já que o capital social pode ser integralizado não só mediante dinheiro, mas também mediante bens de qualquer natureza, desde que sejam suscetíveis de avaliação econômica.

Questiona-se então: nesta operação de integralização do capital social, haverá necessidade de cumprimento de todas as formalidades ditadas pela lei para a operação de trespasse do fundo? Incidem todos os efeitos jurídicos desta operação jurídica? Para ambas as perguntas, a resposta deve ser afirmativa, já que, quando da integralização do capital social, ocorre verdadeira transferência de propriedade, no caso de utilização de bens para tal finalidade. E, se há transferência de propriedade do fundo, do antigo empresário para a nova sociedade, não restam dúvidas no sentido de que a operação deve seguir todas as formalidades legalmente impostas para a operação de trespasse, assim como incidem todos os efeitos jurídicos decorrentes da cessão, tais como a sucessão pelo passivo vinculado ao fundo (com a solidariedade temporária do alienante) e a possibilidade de declaração de ineficácia da operação, caso em que o sócio poderá ser juridicamente considerado remisso frente à sociedade, podendo, ao menos no campo teórico, ter suas quotas alienadas a terceiros ou mesmo extintas pelos demais sócios.

Percebe-se, também com esta análise, que a operação de trespasse é identificável de maneira aberta, verificando-se sua ocorrência em qualquer hipótese de transferência de propriedade, a título gratuito ou oneroso, entre vivos ou *causa mortis*, de um conjunto de bens que, em si, possibilite a continuidade no desenvolvimento da atividade a que se dedicada o antigo titular da universalidade. Independentemente da modalidade negocial, ou do nome à mesma atribuído pelos participantes, haverá trespasse, e incidirão todos os efeitos legais daí decorrentes.

3.18. Venda do estabelecimento na concordata e na falência

Na hipótese de o empresário se encontrar nos estados de concordata ou de falência, a venda de seu estabelecimento está sujeita a regras próprias.

Durante o processamento de sua concordata, o empresário continua na administração de seus bens, havendo a imposição, entretanto, de algumas restrições. Para a venda de bens vinculados à atividade empresarial, haverá a necessidade de prévia autorização judicial. Já na hipótese de venda do estabelecimento, não bastará esta autorização, fazendo-se também necessária a concordância unânime dos credores (a qual dificilmente será concedida). É o que dispõe a norma presente no art. 149 da legislação falimentar.

Já na hipótese de falência, é evidente que a eventual alienação do estabelecimento não será feita pelo empresário, mas sim pelo síndico, na fase de liquidação. Nesta, o legislador deixou claro que deve ser prioritariamente ser efetivada a venda do estabelecimento como um todo, em comparação à possibilidade de venda fracionada dos bens. E, de maneira inovadora, previu ainda o legislador a manutenção do contrato de locação na hipótese de venda integral do estabelecimento, antecipando a determinação constante do art. 1.148 do novo Código Civil. Tais disposições constam do art. 116, e parágrafos, do Decreto-lei 7.661/45.

4. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL NO DIREITO COMPARADO

4.1. Direito argentino:

No âmbito do direito argentino, a disciplina do estabelecimento empresarial consta da Lei 11.867, de 9 de agosto de 1934. De maneira indireta, o estabelecimento também é regulado pela Lei 20.744, reguladora do contrato de trabalho. A Lei 11.867 é o principal diploma normativo de regulação da matéria no direito portenho, sendo interessante notar que a mesma regula especificamente a transferência do estabelecimento. Também a Lei 20.744 preocupa-se com a transferência do estabelecimento, afirmando, assim como acontece no direito brasileiro, que a transferência do fundo de empresa não acarreta alteração nos contratos de trabalho vigentes.

Do artigo primeiro da Lei 11.867, consta uma enumeração dos elementos componentes do fundo de empresa, na qual estão incluídas as mercadorias, o nome e a insígnia comercial, a clientela, o direito ao local, as patentes de invenção, as marcas de fábrica, os desenhos e modelos industriais, as distinções honoríficas e todos os demais direitos derivados da propriedade comercial e industrial ou artística.

As dívidas não estão elencadas entre os elementos do estabelecimento, indicados no art. 1º da lei em exame. Mesmo que se afirmasse que a listagem não é exaustiva, temos que a mesma poderia ser acrescida de elementos de natureza assemelhada aos lá indicados, não podendo ocorrer a inovação através do acréscimo das dívidas, que não guardam qualquer relação de natureza jurídica com os itens relacionados pelo legislador portenho.

Havendo clareza quanto à não inclusão dos débitos como elemento integrante do fundo, surge naturalmente a conclusão no sentido de que, quando da venda do estabelecimento, inexistente transferência do passivo ao mesmo vinculado. E tal conclusão é assim exposta por Rodolfo Fontanarrosa:

“Em nosso país, tanto a doutrina como a jurisprudência se manifestam prevalentemente no sentido de que tanto os créditos como as dívidas emergentes da atividade do estabelecimento mercantil são créditos e dívidas do titular deste, já que em nosso direito o fundo de comércio não constitui um patrimônio separado. Por conseguinte, a transmissão de um estabelecimento comercial não importa por si mesma a transmissão de seus créditos e dívidas, salvo se por pactuação expressa estipular-se que ela compreende a totalidade do ativo e do passivo do fundo. Assim, quando na transmissão de um fundo de comércio não se pactua expressamente a transferência dos créditos e dívidas, estes não passam ao adquirente.”²⁰⁶

De outro lado, existe fundada crítica à norma presente no art. 1º, no momento em que a mesma inclui a clientela como elemento do fundo de comércio. Pelas mesmas razões já indicadas na análise relativa ao direito brasileiro, os autores argentinos tendem a fazer críticas ao dispositivo legal, já que os elementos da universalidade devem ser, em si e isoladamente, também transferíveis, sendo que na hipótese do estabelecimento bem se sabe da impossibilidade de alienação da clientela, que não é da titularidade do empresário, embora mereça proteção genérica, mormente pela lei de concorrência desleal.

Por tais razões há construção doutrinária no sentido de que a clientela deve ser substituída pela expressão “valor chave”, de sentido próximo à noção de aviamento, e que significa a expressão econômica da eficiência da empresa, de sua capacidade de atrair a clientela e obter lucros. Se o valor do estabelecimento, para fins negociais, é superior à somatória de seus elementos, a diferença auferida pode ser compreendida como “valor chave”. Neste sentido pode-se fazer referência à doutrina de Raúl Aníbal Etcheverry:

“A lei argentina incorpora, de outro lado, a noção de clientela (quer dizer, a habitualidade de determinado número de pessoas em afluir e um certo lugar), que em realidade é um dos elementos que integram o valor chave.

“Na lei de transferências vigente, menciona-se a clientela como integrante do fundo de comércio; em realidade, o costume de determinadas pessoas em acorrer a um determinado

²⁰⁶ Derecho Comercial Argentino, p. 215. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: *“En nuestro país, tanto la doctrina como la jurisprudencia se manifiestan prevalentemente en el sentido de que tanto los créditos como las deudas emergentes de la actividad del establecimiento mercantil son créditos y deudas del titular de éste, ya que en nuestro derecho el fondo de comercio no constituye un patrimonio separado. Por consiguiente, la transmisión de un establecimiento comercial no importa por sí misma la trasmisión de sus créditos y deudas, salvo que por pacto expreso se estipule que ella comprende la totalidad del activo y pasivo del fondo. Así, pues cuando en la trasmisión de un fondo de comercio no se pacta expresamente la transferencia de los créditos y deudas, estos no pasan al adquirente.”*

lugar não é imutável, nem transferível. Por isso alguns estudos aproximam este conceito ao de 'chave'".²⁰⁷

Assim, porquanto a legislação argentina refira-se expressamente à clientela como elemento integrante do estabelecimento, não se pode crer na possibilidade de execução específica da parte do contrato de trespasse que preveja a transferência deste elemento. Porquanto a busca pela clientela seja o mais evidente objetivo do empresário no desenvolvimento de sua atividade, e seja a mesma tutelada pelo direito quando se protege genericamente o estabelecimento ou a concorrência desleal, em realidade não se pode transferir algo que não é titularizado por nenhum sujeito de direito. Ninguém pode conduzir a clientela exclusivamente segundo sua vontade, podendo perdê-la por fatores externos. Conclui-se, com apoio da doutrina argentina, que a clientela, mesmo diante da referência normativa, não se constitui em elemento integrante do fundo de empresa.

Ainda no campo dos elementos integrantes, percebe-se que o legislador argentino não incluiu os imóveis entre os mesmos. E, em face desta omissão, a doutrina tem considerado que, no caso de transferência, devem ser realizados dois negócios jurídicos distintos, tendo como objetos, de um lado, o fundo de empresa e, de outro, o imóvel materialmente vinculado.

Quanto à integração no nome no âmbito dos elementos do estabelecimento, a conclusão doutrinária vem no sentido da sua inclusão, mas são encontráveis limitações idênticas às constantes do direito brasileiro, que autorizariam a conclusão no sentido de que o nome, em si, não se mostra transmissível, por sua pessoalidade. De fato, seja no caso do comerciante individual, seja no de sociedades dotadas de firma social, o comprador apenas adquire o direito de se declarar sucessor do vendedor, não sendo possível a utilização direta do nome deste. Neste sentido vêm os esclarecimentos de Halperin²⁰⁸.

²⁰⁷ Derecho Comercial y Económico, p. 530. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: *"La ley argentina incorpora, en cambio, la noción de clientela (es decir, la habitualidad de un determinado número de personas en la concurrencia a cierto lugar), que en realidad es uno de los elementos que integran el valor llave. En la ley de transferencias vigente se menciona a la clientela como integrante del fondo de comercio; en realidad, la costumbre de ciertas personas de concurrir a un local determinado, no es inmutable, ni tampoco transferible. Por esse algunos fallos asimilan esse concepto al más completo de 'llave'".*

²⁰⁸ *"La determinación de la naturaleza está directamente vinculada a la trasferibilidad del nombre: aquellas normas (arts. 46, ley 3975, y 1, ley 11.867) llevan a aceptarla, pero es menester apuntar una limitación, cuando se trata de la razón social de una sociedad por interés (colectiva, en comandita),*

Aspecto elogiável da regulação da matéria no âmbito do direito argentino é a existência de clareza na definição dos conceitos de sede, estabelecimento principal, sucursal e filial. Para os portenhos, há identidade entre as noções de sede e estabelecimento principal, cuja significação é assemelhada à do direito brasileiro, referindo-se ao local de onde a atividade é administrada e a contabilidade é centralizada. A sucursal é um estabelecimento secundário, com autonomia funcional e subordinação administrativa ao estabelecimento principal. Já o conceito de filial nasce no ambiente das concentrações societárias. Vem neste sentido a exposição de Rodolfo Fontanarrosa:

“A filial é uma sociedade juridicamente independente da chamada sociedade mãe; mas é economicamente dependente dela. Dito de outra forma, a filial é uma sociedade provida de personalidade jurídica, de patrimônio próprio, regida por seus próprios estatutos e seus próprios órgãos de governo e de administração. Pode, inclusive, ter um objeto de exploração distinto do da sociedade mãe. Mas a vinculação ou subordinação econômica se manifesta no fato de esta última possuir um número de ações da primeira suficiente para suas decisões nas assembleias daquela, ou possuir a maioria na diretoria, ou exercer a sociedade mãe a gerência da filial.”²⁰⁹

Esgotado o âmbito de análise do art. 1º, cumpre verificar as demais disposições da Lei 11.867, as quais cuidam diretamente da operação de trespasse. No art. 2º, consta a obrigatoriedade de publicidade da operação, para que a mesma seja válida frente a terceiros, qualquer que seja a modalidade do negócio de transferência do fundo, seja a título gratuito ou oneroso.

O anúncio deve ser realizado previamente à operação, durante cinco dias, abrangendo publicações no Diário Oficial e em jornais do lugar onde esteja

porque la razón social debe integrarse con el nombre o nombres de uno o más socios (art. 126, LS), con la consecuencia del §4º, art. 126, cit., LS, en caso de infringirse. Esta limitación también se aplica en las sociedades de responsabilidad limitada, atento a la redacción del art. 147, LS, pero no en la anónima, porque ese empleo es sólo una forma de denominación (art. 164, LS). Mas en caso de sociedad de personas, nada impide emplearlo con aditamentos que impidan confusión: v.g., ‘sucesores de...’ (v. art. 126, LS)” (Curso de Derecho Comercial, p. 86).

²⁰⁹ Derecho Comercial Argentino, p. 207. Tradução nossa do seguinte original em espanhol: *“La filial es una sociedad jurídicamente independiente de la llamada sociedad madre; pero es económicamente dependiente de ella. Dicho de otro modo, la filial es una sociedad provista de personalidad jurídica, de patrimonio propio, regida por sus propios estatutos y por sus propios órganos de gobierno y de administración. Puede, inclusive, tener un objeto de explotación distinto del de la sociedad madre. Pero la vinculación o subordinación económica se manifiesta en el hecho de que esta última posee un número de acciones de la primera suficiente para imponer sus decisiones en las asambleas de aquélla, o bien dispone de la mayoría en el directorio, o bien la sociedad madre ejercita la gerencia de la filial.”*

localizado o estabelecimento. Destas publicações devem constar todos os elementos objetivos do negócio, à exceção do preço.

Somente dez dias após a última publicação pode ser firmado o contrato de transmissão. Até este momento, a alienação pode ser denunciada por qualquer credor do vendedor. O art. 3º exige que o vendedor apresente ao comprador, previamente à realização do negócio, uma listagem de todos os credores. Contudo, a oposição pode ser realizada por qualquer credor, esteja ou não integrando a lista fornecida pelo vendedor. Neste caso, deverá apresentar documentos que comprovem sua condição de credor para que esteja demonstrado o interesse de agir na formalização da denúncia. Se o crédito do denunciante for questionável, o negócio pode ser realizado, desde que o vendedor preste caução para responder a este crédito.

Transcorrido o prazo de dez dias após a última publicação, e inexistindo oposição de credores, o negócio pode, como já esclarecido, ser formalizado. Para tanto, faz-se necessária a inscrição do negócio junto ao Registro Público de Comércio, para que o mesmo possa produzir efeitos frente a terceiros.

No art. 8º, encontra-se a mais curiosa norma da legislação em análise. Vale a transcrição integral do texto normativo: *“não se poderá efetuar nenhuma alienação de estabelecimento comercial ou industrial por preço inferior ao dos créditos constitutivos do passivo confessado pelo vendedor, mais o importe dos créditos não confessados pelo vendedor, mas cujos titulares realizaram a oposição autorizada pelo art. 4º, salvo em caso de concordância da totalidade dos credores.”*

Neste ponto, a normatização supera a liberdade contratual das partes estabelecendo que o preço de venda deve ser, no mínimo, igual ao do passivo vinculado do fundo de empresa. Cuida-se de peculiar opção do legislador no sentido da proteção dos interesses dos credores, tornando inviável a alienação dos estabelecimentos quando houver grande passivo a descoberto titularizado pelo alienante. De fato, o preço somente poderá ser inferior na hipótese de concordância da totalidade dos credores.

Tal orientação normativa é merecedora de críticas. De um lado, porque ataca os princípios formadores da teoria do estabelecimento empresarial, mormente no tocante à formação de seu preço. De fato, para a constatação quanto ao preço justo de um estabelecimento, deve-se levar em conta tanto os valores individuais dos

bens que o integram quanto o acréscimo decorrente do aviamento resultante da atividade organizativa do empresário. O passivo do empresário, quanto a este aspecto, somente seria relevante se houvesse a transferência das obrigações vinculadas ao estabelecimento para o comprador. Mas, ainda que o direito argentino imputasse como consequência do negócio jurídico a sucessão do passivo, o resultado material desta integração do passivo como elemento do fundo seria exatamente inversa. De fato, se o comprador assumir o passivo do vendedor, o óbvio é que, quanto maior o passivo a ser imposto ao comprador, menor será o preço justo na negociação. Segundo o legislador, ocorreria exatamente o inverso. Nos termos da lei, quanto maior o passivo, maior também deve ser o preço, como se o passivo valorizasse o objeto do trespasse.

De outro lado, o texto normativo merece críticas no aspecto formal da autorização de alienação por preço inferior ao montante do passivo. De fato, permite-se que a venda seja feita por preço inferior quando houver concordância dos credores, nos moldes do art. 4º. Não tendo o legislador exigido outro processo de notificação dos credores, nada impede que na própria notificação inicial do negócio conste já o valor da alienação, aproveitado-se as mesmas publicações para as finalidades do art. 4º e do art. 8º. Contudo, aquela engloba também esta, já que, independentemente do preço, a oposição de credor tornará de qualquer forma ineficaz a transação. Se o preço for superior ou inferior ao passivo, o negócio não será realizado se houver oposição de qualquer credor.

Com isso, torna-se absolutamente vazio o mecanismo de autorização e de fixação de preço constante do art. 8º. De fato, qualquer que seja o preço estabelecido, a ausência de oposição gerará a validade do negócio. Ora! Se a autorização (ou a ausência de oposição) é de qualquer forma elemento essencial para a realização do negócio, em realidade a exigência constante do art. 8º torna-se, em sua materialidade, nada além que a exigência de menção do preço do negócio nas publicações prévias, quando este for inferior ao total do passivo do alienante.

De maneira geral, a normatização em análise tem merecido severas críticas dos comercialistas argentinos, já que, ainda que impondo ao negócio formalidades que podem desestimular a sua realização, não se oferece plena segurança jurídica aos credores potencialmente prejudicados. Analisando uma das válvulas de escape constantes da lei, percebe-se que, se os credores podem se opor à venda do

estabelecimento em sua integralidade, não podem manifestar oposição em caso de venda fracionada do mesmo. Destaque-se, neste específico aspecto, que a venda fracionada pode ser feita por leilão público ou não, conforme indica o art. 10, sendo que somente na primeira hipótese deverão ser atendidas as formalidades de publicidade e sujeição à oposição dos credores. Por isso, afirma Raúl Aníbal Etcheverry que “*muito se tem escrito no país sobre a transferência do fundo de comércio, coincidindo os autores sobre a necessidade de se modificar a lei vigente, que data de 1934.*”²¹⁰

De qualquer forma, ainda que se critique em pontos específicos o mecanismo de tutela dos interesses dos credores, não se cogita a implantação das fórmulas agora existentes no direito brasileiro, seja no sentido da sucessão do passivo, seja no da possibilidade de declaração de ineficácia do negócio.

4.2. Direito português:

Embora de maneira fragmentada, o trespasse do estabelecimento é matéria de há muito regulada no direito português. Não houve preocupação com a regulamentação do estabelecimento em si, centrando-se a tutela normativa especificamente na questão da transferência do estabelecimento, que lá sempre foi nominada de trespasse.

Quanto ao trespasse, importa notar, inicialmente, que o mesmo é definido como um ato de transmissão da propriedade do estabelecimento por ato *inter vivos*, excluindo-se desta esfera, portanto, a possibilidade de transmissão *causa mortis*, a qual, restrita à hipótese de estabelecimento individual, está sujeita a normas específicas.

No caso de transferência *causa mortis*, houve a necessidade de construção de regra própria, em decorrência da personificação jurídica do EIRL, ou estabelecimento individual de responsabilidade limitada, no direito português. Outorgando-se personalidade jurídica ao estabelecimento, o mesmo não poderia ser

²¹⁰ Derecho Comercial y Económico, p. 534. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: “*Mucho se há escrito en el país acerca de la transferencia del fondo de comercio, coincidiendo los autores en la necesidad de modificar la ley vigente, muy criticada, que data de 1934.*”

considerado quinhão do patrimônio a ser transferido por força de herança ou testamento. Daí o sentido da norma presente no art. 23 do Decreto-lei 248, de 25 de agosto de 1986, *in verbis*:

"Art. 23. Morte do titular ou separação patrimonial dos cônjuges. – 1. A morte do titular do EIRL ou, nos casos em que este era casado, qualquer outra causa que ponha fim à comunidade de bens existente entre os cônjuges, não implica na liquidação do estabelecimento, mantendo-se a afetação do respectivo patrimônio nos termos do ato constitutivo.

2. se os herdeiros do titular do EIRL ou os cônjuges não chegarem a um acordo sobre o valor a atribuir ao estabelecimento ou sobre a quota que deve integrar o patrimônio de cada um, qualquer deles pode requerer ao tribunal que fixe este valor ou quota.

3. Passados noventa dias desde a morte do titular do estabelecimento ou desde o ato constitutivo da separação patrimonial dos cônjuges, se os herdeiros ou cônjuges não chegarem a um acordo sobre o destino do estabelecimento qualquer interessado pode pedir a sua liquidação judicial.

4. Se o titular de um EIRL adquirir por sucessão mortis causa a propriedade de algum outro estabelecimento da mesma espécie deverá alienar ou liquidar um deles, ou transmitir a respectiva exploração.

5. O herdeiro ou cônjuge não titular do estabelecimento que, em virtude dos atos referidos no número 1, vier a assumir a titularidade do estabelecimento, dará publicidade deste fato no "Diário da República". O novo titular deve solicitar a inscrição da alteração verificada no Registro Comercial, apresentando, com o requerimento de inscrição, os documentos que comprovem a mudança de titularidade do EIRL."

Desta forma, a exposição que se segue não se enquadra a hipótese de sucessão *causa mortis*, sujeita ao regramento acima transcrito.

Quanto aos elementos do estabelecimento, importa notar, de início, que o Código de Propriedade Industrial luso inclui expressamente o nome empresarial nesta categoria, ao contrário de nosso posicionamento relativamente ao direito pátrio. Consta do art. 29º, 5, do mencionado diploma legal, que *"salvo declaração expressa em contrário, a transmissão do estabelecimento envolve o respectivo nome, insígnia, logotipo e recompensas."*

Para além desta disposição legal, não há outra relativa aos elementos integrantes do fundo, de forma que a sua inclusão ou não depende da afetação ou não dos bens à atividade empresarial.

No caso dos imóveis, em decorrência do referido silêncio normativo, instalou-se controvérsia doutrina. A exemplo do que ocorre no Brasil, classicamente não se incluiu o imóvel entre os elementos integrantes do estabelecimento, surgindo mais recentemente, contudo, nova orientação sobre a matéria, em decorrência da vinculação material entre o imóvel e a universalidade. Vale atenção às observações de Jorge Manuel Coutinho de Abreu no tocante a esta matéria:

“E os prédios? Os prédios têm suscitado mais controvérsia. Entende tradicionalmente a jurisprudência que, na falta de estipulação específica, o trespasse não implica a transmissão do prédio (do trespasante) onde o estabelecimento funciona. Na doutrina, a pertinência dos imóveis ao âmbito natural é afirmada por uns e negada por outros. Não descortino razões que validem um tratamento diferenciado do prédio em face de bens que, tal como ele, fazem parte do estabelecimento, são seus elementos. Tanto mais quanto é certo não ser desprezível a importância dos imóveis. (...) Por conseguinte, quando num contrato de trespasse não se faça menção ao prédio e não se conclua, por interpretação do negócio, que ele foi excluído, deve concluir-se que a propriedade do mesmo foi (naturalmente) transmitida.”²¹¹

No campo obrigacional, constata-se que os contratos de trabalho são transferidos com o negócio de trespasse, a exemplo do que ocorre no direito brasileiro. Tal disposição consta do art. 37º, 1, do Decreto-lei 49.408, de 24 de novembro de 1969, aqui transcrito:

“A posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal transmite-se ao adquirente, por qualquer título, do estabelecimento onde os trabalhadores exerçam a sua actividade, salvo se, antes da transmissão, o contrato de trabalho houver deixado de vigorar nos termos legais, ou se tiver havido acordo entre o transmitente e o adquirente, no sentido de os trabalhadores continuarem ao serviço daquele noutro estabelecimento sem prejuízo do disposto no artigo 24º.”

Da leitura da norma constata-se que a regra geral foi mantida, incluindo-se exceções que, mesmo não constando expressamente do texto normativo brasileiro, são também aqui incidentes.

Outra previsão legal expressa no campo obrigacional diz respeito aos contratos de locação de imóvel empresarial. Segundo o art. 115º, 1, do Regulamento dos Arrendamentos Urbanos, *“é permitida a transmissão por acto entre vivos da posição do arrendatário, sem dependência da autorização do senhorio, no caso de trespasse do estabelecimento comercial ou industrial.”*

Trata-se de norma que apresenta duplo viés. De um lado, dá segurança ao adquirente do estabelecimento, que não fica sujeito a eventuais exigências descabidas por parte do locador, para que este aceite a sub-rogação contratual. Mas, de outro, o locador pode ver-se em situação de imposição de relação contratual com pessoa indesejada, aumentando os riscos de inadimplemento da relação locatícia.

²¹¹ Curso de Direito Comercial, pp. 267-268.

Vale destacar que, para que a norma mencionada produza efeitos, o locador deve ser notificado da ocorrência do trespasse em até quinze dias, nos termos do art. 1038º, g, do Código Civil. Caso contrário, não poderá o locador ser compelido a aceitar a transferência do contrato. Neste caso, o contrato de locação pode ser resolvido pelo locador, com amparo no disposto no art. 1.049º do Código Civil.

Quanto à inclusão do passivo entre os elementos transferíveis do fundo de empresa, o direito português apresenta solução semelhante ao direito brasileiro vigente até o advento do novo Código Civil. Embora haja alguma dissidência doutrinária e jurisprudencial, prepondera a corrente que entende pela impossibilidade de transmissão automática do passivo vinculado ao fundo, salvo as exceções legais, relativas aos débitos trabalhistas e tributários. Neste sentido vale novamente o apoio nos ensinamentos de Jorge Manuel Coutinho de Abreu:

“Na vigência do actual CCiv., a jurisprudência e a doutrina dominantes negam a referida transmissão automática das dívidas. Com razão. De harmonia com o art. 595º, a transmissão a título singular de dívidas referentes a estabelecimento só pode verificar-se por acordo entre trespasante e trespasário, ‘ratificado’ pelos credores (isto é, com a aprovação ou consentimento destes), ou por acordo entre o trespasário e os credores, com ou sem consentimento do trespasante; em qualquer dos casos, a transmissão só exonera o trespasante havendo ‘declaração expressa’ dos credores – respondendo ele solidariamente com o trespasário caso não haja esta declaração.”²¹²

Para além dos aspectos referentes à sucessão de obrigações, verifica-se que a matéria relativa ao restabelecimento do alienante não recebe qualquer tratamento no campo normativo. Contudo, desde a década de 1920, doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido na inadmissibilidade de posterior concorrência entre as partes envolvidas no contrato de trespasse, ainda que inexistia cláusula específica nesta pactuação. Tal orientação pauta-se principalmente no princípio da boa-fé na execução dos contratos e no dever de o alienante assegurar o gozo pacífico da coisa transferida.

E, no campo do não-restabelecimento, entendeu-se ainda que os princípios que o envolvem devem ser preservados ainda na hipótese de alienação total ou parcial das quotas ou ações componentes do capital social. Neste caso, ainda que não esteja configurada uma operação de trespasse de estabelecimento (já que o

²¹² Curso de Direito Comercial, p. 276.

objeto da alienação abrange tão-somente as quotas ou ações), alienante não pode por determinado período concorrer com o adquirente.

Em realidade, a regra do não-restabelecimento é tratada de maneira abrangente, tutelando-se a boa-fé contratual em todas as hipóteses em que a livre concorrência seja desatendida pelo atuar, direto ou indireto, do alienante. Assim, entende-se que os efeitos do não-restabelecimento incidem ainda que o novo negócio seja criado por pessoa ligada diretamente ao alienante (cônjuge, filho), ou quando este assume função de administração em outra sociedade.

No tocante às conseqüências jurídicas do indevido restabelecimento, percebe-se que as soluções indicadas no direito português vão muito além da indenização por perdas e danos preconizada pela doutrina brasileira. Entende-se que, nesta hipótese, ainda que inexista cláusula contratual específica, pode o adquirente pretender:

- a) indenização por perdas e danos, nos termos do art. 798º do Código Civil²¹³;
- b) a resolução do contrato, nos termos do art. 801º, 2, do Código Civil²¹⁴;
- c) a propositura de ação de cumprimento, nos termos do art. 817º do Código Civil²¹⁵;
- d) o recebimento de sanção pecuniária compulsória, nos termos do art. 829º-A do Código Civil²¹⁶; ou
- e) o encerramento do novo estabelecimento, nos termos do art. 829º, 1, do Código Civil²¹⁷.

²¹³ “O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.”

²¹⁴ “Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.”

²¹⁵ “Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo.”

²¹⁶ “Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso. 2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar. 3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em parte iguais, ao credor e ao Estado. 4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.”

Sob outra ótica, vale destacar que o direito português regula não apenas o trepasse do estabelecimento, mas sim outras formas de transferência de posse do mesmo. A locação do fundo de comércio é autorizada pelo art. 1.022º do Código Civil. No caso de locação, aplicam-se os mesmos princípios que cercam o contrato de trepasse, seja para possibilitar o pleno uso dos elementos integrantes do fundo (marca, título de estabelecimento), seja para manter o equilíbrio contratual (dever de não-restabelecimento, transferência do contrato de locação do imóvel²¹⁸).

Em pequena síntese, constata-se que a regulação da matéria no estabelecimento português é bastante assemelhada à existente em nosso direito, embora conste do plano normativo há muito mais tempo. Contudo, dois relevantíssimos diferenciais são encontrados: assim como acontece no direito argentino (e, como veremos, em outros sistemas normativos), inexistente hipótese de reconhecimento de ineficácia do negócio em caso de insolvência futura do vendedor. De outro lado, não há ampla sucessão do passivo, nos termos agora impostos pelo novo Código Civil brasileiro.

4.3. Direito francês

4.3.1. Elementos

Não há dúvidas no afirmar ser o direito francês o ambiente onde inicialmente, e de maneira mais profunda, estudou-se a disciplina jurídica do estabelecimento empresarial. Sua regulação jurídica principiou com a edição da lei de 17 de março de 1909²¹⁹, a qual também é conhecida como Lei Cordelet (autor do projeto), sendo complementada por diversas disposições legais posteriores, até o desaguar na recente edição do Código Comercial de 2001, que regula a matéria entre os artigos 141-1 e 145-60.

²¹⁷ “Se o devedor estiver obrigado a não praticar algum acto e vier a praticá-lo, tem o credor o direito de exigir que a obra, se obra feita houver, seja demolida à custa do que se obrigou a não a fazer.”

²¹⁸ Embora neste último caso a jurisprudência da Relação de Évora tenha tradicionalmente firmado orientação no sentido de que se faz necessária a autorização do locador do imóvel no caso de aluguel do fundo de comércio, ao revés do que ocorre no caso de trepasse do fundo, em que, como vimos, tal autorização não de faz necessária.

Vale destacar, preambularmente, que o direito francês continua ancorado na cisão do direito privado, adotando o sistema da enumeração dos atos de comércio para a classificação da matéria mercantil. Assim, naturalmente não se faz referência a estabelecimento empresarial, mas sim a estabelecimento comercial, designação que será adotada nesta breve análise da regulação jurídica francesa atinente à matéria.

São considerados elementos integrantes do fundo de comércio o material, as mercadorias e os elementos incorpóreos. Compreende-se como material os bens corporais que atuam como estrutura funcional da empresa, como máquinas, mobiliário e ferramentas. Sua relevância econômica na composição do valor do fundo é variável de acordo com a atividade desenvolvida, sendo que usualmente a doutrina não lhes concede grande relevância, centrando a análise econômica do fundo de comércio em seus elementos incorpóreos.

Somente se considera o material como elemento do estabelecimento comercial no caso de o comerciante ser locatário do imóvel em que desenvolve sua atividade, já que, no caso de ser proprietário do mesmo, os objetos, maquinário e mobiliário destinado à exploração do fundo são considerados imóveis por destinação, nos exatos termos dos art. 524 e 525 do Código Civil. Neste caso, estes elementos estão sujeitos ao regime jurídico imposto aos imóveis, já que a propriedade imobiliária não se considera parte integrante do fundo de comércio, estando sujeita a regulação jurídica peculiar. Percebe-se, por esta via, que o imóvel, ainda que de propriedade do empresário e vinculado ao desenvolvimento de sua atividade, não é considerado como parte integrante do fundo, estando sua alienação e proteção jurídica sujeita a regime legal específico, ditado pelo Código Civil. Vale ainda frisar que a imobilização por destinação não pode atingir o fundo como um todo, mas somente os seus materiais.

As mercadorias são tidas como todos os bens móveis destinados à venda, com ou sem transformação, tendo por características básicas sua variabilidade e fungibilidade. Sua variabilidade (o estoque e o seu valor oscilam diariamente), faz com que as mercadorias estejam excluídas da possibilidade de constituição de garantia sobre o fundo.

²¹⁹ Embora o reconhecimento quanto à existência jurídica do fundo de comércio derive da lei fiscal de 28 de fevereiro de 1872.

Sem dúvida, são os elementos incorporais os que apresentam maior valor econômico no contexto do direito francês, merecendo, desta forma, regulação jurídica mais detalhada. A Lei de 17 de março de 1909 estabeleceu a seguinte relação de elementos incorporais do fundo: a insígnia, o nome comercial, o direito ao aluguel, à clientela e à *achalandage*, as patentes de invenção, licenças, marcas de fábrica e modelos industriais, bem como os direitos de propriedade literária e artística. Esta listagem não é considerada exaustiva, havendo possibilidade de inclusão de outros elementos desde que se caracterize sua destinação à preservação da clientela. Hipóteses sempre lembradas pela doutrina são as das autorizações e licenças administrativas.

Mas a possibilidade de extensão desta listagem não acarreta a possibilidade de se incluir o passivo entre os elementos integrantes do fundo. De forma uníssona, a doutrina francesa alerta que as dívidas do vendedor não integram o seu estabelecimento comercial, não se transferindo ao comprador, por conseqüência, em decorrência do *traspasse*. Tal transferência, assim como se vinha entendendo no direito brasileiro, somente se verificava na hipótese de pactuação de cláusula de assunção de responsabilidade pelo pagamento das dívidas, a qual gera efeitos apenas entre as partes contratantes. Por sua clareza e relevância, vale apoio nos ensinamentos de Escarra: *“Em caso de cessão do fundo de comércio, o cessionário não adquire de pleno direito, como sabemos, as dívidas ligadas ao fundo, salvo convenções ou disposições legais em contrário. Ele não suporta ao menos de pleno direito as dívidas provenientes do fundo.”*²²⁰ Daí ser natural a conclusão de Ripert de que *“a cessão do fundo não implica nenhuma transferência de créditos ou de dívidas.”*²²¹

A questão da clientela como elemento integrante do fundo merece solução peculiar no direito francês. Como advertimos anteriormente, a clientela não é um bem passível de apropriação ou transferência, razão pela qual costuma ser afastada do rol dos elementos componentes do estabelecimento.

²²⁰ Cours de Droit Commercial, p. 173. Tradução nossa do seguinte original em francês: *“En cas de cession du fonds de commerce, le cessionnaire n’acquiert pas de plein droit, on le sait, les créances attachés au fonds, sauf conventions ou dispositions légales en contraires. Il ne supporte pas non plus de plein droit les dettes provenant de l’exploitation du fonds.”*

²²¹ Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 326. Tradução nossa do seguinte original em espanhol: *“La cesión del fond no implica ninguna transferencia de créditos o de deudas.”*

Contudo, no direito francês buscou-se um tratamento mais acurado da matéria, em atenção ao fato de que a clientela se constitui no principal objetivo econômico do empresário. Percebeu-se que a razão de existência do estabelecimento é a formação e manutenção de uma clientela.

Conjugando esta premissa econômica com o fundamento jurídico consistente na inadmissibilidade de transferência da clientela, optou-se pela outorga de uma nova natureza jurídica ao fundo. Este não é considerado somente um complexo de bens com destinação econômica própria (universalidade de fato), mas sim a reunião de elementos que possibilita a exploração da clientela, sendo a finalidade mais relevante do que o instrumento. Assim, o estabelecimento não é tido como universalidade de fato, mas sim como propriedade incorpórea consistente exatamente no direito de exploração da clientela.

Em vista de tais considerações, a clientela é tida como elemento central da regulação jurídica do estabelecimento do direito francês, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos que não a consideram como parte integrante da universalidade em vista da inadmissibilidade jurídica de sua transferência, ou da cogitação sobre o direito de propriedade sobre a mesma. Estes fundamentos não são esquecidas pela doutrina francesa, mas a solução resultou diversa, privilegiando-se o fato objetivo da proteção da clientela em face das dificuldades jurídicas de seu enquadramento como elemento do fundo. Por tal razão se mostra oportuna a transcrição da observação de Gabriel Guery:

“De um lado, a clientela não é um bem no significado jurídico da palavra. A empresa não tem nenhum direito sobre os seus clientes: estes são livres para se aprovisionar em outro lugar. A clientela não tem então, separada dos outros elementos do fundo, algum valor patrimonial. Ela não pode, isoladamente, ser cedida, alugada, ou colocada em garantia. De outro lado, a clientela é a essência do fundo. Para a Corte de Cassação, ‘a clientela representa o elemento mais essencial, aquele sem o qual um fundo de comércio não poderia existir’. Resulta desta jurisprudência que se os elementos cedidos de um fundo de comércio não são determinantes para que a clientela seja transferida em conjunto, há cessão de bens isolados, e não cessão de fundo, qualquer que seja a qualificação dada pelas partes ao contrato.”²²²

²²² Droit des Affaires, p. 544. Tradução nossa do seguinte original em francês: *“D’un côté, la clientèle n’est pas un bien au sens juridique du mot. L’entreprise n’a aucun droit sur les clients: ceux-ci restent libres en effet de s’approvisionner ailleurs. La clientèle n’a donc, séparée des autres éléments du fonds, aucune valeur patrimoniale. Elle ne peut pas, à titre isolé, être cédée, louée ou mise en gage. D’un autre côté, la clientèle est de l’essence du fonds. Pour la Cour de cassation, ‘la clientèle représente l’élément le plus essentiel, celui sans lequel un fonds de commerce ne pourrait exister’. Il résulte de cette jurisprudence que si les éléments cédés d’un fonds de commerce ne sont pas assez*

Assim se constata que, em si, a clientela não é considerada pelo direito francês como um bem isolado, nem se admite a sua transferibilidade. Mas, constituindo-se inegavelmente no elemento econômico diretamente visado pelo adquirente do fundo, opta-se por considerá-la como seu principal elemento estrutural. Tal conclusão acarreta conseqüências indiretas diversas, como, por exemplo, a percepção de que inexistente alienação de fundo se o âmbito da transferência não for suficiente para que a clientela passe a acompanhar o adquirente. Ou, de outra via, não se considera a existência de um estabelecimento comercial se o mesmo se beneficia de clientela de outrem, como ocorre no caso de uma lanchonete instalada em um estádio de futebol.

Elemento assemelhado à clientela no direito francês, e sempre referido pelos textos legais e doutrinários, é a *achalandage*, que não encontra paralelo no direito brasileiro. Embora os termos não sejam sinônimos, sua distinção é sutil, de forma que se encontra mesmo uma visível dificuldade na doutrina quanto à exata definição deste elemento. Em geral, costuma-se referir que a *achalandage* é a parcela da clientela que se encontra mais vinculada à localização do fundo de comércio do que à pessoa ou à atividade do comerciante. Para Ripert, é “a parte da clientela decorrente da localização do fundo”²²³. Contudo, temos que a definição do termo não é questão que apresente grande relevância jurídica, já que a clientela é integralmente considerada como principal elemento do fundo, para fins de sua avaliação, de forma que a exata identificação da *achalandage* não representa mais do que uma peculiaridade de sua clientela, entre tantas outras levadas em consideração no momento da realização do negócio de transferência do fundo. Sua maior relevância é econômica, dando ao adquirente do fundo um parâmetro quanto ao nível de manutenção da clientela após o trespasse.

Outro elemento que apresenta regulação jurídica própria no direito francês é o nome comercial, que é considerado um elemento patrimonial, sendo plenamente transferível. A única limitação à transferência é a do patromínico, este sim

déterminants pour que sa clientèle soit transférée avec eux, il y a cession de biens isolés et non pas cession de fonds, quelle que soit la qualification donnée par les parties au contrat.”

²²³ Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 333. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: “la clientela que se debe al emplazamiento del fondo”.

intransferível²²⁴. Contudo, vale destacar o posicionamento de Ripert, para quem inexistente uma verdadeira alienação do nome comercial quando ocorre a transferência do fundo, limitando-se os direitos do adquirente à possibilidade de se designar sucessor do alienante. Com isso, o autor desenvolve crítica idêntica à por nós levantada em seção antecedente, embora sem chegar à mesma conclusão, no sentido de que o nome não pode ser considerado um elemento integrante do fundo em vista de sua intransmissibilidade²²⁵.

O chamado direito ao aluguel (*droit au bail*) é o paralelo francês da nossa ação renovatória de aluguel. Este direito é regulado primordialmente pelo decreto de 30 de setembro de 1953, o qual foi incorporado pelo Código Comercial de 2001.

O direito ao aluguel impõe-se às locações imobiliárias de finalidade mercantil, mas o artigo 2º do citado Decreto estabelece outras possibilidades em que os benefícios legais podem ser invocados: locais alugados a estabelecimentos de ensino, a órgãos da administração pública direta ou indireta e a cooperativas, desde que estas desenvolvam atividades mercantis ou sejam cooperativas de crédito.

De igual forma como ocorre no direito brasileiro, o direito ao aluguel não surge pelo simples fato de estar presente uma locação imobiliária de finalidade empresarial. Há a necessidade de verificação de outros requisitos, os quais se assentam principalmente na duração do contrato, que não pode ser inferior a nove anos (devendo estar caracterizada a destinação a atividade empresarial específica nos últimos três anos), bem como nas tratativas sobre a revisão do valor do aluguel, as quais se mostram de relativa complexidade no texto legal, não sendo relevantes para o desenvolvimento do presente trabalho o seu exame minucioso.

Mas o direito ao aluguel vai além da possibilidade de propositura da ação renovatória. Nos termos do art. 35-1 do Decreto de 30 de setembro de 1953, “o locatário tem o direito de ceder seu aluguel ao adquirente de seu fundo de

²²⁴ Segundo Alain Viandier, “S’agissant du nom commercial, il faut observer d’emblée sa valeur patrimoniale: le nom commercial, à la différence du patronyme, est cessible; le nom commercial est ainsi le siège d’un droit de propriété incorporelle. Cette règle, tirée de la coutume, a été affirmée à nouveau par la Cour de cassation dans l’affaire Bordas.” (L’Entreprise Commerciale, p. 204)

²²⁵ “El nombre patronímico empleado por un comerciante para el ejercicio de su comercio se convierte en un bien patrimonial susceptible de propiedad y cesible a un tercero. (...) Para evitar toda confusión debe añadir su propio nombre seguido de la palabra ‘sucesor’ aunque su nombre puede inscribirse en caracteres pequeños. El nombre se transmite únicamente como elemento del fondo. El comerciante no puede servirse del mismo en los actos jurídicos y no puede firmar con este nombre letras e cambio.” (Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 336).

comércio.”²²⁶ Desta forma, os requisitos objetivos que permitem a propositura da ação renovatória de aluguel transferem-se ao adquirente do fundo, que agrega os prazos e condições decorrentes do contrato anterior. Ou seja: os requisitos não se vinculam à pessoa do locatário, mas sim ao estabelecimento.

Finalmente quanto à delimitação dos elementos integrantes do fundo de comércio no direito francês, cumpre destacar que os imóveis não têm sido incluídos nesta categoria, principalmente pelo fato de o estabelecimento ser sempre considerado como bem móvel naquele sistema jurídico.

Jean Escarra adverte que não procedem as decisões encontradas na jurisprudência francesa no sentido que os imóveis destinados à atividade empresarial seriam considerados como bens móveis por destinação. Em realidade, embora existam os imóveis por destinação, a vontade das partes não pode transformar um bem imóvel por natureza em um bem móvel. Indo além, o mesmo jurista analisa a hipótese em que há inegável vinculação material entre o fundo de comércio e um imóvel, voltado diretamente à exploração da atividade do empresário, sendo este proprietário de ambos. Neste caso, os elementos integrantes do fundo seriam considerados como bens imóveis por destinação, transmudando-se sua natureza jurídica e, por consequência, o regime legal relativo à sua transferência de titularidade²²⁷.

Solução diversa é apontada por Ripert, para quem *“se a venda compreende o fundo e o imóvel ao mesmo comprador, haverá dois contratos distintos, obedecendo cada qual o seu regime próprio.”*²²⁸ Contudo, este autor não diverge do restante da

²²⁶ Tradução nossa do seguinte original em francês: *“Le locataire a le droit de céder son bail à l’acquéreur de son fonds de commerce.”*

²²⁷ *“Indiquons de suite que les immeubles, du moins les immeubles par nature, n’entrent pas, d’après l’opinion courante, dans la composition du fonds de commerce, même si les intéressés ont convenu de leur inclusion. Sans doute des décisions ont-elles admis la solution contraire, en parlant de l’idée que ‘les immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties, lorsqu’ils se confondent, comme accessoires, dans une universalité mobilière’. Mais la doctrine de ces décisions est de plus contestables, car la division des biens est d’ordre public et ne saurait être modifiée par la volonté des parties. S’il y a en droit français des immeubles par destination, il n’y a pas de meubles par destination, ce que paraissent admettre les décisions dont s’agit.*

Mais un autre problème juridique, lié à l’existence des éléments corporels, se pose dans le cas où le titulaire du fonds est en même temps propriétaire de l’immeuble dans lequel le fonds est exploité. En effet, dans ce cas, matériel et outillage devinrent immeubles par destination à raison de l’affectation qui leur est donnée (C. civ., art. 524, visant – à titre d’exemple – : ‘Les utensiles nécessaires à l’exploitation des forges, papeteries et autres usines’)” (Cours de Droit Commercial, p. 161).

²²⁸ Tratado Elemental de Derecho Comercial, p. 335. Tradução nossa do seguinte texto em espanhol: *“Si la venta comprende el fondo y el inmueble al mismo comprador, habrá dos contratos distintos obedeciendo cada uno de ellos a su régimen propio.”*

doutrina ao reafirmar que os imóveis não podem ser considerados como elementos integrantes do estabelecimento, como consequência do grande apego do direito comercial francês à teoria dos atos de comércio, que não considera como tal a compra e venda de imóveis, enquanto que o trespasse é inegavelmente tido como operação de natureza mercantil.

Tal conclusão merece as mesmas críticas à matéria formuladas com relação ao direito brasileiro. De maneira imprópria, confunde-se a parte com o todo. O estabelecimento, ao nosso ver, preserva sua natureza mobiliária ainda que seja integrado por um imóvel. O estabelecimento é um bem distinto dos elementos que o integram.

Expostas estas questões relativas aos elementos integrantes do fundo de comércio, com as peculiaridades do direito francês, cumpre expor as disposições relativas à venda do fundo, matéria que apresenta maior interesse para o desenvolvimento da presente tese.

4.3.2. Alienação

Assim como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, o trespasse de estabelecimento, no direito francês, não depende de forma especial, podendo, em tese, ser realizado até mesmo de forma verbal. Contudo, para a efetivação das garantias em favor do vendedor, consequência que não é essencial para a validade do contrato mas se torna quase indispensável no mundo negocial, faz-se necessária a forma escrita, que, assim, acaba por se tornar uma regra imposta não pelo direito, mas sim pela prática empresarial.

Contudo, duas formalidades são legalmente exigidas para a validade do ato, uma anterior e outra posterior à contratação. Previamente, o vendedor deve fornecer ao comprador um documento contendo as informações essenciais relativas ao negócio, o qual será estudado a seguir. De outro lado, imediatamente após a realização do negócio, os livros contábeis vinculados ao estabelecimento devem ser assinados pelas partes, que elaborarão um inventário nos seguintes termos, ditados pelo art. 141-2, do Código Comercial:

“À época da cessão, o vendedor e o comprador assinam todos os livros de contabilidade havidos pelo vendedor e que se referem aos três anos anteriores à venda ou ao tempo de posse do fundo, se esta não for superior a três anos.

Estes livros se constituem no objeto de um inventário assinado pelas partes, sendo um exemplar remetido a cada uma delas. O cedente deve colocar estes livros à disposição do adquirente durante três anos a partir da sua entrada na posse do fundo.

Todas as cláusulas em contrário reputam-se não escritas.”²²⁹

Evidentemente, a principal esfera de proteção normativa vem no sentido de diminuir os riscos inerentes à operação, seja para as partes envolvidas seja para terceiros interessados. Contudo, o que se constata é que a regulação jurídica da matéria, ainda que seja minuciosa, não apresenta a severidade da regulação brasileira sobre a matéria.

Mostra-se oportuno destacar as esferas de riscos considerados pelo legislador francês. Inicialmente, constata-se que o comprador tem o risco de pagar muito por um objeto de valor inferior, o qual resta potencializado no negócio de aquisição do estabelecimento em face de os elementos mais relevantes deste serem de natureza incorpórea, fato que dificulta sobremaneira sua efetiva avaliação. Já para o comprador, o principal risco é o de não receber o pagamento, no caso de venda a prazo, o qual é extremamente comum neste tipo de operação, em que se procura ao máximo vincular as despesas operacionais com o faturamento futuro, diminuindo assim a necessidade de investimento inicial. Finalmente, há os riscos que se impõem sobre os credores do vendedor, principalmente os quirografários, decorrentes da evidente diminuição objetiva do patrimônio de seu devedor.

Para que o adquirente seja protegido quanto ao preço ajustado para a operação, a legislação exige que o vendedor disponibilize ao comprador, previamente à celebração do contrato, um documento do qual devem constar os seguintes elementos, nos termos do art. 141-1, do Código Comercial:

“I.- Em todos os atos que abranjam uma cessão amigável de fundo de comércio, mesmo que condicional e sob a forma de outro contrato ou a integralização de capital de sociedade mediante a transferência de fundo de comércio, o vendedor deve declarar:

²²⁹ Tradução nossa do seguinte texto legal: *“Au jour de la cession, le vendeur et l'atacheur visent tous les livres de comptabilité qui ont été tenus par le vendeur et qui se réfèrent aux trois années précédant la vente ou au temps de sa possession du fonds si elle n'a pas duré trois ans.*

Ces livres font l'objet d'un inventaire signé par les parties et dont un exemplaire est remis à chacune d'elles. Le cédant doit mettre ces livres à la disposition de l'acquéreur pendant trois ans, à partir de son entrée en jouissance du fonds.

Toute clause contraire est réputée non écrite.”

1º O nome do vendedor anterior, a data e a natureza de seu ato de aquisição e o preço desta aquisição pelos elementos incorpóreos, as mercadorias e o material.

2º A listagem das garantias que gravam o fundo;

3º O número de negócios realizados em cada um dos três últimos anos de exploração, ou depois de sua aquisição se o estabelecimento não está sendo explorado há mais de três anos;

4º Os lucros realizados durante o mesmo tempo;

5º O contrato de aluguel, sua data, sua duração, o nome e endereço do locador e do cedente, se há locação.

II.- A omissão das declarações acima prescritas pode, sob requerimento do comprador no prazo de um ano, acarretar a nulidade do ato de venda.²³⁰

Percebe-se que este documento, de natureza pré-contratual, assemelha-se muito à circular de oferta de franquia prevista no direito brasileiro. Evidente é que o vendedor assume a responsabilidade pela exatidão dos dados mencionados no documento, sendo que, em caso de não fornecimento do documento ou de inexatidão dos dados nele mencionados, o comprador pode buscar judicialmente a redução do preço ou mesmo a anulação do negócio.

É de se destacar que o não cumprimento desta disposição legal, seja pelo não fornecimento do documento ao comprador, seja pela inexatidão das informações nele contidas, não dão ensejo ao imediato reconhecimento da nulidade do negócio. A sua anulação, nestes casos, constitui-se em simples possibilidade, e não uma inafastável consequência, a qual somente ocorre se o comprador intentar ação específica, no prazo de um ano. Assim, se o documento não for fornecido, e o comprador não se opuser, não há irregularidade na operação de *trespasse*²³¹.

²³⁰ Tradução nossa do seguinte texto legal: "I. Dans toute acte constant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer:

1º Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel;

2º L'état des privilèges et nantissements grevant le fonds;

3º le chiffre d'affaires qu'il a réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition s'il ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans;

4º Les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps;

5º Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

II. L'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente."

²³¹ "En caso de omisión de las enunciaciones el comprador puede pedir la anulación del acta de venta en el plazo de un año a contar desde el día que aquélla se haya otorgado. la sanción consiste, pues, en una nulidad relativa y la acción debe ejercitarse en este plazo de un año. Aunque se trata de una regla de forma, la ley ha organizado la nulidad tendiendo a la protección exclusiva del comprador. No podría decirse que la venta verbal sea nula; puede ser establecida por todos os medios de prueba, pero el adquirente podía prevalecerse de la nulidad dictada por la ley de 1935" (RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, p. 367).

Ademais, para além da anulação pode o adquirente pretender a redução no preço ajustado, alegando prejuízos decorrentes da inexatidão das declarações²³².

Além desta hipótese de proteção pré-contratual, há outra, incidente posteriormente à venda. Trata-se do combate à modalidade de concorrência desleal decorrente do restabelecimento do vendedor, em prejuízo da clientela vinculada ao estabelecimento anteriormente adquirido. Não há no direito francês norma específica impedindo o restabelecimento por prazo determinado, como ocorre de há muito no direito italiano e fez-se constar de nosso novo Código Civil, mas a proteção decorre indiretamente da qualificação de tal fato como hipótese de evicção, aplicando-se a norma presente no art. 1.628 do Código Civil.

Para a proteção do vendedor, cujo risco está centrado no efetivo recebimento do preço nas hipóteses de pagamento a prazo, o legislador estabeleceu dois instrumentos normativos.

Inicialmente, decorre do ato da venda um privilégio do vendedor sobre o estabelecimento, o qual prepondera sobre qualquer forma de oneração do fundo posteriormente realizada pelo seu comprador. Este privilégio, contudo, não existe *“sem que a venda esteja evidenciado por um ato autêntico ou sob assinatura particular, devidamente registrada, devendo também estar inscrito no registro público existente no cartório do tribunal de comércio em cuja competência o fundo é explorado”*, de acordo com a norma presente no art. 141-5 do Código de Comércio²³³. Além disso, na hipótese de o privilégio ser exercido em face de um direito de propriedade industrial, o mesmo deve ser inscrito, na quinzena seguinte à da realização do negócio, no Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

Estabelecido o direito ao privilégio, que como vimos não é automático, dependendo de inscrição específica para ser oposto a terceiros, o vendedor passa a ter direito real sobre os elementos integrantes do fundo. E este direito é oponível mesmo em caso de falência ou liquidação judicial. Contudo, o direito não é exercido

²³² *“Le vendeur est garant de l’exactitude des énonciations à l’égard de l’acheteur. Par suite, en cas d’inexactude, celui-ci peut obtenir la résolution de la vente ou une réduction du prix, à condition de que l’erreur qu’elle a provoquée chez l’acheteur sur la valeur que l’erreur qu’elles ont provoquée chez l’acheteur sur la valeur exacte du fonds, ait sa cause dans les énonciations inexactes portées dans l’acte.”* (GUYÉNOT, Jean. *Cours de Droit Commercial*, p. 328).

²³³ Tradução nossa do seguinte texto legal: *“Le privilège du vendeur d’un fonds de commerce n’a lieu que si la vente a été constatée par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, et que s’il a été inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.”*

de uma vez sobre todo o fundo, estabelecendo a lei um mecanismo de separação dos elementos do estabelecimento em três grupos, sobre os quais os direitos incidem separada e seqüencialmente.

A legislação francesa exige que o preço da alienação do fundo seja composto de três valores individualizados, quais sejam os preços das mercadorias, do material e dos elementos incorpóreos. Em hipótese de pagamento parcial, este será voltado inicialmente à quitação do preço das mercadorias, para posteriormente se pagar seqüencialmente o material e os elementos incorpóreos. Assim, na hipótese de inadimplemento total, o privilégio se estende sobre todos os elementos do fundo compreendidos na venda. De outro lado, se houver quitação parcial, a qual se mostrou suficiente para o pagamento integral do valor relativo às mercadorias, o privilégio somente se impõe sobre o material e os elementos incorpóreos. Há a gradual liberação dos elementos do fundo, de acordo com os pagamentos parciais realizados.

De outro lado, o vendedor que não recebe o preço pode propor ação resolutória contra o comprador. Da mesma forma que o privilégio, este benefício deve estar previamente registrado para que seja possível sua invocação posterior. O registro é curial para que se preserve o interesse de terceiros credores, que não podem estar sujeitos à eventual surpresa de oposição de um privilégio, ou de propositura de uma ação resolutória. O registro de tais direitos faz com que os credores do comprador tenham plena ciência sobre a efetiva condição jurídica do estabelecimento, mensurando com exatidão a medida em que o mesmo pode garantir o pagamento de seus créditos.

Finalmente, a proteção jurídica aos credores do vendedor é efetivada pela oposição dos credores, ou pela sobre-oferta, direitos que, para serem efetivados, dependem da publicidade do negócio, a qual é realizada na forma prescrita pelos arts. 141-12 e 141-13 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 141-12. Sob reserva das disposições relativas ao aporte em sociedade de fundo de comércio, previsto nos artigos L141-21 e L141-22, toda venda ou cessão de fundo de comércio, consentida mesmo sob condição ou sob forma de um outro contrato, bem como toda atribuição do fundo de comércio em partilha ou liquidação, é, nos quinze dias seguintes à sua realização, publicada à diligência do adquirente sob forma de extrato ou aviso em jornal

habilitado a receber anúncios legais nos arrondissements²³⁴ ou departamentos nos quais o fundo é explorado e no Boletim oficial dos anúncios civis e comerciais. E no que concerne aos fundos estrangeiros, o lugar de exploração é aquele onde o vendedor está inscrito no registro de comércio e de sociedades.

L141-13. A publicação do extrato ou do aviso feito em execução ao artigo precedente deve ser, sob pena de nulidade, precedida do registro do ato previsor da mudança, seja, à falta do ato, da declaração prescrita pelos artigos 638 e 653 do código geral de impostos. Este extrato deve, sob a mesma sanção, indicar a data, volume e número do posto contábil, ou, em caso de simples declaração, a data e o número do recibo desta declaração e, nos dois casos, o indicação do escritório onde foram praticadas estas operações. Deve-se indicar, de outro lado, a data do ato, os nomes, prenomes e domicílios do antigo e do novo proprietário, a natureza e localização do fundo, o preço estipulado, compreendendo os encargos ou a avaliação adotada como base à cobrança dos direitos de registro, a indicação do prazo fixado para as oposições e uma indicação de domicílio na instância do tribunal.²³⁵

Realizada a publicação, nos moldes ditados pela lei, os credores do vendedor podem manifestar sua oposição. Com o efetivo exercício da oposição, o credor pode exigir a consignação de parte do pagamento do preço do fundo para a quitação de seu débito. Para tanto, deve haver a plena comprovação de sua condição de credor, bem como do montante de seu crédito, sendo oportuno ainda evidenciar que este direito deve ser exercido no prazo de 10 dias após a última das publicações.

De outro lado, o legislador procurou proteger os credores em face de uma eventual venda por preço vil, ou dissimulada. Neste sentido, os credores podem realizar oferta de preço superior (em pelo menos 1/6) ao indicado na publicidade do negócio, adquirindo assim o estabelecimento. Contudo, trata-se de forma de proteção raramente utilizada, principalmente em vista da efetividade da oposição.

²³⁴ Forma de divisão das cidades aproximada da figura dos bairros, mas que não encontra paralelo na língua portuguesa, em vista de suas peculiaridades..

²³⁵ Tradução nossa dos seguintes textos legais: "Article L141-12. Sous réserve des dispositions relatives à l'aport en société des fonds de commerce prévues aux articles L141-21 e L141-22, toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous conditions ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, est, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. En ce qui concerne les fonds forains, le lieu d'exploitation est celui où le vendeur est inscrit au registre du commerce et des sociétés.

Article L141-13. La publication de l'extrait ou de l'avis faite en exécution de l'article précédent doit être, à peine de nullité, précédée soit de l'enregistrement de l'acte contenant mutation, soit, à défaut d'acte, de la déclaration prescrite par les articles 638 et 653 du code général des impôts. Cet extrait doit, sous la même sanction, rapporter les date, volume et numéro de la perception, ou, en cas de simples déclaration, la date et le numéro du récépissé de cette déclarations et, dans les deux cas, d'indication du bureau où ont eu lieu ces opérations. Il énonce, en outre, le date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, y compris les charges ou l'évaluation ayant servi de base à la percetion des droits d'enregistrement, l'indication du délai ci-après fixé pour les oppositions et une élection dans le ressort du tribunal."

Logo se constata que o legislador francês preocupou-se grandemente com a publicidade do negócio, constituindo mecanismos efetivos de garantia dos credores, mormente através do exercício da oposição, sem que haja a imposição de riscos ou prejuízos ao comprador, que não se torna sucessor do passivo do vendedor nem corre o risco da declaração posterior do negócio como decorrência do não-pagamento de algum credor do vendedor.

4.3.3. Arrendamento

Consta do direito francês a regulação de um instituto denominado *location-gérance*, que corresponde à hipótese de arrendamento do fundo de empresa. Sua regulamentação decorre, inicialmente, do Decreto 53.874, de 22 de setembro de 1953, o qual sofreu atualizações normativas até a edição do novo Código Comercial, que disciplina o instituto nos artigos 144-1 a 145-60.

Nesta hipótese, o arrendatário (“gerente livre”, para distingui-lo do gerente do arrendador) administra livremente o estabelecimento, restituindo-o ao proprietário ao final do período de contratação.

Para que se possibilite a formalização do contrato, o Código Comercial francês, em seu artigo 144-3, exige que o arrendador seja comerciante há pelo menos sete anos, bem como que tenha explorado diretamente o estabelecimento objeto do contrato ao menos nos últimos dois anos²³⁶.

De outro lado, os credores que se sentirem prejudicados pelo contrato podem, no prazo de três meses, buscar a declaração imediata de exigibilidade de todas as dívidas havidas junto ao locador e vinculadas materialmente ao fundo, nos termos do art. 144-6²³⁷. Também se mostram imediatamente exigíveis, mas sem

²³⁶ “Les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent avoir été commerçants ou avoir été immatriculés au répertoire des métiers pendant sept années ou avoir exercé pendant une durée les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique et avoir exploité pendant deux années au moins le fonds ou l'établissement artisanal mis en gérance.”

²³⁷ “Au moment de la location-gérance, les dettes du loueur du fonds afférentes à l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal de commerce de la situation du fonds, s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement. L'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans le délai de trois mois à dater de la publication du contrat de gérance dans un journal habilité à recevoir les annonces légales.”

necessidade de qualquer atuação pelos credores, as dívidas assumidas pelo locatário, ao final do contrato²³⁸.

Disposição legal que merece críticas, por representar um afastamento do empresariado da utilização desta forma contratual sem que se apresente justificativa material para tanto é a presente no art. 144-7, pela qual *“até a publicação do contrato de arrendamento, e durante um prazo de seis meses a contar desta publicação, o locador do fundo é solidariamente responsável com o locatário pelas dívidas contratadas por este na exploração do fundo.”*²³⁹ Tal ordem de solidariedade está afastada do conteúdo econômico do contrato e, assim como ocorre com diversas disposições legais inseridas no novo Código Civil brasileiro, representa um desestímulo à utilização desta modalidade negocial.

O contrato deverá apresentar duração de mínima de nove anos, sendo que após cada triênio, haverá possibilidade de rescisão pelas partes, ante a evidenciação de justificativas restritas. De outro lado, está previsto um regime de renovação do contrato assemelhado à ação renovatória do direito brasileiro.

4.4. Direito italiano

4.4.1. Conceito

A significação jurídica de *azienda* acarreta ruptura com a tradição francesa de tratamento da matéria. Embasado em pressupostos jurídicos diversos, como a possibilidade de cisão patrimonial e a aproximação à teoria da empresa já em 1942, o conceito desenvolvido no âmbito do direito italiano diverge em muito do sistema francês. Desta forma, o estudo de seus pressupostos se justifica pelo debate naturalmente decorrente da contraposição de idéias.

²³⁸ *“Art. 144-9: La fin de la location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l’exploitation du fonds ou de l’établissement artisanal, contractés par le locataire-gérant pendant la durée de la gérance.”*

²³⁹ Tradução nossa do seguinte texto legal: *“Jusqu’à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l’occasion de l’exploitation du fonds.”*

A doutrina anterior à edição do Código Civil de 1942 fixou a noção de *azienda* como sendo o patrimônio vinculado à atividade do comerciante. Constituindo-se em realidade de natureza patrimonial, tem-se que a *azienda* compreende todo o ativo e passivo titularizados pelo comerciante e vinculados ao desenvolvimento de sua atividade. Tal noção parte do pressuposto, inadmissível no âmbito do direito brasileiro, da possibilidade de cisão patrimonial para o comerciante, que poderia assim identificar um patrimônio pessoal e outro mercantil (no caso do comerciante individual). Destaque-se, ainda neste contexto, que a cisão patrimonial não se impunha aos terceiros credores, para os quais tanto o patrimônio comercial quanto o civil poderia ser buscado para a satisfação de seus direitos. Daí porque o instituto apresenta interesse exclusivamente doutrinário, não acarretando maior significação material a precisa identificação da *azienda* de um comerciante.

Outra noção relevante da *azienda* é que esta também envolvia o trabalho desenvolvido pelo comerciante, possibilitando assim a noção do instituto como sendo a conjunção entre capital e trabalho voltados ao desenvolvimento da atividade mercantil.

De outro lado, a doutrina daquela época ainda fixava distinção entre os conceitos de *azienda* e *stabilimento*, o qual se configurava como o local onde o comerciante desenvolvia sua atividade. Com base em tais premissas, pode-se compartilhar a opinião no sentido de que o empresário poderia ser titular de vários *stabilimenti*, embora sempre houvesse uma *azienda*, que compreenderia a totalidade do patrimônio mercantil, ainda que os seus bens integrantes estivessem fisicamente desvinculados.

Havia, portanto, duas noções jurídicas, sendo que nenhuma delas equivalia ao conceito brasileiro de fundo de empresa. De um lado, porque o conceito de *azienda* era mais amplo; de outro, porque a noção de *stabilimento* era mais restrita do que o conceito pátrio de estabelecimento empresarial, já que aquele compreendia apenas o local onde a atividade era desenvolvida.

Já com a edição do Código Civil de 1942, a matéria ganhou maior relevância jurídica, sendo tratada de forma direta por vários dispositivos legais. Entre eles, ganham destaque inicial as normas presentes nos arts. 2.558 a 2.560, que elencam como elementos componentes da *azienda* os bens corpóreos e incorpóreos vinculados à atividade comercial, bem como as relações jurídicas havidas com os

trabalhadores e com a clientela, os créditos e fontes de aprovisionamento, e o passivo. Mantém-se, desta forma, tradicional aproximação do instituto com o patrimônio, somado ao trabalho do comerciante.

Ganhando corpo jurídico, a *azienda* passou a ser considerada como uma universalidade, possibilitando-se a sua presença como objeto de contratos de transferência. Assim, como objeto de transferência, passou a universalidade a ser considerada como um bem.

No Código de 1942, fixou-se, no art. 2555, a seguinte conceituação do instituto: “*A azienda é o complexo dos bens organizados pelo empreendedor para o exercício da empresa.*”²⁴⁰ Logo se percebe que a tradição do estudo do direito da empresa naquele país trouxe frutos positivos na própria conceituação do instituto, já que não se partiu da equivocidade de atribuir a atividade organizativa ao empresário, que, na hipótese de uma pessoa jurídica, constitui-se na sociedade, e não na pessoa do empreendedor, que efetivamente procede à organização dos elementos materiais da empresa. Oportuno, assim, atribuir a atividade material ao empreendedor, e não ao empresário, que no caso das sociedades constitui-se em uma abstração.

Percebe-se que existe uma forte vinculação entre os conceitos de estabelecimento e empresa. Não houve a fixação de uma sinonímia entre estas realidades, mas sim oportuna percepção quanto à relação de dependência que a *azienda* apresenta frente à empresa, fato que auxilia na compreensão de regras específicas do direito italiano. Quanto à aproximação entre os conceitos, vale suporte na orientação de Ferri: “*A noção jurídica de estabelecimento é, no sistema do Código, uma noção derivada: esta pressupõe aquela de empresa, da qual constitui o instrumento. Sem empresa não há estabelecimento em sentido técnico e não se aplicam os princípios particulares postos para esta.*”²⁴¹

No campo da natureza jurídica da *azienda*, encontra-se inicialmente a norma constante do art. 813, 3ª alínea, do Código Civil de 1942, pelo qual, como qualquer universalidade, deve ela ser considerada como bem móvel. No caso de o

²⁴⁰ Tradução nossa do seguinte texto legal: “*L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa.*”

²⁴¹ Manuale di Diritto Commerciale, p. 195. Tradução nossa do seguinte texto em italiano: “*La nozione giuridica di azienda è nel sistema del codice, una nozione derivata: essa presuppone quella di*

comerciante ser titular do imóvel sobre o qual se desenvolve sua atividade, haverá a necessidade de formalidades específicas para a operação de compra e venda, conforme a regra presente no art. 2.556 do referido Código. Entretanto, a aproximação do conceito de *azienda* à esfera do patrimônio faz com que a maior parte da doutrina daquele país considere inviável a qualificação do instituto como sendo um bem móvel ou imóvel, sendo que tal forma de identificação somente pode ser aplicada aos elementos integrantes da universalidade, individualmente considerados.

4.4.2. Alienação

O contrato deve ser escrito, podendo as partes optar pela utilização de instrumento público ou particular, a não ser na hipótese de a transferência incluir também bem imóvel, quando se exige a tomada das formalidades referentes à transferência imobiliária.

Tanto para a operação de transferência quanto em todas as outras hipóteses de transferência de direitos de exploração da *azienda* (arrendamento, usufruto), o contrato ajustado entre as partes é sujeito a uma única forma de publicidade, consistente na sua averbação no registro das empresas, dentro de 30 dias a contar da celebração do contrato, consoante a determinação constante do art. 2.556 Código Civil de 1942.

Para além das questões de forma, cumpre analisar os efeitos jurídicos da alienação da *azienda*. Neste mister, no âmbito do já referido art. 2.558, encontramos norma semelhante à constante do art. 1148 de nosso novo Código, segundo a qual constitui-se em efeito jurídico da transferência do estabelecimento a sucessão automática dos contratos vinculados à atividade empresarial, salvo os de caráter pessoal, em que os terceiros contratantes preservam a possibilidade de denunciar a sucessão.

Excetuado o caso dos contratos pessoais, os terceiros contratantes somente podem se opor aos efeitos jurídicos decorrentes da transferência se, no prazo de 3

impresa, della quale costituisce lo strumento. Se non vi è impresa, non vi è azienda in senso tecnico e non se applicano i particolari principi che per essa sono posti."

meses, a contar da alienação, opuserem justa causa para a rescisão da avença, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante. Tal responsabilidade deriva de uma natural depreciação de valor do estabelecimento alienado em razão do afastamento, de seu âmbito, do contrato rescindido por força da oposição manifestada pelo terceiro contratante²⁴².

No campo da sucessão do passivo, aplica-se a norma presente no art. 2.560 do Código Civil de 1942. Consta deste dispositivo que o adquirente fica responsável pelo pagamento das dívidas vinculadas ao negócio, desde que estejam devidamente contabilizadas. Contudo, não se trata de uma sucessão direta, mas sim do estabelecimento de um vínculo de solidariedade entre alienante e adquirente frente aos débitos vinculados ao fundo²⁴³.

A sucessão de créditos decorre automaticamente, por força de lei (art. 2.559), de forma que, ainda que inexista consentimento ou notificação dos devedores, estes deverão realizar seus pagamentos ao adquirente do fundo, ressalvada, por evidente, a validade do pagamento realizado de boa-fé ao adquirente, quando inexistente a notificação do devedor. Neste caso, cumpre ao adquirente a cobrança do crédito junto ao alienante, que indevidamente recebeu valor vinculado à *azienda*, que não mais lhe pertence.

Outra disposição constante do direito italiano, e que encontra paralelo na regulação da matéria constante do novo Código Civil, é a vedação ao restabelecimento do vendedor, em concorrência indevida ao adquirente, pelo prazo de 5 anos após o trespasse, ainda que não tenha havido o ajuste expresso desta obrigação, que somente se afasta no caso de expressamente constar do contrato a autorização ao restabelecimento. Esta consta do art. 2.257 do Código Civil e, como

²⁴² Segundo Ferri, “*effetto del recesso à quello dello scioglimento del contratto; siccome peraltro la modificazione nella situazione obbiettiva, che concreta la giusta causa e determina lo scoglimento, è ricollegabile alla volontà dell’alienante, la legge fa salvo al contraente il diritto chi chiedere il risarcimento del danno all’alienante*” (Manuale di Diritto Commerciale, p. 202).

²⁴³ Neste sentido vale novo suporte na orientação de Ferri: “*Altrettanto deve dirsi per quanto riguarda i debiti: anche per questi non vi è disposizione alcuna dalla quale possa desumersi, come effetto naturale del trasferimento, l’accollo dei debiti da parte dall’acquirente.*

L’art. 2560 si limita a ribadire il carattere cumulativo e non privativo dell’accollo, con la conseguenza che, anche in caso di accollo, l’alienante non è liberato; e a porre a carico dell’acquirente una responsabilità solidale con l’alienante per i debiti risultanti dai libri obbligatori contabili, alla stessa stregua di quanto dispone l’art. 2112 cod. civ. per i debiti derivanti dai rapporti di lavoro. La norma si disinteressa cioè completamente di regolare i rapporti tra le parti per preoccuparsi unicamente della posizione dei terzi” (Manuale di Diritto Commerciale, p. 203).

aponta Ferri, a violação deste dever dá direito ao adquirente de optar entre o ressarcimento dos danos, a rescisão do contrato, ou a sua cumulação²⁴⁴.

Para além do negócio jurídico de alienação, cumpre evidenciar que o direito italiano erigiu o instituto do *affito dell'azienda*, que se assemelha materialmente ao arrendamento do fundo. Neste contexto, cumpre apenas destacar que o contrato de arrendamento pode ser rescindido nas hipóteses de má gestão, ou de insolvência do arrendatário. Tratam-se de hipóteses em que a preservação do arrendamento acarretaria evidentes prejuízos ao arrendador, já que o valor do fundo, que ainda lhe pertence, será reduzido pela diminuição do afluxo de clientela (e por consequência do próprio aviamento) decorrente dos atos de má administração praticados pelo arrendatário. E, para que se possibilite a plena preservação dos interesses do arrendador, a este é garantido amplo direito de fiscalização das atividades do arrendatário, não sendo permitida restrição de acesso de qualquer natureza. Neste sentido vem a disposição constante do art. 1.619 do Código de 1942.

Voltando às normas relativas ao trespasse, constata-se que há grande aproximação com as disposições do direito brasileiro, não sendo impróprio afirmar-se que o direito italiano foi a evidente inspiração do legislador na construção do novo Código Civil. Contudo, deve-se ter sempre em mente que as normas italianas decorrem de premissas inexistentes em nosso ordenamento jurídico (principalmente em vista da aproximação com a noção de empresa), que, quanto aos princípios, espelha-se no direito francês, mas, no desdobramento das regras, aproxima-se grandemente do direito italiano. Saliente-se, todavia, que nem mesmo no âmbito do direito italiano previu-se regra que possibilite a declaração de ineficácia do trespasse, nos moldes do art. 1.145 de nosso novo Código.

4.5. Direito alemão

No âmbito do direito alemão, existe um tratamento jurídico do estabelecimento absolutamente diverso do encontrado no direito francês, que, como

²⁴⁴ “*La violazione del divieto importa le normali conseguenze proprie di ogni inadempimento contrattuale: risarcimento del danno ed eventuale risoluzione del contratto*” (Manuale di Diritto Commerciale, p. 201)

vimos, atua como fonte inspiradora de outros ordenamentos jurídicos. No direito germânico, não se considera o estabelecimento de forma clara como um dos elementos da empresa, como a materialização de seu perfil objeto. Ao revés, identifica-se o estabelecimento com a própria noção de empresa. Neste sentido vem a definição de Gierke, para quem o estabelecimento é *“a esfera de atividades criada pelo exercício profissional do comércio (Handelsgewerbe), com as coisas e direitos que são geralmente inerentes ou acessórios ao mesmo, inclusive as dívidas.”*²⁴⁵ Ou seja: ao invés de identificar o estabelecimento como objeto, aproxima-se da idéia de atividade. Na doutrina moderna, inclusive, há autores que ao menos se referem ao conceito de estabelecimento, optando por tratar da empresa de forma direta, sendo esta considerada um objeto de direito suscetível de toda gama de negócios jurídicos, inclusive o trespasse, sujeito a regras especiais em virtude desta efetiva aproximação com a noção de empresa. Neste sentido pode ser citada a obra de Karsten Schmidt.

Tal divergência conceitual leva à edição de regras que se mostram diferenciadas daquelas constantes no direito francês, e que, surpreendentemente, aproximam-se de diversas normas constantes de nosso novo Código Civil, embora em nosso direito vigorem premissas idênticas à do direito francês, principalmente quanto à inadmissibilidade de se considerar a empresa como objeto de direito.

A primeira divergência perceptível decorre da própria conceituação de Gierke. O passivo inclui-se claramente entre os elementos do fundo. Trata-se de consequência natural da aproximação à noção de empresa. Não sendo o estabelecimento parte da empresa, confundindo-se com a mesma, não há razão para a ocorrência de restrição quanto ao rol de elementos integrantes da universalidade, que é composta também pelas dívidas, por todos os contratos vinculados à atividade e pelos bens imóveis.

Neste contexto, soa natural a previsão do o artigo 25 do Código Comercial alemão, o qual prevê que o adquirente do fundo responde pelo pagamento das dívidas ao mesmo vinculadas, desde que continue a empregar a firma ou denominação do vendedor. Ademais, este continua responsável solidário pelo pagamento de seus débitos pelo prazo de 5 anos.

²⁴⁵ Apud BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 69.

Percebe-se que a sucessão no passivo do vendedor não é regra geral, mas sim efeito possível, na hipótese em que o adquirente continuar a negociar sob o nome do vendedor. Trata-se de evidente proteção à boa-fé negocial, bem como de atenção ao princípio da aparência, sendo importante notar que, ao contrário do que ocorre no âmbito do direito brasileiro, os credores não assumem qualquer forma de risco em virtude do trespasse, já que, na hipótese de assunção de responsabilidade do adquirente do fundo, o vendedor permanece como co-devedor pelo longo período de 5 anos, plenamente suficiente à prática de todos os atos necessários à defesa dos interesses dos credores.

Ainda quanto à sucessão do passivo, importa ainda notar que é possível o estabelecimento de cláusula entre os trespasantes, pela qual inexistente a sucessão do passivo. Desta forma, a imperatividade da norma é relativa, podendo ser afastada pela vontade das partes. Neste ponto, vale novo suporte na orientação de Oscar Barreto Filho:

“Consoante dispõe o §25 do código de comércio alemão, o adquirente que continua a explorar o estabelecimento sob a antiga denominação social (Firma) com ou sem aditivo indicando o fato da sucessão, é responsável por todas as obrigações do antigo titular, que se constituíram durante a exploração do negócio; mas a lei admite estipulação em contrário, de modo que a transmissão do passivo onerando o estabelecimento se explica por uma manifestação implícita de vontade das partes.”²⁴⁶

Assim, porquanto a regra da sucessão do passivo no direito alemão pareça justificar a opção tomada no direito brasileiro quanto à matéria, deve-se salientar duas distinções claras: de início, divergem os princípios jurídicos aplicáveis à matéria, já que, para o legislador alemão, o estabelecimento se confunde com o conceito de empresa, que é tida como objeto de direito. De outro lado, deve-se destacar que a sucessão do passivo não é um imperativo, podendo ser afastada pelas partes através de disposição contratual específica.

²⁴⁶ Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 223.

5. ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO BRASILEIRO

5.1. Considerações iniciais

Não restam dúvidas no sentido de ser elogiável a preocupação do legislador brasileiro em regulamentar a operação de trespasse do estabelecimento, que se constitui numa realidade econômica comum para a qual o direito insistia em não voltar os seus olhos. Pudemos verificar, nos capítulos precedentes, que a evolução na compreensão da matéria não se deu sem grande esforço doutrinário e jurisprudencial, sendo que, com relação a alguns tópicos, divergências persistiam após muitas décadas de debates.

Se houvesse em nosso ordenamento jurídico regulação específica da matéria, tal como ocorreu usualmente no direito comparado após a edição da lei francesa de 1909, teríamos uma base normativa que superaria o campo da especulação, cabendo à doutrina a sua análise crítica. A partir deste patamar, haveria melhor amadurecimento dos conteúdos jurídicos relativos ao trespasse, eliminando inseguranças hermenêuticas, fato que, por si só, acarretaria um incentivo à utilização desta modalidade contratual. Afinal, a simples existência de regras orienta a solução das eventuais lides, concedendo às partes contratantes uma orientação de forma, bem como uma previsão de solução das lides.

Como referimos logo no início do presente trabalho, cumpre ao Estado a edição de norma jurídicas que incentivem o desenvolvimento da atividade empresarial, mola mestra para o incremento da economia nacional. E, neste contexto, deve ser prestigiada a utilização do contrato de trespasse, concedendo ao empresário que pretenda se afastar de sua atividade um caminho alternativo ao da liquidação do estabelecimento, solução simplória que ataca diretamente ao princípio da preservação da empresa. Com a possibilidade da utilização do contrato de trespasse, pode-se manter a atividade econômica, atendendo-se aos interesses do

empresário que se afasta de sua atividade (já que a alienação de um fundo de empresa em funcionamento é usualmente mais interessante financeiramente do que a sua liquidação), do empresário adquirente do fundo (que conta com a manutenção da clientela, mediante análise do aviamento do fundo), dos empregados (que podem ter seus contratos de trabalho preservados) e do Estado (que mantém a arrecadação de tributos e a própria atividade econômica).

Inexistindo regulação jurídica, cria-se um ambiente de incerteza quanto à forma de solução das possíveis futuras lides, afastando-se a segurança jurídica e, por conseqüência, desincentivando-se a utilização desta modalidade contratual.

Com a edição do novo Código Civil, estabeleceu-se finalmente a tão esperada orientação normativa sobre a matéria, fato em si elogiável. Afinal, existindo regulação, afastam-se as incertezas. Há a possibilidade de conhecimento prévio quanto à forma de solução dos eventuais litígios, fato que, como vimos, por si só constitui-se em mecanismo de incentivo à utilização do trespasse.

Mas, evidentemente, para além da existência da lei faz-se necessária a análise quanto à correção e adequação da mesma. O mito positivista, no sentido de que a norma se constitui em fundamento suficiente para a compreensão do Direito, está de há muito superado. Está consolidada a compreensão da interdisciplinaridade dos fenômenos jurídicos, principalmente para a possibilidade de identificação das condicionantes de criação do direito normatizado, que permitem, em associação com outros elementos, a avaliação quanto à legitimidade das regras jurídicas em espécie.

A norma é a fonte imediata de aplicação do direito na solução das lides. Entretanto, não pode ser considerada em si como valor absoluto, único, isolado de outras realidades econômico-sociais. Desta inter-relação pode-se constatar a legitimidade material das normas, bem como sua atualidade no contexto sócio-econômico, ou o contrário, mediante a constatação de impropriedades que evidenciam a necessidade de reforma normativa. Segundo Antônio Carlos Wolkmer,

“o indispensável questionamento acerca da crise e das rupturas da racionalidade tradicional (idealismo / positivismo), a construção de novos paradigmas sócio-políticos na esfera da epistemologia e das ciências humanas e os recentes avanços da filosofia e da ciência devem incidir na presente investigação sobre a essência, a natureza e a cientificidade do mundo jurídico e serem incorporados e ela.”¹²⁴⁷

Assim, faz-se necessária a análise quanto à correção das opções tomadas pelo legislador no momento da criação da norma, que deve ser valorada positiva ou negativamente para que se possibilite a completa aferição quanto à sua capacidade de efetiva solução dos litígios e de cumprimento de sua função econômica, que, no caso, reside no incentivo à utilização do trespasse como opção negocial.

E, na regulação normativa do contrato de trespasse, verifica-se a existência de regras que tiveram o mérito de acertadamente resolver longos litígios doutrinários, sendo referível a constante do art. 1.147, que regulou de maneira clara e correta a questão relativa ao restabelecimento do alienante, encerrando uma discussão que, como tivemos a oportunidade de demonstrar, apresentava longo e significativo desenvolvimento histórico. Assim, as partes envolvidas no contrato passam a ter conhecimento (independentemente de conclusões doutrinárias embasadas em princípios gerais de concorrência desleal) da obrigação imposta ao alienante do fundo no sentido da vedação de mesmo restabelecer-se, no mesmo local e no mesmo ramo, pelo prazo de 5 anos. Cria-se segurança jurídica quanto a este aspecto, sendo que, neste ponto, consolida-se razão de incentivo à utilização desta modalidade contratual.

Mas, infelizmente, esta análise positiva mostra-se extremamente restrita no âmbito da regulação jurídica do trespasse. Já na exposição inicial acerca da maneira pela qual foi regulada a operação de trespasse no direito brasileiro, presente nos capítulos antecedentes, não houve como deixar de tecer críticas a determinadas normas. Suas falhas são inquestionáveis, gerando efeitos concretos na forma do desincentivo à empresariedade pelo afastamento à utilização desta modalidade contratual.

Afinal, o empresário que tenha conhecimento de que irá assumir a responsabilidade pelo passivo vinculado ao fundo, ou de que pode ocorrer a declaração de ineficácia do trespasse em execução promovida contra o vendedor, por certo não se sentirá atraído à utilização desta modalidade contratual, optando pela economicamente indesejada liquidação do fundo de empresa.

Em linhas gerais, embora, como referido preambularmente, haja algumas disposições em que não se pode negar o acerto do legislador, o que se verifica é

²⁴⁷ Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico, p. 24.

uma tutela exagerada dos interesses dos credores, colocando o adquirente do fundo numa condição jurídica extremamente frágil, afastando-se a função econômica destas normas. Cumpre, neste sentido, analisar em pormenores as regras merecedoras de críticas, consolidando-se as premissas jurídicas para a defesa da tese no sentido de que a regulação jurídica do trespasse, presente no novo Código Civil, contraria a esperada função econômica desta normatização.

5.2. A sucessão do passivo

Conforme analisado no capítulo relativo aos elementos do fundo de empresa, o passivo não poderia ser considerado como parte integrante desta universalidade, já que o estabelecimento não é sujeito de direito, mas sim objeto, permanecendo as dívidas no âmbito de responsabilidade do empresário.

Ademais, analisada a questão sob outra ótica, percebe-se que a alienação do estabelecimento não equivale à liquidação do empresário. Se o mesmo fosse titular de diversos estabelecimentos, tendo alienado apenas um, é indubitável que continuaria desenvolvendo a sua atividade, existindo como empresário e respondendo por suas obrigações.

Dúvidas surgiram na hipótese de o estabelecimento alienado ser o único titularizado pelo alienante, não sendo poucos os autores de escol que defenderam a sucessão do passivo como consequência da aquisição do fundo, já que teria ocorrido uma alienação da empresa como um todo. Mas estes doutrinadores, como tivemos a oportunidade de observar na seção 3.8, não foram precisos em suas conclusões, já que a alienação do estabelecimento, ainda que este seja o único titularizado pelo empresário, trata-se da venda de um bem integrante de seu patrimônio, e não da transferência da totalidade do patrimônio. Assim, o empresário continua a existir como tal e, se deixou débitos em aberto, encerrando suas atividades sem a devida liquidação, cumpriria aos credores prejudicados requerer a falência do devedor e, no âmbito do direito falimentar, intentar a declaração de ineficácia do trespasse mediante ação revocatória, de molde a buscar bens que garantam o pagamento de seus créditos.

Fixou-se, após estes debates, o entendimento doutrinário no sentido de que o passivo, não sendo elemento integrante do estabelecimento, não seria transferido ao adquirente em caso de trespasse. Os débitos anteriores, em regra geral, continuariam de responsabilidade do empresário que os assumiu. Duas exceções foram impostas em razão de lei, abrangendo as hipóteses de débitos trabalhistas e tributários, casos em que, embora ao arrepio da melhor técnica jurídica, optou-se por dar efetiva tutela aos interesses jurídicos protegidos. Assim, o adquirente responde pelos débitos trabalhistas e tributários, por imposição das normas presentes no art. 448 da CLT e no art. 133 do CTN.

Este é o tratamento jurídico da matéria que se consolidou no campo da doutrina e da jurisprudência, em época anterior à sua regulamentação específica, fixando-se a regra geral de não sucessão do passivo, que encontra plena adequação aos princípios da teoria geral do estabelecimento empresarial. Era de se esperar, assim, que o tratamento da matéria decorrente da edição do novo Código Civil se harmonizasse com estas conclusões, preservando-se a segurança do negócio.

Contudo, o novo Código Civil subverteu completamente a matéria, com a edição de seu art. 1.146, *in verbis*:

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

A norma merece crítica cerrada. No âmbito da teoria geral do estabelecimento empresarial, verifica-se que o dispositivo legal ataca os mais basilares aspectos relativos à natureza jurídica do fundo. Afinal, porquanto se possa debater quanto ao seu enquadramento na categoria de bem móvel ou imóvel, ou mesmo quanto a se configurar como universalidade de fato ou propriedade incorpórea, não se questiona a conclusão de que o estabelecimento se constitui num bem, num objeto de direito, o qual evidentemente não pode ser considerado como titular de obrigações. E também resta inquestionável que não se cuida o estabelecimento de universalidade de direito, de forma a abranger o passivo no interesse dos credores, tal como ocorre nos casos do espólio e da massa falida.

Melhor desenvolvendo este aspecto, percebe-se que não subsistem nem mesmo as razões lógicas que levaram à inclusão dos débitos nas duas citadas universalidades de direito. Isto porque é pressuposto essencial a ambas o fato de que o devedor não encerrou sua existência, seja pelo falecimento, seja pela declaração de falência. Neste contexto é cristalina a necessidade de pagamento dos devedores, incluindo-se os débitos na universalidade, seja para a busca dos bens partilháveis no espólio, seja para a satisfação possível dos interesses dos credores, mantendo-se a *par conditio creditorum* no caso da massa falida.

Já no caso do trespasse de estabelecimento, não se pode concluir que houve o encerramento das atividades do empresário, ou mesmo a sua extinção. De um lado, porque o empresário pode continuar a desenvolver a empresariedade mediante a exploração de outros estabelecimentos. De outro, porque, ainda que o estabelecimento alienado seja o único detido pelo alienante, e ainda que o mesmo encerre faticamente suas atividades, ele continua a existir para o direito, respondendo pelo seu passivo enquanto estiver vivo (no caso do empresário individual) ou enquanto não for dissolvido (no caso de sociedade empresária, ressalvado o caso da responsabilidade para efeitos falimentares pelo prazo de dois anos no caso de liquidação regular de sociedade por quotas de responsabilidade limitada). Assim, deve-se reafirmar que, no caso de o vendedor estar reduzido à condição de insolvência em virtude da alienação de seu estabelecimento, o caminho lógico seria a declaração de falência com o posterior manejo de ação revocatória, e não a simples e direta sucessão no passivo por parte do adquirente. Até mesmo porque, como veremos oportunamente, torna-se logicamente redundante a construção de normas que paralelamente prevejam a sucessão no passivo e a possibilidade de declaração de ineficácia do negócio de trespasse.

No âmbito do direito comparado, percebemos que as ordenações filiadas à sistemática francesa de tratamento do fundo de empresa excluem de forma clara o passivo do âmbito dos elementos do estabelecimento. Mas também pudemos notar que o mesmo é considerado como componente do estabelecimento no direito alemão e no italiano. Contudo, deve-se asseverar que, nestes ordenamentos, o estabelecimento é tratado como a empresa em si, reunindo as características de mais de uma de seus perfis. Daí porque, principalmente do direito alemão, sempre se buscou uma aproximação da natureza jurídica do fundo à noção de

personalidade jurídica. E, mesmo no direito italiano, o tratamento é diverso por se considerar que ocorre efetivamente a alienação da empresa, e não apenas de um de seus elementos. Por tal fundamento, em ambos os ordenamentos ocorre, juntamente com a alienação do estabelecimento, a transferência do nome empresarial. No Brasil, não podem ser adotadas as soluções do direito alemão e do direito italiano em vista de três considerações.

Inicialmente, deve-se adotar como premissa o fato de que o sistema normativo brasileiro não concede personalidade jurídica ao estabelecimento. Assim, os débitos contraídos no exercício da atividade empresarial não são imputados ao estabelecimento, mas ao empresário (pessoa física ou jurídica) que os assumiu. Prepondera, para a finalidade de responsabilização pelas obrigações, o perfil subjetivo da empresa, e não o objetivo, representado pelo estabelecimento. Nesta ótica, o estabelecimento deveria ser vislumbrado como um bem integrante do patrimônio do empresário, o qual poderia figurar como garantia ao pagamento dos débitos. Nada além disso.

Em segundo lugar, não se pode deixar de apontar para o fato que a empresa não é regulada de forma plena no âmbito do direito brasileiro, razão pela qual Rubens Requião concluiu, com precisão, que sua natureza jurídica, em nosso ordenamento, é de abstração, não existindo nem como sujeito nem como objeto de direito. Assim, percebe-se claramente que existe a regulação específica e distinta de alguns dos perfis da empresa, sendo que o perfil objetivo (estabelecimento) não se confunde em sua regulação com o perfil subjetivo (empresário), visto que a cada qual é outorgada uma natureza própria, constituindo o perfil objetivo um objeto de direito e o perfil subjetivo um sujeito de direito. A alienação do estabelecimento deveria ser vislumbrada com alienação de parte ou da totalidade do perfil objetivo (no caso de haver ou não outro estabelecimento sobre o qual o empresário possa continuar a desenvolver a sua atividade), sem acarretar qualquer alteração no campo do perfil subjetivo, já que o encerramento da atividade não é causa de extinção jurídica do empresário, conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar anteriormente.

Não se esqueça que, na prática comercial, é comum a referência à compra de uma determinada empresa. Contudo, a tradução jurídica deste negócio aponta quase sempre para uma operação de compra de participações societárias, seja na

forma de ações, seja na forma de quotas. Nestes casos, como também já demonstramos, inexistiu uma operação de trespasse de estabelecimento, ocorrendo somente a compra de participações societárias, que são bens integrantes do patrimônio dos sócios, e não da sociedade. Como consequência deste negócio, continua a existir o mesmo empresário (sociedade empresária), com simples alteração de seu quadro de sócios (ou de acionistas), de forma que o estabelecimento continua a pertencer a quem sempre pertenceu (à sociedade, e não aos sócios), e as dívidas continuam a ser de responsabilidade de quem sempre a deteve (da sociedade, e não dos sócios). Assim, o que se costumou nominar de compra de empresa no campo negocial juridicamente não abrange o trespasse do estabelecimento, razão pela qual não se pode analisar a questão da sucessão do passivo sob esta ótica.

E, em terceiro lugar, deve-se ter em consideração que no direito brasileiro, seja sob a ótica do novo Código Civil, seja no contexto da anterior regulação da matéria, não se mostra viável a alienação do nome em si, prevendo a legislação somente a possibilidade de se declarar sucessor de determinado empresário. Assim, não há a menor possibilidade de abrangência dos aspectos pessoais do empresário (entre os quais se inclui a responsabilidade pelo pagamento de seu passivo) na operação de trespasse.

Contudo, de maneira absolutamente inovadora (e equivocada), o legislador brasileiro optou por inserir norma pela qual o adquirente, independentemente de pactuação neste sentido, assume a responsabilidade pelo pagamento de todas as dívidas vinculadas ao estabelecimento que constem da escrituração contábil do vendedor.

Bem sabemos que, antes da vigência do novo Código Civil, não se mostrava incomum o estabelecimento de cláusula de sucessão de obrigações no próprio contrato de trespasse. Contudo, nestes casos há plena liberdade das partes na fixação das cláusulas, que são precisas quanto aos débitos assumidos e não importam em sub-rogação frente aos credores, fatos que afastam grande parte dos problemas inerentes à norma comentada.

Já no âmbito do novo Código, os limites da cláusula de assunção de responsabilidade são em muito extrapolados. De um lado, porque a cessão de débitos passa a ser uma imposição legal, e não uma condição negocial livremente

assumida pelas partes. De outro, porque, após o prazo de um ano de solidariedade entre comprador e vendedor (contado do ato de transferência ou do vencimento da obrigação, dependendo de estar ou não vencido o débito), opera-se uma verdadeira sub-rogação na condição de devedor, sem que com tal efeito tenham os credores consentido.

Neste último caso, resta claro que os danos práticos são diminutos para o credor. Afinal, preserva-se a solidariedade entre as partes pelo prazo de um ano, período em que, inclusive, aumentam as perspectivas do credor quanto ao recebimento de seus direitos em vista da possibilidade de cobrança também do adquirente do fundo de empresa. Ademais, não se mostra provável que o credor permaneça inerte quanto à cobrança do título em que se funda seu direito durante mais de um ano, quando perderá o direito de acionar o devedor originário. Para determinados títulos, este período mostra-se superior até mesmo ao prazo da prescrição da pretensão executiva. Assim, ainda que juridicamente se mostre indevida a sub-rogação forçada da condição de devedor, sem o consentimento expresso dos credores (que podem ser prejudicados se o adquirente apresentar suporte patrimonial inferior ao do vendedor), na prática os efeitos são limitados pela existência do prazo de solidariedade entre os contratantes, que se mostra suficientemente elástico para que o credor diligente na defesa de seus interesses intente as medidas necessárias para a satisfação de seu crédito.

Contudo, embora aos credores não sejam impostas conseqüências mais danosas, o comprador é diretamente prejudicado pela assunção do passivo do vendedor. Evidente é que tal efeito onera sobremaneira a operação, diminuindo o interesse pela prática negocial do *trespasse*. E, além de onerosa, a sucessão do passivo eleva exageradamente o risco imposto ao adquirente do fundo, já que se mostra difícil o exato conhecimento prévio dos débitos efetivamente assumidos pelo comprador, tanto pela impropriedade da contabilidade usual para tal finalidade, no caso de o vendedor possuir mais de um estabelecimento (conforme veremos na subseção que segue), quanto porque a sucessão é genérica, diversamente do que ocorria na cláusula de assunção de débitos, em que estes eram individuados e discriminados contratualmente.

5.2.1. A definição de débitos vinculados ao estabelecimento

Quando o empresário que se desfaz de seu estabelecimento era titular de um único fundo de empresa, não há dúvida quanto aos débitos cuja responsabilidade pelo pagamento se impõe também ao adquirente. Todas as dívidas escrituradas são abrangidas pela regra jurídica em análise. Somente os débitos não escriturados (e portanto desconhecidos pelo adquirente na ocasião do trespasse) permanecem de exclusiva responsabilidade por aquele que os assumiu.

Mas, na hipótese de pluralidade de estabelecimentos, mostra-se evidente que a alienação de um deles não poderia importar na transferência de todos os débitos de titularidade do alienante. Consoante refere a normatização, apenas os débitos vinculados ao fundo trespasado são atingidos pela nova regra jurídica.

Contudo, porquanto a norma seja de conteúdo evidente, o sistema de escrituração contábil imposto aos empresários brasileiros pode não fornecer elementos suficientes para que o adquirente tenha prévio conhecimento quanto aos débitos efetivamente atingidos pela operação de trespasse. Conforme veremos no desenvolvimento desta sub-seção, cobra-se a existência de livros facultativos para que se possa conhecer previamente o âmbito da responsabilidade assumida pelo adquirente, já que a escrituração obrigatória, no caso de pluralidade de estabelecimentos, não fornece elementos suficientes a esta análise. Para tanto, faz-se oportuna pequena digressão acerca das exigências normativas de contabilidade impostas ao empresário.

Os livros referidos pela legislação brasileira são divididos em obrigatórios comuns, obrigatórios especiais, facultativos e fiscais.

Livros obrigatórios comuns são aqueles cuja escrituração é imperativa a todos os empresários, independentemente da atividade desenvolvida e de sua organização jurídica. A disciplina relativa aos livros obrigatórios comuns surgiu com o art. 11 do Código Comercial, o qual estipulava que eram considerados como tais o livro Diário e o Copiador de Cartas. Contudo, com a edição do Decreto-lei 486/69, o livro Copiador de Cartas deixou de figurar como obrigatório, remanescendo como obrigatório comum apenas o livro Diário. A norma presente no art. 1.180 do novo Código Civil determina que o Diário é o único livro obrigatório comum. Neste livro

são lançadas diariamente todas as operações empresariais praticadas. Ou, como refere de maneira específica o art. 12 do Código Comercial de 1850,

“No Diário é o comerciante obrigado a lançar com individuação e clareza todas as suas operações de comércio, letras e outros quaisquer papéis de crédito que passar, aceitar, afiançar ou endossar, e em geral tudo quanto receber e despende de sua ou alheia conta, seja por que título for, sendo suficiente que as parcelas de despesas domésticas se lancem englobadas na data em que forem extraídas da caixa. Os comerciantes de retalho deverão lançar diariamente no Diário a soma total de suas vendas a dinheiro, e, em assento separado, a soma total das vendas fiadas no mesmo dia.

No mesmo Diário se lançará também em resumo o balanço geral (art. 10, nº 4), devendo aquele conter todas as verbas deste, apresentando cada uma verba a soma total das respectivas parcelas; e será assinado na mesma data do balanço geral.”

De maneira sucinta, o art. 1.184 do novo Código Civil determina que *“no diário serão lançadas, com individuação, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa.”*

As microempresas ou empresas de pequeno porte que estejam vinculadas ao SIMPLES estavam, pelo regime previsto no art. 7º da Lei 9.317/96, dispensadas da escrituração do Diário, sendo obrigadas à escrituração dos livros Caixa e Registro de Inventário. Contudo, com a edição da Lei 9.841/99, ficou revogada esta disposição específica, de forma que também as micro e pequenas empresas estão obrigadas à escrituração do livro Diário.

Até a entrada em vigor do novo Código Civil, somente as instituições financeiras poderiam ser dispensadas da escrituração deste livro. Estas empresas podem optar pela substituição do Diário pelo livro de Balancetes Diários e Balanços, com amparo na Lei 4.843/65. E esta regra é ampliada a todos os empresários por força do art. 1.185 do novo Código Civil, a qual determina que *“o empresário ou sociedade empresária que adotar o sistema de fichas de lançamentos poderá substituir o livro Diário pelo livro Balancetes, Diários e Balanços, observadas as mesmas formalidades extrínsecas exigidas para aquele.”*

Os livros obrigatórios especiais são aqueles cuja escrituração é obrigatória apenas para determinadas classes de empresários. Assim, os empresários que emitem duplicatas (o que é regra, e não exceção), devem manter atualizado o livro de Registro de Duplicatas, de acordo com o disposto no art. 19 da Lei 5.474/68. Outro exemplo clássico é o caso das sociedades anônimas, que, de acordo com o

disposto no art. 100 da Lei 6.404/76, devem manter, além do livro Diário, os livros de Registro de Ações Nominativas, de Transferência de Ações Nominativas, de Registro de Partes Beneficiárias Nominativas, de Transferência de Partes Beneficiárias Nominativas, de Atas de Assembléias Gerais, de Presença de Acionistas, de Atas das Reuniões do Conselho de Administração (quando este órgão existir), de Atas das Reuniões de Diretoria e de Atas e Pareceres do Conselho Fiscal.

Para além dos livros empresariais obrigatórios, encontra-se a disciplina dos livros empresariais facultativos, já que, como é evidente, o empresário que cumpre a obrigação legal mínima de escrituração pode manter qualquer outro livro que considerar necessário, atendendo às peculiaridades de sua atividade empresarial. Entre os facultativos são classicamente referidos os livros Razão, Caixa, Conta-Correntes, Borrador, Costaneira, Obrigações a Pagar e Obrigações a Receber. Mas, em realidade, qualquer forma adicional de escrituração mantida pelo empresário constituirá um livro facultativo. Para Fábio Ulhoa Coelho, estes livros não apresentam eficácia probatória:

“Neste grupo pode-se incluir qualquer tipo de registro ordenado e uniforme que os empresários realizam, para controle do andamento de seus negócios, ou memória de decisões. Não é comum esta prática, mas, em tese, nada impede que o empresário crie métodos próprios de contabilizar os seus negócios e os utilize. Claro que o livro facultativo tem valor meramente gerencial e, mesmo quando autenticado pela Junta Comercial, não terá a eficácia probatória que a lei confere aos livros obrigatórios.”²⁴⁸

Finalmente, surge a categoria dos livros fiscais, os quais não atuam como meio de auxílio ao empresário no controle financeiro de suas atividades, mas sim instrumento de fiscalização da Fazenda Pública no exercício de sua incansável atividade arrecadadora.

Os principais livros fiscais são aqueles exigidos pelas legislações relativas ao Imposto de Renda, ao Impostos sobre Produtos Industrializados e Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Neste contexto, temos que o Regulamento do Imposto de Renda impõe ao empresário (não beneficiário do regime do SIMPLES), em seu art. 260, a escrituração dos seguintes livros fiscais:

²⁴⁸ Curso de Direito Comercial, vol. 1, pp. 83-84.

- a) livro de Registro de Inventário das matérias-primas, das mercadorias e produtos manufaturados existentes à época do balanço;
- b) livro de Registro de Compras (que pode ser substituído pelo Registro de Entradas, modelo 1-A, exigível pela legislação referente ao IPI e ao ICMS);
- c) livro de Apuração do Lucro Real (LALUR);
- d) livro de Registro Permanente de Estoque, para as pessoas jurídicas dedicadas à venda de imóveis;
- e) livro de Movimentação de Combustíveis.

De outro lado, a escrituração relativa ao IPI e ao ICMS está reunida pelo Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais, convênio estabelecido entre o Ministério da Fazenda e os Secretários da Fazenda ou de Finanças dos Estados e do Distrito Federal, firmado em 15 de dezembro de 1970. Pelos termos do convênio, os empresários obrigados ao recolhimento do ICMS ou do IPI, e não beneficiários do regime do SIMPLES, devem manter a escrituração dos seguintes livros:

- a) Registro de Entradas, modelo 1;
- b) Registro de Entradas, modelo 1-A;
- c) Registro de Saídas, modelo 2;
- d) Registro de Saídas, modelo 2-A;
- e) Registro de Controle da Produção e do estoque, modelo 3;
- f) Registro do Selo Especial de Controle, modelo 4;
- g) Registro de Impressão de Documentos Fiscais, modelo 5;
- h) Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, modelo 6;
- i) Registro de Inventário, modelo 7;
- j) Registro de Apuração do IPI, modelo 8;
- l) Registro de Apuração do ICMS, modelo 9.

Os livros fiscais apresentam característica de relevância para a matéria em exame, constante no fato de permanecerem obrigatoriamente no estabelecimento do empresário, somente podendo ser de lá retirados quando de necessidade de encaminhamento à repartição fiscal, nos termos do art. 270 do Decreto 87.981/82.

Assim, a lógica nos conduz à conclusão de que, quando o empresário possuir mais de um estabelecimento, cada um deles deve manter escrituração fiscal própria,

ao revés do que ocorre com os livros empresariais, que apresentam escrituração unificada quando o empresário possui mais de um estabelecimento empresarial. Afinal, consoante consta do art. 1.184 do novo Código Civil, o livro Diário (obrigatório comum) concentra todas as operações relativas ao exercício da empresa. Assim, quando um empresário possuir vários estabelecimentos, escreva-se um único livro Diário, que pode permanecer fora de sua sede ou principal estabelecimento. Neste sentido vem a orientação de Rubens Requião:

“Os empresários que mantiverem mais de um estabelecimento, seja filial, sucursal, agência, depósito, fábrica, ou outro qualquer, são obrigados a manter em cada um deles escrituração em livros fiscais distintos, vedada sua centralização mesmo na matriz. Os livros fiscais devem, pois, ser conservados rigorosamente no estabelecimento a cuja escrituração fiscal se destinarem, para serem exibidos a qualquer momento aos agentes fiscais, até que ocorra a prescrição dos créditos tributários resultantes das operações neles escrituradas.”²⁴⁹

Após a recordação acerca da forma legalmente exigida de escrituração empresarial, percebe-se que a identificação dos débitos relativos ao estabelecimento negociado, na hipótese de pluralidade destas universalidades, não se mostra tarefa das mais fáceis.

Isto porque, no campo dos livros empresariais obrigatórios, bem se percebe que a escrituração dos mesmos deve ser centralizada, abrangendo as operações desenvolvidas pelo empresário em si, não havendo necessidade de distinção dos débitos relativos a cada um dos fundos de empresa. Desta forma, o livro Diário, que se configura como o livro obrigatório comum a todos os empresários, deve reunir todas as operações praticadas pelo empresário, sem distinção de estabelecimento.

De outro lado, os demais livros obrigatórios não se prestariam à identificação da totalidade dos débitos havidos pelo empresário com relação a cada estabelecimento. Afinal, o livro de Registro de Duplicatas deve se ater apenas aos débitos corporificados nesta modalidade de título de crédito, não abrangendo as obrigações contratuais e as decorrentes da omissão de outras modalidades de título. E o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos demais livros obrigatórios especiais, que sempre se voltam a um aspecto peculiar da atividade empresarial, não abrangendo, em nenhuma hipótese, a totalidade dos débitos relativos a um determinado estabelecimento empresarial.

Já no âmbito dos livros fiscais, há, de início, um ponto favorável e outro contrário à sua utilização para a finalidade aqui pretendida. De um lado, estes livros obrigatoriamente devem ser escriturados separadamente na hipótese de pluralidade de estabelecimentos. Mas, de outro, a sua finalidade é vinculada à fiscalização tributária, e não à prova relativa à sucessão de obrigações específicas em caso de trespasse.

De qualquer forma, também se tratam de livros que escrituram apenas determinados aspectos da atividade empresarial, não abrangendo a totalidade das obrigações e direitos vinculados à empresa. Por isso mesmo, é diminuída a possibilidade de seu emprego para a finalidade de demonstrar quais sejam os débitos relativos a um determinado estabelecimento.

Bem sabemos que, para a facilitação do controle de sua atividade, recomenda-se ao empresário que proceda a uma escrituração empresarial para cada estabelecimento, podendo daí concluir sobre a lucratividade do mesmo decorrente, bem constatar a eventual existência de desequilíbrios financeiros passíveis de correção. Assim, é recomendável que o empresário titular de mais de um fundo de empresa mantenha um livro, nos moldes do diário, para cada estabelecimento. Contudo, tal forma de procedimento não passa de uma recomendação, inexistindo exigência legal neste sentido.

Se o livro Diário não contiver especificação do estabelecimento a que cada lançamento está vinculado (e não há obrigação legal para tanto, sendo perfeitamente regular uma contabilidade abrangente), somente nos livros facultativos é que se poderá identificar os débitos relativos ao estabelecimento negociado, no caso de pluralidade. Trata-se de evidente situação geradora de insegurança, e que sem dúvida acarretará diversas lides relativas à ligação de determinadas dívidas ao fundo de empresa trespessado. E, neste ponto, relembremos a lição de Fábio Ulhoa Coelho, acima referida, no sentido de os livros facultativos não apresentarem eficácia probatória.

Assim percebemos que o adquirente do fundo, ainda que conheça os efeitos jurídicos impostos à operação, estando cômico da responsabilidade assumida pelos débitos contabilizados, nem sempre encontrará com clareza qual o efetivo montante

destes débitos. Na hipótese de inexistir contabilidade complementar às exigências legais (ou na de o vendedor propositalmente omitir a existência de tal contabilidade), o adquirente não terá possibilidade de conhecer com plenitude o montante dos débitos pelos quais responderá.

Além de se mostrar economicamente abusiva e tecnicamente indevida a sucessão no passivo vinculado ao fundo, conforme verificamos na seção precedente, há ainda um elemento de risco imposto ao empresário que opte pelo trespasse mesmo com conhecimento da assunção dos débitos vinculados ao fundo. Em determinados casos, pode ocorrer a posterior responsabilização por um débito escriturado no livro Diário, mas que, de início, o adquirente do estabelecimento acreditava não estar materialmente vinculado ao fundo. Apresenta-se mais uma razão pela qual o empresariado acabará por evitar a utilização desta modalidade contratual após a entrada em vigor do novo Código Civil.

5.2.2. A impropriedade da previsão de sucessão do passivo

Evidente é que a tutela jurídica dos efeitos decorrentes do contrato de trespasse deve se pautar na identificação do bem tutelado, na harmonização com o sistema jurídico e na construção de instrumentos normativos que possibilitem a satisfação material da proteção demandada.

No caso do regramento constante do novo Código Civil, percebe-se que o legislador principiou seu equívoco na eleição do bem jurídico tutelado. Fica claro que a principal intenção é a proteção aos credores do alienante. Mas, conforme expusemos no princípio deste capítulo, deveria existir incentivo e concessão de segurança jurídica também às partes contratantes, para que se possibilite também por esta via o desenvolvimento da empresariedade. No caso da norma em análise, é fácil a constatação de que seu sentido jurídico é unicamente o de garantir o pagamento dos credores, ainda que haja a imposição de efeitos exagerados às partes contratantes. Assim, no tocante à delimitação do bem juridicamente tutelado pode-se concluir que o legislador, quanto à sucessão do passivo por parte do adquirente, além de vislumbrar unicamente os interesses dos terceiros credores, olvidou-se daquele que deveria ser incentivado para a possibilitação deste negócio

jurídico, que é o empresário adquirente. Dá-se a entender, por esta via e por outros aspectos que ainda serão abordados, que se partiu da premissa de que a compra e venda de estabelecimento empresarial se constitui em uma operação nociva à economia, que deve ser evitada ao máximo, enquanto que, em realidade, trata-se de modalidade negocial que deve ser preservada e incentivada, como forma de efetivação do princípio da preservação da empresa, concedendo ao empresário que deseja encerrar suas atividades uma opção mais atraente do que a simples liquidação, com todos os prejuízos econômicos daí decorrentes.

Em segundo lugar, a norma deveria ser harmônica com os demais preceitos jurídicos atinentes à matéria. E aqui o descompasso da opção pela determinação da sucessão do passivo é evidente. Isto porque, conforme já analisado, o estabelecimento se constitui num objeto de direito, com natureza de universalidade de fato, e que nem mesmo é integrado pelo passivo do alienante. Evidente é que, se a conclusão é clara no sentido de que o passivo não está inserido na universalidade em que se constitui o estabelecimento, não poderia fazer parte do âmbito de transferência decorrente do trespasse. Além disso, sendo objeto de direito, não pode apresentar alguma forma de vinculação jurídica com débitos, que são de titularidade do empresário. Este é o devedor de suas obrigações, sendo que, na hipótese de não poder adimpli-las em vista de sua despatrimonialização, cumpre ao devedor a utilização dos instrumentos processuais oferecidos de maneira geral à proteção dos credores, que podem abranger desde o reconhecimento de uma fraude à execução até mesmo a declaração de falência do devedor. Ademais, a sucessão plena do passivo, após o período de solidariedade entre as partes, fixado em um ano a contar do trespasse das obrigações vencidas ou do vencimento das obrigações ainda não vencidas, é realizada à revelia do credor, e pode mesmo ser contrária a seus interesses, violando os princípios de direito obrigacional pelos quais a sub-rogação de devedor somente poderia ocorrer com o assentimento do credor. Assim, também no campo da harmonização com os demais preceitos jurídicos incidentes sobre a matéria, a determinação de sucessão do passivo mostra-se indevida.

Finalmente, na análise quanto à efetividade de uma norma, cumpre-nos analisar se a mesma atende materialmente aos objetivos do legislador, que, neste caso, centram-se claramente na tutela dos terceiros, credores do alienante no momento da transferência do estabelecimento. A norma, ainda que imponha

evidentes efeitos negativos às partes contratantes (ao comprador pela clara oneração da operação e ao vendedor porque aumentarão as dificuldades de realização de um negócio de seu interesse), não colhe os benefícios de uma efetiva tutela do crédito. Isso porque, em contraposição à eventual garantia consistente na criação da solidariedade, incidem como efeitos negativos aos credores, de início, a sub-rogação forçada de devedor após o período legal. Em segundo lugar, os credores do adquirente poderão ser prejudicados pelo concurso com os credores do alienante, que passarão a integrar um único e aumentado rol de credores daquele. E, em terceiro lugar, porque os credores têm outros mecanismos legais de tutela de seus interesses, que vão desde a possibilidade de estabelecimento de uma garantia, até a declaração judicial de uma fraude à execução, quando a alienação é realizada em situação que objetivamente se mostra indevida e atentatória aos interesses dos credores.

Em vista destes fundamentos, tem-se que nem mesmo a pretensão de tutela máxima aos interesses dos credores foi atingida, visto que a norma não gera relevante acréscimo à sua tutela jurídica.

Podemos perceber que a norma previsora da sucessão do passivo somente traz efeitos jurídicos materiais de sentido negativo. No intento de uma inatingida tutela dos interesses dos credores, estabeleceu-se uma regra que impõe extrema onerosidade e insegurança à operação, acarretando a fuga das partes quanto à utilização do trespasse no mundo negocial. Onerosidade evidente, decorrente da imposição ao comprador do fundo de empresa da responsabilidade de satisfação de débitos que não foram pelo mesmo assumidos. Insegurança derivada do fato de que se mostra inviável materialmente o prévio conhecimento pelo adquirente de todos os débitos que serão suportados, no caso de o vendedor possuir mais de um estabelecimento e não proceder a uma escrituração facultativa que individualize os débitos vinculados a cada um de seus fundos de empresa. O desequilíbrio de tutela é evidente, assim como o desenquadramento aos princípios jurídicos aplicáveis à matéria, sem que exista, como compensação material, uma efetiva tutela dos interesses dos credores.

5.3. A possibilidade de declaração de ineficácia

O novo Código Civil consagrou e ampliou o âmbito de incidência da norma presente no art. 52, VIII, do Decreto-lei 7.661/45, pela qual o negócio de alienação do estabelecimento pode vir a ser declarado ineficaz frente à massa falida em determinadas situações. De fato, prevê referida norma que

“Art. 52. Não produzem efeito relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não a intenção deste fraudar credores:

VIII – a venda, ou transferência, de estabelecimento comercial ou industrial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a este tempo existentes, não tendo restado ao falido bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, dentro de 30 (trinta) dias, nenhuma oposição fizerem os credores à venda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos.”

Partindo deste texto normativo, fez-se constar do novo Código Civil a seguinte norma, de mesmo sentido mas com seu campo de aplicação bastante ampliando, superando o âmbito do processo falimentar:

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.”

Conforme se analisou de maneira mais cuidadosa na seção 3.10, a norma constante do art. 52, VIII, do Decreto-lei 7.661/45, já se mostrava em si merecedora de contundentes críticas. De fato, colocava-se o adquirente do estabelecimento empresarial numa situação de elevado risco, o qual não poderia ser afastado por nenhuma forma de precaução negocial, ou mesmo pela evidenciação de sua boa-fé. A ineficácia do negócio poderia vir a ser declarada se houvesse posterior falência do devedor (situação nada improvável no desequilibrado contexto da economia brasileira), somente escapando desta consequência jurídica o empresário que conseguisse comprovar que todos os credores existentes ao tempo da negociação foram pagos, que havia bens remanescentes no patrimônio do vendedor suficientes a este pagamento, ou que os credores, após notificação, não manifestaram oposição à realização do negócio.

Não há na lei falimentar outra possibilidade de afastar a declaração da ineficácia que não a comprovação de uma das três excludentes referidas. Afinal, a demonstração de boa-fé em nada aproveita ao adquirente no âmbito da ação revocatória.

Assim, o comprador precavido deve, ao tempo da realização do trespasse, procurar por documentos que comprovem uma das três excludentes. Contudo, não há possibilidade de precaução plena neste tipo de negócio, visto que, em qualquer das três hipóteses legais, há a necessidade de o adquirente ter pleno conhecimento sobre a exata composição do passivo do vendedor. Passivo que pode estar ou não contabilizado. Desta forma, a existência de um débito não contabilizado praticamente impossibilita ao adquirente o conhecimento exato do estado do passivo do vendedor, de forma que virá a sofrer os efeitos de uma ação revocatória se houver posterior falência do vendedor.

É de se destacar que os efeitos da revocatória se impõem em razão da irrelevância prova da boa-fé das partes, de forma que, ainda que o vendedor de má-fé oculte a existência de débitos, forjando documentação contábil, o adquirente sofrerá diretamente os efeitos da declaração da ineficácia do trespasse, nada lhe restando além de demonstrar a existência de prejuízo a habilitar como crédito junto à massa falida, num caminho que naturalmente não apresenta grandes possibilidades de êxito econômico.

Ademais, não há limite temporal de verificação do ato para a propositura da ação revocatória. As demais hipóteses constantes do art. 52 da atual lei falimentar prevêm um limite temporal de prática do ato atacado para que possa ser provida a ação revocatória por ineficácia. Em algumas hipóteses, o ato deve ter sido praticado no âmbito do termo legal. Em outras, o prazo para a verificação do ato é de até dois anos antes da declaração da falência. Já no caso da alienação de estabelecimento, a lei não fez qualquer referência ao prazo. Não desconhecemos a existência de jurisprudência em contrário²⁵⁰, pela qual se determina que esta hipótese de revocatória somente pode ser proposta se o ato de alienação tiver ocorrido dentro do

²⁵⁰ “A alienação de direito de uso de linha telefônica realizada dentro do termo legal de falência pode configurar ato de venda ou transferência de estabelecimento comercial, tal como disciplinado no inciso VIII do art. 52 do Decreto-lei 7.661/45, hipótese em que, independentemente de ter ou não havido intenção de fraudar credores (elemento subjetivo), deve ser declarada ineficaz em relação à massa” (STJ, 4ª Turma, RESP 9647/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23/03/93).

termo legal. Mas não encontramos qualquer sustentação jurídica para tal conclusão, principalmente em vista do fato de, em todas as demais hipóteses, ter o legislador especificado de forma clara o prazo dentro do qual tenha sido praticado o ato que se pretende declarar ineficaz frente à massa.

Neste contexto, tem-se que, ainda que a alienação tenha se dado muitos anos após a declaração da falência, é possível a incidência dos efeitos da revocatória. Vale destacar, neste aspecto, que a limitação temporal não se cuida de prazo prescricional, já que o mesmo é único para todas as hipóteses, sendo de um ano a contar da publicação a que se refere o art. 114 da legislação falimentar. Assim, se eventualmente restar um débito de responsabilidade do vendedor em aberto, já existente ao tempo do trespasse, é possível a propositura da ação revocatória, ainda que esta operação tenha se dado muitos anos antes da declaração da falência. Evidente é que, com o passar dos anos, a tendência natural é de quitação de todas as obrigações existentes ao tempo da alienação, fato que afasta os efeitos da revocatória. Mas, de qualquer forma, ainda com relação a este aspecto percebe-se que a ação revocatória constitui-se em relevante desincentivo à realização de operações de trespasse de estabelecimento.

Por tais razões, entendemos que a norma constante do art. 52, VIII, da legislação falimentar atualmente em vigor se mostra como um elemento de insegurança no campo empresarial, opondo graves efeitos econômicos ao empresário que de boa-fé adquire estabelecimento de quem falseia documentação contábil em seu próprio interesse. É neste contexto que tivemos a oportunidade de sugerir a simples revogação da norma supramencionada, colocando a alienação do estabelecimento no campo da ação revocatória por fraude, nos termos no art. 53 do Decreto-lei 7.661/45. Assim, não se nega a possibilidade de a transferência ter ocorrido de maneira fraudulenta, em prejuízo dos credores, mas o correto seria exigir a demonstração do caráter fraudulento da operação, sob pena de penalizar indevidamente o contratante de boa-fé e, mais ainda, de impedir a realização concreta desta modalidade negocial, já que a análise dos riscos afastará o comprador desta espécie de contrato.

Contudo, ainda que o bom senso indicasse a necessidade de revogação desta norma, o que ocorreu foi o inverso. Com a edição do novo Código Civil, a mesma foi repetida em sua formulação geral, e ganhou um campo de aplicabilidade

extremamente vasto, já que a possibilidade de declaração da ineficácia não mais se restringe à hipótese de falência do alienante. De fato, no contexto na nova regulação jurídica da matéria, a declaração de ineficácia passa a ser medida genérica na defesa dos interesses dos credores.

Neste ponto, é oportuno destacar que a norma constante do art. 57 da legislação falimentar, ao contrário do que pode indicar à primeira vista, não permite a pretensão de declaração de ineficácia do ato em ambiente estranho ao do processo falimentar, já que a sua aplicação somente se faz possível quando alegada pela massa falida, em proveito dos credores habilitados. Segundo bem esclarece José da Silva Pacheco, *“a defesa pode ser exercida em qualquer ação ou execução movida contra a massa ou na própria declaração de crédito, na falência.”*²⁵¹ Com esta percepção se preserva a noção de que o novo Código Civil constituiu efetiva ampliação da possibilidade de declaração da ineficácia, superando os limites do processo falimentar.

A norma constante do art. 1.145 do novo Código merece críticas, inicialmente, por se mostrar absolutamente vaga. No âmbito do art. 52, VIII, da legislação falimentar, estão definidos tanto a hipótese de aplicação quanto os instrumentos processuais aplicáveis à efetivação da proteção aos credores, numa série de disposições legais constantes do art. 54 e seguintes da referida lei. Mas, no contexto da nova norma, há simplesmente a definição da hipótese, desvinculada do estabelecimento dos mecanismos necessários para a sua efetivação.

Ainda que a hipótese fosse criticável, no âmbito do direito falimentar a declaração de ineficácia decorria de sentença, após a instalação de contraditório, em que o comprador do estabelecimento integrava o pólo passivo. Já na hipótese de aplicação do art. 1.145 do novo Código, inexistente a necessidade de propositura de ação específica, de forma a se mostrar forçosa a conclusão no sentido de que a norma deve ser considerada como mais uma hipótese de fraude à execução, enquadrável ao disposto no art. 593, III, do Código de Processo Civil. E, no contexto da fraude à execução, a ineficácia pode ser declarada de maneira incidental na execução.

²⁵¹ Processo de Falência e Concordata, p. 354.

Se no processo falimentar a possibilidade de declaração de ineficácia já se mostrava criticável, em vista da quase impossibilidade de o comprador reunir preventivamente prova quanto à aplicação das excludentes, no campo de aplicação da nova norma a forma de declaração da ineficácia é ainda mais gravosa ao adquirente do fundo, que ao menos terá a possibilidade de se manifestar no processo anteriormente à prolação da decisão que declara a ineficácia do ato de trespasse.

Restará ao adquirente de boa-fé recorrer desta decisão, buscando a incerta concessão de efeito suspensivo em recurso de agravo de instrumento, na qualidade de terceiro prejudicado, para que preserve a unidade econômica do estabelecimento adquirido, agora penhorado em processo de execução promovido contra o alienante do fundo. E, neste recurso, provavelmente não obterá êxito, já que a norma limita as excludentes, bastando que haja um débito desconhecido (até mesmo por não estar contabilizado), para que o adquirente de boa-fé sofra os efeitos da declaração de ineficácia do trespasse.

Claro está, também neste campo, o desvirtuamento da finalidade econômica da norma, que estabelece uma exagerada proteção aos interesses dos credores, presumindo que a alienação do fundo tenha se dado de forma fraudulenta. Num estágio do direito obrigacional em que se busca a efetivação da tutela da boa-fé objetiva das partes, caminha na contramão uma regra jurídica que presume a má-fé das partes, ainda mais no âmbito do trespasse, operação que, como dissemos e repetimos, deve ser incentivada como mecanismo de preservação da empresa e, em última instância, de desenvolvimento da economia.

5.3.1. Limites de aplicação da declaração de ineficácia

Inquestionável é o fato de que a redação conferida ao art. 1.145 do novo Código constitui-se em fonte de insegurança aos empresários, afastando-os da utilização do trespasse na busca por formas contratuais menos arriscadas. Clara está a opção do legislador pela máxima tutela dos interesses dos credores, tratando os empresários contratantes como fraudadores em potencial.

A geração de insegurança no mundo empresarial deveria, ao menos, apresentar uma contrapartida na forma da efetiva proteção aos interesses dos credores, através de um instrumento jurídico que efetivamente apresentasse aplicabilidade no campo material. Mas não é o que ocorre no caso deste dispositivo legal. A tutela dos credores, no caso de trespasse, se mostra tão exagerada que, em determinadas situações, os mesmos não apresentam interesse de agir na utilização de todo o arsenal jurídico colocado à sua disposição. Somente em poucos casos poderá ser invocada a norma possibilitadora da declaração de ineficácia, de forma que seu campo material de aplicabilidade se mostra extremamente reduzido, não justificando a insegurança jurídica decorrente da redação da norma.

De início, cumpre destacar que a cumulação da sucessão do passivo com a possibilidade de declaração de ineficácia do negócio representa um desequilíbrio tão evidente na distribuição da proteção jurídica que surge até mesmo uma questão de ordem lógica, afastando o interesse de agir dos credores relativamente à pretensão de declaração de ineficácia quando os seus créditos forem objeto de sucessão ao adquirente do estabelecimento.

A partir do momento em que exista a sucessão do passivo vinculado ao estabelecimento, uma futura declaração de ineficácia somente aproveitaria a credores que não guardavam nenhuma relação com os negócios empresariais desenvolvidos naquele específico fundo de empresa.

O credor de crédito escriturado vinculado ao estabelecimento, e cuja responsabilidade pelo pagamento se impõe ao adquirente (débitos regularmente contabilizados pelo alienante) já terá no fundo de empresa trespasado um bem penhorável em execução (que pode ser proposta diretamente contra o alienante), fato evidentemente decorrente da sucessão das obrigações. E se a penhora do estabelecimento (ressalte-se que não só do estabelecimento, mas também de outros bens pertencentes ao empresário adquirente do fundo) será de qualquer forma possível, qual o interesse de agir na busca pela declaração da ineficácia do negócio de trespasse? Para este credor, absolutamente nenhum, já que é possível a penhora direta do estabelecimento, sem a necessidade de declaração de ineficácia.

A declaração de ineficácia do negócio de transferência do fundo somente poderá aproveitar aos credores cujos créditos não tenham sido abrangidos pela

sucessão do passivo, já que estes não apresentam interesse de agir na invocação da norma presente no art. 1.145 do novo Código Civil.

Indo além, percebe-se que, ainda que o afastamento desta categoria de credores gere um evidente esvaziamento de conteúdo da norma, entre os credores não beneficiados pela sucessão ainda há outras limitações quanto à possibilidade de pretensão de declaração de ineficácia do trespasse.

Neste contexto, deve-se questionar inicialmente se os credores de obrigações nascidas posteriormente à operação de trespasse apresentariam legitimidade para pretender a declaração de ineficácia do negócio anteriormente realizado, buscando a penhora do fundo de empresa em execução individualmente promovida contra o alienante. E os fundamentos para a solução de tal questão também se aplicam à hipótese de pedido de declaração de ineficácia formulado por titular de crédito materialmente vinculado a outro estabelecimento que não o abrangido pelo contrato de trespasse. Como o novo Código não apresenta qualquer regra que indique a solução desta questão, deve-se buscar na análise do art. 52, VIII, da legislação falimentar os princípios aplicáveis à matéria, já que é de percepção simples que esta norma originou o disposto no art. 1.145 do Código Civil recentemente sancionado.

No direito falimentar, em princípio incumbe ao síndico a propositura de ação revocatória. Mas, se este não propuser a ação no prazo de 30 dias após a publicação do aviso a que se refere o art. 114, qualquer credor poderá promover o pedido. Este é o teor da norma presente no art. 55 do Decreto-lei 7.661/45. Abrindo a possibilidade de propositura por parte de qualquer credor, a lei específica não restringe a atuação por credores de obrigações nascidas posteriormente ao trespasse, ou mesmo por créditos decorrentes de atividade desenvolvida em outro estabelecimento titularizado pelo falido. Qualquer credor pode intentar a ação, ainda que seu crédito não guarde qualquer relação material com o estabelecimento trespasado.

Tal constatação poderia conduzir à equivocada conclusão no sentido de que a regra presente no art. 1.145 poderia ser invocada por titulares de créditos desvinculados materialmente do fundo de empresa transferido, como seria o caso de credores por obrigações nascidas posteriormente à transferência do estabelecimento, em ação de execução proposta contra o alienante. Contudo, tal

conclusão somente poderia decorrer de uma apressada leitura das regras do direito falimentar.

No âmbito da falência, há a necessidade de tutelar o princípio da *par conditio creditorum*, pelo qual se intenta a concessão de tratamento igualitário à comunidade de credores habilitados no processo falimentar. Assim, evidentemente, os efeitos da ação revocatória não aproveitam somente ao requerente credor, no caso de o síndico ter descumprido sua obrigação de propositura do feito no tempo oportuno. Proposta a ação por um credor, e julgada procedente, a declaração da ineficácia aproveitará a todos os credores, já que haverá um acréscimo da massa falida objetiva. De outro lado, analisando-se a redação conferida ao inciso VIII do art. 52, constata-se que uma das excludentes para a declaração de ineficácia é o pagamento de todos os credores existentes ao tempo da alienação do fundo. A se constatar que todos os credores que se habilitaram no processo falimentar são titulares de direitos surgidos posteriormente ao trespasse, não há viabilidade para a propositura de ação revocatória com fundamento no art. 52, VIII. Para que se afaste esta excludente, há a necessidade de presença de ao menos um credor cujo direito tenha nascido anteriormente ao trespasse. Somando as duas premissas, percebe-se que, independentemente de quem tenha sido o credor autor da ação revocatória, a mesma beneficiará, também, credores por obrigações anteriores ao trespasse. Se todos os credores habilitados forem titulares de obrigações posteriores à operação, pode-se invocar a referida excludente.

Retornando ao âmbito da execução individualmente promovida contra o alienante do fundo, tem-se que a premissa de benefício a toda a classe de credores fica afastada. Somente ao exeqüente estarão dirigidos os benefícios decorrentes da declaração da ineficácia, já que não haverá concurso de credores com relação ao produto da venda judicial do estabelecimento penhorado após a declaração de ineficácia de trespasse. Com isso, pode-se concluir que os credores de obrigações nascidas posteriormente ao trespasse não apresentam legitimidade para invocar a norma constante do art. 1.145 do novo Código Civil. E os mesmos fundamentos afastam a possibilidade de invocação da norma por titulares de créditos materialmente vinculados a outro fundo de empresa, não abrangido pela operação de trespasse.

Se, no âmbito do direito falimentar, a ação revocatória fundada no art. 52, VIII, não se mostra viável quando os credores habilitados são todos titulares de créditos posteriores ao trespasse, não haveria porque possibilitar tal efeito em processo de execução individual. Aceitar esta possibilidade poderia dar ensejo a uma situação absurda, em que o adquirente sofreria os riscos da invocação da ineficácia em qualquer época futura, elevando-se ainda mais os já exagerados riscos do negócio. Daí porque entendermos que o titular de crédito nascido posteriormente à operação de trespasse, bem como por crédito materialmente vinculado a outro estabelecimento, não apresenta legitimidade para invocar em seu benefício a norma presente no art. 1.145 do novo Código Civil.

De outro lado percebe-se, curiosamente, que não será reconhecida a ineficácia do negócio se houver o pagamento de todos os credores existentes na época do trespasse. Mas, sabendo-se que a norma é invocável além do âmbito do processo falimentar, pergunta-se: como saber se todos os credores foram pagos? No contexto do processo falimentar, há um quadro geral de credores a ser verificado. Mas, na execução individual promovida contra o alienante do fundo, não há nos autos elementos que permitam o conhecimento quanto à efetiva composição da classe de credores. E tal ausência não pode ser eficazmente suprida por outros meios, já que sempre há a possibilidade de débitos formalmente desconhecidos por ausência de escrituração. Tal excludente, embora tecnicamente de todo equivocada, atua como reforço à conclusão retro, no sentido de que somente os credores de obrigações anteriores ao trespasse apresentam legitimidade para intentar a declaração de ineficácia da operação. Afinal, se o requerente é credor anterior, resta logicamente superada a invocação da excludente fundada no pagamento de todos os credores existentes ao tempo do trespasse.

E o conteúdo desta norma fica prejudicado ainda por um outro aspecto. Ocorre que a lei determina que a ineficácia pode ser declarada se o vendedor restar insolvente após a operação. Em leitura apressada, poderia surgir conclusão no sentido de que a norma limita a possibilidade de declaração de ineficácia somente ao contexto do processo falimentar. Mas tal ordem de conclusão fica afastada por dois fundamentos: de um lado porque a lei seria absolutamente redundante com o contido no art. 52, VIII, da legislação falimentar. De outro, porque tal conclusão decorreria de uma inadmissível confusão entre os conceitos de insolvência e de

falência. Enquanto a insolvência é um fato econômico, verificável sempre que o passivo de uma pessoa for maior do que o seu ativo, a falência é um fato jurídico, dependente de sentença declaratória, nos moldes do art. 14 da legislação falimentar, para ser constatada. Logo, o insolvente não é necessariamente falido. Somente o será quando for declarado como tal por sentença própria. Assim, deve-se concluir que a norma do art. 1.145 tem aplicação em qualquer processo de execução, não estando limitada ao âmbito do direito falimentar.

Mas, de qualquer forma, o legislador impõe uma condição específica para a sua invocação, qual seja a redução do alienante ao estado de insolvência. E, para a comprovação da insolvência, outro caminho não há que não a realização de perícia contábil, prova sabidamente onerosa, demorada e sujeita a impugnações. Claro está que, no âmbito do direito falimentar, há dois sistemas de presunção de insolvência, pelos quais são fixadas hipóteses em que o requerido é considerado insolvente independentemente de realização de perícia. Mas tal presunção, à evidência, tem seus efeitos limitados ao processo falimentar, não podendo ser invocada em ação de execução. Ao exequente resta, como única alternativa à realização de perícia, buscar os efeitos da presunção de insolvência prevista no art. 750, I, do Código de Processo Civil, os quais são bastante limitados pela jurisprudência.

De qualquer forma, constata-se que a norma presente no art. 1.145 do novo Código está esvaziada de efetividade. De um lado, porque somente o credor por débito existente ao tempo do trespasse e não contabilizado detém legitimidade para buscar a declaração da ineficácia. De outro, porque esta reduzida classe de credores terá que demonstrar, no curso da execução, a redução à insolvência por parte do alienante em virtude do trespasse.

Somando-se esta conclusão parcial com o conhecido fato de que a redação norma constitui-se em evidente fonte de insegurança ao empresariado, motivando-o a se afastar desta modalidade contratual, percebe-se a equivocidade da regra jurídica em análise. A mesma apresenta vastos efeitos negativos, principalmente por afastar o empresário do contrato de trespasse, sem apresentar uma contrapartida, já que se mostra extremamente limitada a possibilidade de invocação da regra em defesa dos interesses dos credores alegadamente prejudicados pela transferência do fundo de empresa.

5.4. Transferência dos contratos empresariais

A norma presente no art. 1.148 do novo Código Civil é uma das disposições que, em sua intenção, mostra-se absolutamente elogiável, aparentando estar em consonância com as funções econômicas da tutela desta modalidade contratual, ao revés do que se verifica logo em análise inicial dos dispositivos examinados nas seções precedentes. Afinal, pela sua disposição existe a transferência automática dos contratos de natureza empresarial vinculados ao estabelecimento em razão de seu trespasse, afastando do adquirente o nem sempre simples dever de procurar os terceiros contratantes para a formalização de novos instrumentos contratuais. Constitui-se um mecanismo de preservação da unidade econômica do fundo, limitando a possibilidade de prejuízos decorrentes da resistência de assinatura de novos instrumentos contratuais por parte de terceiros. Contudo, da aplicação da norma decorrem situações objetivas que acabam por afastar em muito a sua funcionalidade.

Inicialmente, deve-se considerar que é admitida a validade de cláusula em contrário nos instrumentos contratuais, pela qual os efeitos da norma presente no art. 1.148 do novo Código Civil são afastados por simples previsão no contrato cuja transferência se intenta. Evidente é que os empresários minimamente cuidadosos acabarão por adotar esta cláusula como fórmula geral nos contratos de natureza empresarial, fato que, por si só, deverá afastar a norma dos objetivos pretendidos com a redação da mesma.

Em segundo lugar, não se pode deixar de reiterar sucintamente os apontamentos no sentido de que a exceção expressa aos contratos de natureza pessoal mostra-se falha por ausência de especificidade. De fato, como já tivemos a oportunidade de referir, deveria ocorrer a identificação de qual dos pólos contratuais assumiu a obrigação *intuitu personae*, não havendo qualquer impropriedade na sucessão nestes contratos relativamente ao pólo que não assume a obrigação de natureza pessoal, tal como ocorre com o contrato de utilização de direito de imagem de determinado artista, durante determinado período de tempo, para a produção de peças publicitárias. Neste caso, a obrigação do empresário limita-se ao pagamento do preço ajustado, podendo haver a sua substituição sem a imposição de qualquer

prejuízo na execução do pacto ao terceiro contratante, que assume obrigação de natureza pessoal.

De outro lado, seria oportuna a existência de uma melhor delimitação quanto ao sentido da responsabilidade do alienante em decorrência da rescisão do contrato por parte dos contratantes que oportunamente levantarem justa causa. A responsabilidade refere-se à necessidade de devolução do valor econômico do contrato (o qual, alerte-se, é de difícil individualização no âmbito do valor do trespasse, embasado prioritariamente do aviamento do fundo), não estando prevista como efeito a possibilidade de rescisão da própria operação de trespasse (que muitas vezes pode perder seu sentido em vista da não manutenção de determinado contrato, como ocorre evidentemente no caso de um contrato de franquia). Neste último caso, vê-se o adquirente na obrigatoriedade de levantar as regras gerais sobre o vício redibitório para intentar o desfazimento do negócio, impondo-se-lhe um árduo caminho processual.

Finalmente, não se pode deixar de ressaltar, ainda no campo das observações gerais, que a publicidade da operação de trespasse é muito mais formal do que efetiva, podendo-se cogitar de hipótese em que os terceiros contratantes continuam a manter o contrato por prazo superior a 90 dias após o trespasse sem que tenham manifestado justa causa para a sua rescisão. Tal pode ocorrer principalmente na hipótese de ser mantido o título de estabelecimento após o trespasse. Nestes casos, poderão ser impostos evidentes prejuízos aos terceiros contratantes, mormente a se considerar a possibilidade de extinção da fiança, nos moldes que serão a seguir expostos.

De qualquer forma, percebe-se que a norma apresenta uma finalidade louvável, embora possamos prever com folga que a mesma não será atingida de forma satisfatória após a entrada em vigor do novo Código Civil, pelas razões acima apontadas.

5.4.1. A questão das garantias vinculadas ao contrato

No contexto da sucessão de contratos, entretanto, surge ainda uma questão que vai além da possibilidade de sucessão automática das avenças. Ocorre que nos

contratos empresariais costuma-se exigir a fixação de garantias reais ou pessoais, principalmente em decorrência da conhecida e temida possibilidade de ocultação dos elementos integrantes do ativo de uma sociedade empresária, que muitas vezes acaba por frustrar o interesse de seus credores. Neste âmbito, cumpre investigar se ocorre a manutenção das garantias em decorrência da sub-rogação nos contratos empresariais.

No caso das garantias reais, não surgem dificuldades em afirmar que as mesmas se mantêm, seja em análise exclusivamente jurídica (já que a garantia é fixada sobre determinado bem, sem importar se o seu proprietário é devedor ou não da obrigação), seja em atenção aos fatos costumeiramente verificados no mundo negocial (já que os bens dados em garantia usualmente integram o estabelecimento, mantendo-se a unidade econômica alienada). Ressalte-se que, ainda que o bem objeto da garantia não integre o estabelecimento, mantendo-se no âmbito patrimonial do alienante após a operação de trespasse, o penhor, hipoteca ou anticrese se mantêm, já que, como afirmado, é irrelevante o fato de o titular da coisa dada em garantia ser ou não devedor da obrigação.

Mas, no campo da garantia pessoal contratual, a análise não se mostra tão simples. De um lado, deve-se vislumbrar a situação jurídica imposta ao terceiro contratante, que depende da manutenção da garantia para que a relação contratual se mantenha equilibrada. Assim, se a fiança não for mantida, o terceiro contratante tem uma evidente justa causa para rescindir o contrato, no prazo de 90 dias previsto pela lei. Sob esta ótica, parece evidente a necessidade de manutenção da fiança para que sejam tutelados os interesses dos terceiros contratantes.

De outro lado, não se pode deixar de considerar que a prestação de fiança é essencialmente dependente da confiança existente, por parte do fiador, no sentido de que o devedor principal terá condições de cumprir suas obrigações, seja de forma direta, seja em ação de regresso. Assim, considerando os interesses do fiador, mostra-se abusiva a imposição da sub-rogação entre os devedores principais, passando o garantidor pessoal a ser obrigado a prestar fiança a alguém que nem mesmo conhecida. Sob tal aspecto, claramente se apresenta abusiva a manutenção da fiança após a sucessão contratual decorrente do trespasse.

No caso, há dois interesses em conflito, fato que torna difícil a fixação de qualquer critério de solução da matéria. Entretanto, colocando em cotejo as esferas

atingidas, forçoso é o reconhecimento que a danosidade maior é imposta ao fiador que se vê obrigado a afiançar terceira pessoa, em comparação com a situação do terceiro contratante que, de qualquer forma, preserva a possibilidade de alegar justa causa e rescindir o contrato, no prazo de 90 dias a contar da publicação da operação de trespasse.

Neste sentido encontramos a opinião de Arnaldo Marmitt, analisando situação análoga:

“Nessa concepção, se no decurso do contrato locacional houve sucessão da empresa locatária, sem aquiescência do fiador, não há mais razão para a subsistência de sua responsabilidade. Aliás, seria uma injustiça imperdoável admitir o contrário. Se o fiador não anuiu à substituição, se com ela não concordou, ou se ela foi feita à sua revelia, sem o seu conhecimento, a fiança se extinguiu. O fato, por si só, importou em novação, que por sua vez implica a exoneração do garante, em face do princípio de que a fiança não comporta interpretação extensiva.”²⁵²

A tese, evidentemente, não é isenta de críticas, mormente por estar amparada em premissa jurídica que não se mostra verdadeira, qual seja o fato de que existe a novação no caso dos autos. Não há se falar em extinção de dívida pela assunção de nova obrigação, mas em simples manutenção, para o futuro, de uma relação contratual que se presume esteja sendo devidamente cumprida pelas partes. Assim, o argumento pela extinção da fiança está embasado, em realidade, no critério da pessoalidade da prestação da garantia. Neste sentido encontramos antigo, mas esclarecedor, acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

“FIANÇA – INTERPRETAÇÃO RESTRITA – LOCAÇÃO TRANSFERIDA – DESPEJO – CITAÇÃO DO FIADOR – INTELIGÊNCIA DO ART. 1.486 DO CC.

A fiança não admite interpretação extensiva (CC, art. 1.483). Ela não se estende de pessoa a pessoa. Concedida a uma pessoa física ou jurídica, não se amplia a outra pessoa jurídica diversa.”
(RT, 489/240)

Podemos então concluir que, ante a impossibilidade de imposição ao fiador do dever de garantir outro empresário que se sub-roga nos contratos que não apresentem caráter pessoal, a fiança se extingue.

Ainda que se esteja tutelando devidamente os interesses dos fiadores, esta solução apresenta inconvenientes claros, que não podem ser afastados. Ocorre,

com a mesma, uma diminuição do âmbito de aplicabilidade da norma presente no art. 1.148 do novo Código Civil, na medida em que os contratos garantidos por fiança (que são comuns na prática empresarial) não terão a garantia mantida. Assim, estará configurada uma justa causa que dará ensejo à rescisão contratual por parte do terceiro contratante, fato que gerará prejuízos ao adquirente do fundo empresarial, seja pela impossibilidade de manutenção destes contratos, seja pela eventual necessidade de busca pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos em face do alienante do fundo, num caminho processual sempre longo e cansativo. Mas, de qualquer forma, solução muito mais grave seria a busca pela preservação do contrato, mantendo-se a garantia pessoal de maneira impositiva ao fiador, que se verá compelido a garantir alguém que se apresente como pior pagador do que o contratante originário.

Para além da questão da extinção da fiança na transferência dos contratos, importa ainda destacar que esta solução em nada aproveita ao avalista de títulos de crédito devidos pelo alienante do fundo. Trata-se de questão absolutamente diversa, que não se confunde com a matéria em exame. Inicialmente porque, com relação aos débitos cambiários, não ocorre uma sucessão simples e direta quanto à responsabilidade de seu pagamento ao adquirente do fundo. Ao revés, o devedor originário continua solidariamente vinculado ao pagamento do título pelo prazo de um ano (a contar do trespasse quanto às obrigações vencidas e do vencimento quanto às vincendas). Somente após este prazo existe uma transferência integral. Contudo, mesmo cogitando da ocorrência desta transferência, da mesma não decorre a extinção do aval.

Isto porque o aval constitui-se em obrigação autônoma, assumida pelo avalista de maneira independente, de forma que o seu dever pelo pagamento do título subsiste ainda que o devedor se encontre em estado falimentar ou receba os benefícios da concordata. E da autonomia do aval decorre a sua manutenção em caso de transferência de responsabilidade pelo pagamento do título.

De qualquer forma, vale repisar a conclusão no sentido de que a norma presente no art. 1.148 do novo Código Civil, ainda que em princípio apresente harmonia com a finalidade de incentivar a utilização do contrato de trespasse, em

²⁵² Fiança Civil e Comercial, p. 201.

realidade apresenta uma grande diversidade de óbices de aplicabilidade, de forma que, sua incidência material por certo será muito reduzida em comparação com a pretensão econômica do legislador ao redigir o texto normativo.

5.5. Forma de publicidade do contrato

Os requisitos de averbação no Registro Empresarial e de publicação na Imprensa Oficial não se constituem em condições de validade do negócio jurídico realizado sobre o estabelecimento. Se descumpridas as determinações legais, o contrato permanece íntegro entre as partes, de forma que a consequência jurídica do descumprimento limita-se à não produção de efeitos frente a terceiros.

A norma presente no art. 1.144 no novo Código determina um requisito de publicidade, e não de validade do contrato, em harmonia com a clara intenção do legislador em conceder máxima tutela aos interesses do credor que, neste contexto, deve ter conhecimento quanto à realização do contrato.

Assinale-se que a exigência é dúplice. A lei cobra tanto a averbação no registro empresarial quanto a publicação da imprensa oficial. Assim, se apenas uma das providências é tomada, incidem os efeitos previstos no dispositivo legal da mesma forma.

Outra questão atinente ao disposto no art. 1.144 é a definição sobre qual o empresário sobre cujo registro deve ser efetivada a averbação do trespasse. Afinal, consta do texto normativo que deve ser realizada a averbação à margem do registro do empresário, no singular, dando a entender que apenas um dos empresários envolvidos na operação assume este dever de registro. Como o interesse sobre o fato jurídico da alienação é detido pelos credores do vendedor, já que estes estarão sujeitos aos efeitos da sucessão de obrigações e da diminuição do ativo do seu devedor, entende-se em princípio que o legislador está a exigir a averbação da operação à margem da inscrição do empresário vendedor. Mas tal interpretação esvai-se quando se analisa a norma presente no seu art. 969, parágrafo único, pela qual *“a constituição de estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede.”* Assim, ainda que conste do texto do art. 1.144 que a inscrição deve ser efetivada à margem do registro do

empresário, no singular, deve-se compreender que a obrigação é imposta a ambos os empresários.

Em outros ordenamentos jurídicos, também se encontram regras referentes à necessidade de publicidade da operação de trespasse. Tal ocorre, de maneira mais clara, no âmbito do direito francês. Neste sistema normativo, o vendedor é obrigado, nos quinze dias posteriores à venda fundo, a tornar pública a operação por meio de anúncio publicado na imprensa. E a finalidade desta publicação é clara. A mesma atua como termo inicial para a contagem do prazo de 10 dias, findo o qual os credores podem manifestar oposição à formalização do negócio, mediante pagamento de preço superior em pelo 1/6 sobre o referido no ato de publicidade.

No Brasil, a oposição não se mostra viável, por ausência de norma previsora da possibilidade. Com isso, a finalidade da norma resta bastante limitada. Resume-se à fixação do termo inicial para a contagem dos prazos de responsabilidade solidária entre adquirente e alienante pelos débitos envolvidos no trespasse (1 ano) e de oposição de justa causa pelos terceiros contratantes, a fim de evitar a sucessão automática (90 dias).

No caso de uma alienação de fundo de empresa em que não se atente para o disposto no art. 1.144 do novo Código Civil, a falência posterior do alienante não daria ensejo à possibilidade de declaração de ineficácia do negócio, seja pelo manejo da ação revocatória no processo falimentar, seja pela aplicação do disposto no art. 1.145 do novo Código Civil, já que, por força do art. 1.144, o negócio não gera efeitos frente a terceiros. Em face da massa falida ou aos credores, o estabelecimento será visto como um bem integrante do patrimônio do empresário, razão pela qual será arrecadado (ou penhorado) diretamente, sem a necessidade de propositura de ação revocatória ou de declaração incidental de ineficácia no âmbito do processo de execução.

De qualquer forma, fica evidente, também por esta via, o excesso de proteção ao credor na operação de trespasse. Embora os requisitos de publicidade não imponham maior onerosidade às partes envolvidas no trespasse, o esvaziamento de sua utilidade revela que a tutela dos interesses do credor mostra-se redundante, já que este poderá invocar mecanismos de proteção de seus interesses com ou sem o atendimento aos requisitos de publicidade.

5.6. A contratação fracionada

Conforme expusemos nas seções precedentes, o negócio do trespasse do estabelecimento, na forma como a matéria foi regulada no âmbito do novo Código Civil, tornou-se uma operação de alto custo e risco para o adquirente. Alto custo em face da sucessão de todo o passivo vinculado ao estabelecimento. Alto risco em vista da possibilidade de futura declaração de ineficácia do negócio, em defesa do interesse de credor que, em determinadas hipóteses, ao menos sabia de sua existência (basta imaginar a hipótese de um débito maliciosamente ocultado pelo alienante).

Tais custo e risco por certo gerarão desincentivo à utilização do trespasse como operação empresarial, fato que conduzirá a dois efeitos: de um lado, a própria economia perderá com os negócios não realizados; de outro, a criatividade do empresário poderá tentar contornar os problemas legais, fazendo surgir outras esferas de questões jurídicas.

De fato, o empresário conhecedor dos riscos da operação una de trespasse, poderá imaginar a possibilidade de se furtar a estes efeitos mediante uma compra fracionada do estabelecimento, adquirindo separadamente seus principais elementos ao invés de optar pela compra de toda a universalidade em um único ato.

Opinião diversa é manifestada por Nelson Abrão, para quem a simples venda de elementos essenciais do estabelecimento possibilita a declaração de ineficácia do negócio, se não presente alguma das excludentes constantes do art. 52, VIII, da legislação falimentar. Segundo o autor, *“não é a venda em bloco único alvo da atenção do legislador, porquanto a alienação de parte do acervo também enseja a ineficácia do ato em relação à massa. Neste propósito, a jurisprudência sinalizou que a venda, em partes, de equipamentos indispensáveis ao exercício da empresa falida se configura em fraude e prejudica o concurso creditório.”*²⁵³

Embora tal orientação encontre respaldo jurisprudencial²⁵⁴, não podemos concordar com a mesma, já que a venda de estabelecimento (hipótese regulada

²⁵³ Da Ação Revocatória, p. 94.

²⁵⁴ No caso de venda de direito de uso de linhas telefônicas, encontramos julgado que equiparou este ato à venda do próprio estabelecimento: *“Representando o direito ao uso e gozo de linhas telefônicas*

pelo legislador) somente se verifica quando atingido o âmbito mínimo de transferência, que, como vimos em seção precedente, abrange os elementos mínimos necessários à prática da empresariedade. No contexto da venda de um bem indispensável, mas não suficiente ao desenvolvimento efetivo da atividade empresarial, temos que não houve trespasse de fundo, mas simples alienação de bem integrante do estabelecimento, que não pode ser atacada pela pretensão de declaração de ineficácia.

Este é o ensinamento clássico de Oscar Barreto Filho, cuja lembrança é sempre oportuna: *“quando o contrato não se fixa, expressa ou implicitamente, sobre o aviamento, não se trata mais de trespasse do estabelecimento, como tal, mas da simples transmissão de um acervo desconexo de bens; não haverá, como observa Casanova, cessão, mas cessação do estabelecimento.”*²⁵⁵

Ademais, neste contexto não se poderia cogitar da aproximação da figura jurídica do trespasse somente para o efeito da declaração da ineficácia, já que é evidente que pela venda de uma máquina industrial não poderia ser imposta ao adquirente a sucessão de parte do passivo vinculado ao estabelecimento. Assim, se para a finalidade do art. 1.146 do Código Civil não se pode concluir que a venda de um elemento essencial do fundo seja equiparada ao trespasse de toda a universalidade, solução diversa não poderia surgir para fins de aplicação do disposto no art. 1.145, sob pena de evidente contradição. Daí decorrer nossa conclusão no sentido de que a venda de elementos relevantes do fundo de empresa não pode ser equiparada, para fins de imposição das conseqüências legais, à alienação de toda a universalidade.

Superada esta primeira etapa de análise, pela qual percebemos que não existe operação de trespasse se não for atingido o âmbito mínimo de transferência, cumpre analisar ainda outra questão relacionada ao tema. Se as partes, tentando furtar-se aos efeitos legais do contrato de trespasse, efetuarem várias operações sucessivas de compra e venda de determinados bens, sem que qualquer delas

valor integrante do patrimônio comercial da falida e componente de seu estabelecimento, são ineficazes, em relação à massa, os atos de alienação praticados durante o chamado período suspeito, independentemente de prova da intenção de fraude (art. 52, VIII, Dec.-lei 7.661/45)” (RT. 693/182).

²⁵⁵ Teoria do Estabelecimento Comercial, pp. 208-209.

atinja o âmbito mínimo de transferência, será identificável uma operação de trespasse? Temos que sim.

Afinal, o critério utilizável para a identificação de uma operação de trespasse é o atingimento do âmbito mínimo de transferência, o qual se dá com a transferência de bens que, em si, sejam suficientes ao desenvolvimento da atividade empresarial. Tal requisito é de ordem material, e não formal. Assim, independentemente da quantidade de instrumentos contratuais ajustados entre as partes, e qualquer que seja a denominação atribuída aos mesmos, haverá trespasse sempre que for atingido o âmbito mínimo de transferência, com a incidência de todas as regras jurídicas relativas à matéria.

Tal conclusão ganha corpo mediante dois fundamentos. No campo formal, percebe-se que o legislador não exige a existência de um contrato para a identificação de uma operação de trespasse. Não há mesmo a necessidade de qualquer contrato, já que, como ressaltamos em seção precedente, os requisitos formais de publicidade da operação não se constituem em condições inafastáveis de validade da mesma, mas tão-somente em condições para que a operação seja imponível a terceiros. Com ou sem contrato, há trespasse se for atingido o âmbito mínimo de transferência.

De outro lado, a conclusão também se mantém no campo da tutela da boa-fé objetiva no âmbito negocial. Neste contexto, não se poderia dar guarida à atitude de empresários que intentar a criação de obstáculos formais à imposição do regime jurídico relativo ao trespasse, mediante simples fragmentação de contratos.

Assim, independentemente da quantidade ou do nome do contratos formalizados entre os empresários, e ainda que exista intervalo temporal entre a elaboração dos mesmos, incidem as rigorosas regras relativas ao trespasse sempre que for atingido o âmbito mínimo de transferência.

5.7. Da necessidade de proteção ao vendedor

Usualmente, o pagamento do preço em operações de trespasse não se dá à vista, mas sim parceladamente. E tal prática decorre de duas razões. De um lado, porque no mais das vezes os valores envolvidos são bastante significativos. De

outro, porque ao empresário é menos custoso o pagamento do preço mediante o comprometimento do faturamento futuro do que através de realização de um aporte único, antes do início do desenvolvimento da atividade empresarial, para o que terá que se descapitalizar ou buscar recursos financeiros, os quais, na realidade econômica brasileira, apresentam custos que devem ser ao máximo possível evitados pelo empresário.

Esta possibilidade, como vimos, foi cogitada de maneira direta pelo legislador francês, que forneceu, para a garantia dos interesses do vendedor, a possibilidade de instituição do direito de privilégio, o qual consiste num direito real de garantia constituído sobre o próprio estabelecimento, e que se sobrepõe a qualquer outra forma de garantia (*nantissement*) constituída sobre o fundo por parte do comprador, ainda que este entre em estado de liquidação ou de falência. Além disso, pode o vendedor propor a ação resolutória do negócio, através da qual o mesmo pode ser desfeito em caso de descumprimento das obrigações contratuais do comprador. Assim, o vendedor encontra proteção jurídica específica no sentido de garantir o recebimento de seu preço, razão pela qual consente mais facilmente com o fracionamento em seu recebimento, fato que acarreta o barateamento da operação.

Afinal, é de lógica simples e bem conhecida no âmbito do direito empresarial a relativa à equação inversa existente entre segurança jurídica para o credor e o custo do crédito pelo mesmo oferecido, de tal forma que a diminuição dos riscos (decorrente de uma mais eficiente tutela específica) acarreta uma diminuição dos custos, fato que interessa a toda a economia por incentivar o investimento. Aplicado-se esta lógica ao âmbito do trespasse, percebe-se que, fornecendo o legislador francês um instrumento de proteção jurídica direta aos interesses do credor, garantindo-se, através do privilégio, o recebimento do preço ajustado, toda a economia acaba por se beneficiar, já que a diminuição dos custos da operação (decorrente da diminuição dos riscos) atua como fator de incentivo à realização desta modalidade negocial.

Contudo, ainda que esta forma de tutela esteja prevista no direito francês desde 1909, o legislador brasileiro optou por nem mesmo cogitar de um mecanismo de proteção ao vendedor no momento da realização de uma compra e venda de estabelecimento com pagamento parcelado do preço. Na exagerada tutela dos

interesses dos credores, olvidou-se de conceder um mínimo de proteção às partes diretamente envolvidas no trespasse.

A conseqüência da ausência de proteção do vendedor nesta hipótese é evidente. Ou se busca pessoalmente uma garantia contratual específica, ou o credor pode chegar à situação de se ver compelido a executar seu crédito sem nenhuma forma de garantia ou privilégio, concorrendo com os demais credores do adquirente, e podendo mesmo estar em situação jurídica inferior à destes, caso em que dificilmente conseguirá realizar o seu crédito.

Com a percepção, pelo vendedor, de que inexistem mecanismos diretos de proteção aos seus interesses, este evitará o parcelamento do preço (contrapondo-se à pretensão do comprador), seja porque o risco da operação é relevante, seja porque a solução para este risco é a contratação de garantias com as quais o comprador pode não concordar, ou mesmo pode não condições objetivas de cumprimento.

Assim, a omissão do legislador brasileiro quanto à oferta de um mecanismo simples de garantia do recebimento do preço pelo vendedor, em caso de venda parcelada, é mais uma situação em que o novo Código Civil apresenta como efeito um desincentivo à realização desta modalidade negocial. E tal quadro poderia ser evitado com a simples previsão de um mecanismo assemelhado ao constante do direito francês, pelo qual se instituísse um privilégio sobre o bem (exercível não só como privilégio para fins de localização no quadro geral de credores no processo falimentar, mas também na forma de direito real de garantia em execução comum), oponível a terceiros desde que constasse dos atos de registro e publicação do trespasse, os quais passaram a existir na sistemática do novo código. Com a publicidade do privilégio, os credores do comprador não poderiam ser prejudicados pelo desconhecimento. E com a efetivação do mesmo, o vendedor não concorreria com estes credores, fato que se constitui na garantia de realização de seus direitos em processo de execução pela segura existência de uma massa patrimonial de garanta.

Instituída esta forma de garantia, também se faria necessária a regulamentação de uma ação assemelhada à ação resolutória também prevista no direito francês, constituindo-se o privilégio em tutela suficiente para que o vendedor sintasse-se seguro à contratação de trespasse com pagamento parcelado.

Bem sabemos que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, há a possibilidade de propositura de ação declaratória de rescisão de contrato, por falta de pagamento de preço, em que os efeitos da sentença abrangeriam um retorno ao *status quo ante*, retomando o alienante a posse do fundo de empresa objeto do trespasse. Mas tal ação está sujeita a toda a morosidade inerente ao procedimento ordinário, de forma que, não se obtendo antecipação de tutela, está o autor sujeito aos efeitos da demora da prestação jurisdicional, entre os quais se inclui a natural desvalorização do fundo que não for devidamente administrado pelo adquirente no curso da ação.

Este é o diferencial da ação resolutória de negócio. Com processo e mais célere, possibilitaria uma efetiva tutela dos interesses do alienante que não recebeu o preço na forma ajustada, facilitando, também por esta via, a opção pela realização da operação de trespasse.

Sob outra ótica, ainda, percebe-se que o legislador brasileiro deixou de voltar os olhos aos interesses do alienante do fundo. Na hipótese de arrendamento, o arrendador está sujeito à forma de administração do arrendatário, de maneira que, em caso de má administração (a qual acarreta desvalorização do fundo em decorrência do afastamento da clientela), deve o arrendatário aguardar o encerramento do contrato, suportando os prejuízos econômicos da diminuição do aviamento de forma passiva. Não se cogitou da adoção de mecanismo assemelhado ao fornecido no direito italiano para a proteção dos interesses do arrendador, pelo qual o contrato pode ser denunciado em caso de má administração do fundo por parte do arrendatário. Ressalte-se: não se trata de rescisão por descumprimento de qualquer das condições do contrato de arrendamento, mas sim de retomada do estabelecimento para a proteção de sua integridade econômica, quando se constata que a maneira pela qual o mesmo está sendo administrado conduz ao afastamento da clientela.

De qualquer forma, bem se percebe-se que o legislador pátrio simplesmente deixou de considerar a necessidade de tutelar os interesses do alienante (ou arrendatário) do fundo, defendendo cegamente seus princípios de tutela aos interesses dos credores. Evidente é a necessidade de tutela do crédito. Mas há outros interesses a serem protegidos nesta modalidade contratual, sob pena de

torná-la previsão normativa estéril, abandonada pelo empresariado em vista do regime normativo criado no direito brasileiro.

5.8. O desequilíbrio na tutela jurídica

Bem se percebe que a opção tomada quando da regulação da matéria no âmbito do novo Código Civil veio no sentido de fornecer uma tutela jurídica exagerada na proteção dos interesses dos terceiros credores, bem como de esquecer (e às vezes mesmos presumir a má-fé) dos empresários diretamente envolvidas na operação.

Poder-se-ia cogitar que se trata de uma justa opção no sentido da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, elegendo a tutela geral do crédito como bem jurídico mais relevante do que a tutela dos direitos dos empresários envolvidos no trespasse. Mas tal entendimento se constitui num equívoco.

Cristalina é a necessidade de tutelar os interesses dos credores, como também resta claro que a sua proteção apresenta um interesse econômico coletivo, seja por atuar como elemento de estabilidade nas relações negociais (o qual ultimamente se mostra combatido no contexto econômico brasileiro), seja por, em decorrência desta estabilidade, não se gerar um fator de aumento dos custos do crédito em nosso país. Assim é que de há muito se percebeu que a tutela geral do crédito, não só no ambiente do trespasse mas sim nas relações jurídicas em geral, se constitui em mecanismo de construção da estabilidade de uma economia, sem o qual a mesma acaba por ser prejudicada, já que a elevação dos custos do crédito constitui-se num dos mais relevantes fatores de estagnação de uma economia. Isto porque o alto preço do crédito, decorrente de seu elevado risco, faz com que diminua a tomada de capital por parte dos empreendedores, restringindo a empresariedade e, por conseqüência, configurando prejuízos na oferta de empregos, no recolhimento de tributos e, em suma, na própria movimentação da economia.

Contudo, ainda que se mostre evidente a necessidade de se tutelar os interesses dos terceiros credores, concedendo-lhes mecanismos de garantia e combatendo a fraude nas operações de transferência do estabelecimento, que é

muitas vezes utilizada como forma de diminuição do ativo do devedor com o intuito de frustrar as pretensões dos credores, tal proteção jurídica não pode ser concedida de forma desequilibrada, gerando em conseqüência o desincentivo na realização deste negócio jurídico.

A operação de *trespasse*, não se pode esquecer, se constitui em mecanismo de efetivação do princípio da preservação da empresa. Afinal, vendendo seu estabelecimento como unidade produtiva, o empresário encontra uma saída à simples liquidação, já que é evidente que o empresário que pretende alienar seu estabelecimento não deseja continuar a desenvolver a atividade empresarial, ao menos com relação a um determinado fundo de empresa.

Se a opção for pela liquidação, os prejuízos sócio-econômicos são evidentes, já que haverá demissões de seus funcionários, e, como decorrência da falta de desenvolvimento da atividade empresarial, um menor recolhimento de tributos e um encolhimento na economia, em vista da diminuição na circulação de capital. Por tal razão, a operação de *trespasse* deve ser incentivada. Transferindo-se a unidade empresarial de titular, garante-se a manutenção não só dos empregos, mas também de todos os reflexos econômicos decorrentes do desenvolvimento da atividade empresarial. Por tal razão, o negócio jurídico de *trespasse* deve ser incentivado, protegendo-se os interesses não só dos terceiros credores, mas também dos contratantes, para que o *trespasse* seja visto como real opção à liquidação.

No caso do direito brasileiro, bem pudemos perceber que a única forma de tutela específica aos interesses dos contratantes consiste na obrigação de não-restabelecimento do vendedor, combatendo-se assim uma possibilidade de concorrência desleal. Mas, para além deste aspecto, nenhuma outra proteção jurídica é fornecida aos contratantes. Ao contrário, o que se constata é que os mesmos receberam um tratamento que peca não só pela omissão, mas também pela imposição de conseqüências jurídicas negativas, principalmente ao comprador.

Tanto a possibilidade de declaração de ineficácia do negócio (inafastável preventivamente em vista da impossibilidade de conhecimento pleno do rol de credores do vendedor) quanto a sucessão do passivo (que além de rigorosa é insegura, pela dificuldade de classificação dos débitos vinculados ao estabelecimento), são graves efeitos jurídicos do negócio que, como tivemos a

oportunidade de verificar, simplesmente não existem no âmbito da imensa maioria dos sistemas jurídicos do direito comparado.

Como resultado tanto da ausência de proteção específica (principalmente dos interesses do vendedor) quanto dos efeitos negativos (impostos ao comprador), surge um quadro em que o negócio jurídico de trespasse de estabelecimento deixa de ser vantajoso para as partes. Assim, uma operação que no campo empresarial apresenta evidentes vantagens, acaba por ser desincentivada pelo direito brasileiro, em razão do que os empresários que sejam alertados por seus advogados dificilmente realizarão o negócio, com prejuízos econômicos evidentes não somente para as partes envolvidas (que, como é claro, buscarão alternativas à realização de seus objetivos), mas, e principalmente, para a economia em geral, que suportará todos os prejuízos decorrentes do encerramento da atividade empresarial.

A motivação de nossa crítica, desta forma, não é somente jurídica, numa busca pela precisão e coerência cada vez menos encontráveis em nosso direito. Mais do que isso, as opções do legislador acarretam prejuízos econômicos que em nada ajudam na recuperação de nossa economia. É evidente que o desenvolvimento econômico de uma nação somente se alcança com o crescimento de seu setor empresarial, que é o gerador de riquezas no âmbito individual (não só para o empresário, mas também para todos os assalariados) e de recursos para o Estado (em decorrência do recolhimento de tributos).

A regulação jurídica do trespasse existente em nosso Código Civil não se constitui apenas em um erro jurídico, dos quais sobram exemplos naquele diploma legal. Para além do equívoco jurídico de determinadas regras presentes na regulação do estabelecimento, as opções do legislador acarretam evidentes prejuízos econômicos, razão pela qual não podemos deixar de manifestar nossa crítica ao excesso de rigor com que as partes envolvidas na operação de trespasse são tratadas pelo legislador, o que se constitui na missão primeira, e na conclusão final, da presente tese.

CONCLUSÕES

Desde o início do presente trabalho, afirmou-se de maneira contundente que o negócio de trespasse de estabelecimento constitui-se em operação comercial que deveria merecer proteção e incentivo no âmbito normativo. Afinal, cuida-se de negócio comum no âmbito empresarial, e seus efeitos confundem-se com o princípio da preservação da empresa.

Já se mostrava absolutamente inaceitável que, ao revés do que ocorria em outros sistemas normativos, o legislador brasileiro não se dedicasse à regulação da matéria, construindo um sistema em que o único dispositivo legal relativo ao trespasse fosse a constante do art. 52, VIII, da legislação falimentar, que previa hipótese de declaração de ineficácia do negócio que, como tivemos a oportunidade de expor, eleva indevidamente os riscos impostos ao adquirente do fundo, desincentivando esta modalidade contratual.

Com a edição no novo Código Civil, esperava-se que fosse superado o período de omissão normativa com uma regulação consistente e correta da operação de trespasse. Entretanto, encontra-se nos dispositivos constantes dos arts. 1.142 a 1.149 uma normatização que, embora em alguns pontos se mostrasse de extrema pertinência, no geral conseguiu o impensável: construiu-se um sistema legal em que os riscos impostos à parte foram potencializados em relação ao regime legal anterior, de forma que os empresários que derem atenção a seus advogados dificilmente irão pactuar uma operação de trespasse.

De maneira específica, pode-se dizer que o novo Código Civil trouxe regulação adequada ao estabelecer a vedação ao restabelecimento no prazo de 5 anos a contar da efetivação do trespasse. Não se trata de inovação, já que tal obrigação decorria de consolidado entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à aplicação dos princípios do direito concorrencial. Mas a norma teve o mérito de

disciplinar a questão de maneira correta e direta, prescindindo de uma tarefa hermenêutica mais complexa para a aplicação do Direito ao caso concreto.

Já a disposição constante do art. 1.148 mostra-se não só apropriada, constituindo-se sim em inovação que gera reflexos diretos na proteção dos interesses dos empresários diretamente envolvidos na operação, ao dispor que ocorre sucessão nos contratos de natureza empresarial, embora, como expusemos, haja limitações materiais de aplicação da regra. Assim, os empresários que pactuam o trespasse não mais estão sujeitos à boa vontade dos terceiros contratantes para que se formalizem novos instrumentos contratuais. Ao revés, a sucessão de partes agora decorre de disposição legal, somente afastável quando houver justa causa oportunamente alegada, ou na excepcional hipótese de se cuidar de um contrato *intuitu personae*.

Apesar destes progressos jurídicos, infelizmente a marca característica do novo Código é diversa. Olvidando-se da necessidade de proteger e incentivar esta modalidade negocial, o legislador estabeleceu mecanismos pelos quais, tutelando-se cegamente os interesses dos credores, a pactuação de trespasse tornou-se pouco atrativa no campo material.

De fato, mostra-se absolutamente indevida a norma previsora da sucessão no passivo contabilizado vinculado ao fundo, seja porque inexiste fundamento lógico-jurídico para tanto (já que o devedor não é o estabelecimento, mas sim um empresário que continua a existir e a ter patrimônio após o trespasse do estabelecimento), seja porque o empresário adquirente, em determinadas situações, não tem como saber previamente quais são os débitos efetivamente assumidos (já que os livros contábeis e fiscais obrigatórios não contêm necessariamente vinculação material dos débitos a um determinado estabelecimento, no caso de pluralidade de fundos de empresa), seja ainda porque, em caso de fraude contra credores, estes já estavam protegidos por dispositivos legais específicos, não havendo necessidade de tamanha ampliação de sua tutela em desfavor do adquirente do fundo.

De igual forma, não se mostra aceitável a norma constante do art. 1.145, pela qual se constrói possibilidade de declaração de ineficácia do negócio em determinadas situações. Trata-se de simples ampliação de campo de aplicação da disposição constante do art. 52, VIII, da legislação falimentar, de forma que as

críticas que a esta se aplicavam repetem-se, de maneira mais contundente, contra a nova disposição legal. O principal motivo de ataque a esta disposição normativa reside no fato de que ao empresário adquirente é absolutamente inviável a proteção preventiva, através da reunião de documentos que possibilitem a invocação de alguma das excludentes legais. Conforme tivemos a oportunidade de expor da maneira detalhada, esta proteção é impossível porque, em determinados casos, não há como o adquirente ter pleno conhecimento quanto à composição do passivo do alienante, que pode, até mesmo de maneira dolosa, ocultar alguns de seus débitos, sem que de tal articulação afastem-se os efeitos legais desta norma contra o adquirente.

Cotejando-se estes aspectos com o direito comparado, constata-se com maior clareza a equivocidade de nossas normas. Adotaram-se premissas do direito francês com as conclusões do direito italiano relativamente à sucessão do passivo. E, de outro lado, pôde-se constatar que a possibilidade de declaração de declaração de ineficácia é criação de nosso legislador, bem como que o mesmo não cuidou de proteger os interesses das partes diretamente envolvidas no contrato, tutelando-se tão somente um dos aspectos da operação, que a proteção aos interesses dos credores.

Tais percepções, entre outras que constituem fundamentos secundários da presente tese, permitem afirmar com elevado grau de segurança que a regulação jurídica do estabelecimento, constante do novo Código Civil, constitui-se em contrariedade às funções que deveriam ser assumidas pelo Estado.

Esperava-se que o Estado, dentro de sua inegável função de incentivo ao desenvolvimento da atividade empresarial (que se constitui em pilar para o florescimento da economia como um todo), criasse mecanismos de proteção e incentivo à operação de trespasse, tal como ocorre em outros ordenamentos jurídicos.

De maneira diversa, houve algo próximo à presunção de má-fé das partes envolvidas nesta operação negocial, criando-se uma tutela que visa unilateralmente (e desequilibradamente) a proteção dos terceiros credores. Com isso, os efeitos econômicos são evidentes.

Sem que houvesse uma contrapartida decorrente da tutela do crédito (não se aumenta significativamente a segurança ao credor como decorrência das

disposições legais), construiu-se um quadro em que os riscos impostos principalmente ao adquirente do fundo são tão evidentes que a operação será evitada pelos empresários conscientes (ou acarretará efeitos extremamente danosos aos empresários que pactuam o trespasse sem o exato conhecimento quanto aos efeitos jurídicos decorrentes da operação).

Com isso, a economia, como um todo, acaba por ser prejudicada, já que, no caso de o empresário não mais desejar manter sua atividade empresarial, não encontrará outro caminho que não a extinção de seu estabelecimento, medida que gera prejuízos não só ao empresário (que assim não consegue receber o que seria o preço de venda da universalidade), mas à economia como um todo, já que a extinção do estabelecimento acarretará o desemprego dos funcionários, o encerramento de recolhimento de tributos e a diminuição na própria movimentação da economia.

Para nossa infelicidade, surge uma conclusão final de maneira natural e inafastável. Atingiu-se o impensável. O regime legal do trespasse, finalmente editado pelo legislador, consegue ser pior do que silêncio normativo anterior.

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Néilson. **Da Ação Revocatória**. São Paulo: Leud, 1997.
- ABRÃO, Néilson. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1993.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**, vol. I. Coimbra: Almedina, 2001.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ALVARES, Walter T. **Direito Comercial**, vol. 1. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Teoria Geral do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ASCARELLI, Tulio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.
- ASCARELLI, Tulio. **Introducción al Derecho Comercial**. Buenos Aires: Ediar Editores, 1947.
- ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- AUTUORI, Luiz. **Fundo de Comércio (Locação Comercial)**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- BARBOSA, Mário Figueiredo. **Valor da Clientela no Fundo de Comércio**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Ministério da Educação e Saúde: Rio de Janeiro, 1948.
- BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Falências & Concordatas**. São Paulo: LTr, 1991.
- BERTOLDI, Marcelo. **Curso Avançado de Direito Comercial**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- BUISSON, Albert. **Le Statut Légal du Fonds de Commerce**. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1934.
- BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades Comerciais: Empresa e Estabelecimento**. São Paulo: Atlas, 1993.
- BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 1995.
- CAMPOBASSO, Gian Franco. **Diritto Commerciale**. Milano: UTET.

- CARDOSO, Fernando. **Reflexões sobre o Estabelecimento Comercial ou Industrial e Respetivo Contrato de Aluguer**. Lisboa: Livraria Portugalmundo Editora, 1991.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**, vol. 2. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1982.
- COHEN, Albert. **Traité Théorique et Pratique des Fonds de Commerce**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1948.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COLOMBO, Giovanni. **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell'enocomia**. Padova: Cedam, 1979.
- CRISTIANO, Romano. **Personificação da Empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Manual Jurídico da Empresa**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- DE-MATTIA, Fábio Maria. **Empresa Agrária e Estabelecimento Agrário**. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, volume 715, maio de 1995, pp. 64-78.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952.
- ESTRELLA, Hernani. **Direito Comercial (estudos)**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1969.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. **Derecho Comercial y Económico – parte general**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.
- FALLA, Laureano F. Gutiérrez. **Derecho Mercantil – La Empresa**. Buenos Aires: Astrea, 1985.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel. **O Restabelecimento do Alienante Após a Transferência do Estabelecimento**. Artigo publicado da Revista dos Tribunais, volume 756, pp. 133-142.
- FERRARA JUNIOR, Francesco. **La Teoria Giuridica dell'azienda**. Firenze: Casa Editrice Il Castellaccio, 1945.
- FERREIRA, Waldemar. **Instituições de Direito Comercial**, vol. 2. São Paulo: Max Limonad, 1956.
- FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, vol. VI e VIII. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Torino: Unione Tipografico. 1977.
- FONTANAROSSA, Rodolfo O. **Derecho Comercial Argentino**. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1975.
- FREITAS, Paulo de. **Fundo de Comércio e Estabelecimento Comercial**. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, nº 315, pp 465-470.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense: 2001.

GRECO, Marco Aurélio. **Imposto Sobre a Renda – Responsabilidade do sucessor na aquisição do estabelecimento – O art. 133 do CTN.** Artigo publicado na Revista Tributária e de Finanças Públicas, volume 39, pp. 49-85.

GUERY, Gabriel. **Droit des Affaires.** 5ª ed. Lyon: Groupe ESC.

GUYÉNOT, Jean. **Cours de Droit Commercial.** Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats,

HALPERIN, Issac. **Curso de Derecho Comercial.** Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

HEUDEBERT-BOUVIER, Nicole. **Droit Civil et Commercial.** Paris: Presses Universitaires de France, 3ª ed.

LACROIX, Guy. **Évaluation des Fonds de Commerce et des Entreprises.** Paris: Editions du Moniteur, 1978.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual.** São Paulo: 1956.

MAGALHÃES, Barbosa de. **O Estabelecimento Comercial.** Lisboa: Edições Ática, 1964.

MARMITT, Arnaldo. **Fiança Civil e Comercial.** Rio de Janeiro: Aide, 1989.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDES, Octavio. **Direito Commercial Terrestre.** Saraiva: São Paulo: 1930.

MIGUEL, Paula Castello. **O Estabelecimento Comercial.** Revista de Direito Mercantil, 118, pp. 7-61.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado,** tomo XV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

MORAES, Maria Antonieta Lynch de. **O Trespasse: a alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula de não restabelecimento.** Artigo publicado na Revista dos Tribunais, volume 792, pp. 117-128.

MOSSA, Lorenzo. **Diritto Commerciale,** parte prima. Milano: Società Editrice Libreria, 1937.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial.** Campinas: Bookseller, 1999.

ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. **Avaliação de Sociedades.** São Paulo: Atlas, 2001.

PACHECO, José da Silva. **Processo de Falência e Concordata.** Rio de Janeiro: Forense. 1999.

PAES, **Da Concorrência do Alienante do Estabelecimento Comercial.** São Paulo: Saraiva, 1980.

PÉDAMON, Michel. **Droit Commercial.** Paris: Dalloz, 1994.

PINTO, Roberto Wilson Renault, e OLIVEIRA, Fernando A. Albino (coord.). **Shopping Centers – Questões Jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 1991.

PONT, Manuel Broseta. **Manual de Derecho Mercantil.** Madrid: Editorial Tecnos.

REINHARD, Yves. **Droit Commercial.** Paris: Itec.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial,** vol. I. São Paulo : Saraiva, 1993.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar,** vol.I. São Paulo: Saraiva: 1993.

RIPERT, Georges. **Tratado Elemental de Derecho Comercial**, vol. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1931.

ROQUE, Sebastião José. **Moderno Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Ícone, 1996.

SAMPAIO DE LACERDA, J.C. **Lições de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

SANTOS, Theóphilo de Azeredo. **Manual de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

SCAFF, Fernando Campos. **Teoria Geral do Estabelecimento Agrário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHIMIDT, Karsten. **Derecho Comercial**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 13ª ed., v. II. São Paulo: LTr. 1993.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VIANDIER, Alain. **Droit Commercial**. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.

VIVANTE, Cesare. **Tratado de Derecho Mercantil**. Madrid: Editorial Reus, 1936.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1985.