

SANDRA CRISTINA MAIA

**A PROTEÇÃO DO AVIAMENTO NO CONTRATO DE TRESPASSE DO
ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
CONTRATOS EMPRESARIAIS À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURSO DE DIREITO

CURITIBA

2003

SANDRA CRISTINA MAIA

**A PROTEÇÃO DO AVIAMENTO NO CONTRATO DE TRESPASSE DO
ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para obtenção do grau de especialista, no Curso de pós-graduação *lato sensu* em Contratos Empresariais à Luz do Novo Código Civil.

CURITIBA
2003

ORIENTADOR:

Prof. Doutor Alexandre Ditzel Faraco

Prof.

Prof.

Prof.

Prof.

SUMÁRIO

Sumário.....	iv
Resumo.....	v
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	4
2.1 Conceito de Estabelecimento Empresarial.....	4
2.2 Disciplina Legal.....	9
2.3 Natureza Jurídica.....	11
2.4 Estabelecimento Empresarial, Empresa e Empresário.....	19
2.5 Elementos.....	23
3 O AVIAMENTO.....	28
3.1 Conceito de Aviamento.....	28
3.1 Natureza Jurídica.....	31
3.2 Aviamento objetivo e subjetivo.....	35
3.3 A clientela.....	36
4 NEGÓCIO DE ALIENAÇÃO O TRESPASSE.....	42
5 A PROTEÇÃO DO AVIAMENTO NO TRESPASSE.....	48
5.1 Fundamentos da proteção ao aviamento.....	48
5.2 A proteção ao aviamento anteriormente ao Novo Código Civil.....	51
5.3 A proteção ao aviamento à luz do Novo Código Civil.....	59
6 LIMITES À OBRIGAÇÃO DE NÃO RESTABELECIMENTO.....	61
7 CONCLUSÃO.....	68
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

RESUMO

O estabelecimento empresarial, considerado como o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos utilizados pelo empresário para a exploração de determinada atividade econômica, adquire valor superior aos bens que o integram isoladamente considerados. Essa mais valia inerente ao estabelecimento denomina-se de aviamento. O aviamento é entendido como a qualidade atribuída ao estabelecimento empresarial, concernente a sua capacidade de geração de lucros. Quando ocorre a transferência de determinado estabelecimento empresarial, o empresário adquirente arca com o pagamento desta *plus valia*, razão pela qual esta merece ser resguardada, de modo que o negócio jurídico atinja seu escopo principal. A proteção do aviamento no contrato de trespasse do estabelecimento empresarial se dá pro meio da proibição de restabelecimento por parte do alienante no mesmo ramo de negócio, durante determinado período de tempo e em certo âmbito territorial. O objetivo de tal proteção é o de possibilitar que o adquirente usufrua do aviamento adquirido, sem ser prejudicado pela concorrência do alienante.

1. INTRODUÇÃO

Dentro da tendência de diversos países, o Brasil, há algum tempo, vem buscando estabelecer um regime geral de disciplina privada da atividade econômica, aproximando-se do modelo italiano, fundamentado na teoria da empresa. Mesmo antes da edição do Código Civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência já vinham adotando a denominada teoria da empresa, originada no direito italiano, para dirimir conflitos de interesse entre empresários, o que significava a adoção de soluções mais consentâneas com a realidade vivenciada no século XX.

Com o advento do Código Civil de 2002, pode se dizer que o direito privado brasileiro concluiu o processo de transição do sistema francês, fulcrado na teoria dos atos de comércio, para o sistema italiano, fundamentado na denominada teoria da empresa. O Diploma Legal em questão reservou o Título III para tratar, exatamente, do direito de empresa.

Até a edição do Código Civil de 2002, o estabelecimento empresarial, considerado o instrumento utilizado pelo empresário para a consecução de sua atividade econômica, nunca foi tratado, legislativamente, de forma sistemática. Até então existiam apenas referências esparsas a algumas consequências jurídicas que o legislador pretendeu outorgar aos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento. Somente com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 é que surgiu a disciplina sistemática do estabelecimento empresarial.

Nos termos do artigo 1142 do Código Civil de 2002, o estabelecimento empresarial traduz-se, em linhas gerais, no conjunto de bens corpóreos e

incorpóreos que o empresário destina para a exploração de determinada atividade econômica. À organização destes bens, decorrente da criatividade do empresário, agrega-se um sobrevalor, uma mais valia. Os bens do empresário, devidamente organizados, passam a apresentar valor superior à simples soma dos bens isoladamente considerados.

A proteção concedida ao estabelecimento empresarial decorre, justamente, deste sobrevalor que se lhe agrega, em virtude da organização sistemática dos bens pelo empresário. Esse sobrevalor denomina-se aviamento e representa o grau de eficiência de determinada atividade econômica ou, em outros termos, a sua capacidade de produzir lucros.

Com o objetivo de preservar o aviamento quando da celebração de contrato de transferência do estabelecimento empresarial, tem-se a possibilidade de vedação de restabelecimento por parte do alienante, subsequente ao contrato de trespasse. Para que o adquirente possa usufruir do aviamento adquirido, proíbe-se que o alienante se restabeleça na mesma atividade do adquirente e dentro de determinadas circunstâncias temporais e territoriais.

Realmente, não teria qualquer razoabilidade possibilitar-se que o alienante transferisse determinado estabelecimento empresarial e, logo após, restabelecesse-se na mesma atividade empresarial, fazendo concorrência ao adquirente. Tal situação, certamente, impediria que o adquirente usufrísse do aviamento transferido.

O presente trabalho tem por escopo abordar a proteção que é concedida ao aviamento quando do contrato de trespasse, especialmente no que tange à possibilidade de vedação de concorrência por parte do alienante, tanto anteriormente

ao Código Civil de 2002, como também após a sua entrada em vigor, notadamente à luz do artigo 1147

Desta feita, o trabalho em tela foi subdividido, basicamente, em quatro etapas. Na primeira delas, serão abordados aspectos atinentes ao estabelecimento empresarial, como, por exemplo, seu conceito, sua disciplina legal, sua natureza jurídica, seus elementos, bem assim a distinção entre estabelecimento empresarial, empresário e empresa. Na segunda, será analisado o conceito de aviamento e clientela. Na terceira, serão abordados os aspectos do negócio de alienação do estabelecimento empresarial propriamente dito. Finalmente, na quarta etapa será analisada a especial proteção concedida ao aviamento quando da celebração do contrato de transferência do estabelecimento empresarial, especialmente no que tange às limitações ao restabelecimento do empresário alienante.

2. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

2.1 CONCEITO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Para o exercício de determinada atividade empresarial, torna-se necessária a organização de bens, corpóreos ou incorpóreos, que servirão de instrumento para o empresário. A essa organização de bens, que tem por objetivo o exercício de determinada atividade empresarial, denomina-se estabelecimento empresarial.

O estabelecimento empresarial traduz-se, pois, no conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que o empresário reúne para a exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc.

Pense-se, por exemplo, o caso do empresário interessado no comércio varejista de medicamentos (farmácia). Ele deve adquirir, alugar, ou, de qualquer forma, reunir determinados bens, como por exemplo: os remédios e outros produtos normalmente comercializados em farmácia, as estantes, balcões e demais itens mobiliários, a máquina registradora, balança e equipamentos. Além desses bens, o empresário deverá encontrar um ponto para o seu estabelecimento, isto é, um imóvel (normalmente alugado) em que exercerá o comércio.¹

Para o exercício de determinada atividade econômica, três elementos são necessários: o capital, o trabalho e organização. Ao conjunto desses três elementos dá-se o nome de estabelecimento. Não é apenas a casa, o local, o cômodo no qual o

¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 96.

comerciante exerce sua atividade. Trata-se, isso sim, do complexo de várias forças econômicas e dos meios de trabalho que o empresário individual ou a sociedade empresária consagram ao exercício da empresa, imprimindo-lhes uma unidade formal. É, em última análise, a máquina de trabalho do empresário.²

J. X. Carvalho de Mendonça³ assim conceitua o estabelecimento empresarial:

“Complexo de meios idôneos materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio; é o organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio.”

Também é de salutar importância o conceito de estabelecimento empresarial trazido por Waldemar Ferreira⁴:

“Tanto a pessoa natural, quanto a pessoa jurídica, ingressam, dessarte, no mundo dos negócios, com patrimônio adequado a seu exercício. Fixam-se no espaço, adquirindo ou locando o prédio, quando não parte dele, que venha ser o local, a sede e que instale o meio e instrumento de sua função medianeira. Preparam-no convenientemente, dotando-o de mobiliário e das instalações propícias. Celebram-se, para isso, os contratos de compra ou de arrendamento do prédio. Situa-se o ponto de 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 preposição mercantil. Distribuem-se entre eles atribuições e encargos. Obtêm-se as devidas licenças municipais. Fazem-se os registros nas repartições arrecadoras estaduais e 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.”

Economicamente, o capital é a base do estabelecimento, compondo-se de elementos estáticos (bens) e de elementos dinâmicos (serviços). Para se exercer a

² BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.1, p. 283.

³ MENDONÇA, Carvalho José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, v. 5, livro 3, p. 15.

⁴ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 6, p.6.

atividade empresarial, deve se reunir os meios necessários para tal intento, organizando-os de forma que sirvam de base econômica ao empreendimento. Deve o empresário separar, do seu patrimônio, uma parcela de bens, recursos ou valores, que irão constituir o capital do comerciante individual ou a quota com a qual contribui o sócio em uma sociedade comercial. Para a consecução do objetivo econômico, contudo, é necessário aplicar o capital em bens adequados ao exercício do comércio, tais como máquinas, matérias primas, mercadorias, dentre outros. Exatamente da transformação do capital em um complexo de bens adequados ao exercício da atividade mercantil é que resulta o estabelecimento empresarial. Mas, certo é que, para formar o estabelecimento empresarial como unidade econômica, não é suficiente o elemento estático (capital). É necessário, ainda, agregar ao capital o elemento dinâmico, que se traduz nos serviços oriundos do trabalho. A conjugação dos bens e serviços, com vistas a um determinado objetivo econômico, origina o terceiro elemento, denominado de elementos estrutural, que é a organização. A combinação desses três elementos (capital, trabalho e organização) é denominada, em economia, estabelecimento empresarial. Sob o prisma econômico, o estabelecimento empresarial se constitui em organismo unitário resultante da organização concreta de fatores de produção dirigida para uma determinada atividade produtiva.⁵

Waldemar Ferreira⁶

“Que o estabelecimento é o patrimônio comercial do comerciante, distinto de seu patrimônio civil, Ercole Vidari o disse, argutamente. Patrimônio, que é, constitui-se

⁵ BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

⁶ FERREIRA, Waldemar. **Instituições de Direito Comercial**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956, v 2, p. 15

de coisas materiais e imateriais, intencionalmente agregadas em um só todo, destinado à exploração mercantil ou industrial. Confunde-se, dessarte, com a empresa, vista pelo prisma econômico. Reúnem-se nesta, como naquele, elementos produtivos, organizados, no conceito de Alfredo Rocco, para a produção, quais sejam o capital e o trabalho. Pouco importa a proveniência de um ou de outro, se do seu organizador, se de terceiro, por permitido àquele contribuir com os dois elementos, servindo-se do capital ou locando o trabalho alheio. Concorrem, dessarte, para formar o estabelecimento, como a empresa, três elementos: a) o capital; b) o trabalho; c) a organização de um e de outro para fins produtivos.”

O estabelecimento é, sem dúvida, o instrumento utilizado pelo empresário para desenvolver as atividades da empresa. Daí porque o estabelecimento difere da figura da empresa, bem assim da do empresário, conforme restará melhor explicitado adiante.

A unificação de diversos elementos em torno de um fim comum (que seria a exploração de determinada atividade empresarial) faz do estabelecimento empresarial um objeto de direito

O estabelecimento empresarial é tido como objeto de direito, justamente porque se compõe de vários elementos unificados pelo empresário em um todo, utilizado para o exercício de sua atividade. O estabelecimento é identificado como um complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício de sua atividade econômica e, tendo em conta essa finalidade, podem tais bens serem considerados de forma unitária como objeto de direito.⁷

Nesse sentido, Pedro Pereira Barbosa⁸ é claro ao dizer que estabelecimento empresarial é conjunto de coisas, constituindo objeto de direito.

⁷ BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades, Empresa e Estabelecimento**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 49.

⁸ BARBOSA, Pedro Pereira. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 140.

É utilizada como sinônimo de estabelecimento empresarial, a expressão fundo de comércio, derivada da expressão francesa *fonds de commerce*. Na Itália, adota-se a expressão *azienda*, enquanto na Inglaterra utiliza-se a expressão *goodwill of a trade* ou simplesmente *goodwill*. A expressão fundo de comércio, de origem francesa, foi acolhida na legislação pátria pelo Decreto nº 24150 de 20 de abril de 1934, o qual trata da renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais. Também o artigo 133 do Código Tributário Nacional faz menção, indistintamente, à expressão estabelecimento empresarial e fundo de comércio.

Rubens Requião assim preleciona sobre a questão em comento:⁹

“O fundo de comercio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a base física da empresa, constituindo um instrumento da atividade empresarial. O Código italiano o define com o complexo dos bens organizados pelo empresário, para o exercício da empresa. Na nomenclatura jurídica, usada pelos nossos autores, aplicam-se, comumente, as expressões fundo de comércio, por influência dos escritores franceses (*fonds de commerce*), e *azienda*, por inspiração dos juristas italianos, como sinônimas de estabelecimento comercial. Usaremos, pois, indistintamente, os três vocábulos.”

João Eunápio Borges¹⁰ também se manifesta a respeito:

“No direito romano as expressões *negotium*, *mensa*, *merx* ou *merx peculiaris*, *taberna*, *mercatura*, *negotiatio* correspondiam ao nosso estabelecimento, negócio ou casa comercial. No francês, *fonds de commerce*, *Maison de commerce*, *établissement commercial*; no italiano, *azienda*, *fondo*, *fondaco*; no espanhol, *hacienda*, *empresa*; no anglo-americano, *goodwill*, *business*; no holandês, *ZAAK*, *Handelszaak*; no alemão, *Geschäft*, *Handelsgeschäft*, *Haus*, *Handlung*, *Unternehmen* etc.”

⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197/198.

¹⁰ BORGES, João Eunápio, op. cit., p. 284.

Fabio Ulhoa Coelho¹¹, entretanto, entende que as expressões acima elencadas não seriam sinônimas, mas sim que o fundo de comércio ou fundo de empresa seria uma decorrência do estabelecimento empresarial. Fundo de empresa seria um atributo do estabelecimento, não significando a mesma coisa. O estabelecimento empresarial seria o conjunto de bens utilizados pelo empresário para exercer sua atividade econômica e o fundo de empresa seria o valor vinculado a esse complexo de bens.

A doutrina majoritária, contudo, vê o estabelecimento empresarial e o fundo de comércio como sinônimos, o que parece mais acertado.

2.2 A DISCIPLINA LEGAL DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O estabelecimento empresarial nunca foi tratado, legislativamente, de forma sistemática, sendo que existiam apenas referências esparsas a algumas conseqüências que o legislador procurou atribuir aos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento, como, por exemplo, o artigo 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, o artigo 133 do Código Tributário Nacional, os artigos 2º, V, 52, VIII, e 116 da Lei Falimentar e a Lei 85245, de 18 de outubro de 1991, a qual protege o ponto, ao assegurar o direito à renovação do contrato de locação comercial.

O direito brasileiro encontrava-se, de fato, extremamente atrasado com relação à construção legislativa do instituto. Não existiam leis específicas que tratassem do tema, o que causava prejuízo para o comércio e para a estabilidade das relações jurídicas. O Código Civil de 2002, entretanto, dedicou o Título III ao tratamento sistemático do estabelecimento empresarial, o que significa,

¹¹ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 98.

indiscutivelmente, uma inovação no direito brasileiro. Surge, pela primeira vez, na legislação brasileira, a disciplina legal do estabelecimento empresarial de forma definida e clara, pondo fim às dúvidas e incertezas que incidiam na jurisprudência e na doutrina.¹²

O artigo 1142 do Código Civil de 2002 assim preconiza:

Art. 1142. Considera-se estabelecimento todo o complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

O conceito legal de estabelecimento empresarial não destoou do conceito doutrinário formulado ao longo dos anos no direito brasileiro, os quais foram acima transcritos. Muito embora se trate de conjunto normativo inédito no ordenamento pátrio, a doutrina já vinha se desenvolvendo ao longo dos anos, tendo alcançado elevado grau de evolução.

Também pode se dizer que o conceito insculpido no artigo 1142 do Código Civil de 2002 apresenta semelhança ao artigo 2555 do Código Civil Italiano, o qual estabelece que *“l’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa”*

A influência italiana no Título III do Código Civil de 2002 é evidente. Não apenas porquanto as definições de estabelecimento no diploma legal italiano e brasileiro são praticamente idênticas, mas também, e principalmente, porque há uma disciplina bastante semelhante no que tange à obrigatoriedade do registro do negócio jurídico de transferência do estabelecimento, à vedação ao restabelecimento pelo alienante no prazo de 5 (cinco) anos, aos efeitos em relação aos créditos e débitos e etc.

¹² REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 203.

A caracterização do estabelecimento como objeto unitário de direito, que já vinha sendo apregoada pela doutrina, também veio prevista no artigo 1.143, *in verbis*:

“Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

É importante salientar, outrossim, que o Código Civil de 2002 não distingue entre estabelecimentos civis ou comerciais, tratando a atividade empresarial de forma unificada. Por conta disso, todas as regras que versam sobre o estabelecimento empresarial deverão ser aplicadas, indistintamente, para as empresas em geral, independentemente de exercerem atividades comerciais ou puramente civis. Tanto é assim que, atualmente, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, deve se optar pela utilização da expressão estabelecimento empresarial, no lugar de estabelecimento comercial, bem assim de fundo de empresa, no lugar de fundo de comércio.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO

Muito embora a questão relativa à natureza jurídica do estabelecimento já tenha suscitado, na doutrina, grande divergência, é certo que, atualmente, o tema já se encontra pacificado.

Uma das teorias relevantes sobre a natureza jurídica do estabelecimento, e que foi difundida por Endemann, é aquela que personificava o estabelecimento. De acordo com tal teoria, o estabelecimento não seria a simples reunião de meios inanimados de produção. À fusão dos elementos singulares do estabelecimento

corresponderia uma completa independência jurídica e o nascimento de novo sujeito, com vida e caracteres próprios.¹³

João Eunápio Borges¹⁴:

“Vejam, em resumo, as principais teorias. Segundo uma delas, 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, cuja 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.”

Outra teoria que merece ser mencionada é a que considerava o estabelecimento como um patrimônio autônomo. O estabelecimento se destacaria do patrimônio geral do titular para qualificar-se como patrimônio separado, podendo existir mais de um conjunto de bens dessa natureza dentro do patrimônio geral de cada sujeito.¹⁵

Esta teoria criou uma categoria jurídica constituída por uma parte do patrimônio do indivíduo afetado ou destinado a determinado fim. Tal patrimônio teria autonomia como sujeito de direito.

As posições doutrinárias que viam no estabelecimento um ente personificado e as que o concebem como patrimônio autônomo não encontram guarida na legislação esparsa que regulava o tema anteriormente à edição do Código Civil de 2002, nem tampouco no Título III, do referido diploma legal. Em outras palavras, nunca existiu qualquer norma legal que sustentasse o entendimento de que o

¹³ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit. 80.

¹⁴ BORGES, João Eunápio, op.cit., p. 306.

¹⁵ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 80

estabelecimento poderia ser considerado como sujeito de direito ou, ainda, que constituiria um patrimônio autônomo do empresário.

E isso porque somente a lei poderia atribuir personalidade jurídica a um conjunto de bens, tal como o Código Civil outorga às fundações. De mais a mais, não faria sentido conceder-se personalidade jurídica ao estabelecimento empresarial, tornando-o sujeito de direitos e obrigações, à medida em que este se traduz no instrumento que possibilita o empresário exercer determinada atividade econômica. Evidentemente que é o empresário ou a sociedade empresária que são sujeitos de direito e não o próprio estabelecimento, que é apenas o conjunto de bens que instrumentaliza a atividade do titular da empresa.

Oscar Barreto Filho¹⁶ assim se manifesta:

“As extravagantes e ousadas doutrinas que concebem o estabelecimento como pessoa jurídica ou patrimônio autônomo não podem prosperar em nosso sistema jurídico, que está construído sobre as noções basilares de direito subjetivo e de pessoa. Em nosso direito, somente a lei pode atribuir personalidade jurídica às entidades resultantes de associação de pessoas (sociedades) ou de aglutinação de bens (fundações). O art. 16 do código civil brasileiro contém a enumeração taxativa das pessoas jurídicas de direito privado, e nela não cabe o estabelecimento.”

Waldemar Ferreira¹⁷:

“Inadmissível é essa doutrina em face do Direito positivo brasileiro. Carece de autonomia o estabelecimento. Muito mais ainda de personalidade jurídica, consentida somente às sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias. Às associações de utilidade pública. Também às fundações. E às sociedades mercantis. Só a lei, no Direito brasileiro, atribui personalidade jurídica ao complexo de bens em torno dos quais gravitam pessoas naturais, e até jurídicas. Entre elas lugar não cabe para o estabelecimento. Não lho reservou o art. 19 do Código Civil.”

¹⁶ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 85

¹⁷ FERREIRA, Waldemar, op. cit., p 47

Sujeito de direito é o empresário ou à sociedade empresária, aos quais se imputam os direitos e obrigações. O estabelecimento empresarial, portanto, não é sujeito de direito, o que afasta a teoria da personificação do estabelecimento.

Fabio Ulhoa Coelho¹⁸ assim pondera sobre o tema:

“Ao se afirmar que o estabelecimento empresarial não é sujeito de direito, o que se pretende afastar é a noção de personalização desse complexo de bens, presente em algumas proposições da segunda metade do século XIX, principalmente na Alemanha, que procuravam criar um conceito legal capaz de justificar a relativa autonomia entre a empresa e o empresário. Falo aqui da tese da empresa em si (*unternehmern an sich*), cujos precursores são Endemann e Wilhelm. Procurou-se, na oportunidade, explorar a noção de estabelecimento como uma pessoa jurídica. A tentativa de personalização do estabelecimento, contudo, não logrou êxito, inclusive no direito brasileiro, em que se mostra totalmente incompatível com as normas vigentes. Considerar o estabelecimento empresarial uma pessoa jurídica é errado, segundo o disposto na legislação brasileira. Sujeito de direito é a sociedade empresária, que, reunindo os bens necessários ou úteis ao desenvolvimento da empresa, organiza um complexo com características dinâmicas próprias. A ela, e não ao estabelecimento empresarial, imputam-se as obrigações e asseguram-se os direitos relacionados com a empresa.”

Já que no que diz respeito à noção de patrimônio autônomo, ou seja, de que o estabelecimento se constituiria em um patrimônio de afetação, há que se dizer que o direito pátrio nunca distinguiu, para fins de responsabilização do empresário individual, o patrimônio do comerciante em uma porção afetada ao exercício do comércio e outra afeta às suas relações civis. Significa dizer que, em princípio, salvo exceções (relativas à bens de família e etc), todos os bens do empresário individual respondem pelas suas obrigações. Daí porque não poderia prevalecer a teoria de que o estabelecimento se traduziria em um patrimônio de afetação, um patrimônio separado. De mais a mais, atualmente, as empresas que apresentam relevância para o direito e para a economia são pessoas jurídicas revestidas da forma de sociedade anônima ou sociedade limitada, de tal sorte que a questão perdeu toda a

¹⁸ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit. p. 99.

pertinência. O patrimônio social e o estabelecimento empresarial se confundem. O estabelecimento empresarial, em verdade, integra o patrimônio da sociedade empresária, o que redundaria na superação da teoria que estabelece o estabelecimento como patrimônio de afetação¹⁹

O direito brasileiro, seguindo a influência italiana, e considerando o tratamento legislativo esparso destinado ao tema (anterior ao Código Civil de 2002), prefere considerar o estabelecimento como universalidade de fato, ou seja, um conjunto de bens reunidos pela vontade do empresário para a consecução de uma finalidade econômica.

A destinação unitária a um conjunto de coisas ou bens, que se encontram no seu patrimônio, corresponde ao conceito de *universitas*. As universalidades são constituídas, pois, por uma pluralidade de coisas, que conservam sua autonomia funcional, mas são unificadas em vista de uma particular valorização feita pelo sujeito ou reconhecida pelo Direito.²⁰

Segundo a opinião de *Rotondi*, citado por Oscar Barreto Filho²¹, são dois os requisitos para que se possa atribuir o caráter de universalidade a um conjunto de bens. Em primeiro lugar, deve a lei prever, para a soma dos elementos, uma preceituação diferente do que para os elementos singularmente considerados. Em segundo lugar, a lei poderá tomar a soma unitária dos elementos como objeto de negócios jurídicos diversos daqueles que se poderiam constituir sobre os elementos isolados. E tais requisitos estariam presentes no direito brasileiro, eis que a

¹⁹ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 100

²⁰ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 75.

legislação brasileira²² considera o estabelecimento de modo unitário, como sendo um todo diferenciado dos seus elementos componentes. Afirma-se, expressa ou implicitamente, na legislação brasileira, a tutela conferida ao estabelecimento como unidade, visando conservar a integridade da organização produtora.

A doutrina, contudo, divide-se ao considerar o estabelecimento como uma universalidade, entendendo-se alguns que se trataria de uma universalidade de direito e outros que seria uma universalidade de fato. Universalidade de fato poderia ser conceituada como o conjunto de coisas autônomas, simples ou compostas, materiais ou imateriais, formado pela vontade do sujeito, para uma destinação unitária. A universalidade de direito, por outro lado, poderia ser conceituada como um complexo de relações jurídicas ativas e passivas, formado por força de lei, para unificação das mesmas relações. Decorre daí que a principal distinção entre os dois tipos de universalidade reside no fato de que a universalidade de fato é um conjunto de objetos de direito, ao passo que a universalidade de direito é um conjunto de direitos (relações jurídicas ativas e passivas).²³

O artigo 91, do Código Civil de 2002, estabelece o conceito de universalidade de direito como sendo *o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico*, enquanto o artigo 90, do referido diploma legal, dispõe que a universalidade de fato se constitui *pela pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária, in verbis:*

²¹ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 101 e seguintes.

²² Nesse sentido, cite-se a Lei de Falências, Código Comercial, Decreto 24150 de 20 de abril de 1934, dentre outros.

²³ MARCONDES, Sylvio, op. cit., p. 79

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

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

Ora, o estabelecimento não poderia ser tomado como universalidade de direito porquanto não é composto por um complexo de *relações jurídicas* reunidas por força de lei, a exemplo do que ocorre com a herança ou a massa falida. Ao contrário, o estabelecimento é constituído, isso sim, de bens que podem ser objeto de direito. O estabelecimento é, destarte, um conjunto de coisas que podem ser consideradas, de forma unitária, como um objeto de direito.

Ademais, a universalidade de direito somente se constitui mediante determinação legal, o que não ocorre no que tange ao estabelecimento empresarial. Isso porque o estabelecimento empresarial é criado pela vontade do empresário em reunir determinados bens para a consecução de uma atividade econômica e não por disposição legal.

Rubens Requião²⁴ assim comenta:

“Mas uma corrente de opinião procura explicar o fundo de comércio como uma *universitas júrís*. É claro que essa conceituação não é válida no direito brasileiro, tendo-se em vista que a universalidade de direito só se constitui por força de lei. Assim a herança, patrimônio que foi do falecido, antes de efetuada a partilha respectiva aos herdeiros, compõe uma universalidade, sendo sujeito de direito. O mesmo ocorre com a massa falida, que forma uma universalidade de direito, destacada do patrimônio do falido, que perde a disposição de seus bens, sendo colocada sob a administração do síndico, submetido à autoridade judicial. Falta ao fundo de comércio, pelo menos no direito brasileiro, idêntica estrutura legal, para enquadrar-se na categoria de *universitas júrís*.”

²⁴ REQUIÃO, Rubens, ob.cit., p. 198.

J. X. Carvalho de Mendonça²⁵ apresenta posição semelhante:

“É simples universalidade de fato. Esse conjunto de coisas, criado, constituído e dirigido pela vontade do homem, apresenta caráter próprio, distinto dos seus elementos componentes, ainda que estes não se constituam em coisas materiais, podendo, como tal, ser objeto de atos jurídicos. Mas cada um dos elementos que o formam conserva sua individualidade. Por meio desse agrupamento de valores procura-se realizar um fim comum. Eis como se compreende a sua unidade, tendo-se em vista sua definição. O estabelecimento comercial não tem, pois, existência autônoma – é uma coisa. Variável na sua composição, mantém-se, não obstante, sempre o mesmo, apesar das mudanças e transformações por que passam os seus elementos, na medida das conveniências do exercício do comércio.

E também Fran Martins²⁶:

“Várias teorias têm sido apresentadas para caracterizar a natureza jurídica do fundo de comércio. Uma o consideram uma pessoa jurídica, com vida própria, autônoma da do comerciante; outras, como um patrimônio de afetação, diverso do patrimônio do comerciante; outras, ainda, como uma universalidade de direito. Mas a verdade é que o fundo de comércio é uma universalidade de fato, ou seja, um conjunto de coisas distintas, com individualidade própria, que se transformam num todo pela vontade do comerciante. Não tem, porém, o fundo de comércio uma existência própria, diversa das atividades profissionais do comerciante. São coisas corpóreas e incorpóreas de que o comerciante se utiliza, para o exercício de suas atividades, e que adquirem um valor patrimonial, mas que não podem ser sujeitos de direito ou assumir obrigações. A sua unidade se deve ao fato de procurar o comerciante atender com interesse à freguesia, para isso utilizando os meios que lhe parecem mais convenientes. Cada um desses elementos, contudo, possui autonomia, não estando ligados entre si, a não ser pela vontade do comerciante.”

Várias teorias existem, portanto, para caracterizar a natureza jurídica do estabelecimento, apresentando-o como pessoa jurídica, como um patrimônio de afetação, como uma universalidade de direito. Mas é certo que a sua natureza jurídica deve ser procurada dentro das regras do direito positivo. Como mencionado anteriormente, a legislação brasileira não dá guarida às teorias que dotam o

²⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X., op. cit., p. 19.

²⁶ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 329.

estabelecimento de personalidade jurídica ou que o entendem como um patrimônio autônomo (patrimônio de afetação).²⁷

O Código Civil de 2002, na esteira das posições doutrinárias já anteriormente existentes, entende, conforme o artigo 1.142, que o estabelecimento empresarial apresenta natureza de universalidade de fato, haja vista que identifica o complexo de bens organizado como um objeto de direito diverso dos bens que o integram tomados individualmente. Aí reside a noção de universalidade de fato.

2.4 ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL, EMPRESA E EMPRESÁRIO

Muito embora o conceito de estabelecimento empresarial encontre-se vinculado às noções de empresa e de empresário, certo é que delas se distingue. As três noções são diferenciadas, muito embora se encontrem intimamente relacionadas.

A figura do empresário está ligada à pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens. Poderá se tratar de pessoa física, quando esta emprega seu capital e organiza a empresa individualmente, ou, então, de pessoa jurídica, na hipótese de ser originada da congregação de esforços de seus integrantes. No primeiro caso, se está diante do empresário individual e, no último caso, da denominada sociedade empresária.

Waldirio Bulgarelli²⁸ assim se manifesta:

²⁷ PEREIRA, Pedro Barbosa. op. cit., p. 142

²⁸ BULGARELLI, Waldirio, op. cit., p. 45.

“Empresário é o titular da empresa, o seu sujeito, portanto, aquele que tem a iniciativa da criação da empresa e que a dirige, correndo o risco inerente à atividade empresarial. A doutrina costuma destacar, além das funções próprias do empresário (o risco, o direito ao lucro e o poder supremo) o seu dinamismo, uma espécie de força vital que emprestaria à empresa para o seu surgimento e posterior crescimento. Juridicamente, contudo, o empresário é sujeito de direito, o único, aliás, reconhecido pela lei, em termos de representação empresarial. Corresponde ao perfil subjetivo da empresa, na classificação de Asquini.”

A figura da empresa, por sua vez, está ligada à idéia de atividade econômica, mais precisamente de organização da atividade econômica para o fim de produção ou de troca de bens ou serviços.

Empresa é a organização dos fatores de produção exercida, e posta a funcionar, pelo empresário. Uma vez desaparecendo o exercício da atividade organizada pelo empresário, desaparece, como consequência, a empresa. Daí porque o conceito de empresa se fulcra na noção de que ela é o exercício da atividade produtiva. E do exercício de uma atividade produtiva não se tem senão uma idéia abstrata, razão pela qual se vê na empresa uma noção de abstração.²⁹

Alfredo Assis Gonçalves Neto³⁰ manifesta que a empresa traduz-se no estabelecimento em movimento, ou seja, somente nasce quando ele abre suas portas e passa a operar. Sob essa perspectiva, a empresa não é pessoa nem coisa, mas uma situação de fato, uma atividade. É, melhor dizendo, uma abstração que não pode ser nem sujeito nem objeto de direito.

A noção de estabelecimento, finalmente, e tal como já restou exposto anteriormente, diz respeito ao conjunto de bens unificados para um escopo economicamente definido, configurando-se em objeto de direito.

²⁹ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 56.

³⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 125.

Em virtude da legislação pátria considerar a pessoa física como o núcleo conceitual das normas que versam sobre a atividade empresarial, criou-se uma confusão conceitual entre empresário, sociedade empresária, empresa e sócios. Cotidianamente, a pessoa jurídica empresária acaba sendo denominada de empresa e os seus sócios intitulados de empresários. Tecnicamente, contudo, empresa é a atividade desenvolvida e não a pessoa que a explora. E empresário não seria o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade.³¹

O artigo 966 do Código Civil de 2002, ao conceituar empresário, acaba por definir a empresa, enquanto atividade da qual aquele seria titular, *in verbis*:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Tem-se, pois, que a empresa deve ser encarada com uma situação de fato, representada por uma atividade da qual o empresário, sujeito de direitos, é o titular. Tal atividade seria realizada por meio do instrumento adequado, consistente no estabelecimento empresarial, que seria objeto de direitos. Note-se que apenas a sociedade empresária ou o empresário individual é que são os sujeitos de direito, eis que adquirem, de acordo com os termos da lei, personalidade jurídica, tornando-se capazes de direitos e obrigações.

As lições de Oscar Barreto Filho³² são pertinentes para a presente questão:

³¹ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 63

³² BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 115.

“Ao conceito básico de empresário se ligam as noções, também fundamentais, de empresa e de estabelecimento. São três noções distintas, mas que na realidade se acham estreitamente correlacionadas. O empresário, como vimos, é um sujeito de direito, e a empresa é a atividade por ele organizada e desenvolvida, através do instrumento adequado que é o estabelecimento. A figura jurídica do empresário é determinada pela natureza da atividade por ele organizada e dirigida; sob este aspecto, a noção de empresário é, logicamente, um corolário da noção de empresa. Por sua vez, o conceito de estabelecimento é correlativo ao conceito de empresa. O exercício da atividade econômica organizada pelo empresário pressupõe, necessariamente, uma base econômica, ou seja, um complexo de bens que constituem o instrumento e, de certo modo, o objeto de seu trabalho. Esse complexo de bens destinados pelo empresário ao exercício da empresa é a fazenda ou estabelecimento. Nesse sentido, pode-se dizer que o estabelecimento representa a projeção patrimonial da empresa, ou, com precisão maior, o organismo técnico-econômico, por cujo intermédio se realiza a coordenação dos fatores da produção pela qual a empresa atua e se desenvolve. De acordo com essa noção, não obstante as várias concepções sobre a natureza jurídica do estabelecimento, por nós analisadas (v. capítulo III) não temos dúvida em colocar o conceito de estabelecimento na doutrina dos objetos de direitos.”

Nota-se que o estabelecimento empresarial, considerado como um conjunto de bens que serve de instrumento para a exploração da atividade empresarial, encerra um caráter estático, ao passo em que a empresa, ligada à idéia de atividade, apresenta caráter dinâmico.

Para Waldemar Ferreira³³, a distinção das três situações em questão (estabelecimento, empresa e empresário) pode ser feita utilizando-se a figura dos círculos concêntricos. Partindo-se do centro para a periferia, tem-se o estabelecimento, circunscrito pela empresa, e esta última pelo empresário individual ou sociedade empresária. Seriam três expressões ou momentos do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico. No centro, encontram-se os bens, corpóreos ou incorpóreos, que constituem o estabelecimento empresarial. A empresa superpõe-lhe-se como organização de trabalho e disciplina da atividade, no objetivo

³³ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 6, p. 86.

de produzir riqueza. Tudo isso, finalmente, estaria subordinado à vontade e às diretrizes traçadas pelo empresário, sujeito ativo e passivo de direitos.

A diferença entre os três conceitos, portanto, dependeria do ângulo pelo qual se analisasse a questão. Pelo prisma do sujeito da atividade, sobressai a figura do empresário; pelo do objeto, destaca-se o complexo de bens que configura o estabelecimento empresarial; pelo da atividade, surge a empresa.

As palavras de Pedro Barbosa Pereira³⁴ se demonstram pertinentes:

Já ficou explicado que o empresário, que é um comerciante individual ou uma sociedade mercantil, qualifica-se como pessoa ou sujeito de direito. Vimos, também, que o estabelecimento é uma coisa, um conjunto de bens organizados pelo empresário para o exercício de determinado negócio em determinado local. Vê-se, desde logo, que há diferença entre estabelecimento comercial e empresa, porque: a) ela não pode ser sujeito de direito, qualificação que é do empresário; b) também não se confunde com os bens ou coisas destinadas à produção. É que ela, a empresa, compreende o fator trabalho: os operários, os empregados categorizados, os engenheiros, etc. São três conceitos nitidamente distintos. Quando se liquida uma sociedade, o que se verifica é a organização comercial que desaparece, assim desmantelada a empresa; o estabelecimento, como elemento ativo, destina-se a ser vendido.”

2.5 ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Tendo em conta sua natureza de universalidade, o estabelecimento compõe-se de vários elementos, tais como móveis, imóveis, matérias primas, mercadorias, firma, denominação social, nome comercial, título, emblemas, insígnia, marcas de indústria e etc.

Tais elementos que integram o estabelecimento empresarial dividem-se em bens corpóreos e bens incorpóreos.

Nos itens precedentes, restou definido que o estabelecimento seria um conjunto de bens materiais e imateriais organizados pela vontade do sujeito para a

consecução de uma finalidade produtiva. O estabelecimento não é uma simples agregação ou coleção de coisas homogêneas (como o rebanho ou a biblioteca), mas sim uma especial organização de bens economicamente complementares entre si, e, por conta disso, necessariamente heterogêneos (imóveis, máquinas, matérias-primas, mercadorias). A unidade do estabelecimento decorre da própria natureza de seus elementos. Para que sirva de instrumento ao exercício da atividade econômica, o organismo deve ser considerado no seu todo, mas isso não depende apenas da vontade do titular, mas sim da própria relação de complementariedade econômica que liga todos os seus elementos.³⁵

O estabelecimento é composto, pois, por elementos corpóreos e incorpóreos. No primeiro grupo, encontram-se as mercadorias, utensílios, mobiliários, maquinaria, veículos e todos os demais elementos corpóreos que o empresário utiliza na exploração de sua atividade econômica. A respeito destes elementos, é importante salientar que a proteção jurídica que lhes é destinada é a mesma conferida às demais coisas corpóreas. No segundo grupo, encontram-se os elementos imateriais do estabelecimento, traduzidos nos bens industriais (patente de invenção, modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título de estabelecimento) e no ponto (lugar em que se explora a atividade econômica).³⁶

Para Rubens Requião³⁷ os imóveis não seriam caracterizados como elementos do estabelecimento empresarial:

³⁴ PEREIRA, Pedro Barbosa, ob. cit., p. 145.

³⁵ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 134

³⁶ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 101

³⁷ REQUIÃO, Rubens, ob. cit., p. 208

“Indaga-se se o imóvel onde se encontra instalado o estabelecimento, integra-se entre seus elementos. No direito germânico, autores, com Von Gierke, incluem os imóveis entre seus componentes. 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 fundo de comércio com 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 outros elementos patrimoniais, por este organizados, 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. Fica, assim, esclarecida a questão.”

É importante destacar que os bens, para integrarem o estabelecimento empresarial, não precisam estar ligados ao empresário por vínculo real. A idéia de bem, em nosso sistema jurídico, não está limitada à idéia de coisas corpóreas ou incorpóreas, até porque os artigos 80 e 83 do Código Civil de 2002 trazem os direitos como bens.

Orlando Gomes³⁸ assim elucida:

“Como os direitos são economicamente apreciáveis, entram na categoria de bens. Não se confundem, entretanto, com o próprio objeto, seja uma coisa material, seja uma prestação; é o próprio direito que se objetiva.”

Percebe-se que não é propriamente a coisa que se integra ao estabelecimento empresarial, mas sim o direito que tem por objeto a coisa em questão e que permite que esta seja usufruída pelo empresário.

Além destes elementos, costuma-se incluir o aviamento como elemento constitutivo do estabelecimento, isto é, a expectativa de lucros futuros, fundada na organização dos bens materiais e imateriais.

Nesse sentido, Fran Martins³⁹:

³⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 105.

“Os elementos que integram o fundo de comércio podem ser divididos em dois grupos distintos: elementos incorpóreos e elementos corpóreos. Do primeiro fazem parte a propriedade comercial, o nome comercial, ou seja, a firma ou a denominação, os acessórios do nome comercial, tais como o título do estabelecimento e as expressões ou sinais de propaganda, a propriedade industrial, isto é, as patentes de invenção, assim como as patentes dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais e as garantias de uso das marcas de indústria, de comércio e de serviços, e a propriedade imaterial, caracterizada pelo aviamento. Os elementos corpóreos são os bens móveis e os imóveis pertencentes aos comerciantes e por eles utilizados no exercício de seu comércio.”

Pedro Barbosa Pereira⁴⁰.

“A propriedade imaterial: é o último elemento do estabelecimento comercial, que se caracteriza pelo que se costuma chamar de aviamento e pela freguesia, considerada esta elemento daquele. Por aviamento se compreende o bom aparelhamento do comerciante para que o seu negócio obtenha sucesso e possibilite lucros. É o aviamento, assim, o resultado de um, alguns ou de todos os elementos do estabelecimento comercial. É em geral, entretanto, da conjugação dos vários elementos do estabelecimento comercial que resulta a expectativa de lucros futuros para os comerciantes. É o aviamento, assim, a fusão de todos esses elementos. Tem o aviamento valor patrimonial e é comum, ao ser transferido o estabelecimento comercial, dar-se a ele um valor patrimonial, que é a diferença entre o valor do estabelecimento e o preço da sua venda, o que alguns autores denominam de luvas ou chaves, termos geralmente empregados para designar a valorização do ponto comercial.

Mas a doutrina moderna considera o aviamento como um atributo do estabelecimento, e não como seu elemento, tal como será melhor exposto posteriormente. Também não é correto incluir a clientela como elemento do estabelecimento empresarial. A clientela, entendida como o conjunto de pessoas que, normalmente, consomem os produtos ou serviços fornecidos por um determinado empresário, não deve ser considerada como uma propriedade do empresário.

Nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho⁴¹

³⁹ MARTINS, Fran, ob. cit., p. 332.

⁴⁰ PEREIRA, Pedro Barbosa, ob. cit., p. 153.

“Outro equívoco reside na consideração da clientela como elementos do estabelecimento empresarial. Clientela é o conjunto de pessoas que habitualmente consomem os produtos ou serviços fornecidos por um empresário. Embora até seja possível falar-se em um direito à clientela, cuja tutela se faz por meio da repressão à concorrência desleal (Colombo, 1979:172/173), não se deve confundi-la com os bens do patrimônio da sociedade empresária. De fato, não deriva da tutela jurídica a necessária natureza de coisa do objeto tutelado. A proteção jurídica conferida ao empresário, no sentido de não se ver tolhido da clientela conquistada, em razão de condutas condenáveis de seus concorrentes, não significa que essa se tornou propriedade daquele. Muito pelo contrário, a noção de clientela como objeto de domínio do empresário é imprópria, porque cuida de um conjunto de pessoas – a clientela é isso, nada mais insusceptíveis de apropriação, para o direito em vigor.”

A estrutura material do estabelecimento varia de acordo com o ramo de atividade desenvolvida pelo empresário, sendo que, nos estabelecimentos industriais, predominam os imóveis e instalações, ao passo que nas empresas destinadas ao transporte, o estabelecimento será composto, predominantemente por veículos.

⁴¹ COELHO, Fabio, Ulhoa, op.cit. p. 101.

3. O AVIAMENTO

3.1 CONCEITO DE AVIAMENTO

O conceito de estabelecimento, traduzido no conjunto de bens organizados para se atingir determinada finalidade econômica, conduz à idéia de que, após a organização de referidos bens, estes ganharão valor maior do que o valor que apresentam isoladamente considerados. Significa dizer que, como o estabelecimento é visto como uma organização que adquire unidade, apresenta valor econômico superior ao valor equivalente à soma de cada um dos bens que o integram.

Esse sobre valor decorre justamente do fato de que, com o estabelecimento, tem-se bens organizados para o exercício de uma atividade econômica, ou seja, não mais se tratam de bens singularmente considerados, mas de um todo sistematizado que possibilita a consecução de determinada atividade empresarial.

Ao organizar os bens que serão utilizados na cadeia produtiva, o empresário agrega um sobre-valor aos bens singularmente considerados, sobre-valor este denominado de aviamento. Enquanto os bens estiverem articulados, todo esse conjunto alcança um valor superior à soma de cada um dos bens em separado.

Na hipótese de um empresário se interessar em se estabelecer em determinado ramo, poderá escolher dentre duas opções: a primeira delas seria a de adquirir todos os bens necessários para o desenvolvimento da atividade empresarial em questão; a segunda seria a de adquirir o conjunto de bens que seriam necessários à sua atividade empresarial já devidamente organizados.

Certamente que, no segundo caso, o empresário pagaria valor superior do que no primeiro, justamente porque, na aquisição dos bens já organizados, o empresário não estaria pagando apenas o preço dos bens isoladamente considerados, mas também estaria pagando por um serviço (de organização empresarial) que o mercado valoriza⁴²

Nas palavras de Rubens Requião⁴³.

“Sendo um fato evidente que a empresa constitui uma atividade organizada contendo vários elementos, ou o estabelecimento comercial vários bens, o valor decorrente desse complexo é maior do que a soma dos elementos isolados. Essa mais valia constitui, precisamente, o que o direito denomina de aviamento. O Prof. Valeri explicou, em uma relação matemática, o aviamento: os simples elementos da azienda, isoladamente tomados – escreve ele – corresponderiam a a, b, c, d..., mas fundidos na unidade econômica da azienda, valem, pelo contrário, $a + x'$, $b + x'$, $c + x'$, $d + x'$..., entendendo-se x o coeficiente ‘aviamento’, que se concretiza em $x'+x'+x'+x'$..., de tal modo que o valor do complexo da azienda é dado não só pela soma dos valores dos elementos singularmente tomados, ou seja, de $a + b + c + d...$ mas também pela dita soma aumentada do valor do aviamento, ou seja, $a + b + c + d + x' + X$.”

O termo aviamento é utilizado para designar, exatamente, essa mais valia que o estabelecimento empresarial apresenta em relação a cada um dos bens que o compõem. Traduz-se na conjugação de alguns ou vários elementos do estabelecimento que ensejam a expectativa de geração de lucros futuros.

João Eunapio Borges⁴⁴:

“Este grau de eficiência, esta qualidade que tem o estabelecimento de dar lucros, é o que se denomina de aviamento, que Rocco define como sendo “a capacidade do estabelecimento, pela sua composição e pelo impulso dado a sua organização, de produzir economicamente e de dar lucros ao empresário.”

⁴² COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 96

⁴³ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 236.

⁴⁴ BORGES, João Eunáprio, op. cit., p. 297

O trabalho e a organização, como visto anteriormente, integram o estabelecimento empresarial. O trabalho é representado pelo serviço de pessoas que dedicam suas atividades ao funcionamento do estabelecimento. A organização é o elemento que, combinando capital e trabalho, busca atingir a maior produtividade de ambos. A organização é o elemento estrutural que advém da conjugação de capital e trabalho em função de um fim pretendido. A eficiência da atividade empresarial depende, como não poderia deixar de ser, da sua organização. Além de possuir produtos de boa qualidade, de ter pessoal treinado e competente, de estar instalado em local estratégico e propício ao ramo explorado, o estabelecimento necessita de uma boa organização. E justamente o grau de eficiência que resulta desta organização, isto é, a capacidade do estabelecimento de produzir lucros, é que se denomina de aviamento.⁴⁵

Visto do ângulo econômico, o aviamento traduz-se em um juízo de valor entre diversos estabelecimentos, que concorrem no mesmo mercado, sendo que, de tal comparação, decorre a maior ou menor expectativa de geração de lucros. Entretanto, do ponto de vista jurídico, independentemente de tal resultado ser mais ou menos favorável, o aviamento será igualmente tutelado. A todo estabelecimento corresponde um aviamento, grande ou pequeno, o qual é tutelado *per se*, independentemente de qualquer avaliação comparativa com outros estabelecimentos. O direito ao aviamento traduz-se na tutela conferida ao conjunto de fatores ou de elementos que é causa do aviamento do estabelecimento, em si mesmo considerado, sem a realização de comparações para verificar se

⁴⁵ DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 81.

determinado estabelecimento encontra-se melhor ou pior aviado do que outro tomado como referência.⁴⁶

Para J. X. Carvalho de Mendonça⁴⁷ três fatores são essenciais para a configuração do aviamento. O primeiro deles seria o aparelhamento, entendido como o conjunto de trabalho e capital empregados para colocá-lo na situação de manter o bom êxito de sua atividade, ou seja, seria a localidade, a escolha dos meios e instrumentos de trabalho e de auxiliares habilitados, dentre outros. O segundo deles seria a clientela, traduzida no complexo de pessoas acostumadas a procurar o estabelecimento para seus negócios. O terceiro seria a reputação comercial do estabelecimento, o que significaria não somente a honestidade do comerciante e seus auxiliares, como também a boa qualidade da mercadoria, a perfeição dos produtos e etc.

O aviamento seria, assim, a aptidão da empresa à realização do fim a que se destina economicamente, ou seja, a capacidade de produção de resultados operacionais máximos, decorrente da qualidade e da melhor perfeição de sua organização.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DO AVIAMENTO

A doutrina vem debatendo de maneira significativa sobre a natureza jurídica do aviamento. Pode se destacar, nesse sentido, as seguintes correntes: (i) o aviamento seria um bem imaterial ou elemento incorpóreo do estabelecimento,

⁴⁶ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 170.

⁴⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X., ob. cit., p. 22/23

constituindo objeto autônomo de direitos; (ii) o aviamento se confundiria com o próprio estabelecimento; (iii) o aviamento se traduziria em uma qualidade ou um atributo do estabelecimento; (iv) o aviamento seria resultante dos fatores do estabelecimento e da pessoa do titular.

Não é possível, contudo, considerar o aviamento como algo autônomo e separado do estabelecimento. O direito protege o aviamento em função do estabelecimento, do qual representa uma qualidade. Não se verifica a constituição de relações jurídicas autônomas sobre o aviamento, eis que não se pode concebê-lo como algo separado do estabelecimento.

Oscar Barreto Filho⁴⁸ assinala:

“Não ocorre, pelo visto, em relação ao aviamento, a possibilidade de uma tutela autônoma, a qual lhe é conferida apenas como reflexo da tutela dispensada ao estabelecimento, do qual o pretense bem imaterial não representa senão a abstração de uma qualidade ou um atributo. Embora não se revestindo da natureza de elemento autônomo ou bem imaterial, e sim de qualidade ou atributo do estabelecimento, representa o aviamento um interesse econômico relevante, que é protegido pela lei em função do estabelecimento. Em cada estabelecimento existe aviamento, maior ou menor, como decorrência da organização dos fatores da produção. Em linguagem filosófica, pode-se dizer que o aviamento é a forma resultante da coordenação material dos elementos do estabelecimento, tendo por fim uma atividade produtiva.”

João Eunápio Borges⁴⁹:

“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 necessário e essencial de qualquer estabelecimento. É, porém, uma qualidade, um atributo do estabelecimento, não um elemento autônomo que se possa considerar isoladamente como os demais de que se compõe o estabelecimento.”

⁴⁸ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 171.

⁴⁹ BORGES, João Eunápio, op. cit., p. 298 e ss.

O aviamento não pode, outrossim, ser confundido com estabelecimento, sob o fundamento de que há um único elemento essencial do estabelecimento, que é a combinação dos fatores de produção, de tal modo que o aviamento seria o próprio estabelecimento. Tal concepção não pode prevalecer, pois ainda que o aviamento seja definido como força ou energia latente, deve distinguir-se do estabelecimento no qual se manifesta, a exemplo do que ocorre com a vida em relação ao ser que anima e a energia em relação à matéria sobre que se aplica.⁵⁰

Tendo em conta que o aviamento não se confunde com o próprio estabelecimento, tampouco se traduz em um elemento autônomo, passou-se a conceituá-lo como sendo um atributo ou uma qualidade do estabelecimento empresarial.

Carnelutti ponderava que o aviamento seria um modo de ser e por isso uma qualidade do estabelecimento. O valor atribuído ao estabelecimento não é mais do que a diferença para maior entre o valor do estabelecimento não aviado e o valor depois de aviado. Para Rocco, quanto mais eficiente a organização dos elementos produtivos, melhor aviado seria o estabelecimento. Tal corrente doutrinária, todavia, leva em consideração apenas os meios externos aplicados à produção, o que impedia uma visão consentânea com a realidade e conforme as exigências jurídicas. Isso porque o aviamento é, em grande parte, decorrente do trabalho de seu criador, devendo ser considerada, também, a capacidade e atividades pessoais de seu titular. O aviamento é o resultado não só do conjunto da organização dos fatores de produção (bens e serviços), mas também da atividade e das qualidades pessoais do titular (habilidade, cortesia, honestidade). Desta forma, a teoria que considera o

BARRETO FILHO, Oscar, *op. cit.*, p. 172.

aviamento uma qualidade ou atributo do estabelecimento, muito embora esteja correta, não leva em consideração o fator pessoal que também influencia o aviamento.

A teoria mais abrangente e profunda sobre a natureza do aviamento foi exposta por Mario Rotondi, doutrinador italiano e eminente professor de Milão. A adaptação de todos os elementos singulares da produção e da atividade pessoal do empresário às exigências do mercado constitui energia que, *a priori*, seria possível se distinguir, mas, na prática, seria imanente e indissolúvel não só dos elementos singulares do estabelecimento (bens e serviços), mas também da própria pessoa do titular, como qualidades do sujeito (o trabalho, a lhanza, a correção, a capacidade). Daí decorreriam duas formas de aviamento: o objetivo e o subjetivo. O aviamento objetivo estaria ligado aos elementos singulares do estabelecimento, às suas qualidades, à sua organização e também à atividade do fundador enquanto transfundida e objetivada no estabelecimento. O aviamento subjetivo, por outro lado, estaria vinculado à pessoa do titular e ao seu prestígio.⁵¹

Considerado até hoje como um elemento do estabelecimento, o aviamento tem sido entendido, pela teoria moderna, como sendo um atributo do estabelecimento.

Oscar Barreto Filho manifesta⁵²:

“Sendo o aviamento atributo que em certo sentido identifica o estabelecimento como seu característico modo de ser, não existe estabelecimento sem aviamento; o que pode variar é unicamente sua medida, de modo a falar-se de estabelecimento mais ou menos aviado (supra, n. 130). Em todo estabelecimento,

⁵¹ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 174.

⁵² BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 177

por conseguinte, será preciso proteger esse sobre valor, que surge com a criação da casa comercial, e perdura até sua extinção.”

Dylson Doria⁵³:

“É, na verdade, o aviamento o complexo de fatores pessoais, materiais e imateriais que lhe confere a aptidão de produzir lucros. Mas não é o aviamento um elemento do estabelecimento, senão um atributo ou qualidade deste.”

O aviamento é, por assim dizer, um resultado dos elementos organizados que compõem o estabelecimento e constitui a verdadeira medida do valor de um estabelecimento. Se o objetivo econômico do estabelecimento é produzir lucros, e se o aviamento é exatamente a capacidade de gerar tais lucros, é certo dizer que a eficiência do estabelecimento é decorrência de seu aviamento.⁵⁴

3.3 AVIAMENTO OBJETIVO E SUBJETIVO

A diferenciação entre aviamento objetivo e subjetivo tem conseqüências práticas relevantes, não só no que toca à doutrina da concorrência desleal e às limitações convencionais da concorrência, como também no que diz respeito aos negócios jurídicos que têm por objeto o estabelecimento. É certo que somente pode ser considerado como inerente ao estabelecimento o aviamento objetivo, o qual, sendo um atributo do objeto de direito, será transmitido ao novo titular do estabelecimento empresarial. Já o aviamento subjetivo, que é imanente à pessoa do comerciante, não se transmite diretamente ao novo titular do estabelecimento. Isso, entretanto, não impede que o novo titular do estabelecimento se beneficie do

⁵³ DORIA, Dylson, op. cit., p. 81.

⁵⁴ BORGES, João Eunapio, op. cit., p. 299

aviamento pessoal do seu criador, mediante a criação de cláusula de não restabelecimento do alienante.⁵⁵

Em outras palavras, o aviamento subjetivo, na medida em que está diretamente relacionado ao empresário, não pode ser transferido junto com o estabelecimento, mas é possível que o novo adquirente do estabelecimento se beneficie do elemento pessoal de seu antecessor, estipulando-se, no contrato de trespasse, cláusula que impeça o restabelecimento do alienante por um determinado lapso temporal.

3.4 A CLIENTELA

Pode se considerar como cliente a pessoa que mantém relações continuadas com o estabelecimento empresarial, visando à aquisição de produtos ou serviços. Clientela seria o conjunto dessas pessoas.

A expressão clientela, para os romanos, significava os indivíduos que não pertenciam à família, mas a ela se agregavam sob a proteção do *pater familias*. Do direito canônico veio a expressão freguesia, tomada como sinônimo de clientela, que era utilizada para expressar territorialmente determinada coletividade religiosa, sujeita à orientação espiritual do vigário.⁵⁶

A doutrina francesa distingue a clientela em duas espécies: *clientèle* e *achalandage*. A primeira expressão (*clientèle*) é utilizada para designar a massa de fregueses com certo sentido de permanência, que se serve do mesmo

⁵⁵ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 176

⁵⁶ FERREIRA, Waldemar. **Instituições de Direito Comercial**, op. cit., p. 396.

estabelecimento em virtude das condições pessoais do titular do estabelecimento. A segunda expressão (*achalandage*) designa a clientela decorrente mais da situação do estabelecimento do que da excelência de seu atendimento. É o caso da clientela das lojas e restaurantes de estações ferroviárias ou rodoviárias, instaladas, estrategicamente, nos pontos terminais ou nas beiras de estrada.⁵⁷

Oscar Barreto Filho⁵⁸ assinala:

As pessoas que habitualmente adquirem os produtos do estabelecimento ou se valem de seus serviços, muitas vezes se prendem mais ao lugar ou ponto de exercício do negócio (centro comercial, estação ferroviária). Outras vezes, porém, são influenciadas pela reputação da casa, adquirida graças às qualidades pessoais do comerciante ou, em alguns casos, de um colaborador. Os franceses utilizam os termos: *achalandage*, para designar o conjunto de compradores (*chalandes*) ligados ao estabelecimento em razão de considerações objetivas (vizinhança, comodidade, etc.); e *clientèle* para nomear a reunião de pessoas (*clients*) atraídas pela confiança nas qualidades pessoais do titular do estabelecimento... Embora em nosso país as palavras clientela e freguesia sejam usadas como sinônimas, ou, como observa Carvalho de Mendonça, a palavra freguesia se refira à atividade comercial e clientela às profissões liberais, seria de toda conveniência imprimir maior rigor terminológico à sua utilização. Com efeito, a palavra freguesia, que provém do direito canônico, corresponde a paróquia, que é o território sobre o qual se estende a jurisdição espiritual de um pároco, abrangendo a coletividade dos paroquianos ou fregueses. Fregueses da igreja paroquial passaram a sê-los dos estabelecimentos, que ao seu redor se instalaram, vulgarizando-se esta nova acepção do vocábulo. Possui o termo freguesia acentuada conotação de lugar, donde a vantagem de emprega-lo para exprimir a idéia de conjunto de pessoas ligadas a certo estabelecimento, em vista de sua localização ou outros fatores objetivos, reservando-se o termo clientela para o conjunto de pessoas relacionadas com as qualidades subjetivas do titular da casa comercial"

É difícil definir, de forma precisa, as diferenças entre aviamento e clientela, eis que tais conceitos encontram-se intimamente entrelaçados. A despeito de estarem vinculados, é certo que o aviamento, como já visto anteriormente, provém de vários fatores, dentre os quais pode se citar a própria clientela. Mas é evidente que o aviamento não decorre, exclusivamente, da clientela, existindo inúmeras outras

⁵⁷ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 237

⁵⁸ BARRETO FILHO, op. cit., p. 180.

causas, como a acertada localização do negócio, a habilidade e honestidade do pessoal, a boa qualidade das mercadorias, a notoriedade da marca e etc.

A clientela seria, assim, um elemento do aviamento, que, entretanto, não poderia ser considerado como objeto de direito real independente. A clientela, por si só, não pode ser encarada como *res*, bem móvel, passível de ser objeto de negócio jurídico do estabelecimento. É o mesmo que dizer que não seria possível se alienar a clientela sem se alienar o estabelecimento a ela vinculado.

Pontes de Miranda⁵⁹:

“Se, com o gosto e engenhosidade de um amigo, que resolve decorar a parede de um hall, o seu talento aumentou o valor de minha casa, esse valor incrementado se inclui no valor da casa, porém não é um bem em si, porque não posso alienar a parede sozinha. O direito não achou prudente, até aqui, admitir a independentização da clientela, se bem que possamos independentizar, por exemplo, a grade de ferro que fiz parte integrante de minha casa. Se texto de lei vier a permitir que se independentize a clientela, teremos de prover a nova construção jurídica da clientela. Mas esse texto de lei ainda não se fez. Nem convém que se faça.”

Carvalho de Mendonça⁶⁰, tal como já dito anteriormente, entende que o aviamento resulta do aparelhamento, do crédito e da clientela ou freguesia.

Fran Martins⁶¹ assim se manifesta:

“Como elemento do aviamento, com um valor tão destacado que alguns autores o consideram como um bem isolado do aviamento, encontra-se a freguesia, ou seja, o conjunto de pessoas que habitualmente fazem suas compras no mesmo estabelecimento comercial. Na realidade, a freguesia depende do aviamento, sendo assim, uma conseqüência desse, não se concebendo um estabelecimento bem afreguesado, se não for bem aviado, ou seja, se não contar com um aparelhamento capaz de atrair os fregueses. Sendo a freguesia o elemento consumidor para o qual constantemente se voltam as atenções do comerciante, já que o sucesso do negócio está diretamente ligada à clientela, verifica-se que todos

⁵⁹ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**, tomo XV, 4^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p.363.

⁶⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, op. cit., p. 22.

⁶¹ MARTINS, Fran, op. cit., p. 355.

os esforços do comerciante, ao aparelhar seu estabelecimento comercial, se dirigem para este elemento, razão pela qual se pode dizer que o fundo de comércio é um conjunto de elementos constituídos pelo comerciante no sentido de tornar seu estabelecimento capaz de atrair a freguesia. Este será, em resumo, o ponto para que convergem todas as atenções do comerciante. Constitui, desse modo, o elemento preponderante das atividades comerciais, pois é o fator que vai possibilitar a realização do objetivo econômico do comerciante, que adquire mercadorias do produtor justamente com a finalidade de transferi-las a outras pessoas, dessa operação mediadora auferindo lucros."

Não se pode falar, entretanto, que a clientela seja causa do aviamento ou vice-versa. Tampouco se pode dizer que entre os conceitos de aviamento e cliente existe relação necessária de consequência, de maneira que um deles seja, obrigatoriamente, causa do outro.

O objetivo pretendido pelo titular do estabelecimento é a obtenção de lucro, sendo que, para tanto, precisa coordenar os elementos disponíveis a fim de atingir o maior grau possível de eficiência produtiva, acrescentando-lhes um modo de ser susceptível de valoração econômica, que seria o aviamento. Essa qualidade do estabelecimento se manifesta de diversas maneiras, sendo, nesse sentido, a formação da clientela, um dos aspectos mais evidentes do aviamento. Pode-se dizer que em determinados momentos é a clientela que resulta do aviamento e, em outros, que é o aviamento que decorre da clientela. Daí porque o que existe entre ambos os conceitos é uma relação de interação mútua, sendo que qualquer um deles pode ser considerado *ação* e o outro *reação*.⁶²

É preciso dizer, ainda, que a clientela não se traduz em um elemento autônomo do estabelecimento, a exemplo do que já foi acima mencionado no que diz respeito ao aviamento. A clientela não é um bem imaterial, objeto independente de

⁶² BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 180

direitos. Constitui-se em uma situação de fato, à qual se atribui valor econômico, e que, por conta disso, é tutelada juridicamente.

Alfredo Assis Gonçalves Neto⁶³ assim adverte:

“É certo que clientela, sob o ponto de vista econômico, representa um valor que, em certos casos, pode ser até superior ao do resultante da somatória dos bens do estabelecimento. Mas, assim como ocorre com no aviamento, esse valor não existe sozinho, senão agregado ao próprio estabelecimento. Esse paralelo entre a clientela com o aviamento fez com que surgissem opiniões identificando-os. Todavia, embora ambos possam ser considerados como qualidades ou atributos do estabelecimento, não há como confundi-los. O aviamento advém de vários fatores, dentre eles o movimento dos negócios causado pelas pessoas que ocorrem ao estabelecimento. Do mesmo modo, a clientela surge pela combinação de fatores semelhantes, podendo ser um deles o aviamento. Assim, ora prepondera um, ora outro: a clientela pode ser resultado do aviamento, da mesma forma que o aviamento pode resultar da clientela...não é possível falar em tutela jurídica do aviamento ou da clientela; eles são protegidos não em si mesmos, mas através das normas que incidem sobre o estabelecimento – isto é, sobre o bem que, em expressão proposital, enaltecem ou qualificam.”

Rubens Requião⁶⁴, citando Tamburrino e outros doutrinadores, expõe que existe opinião que inclui o aviamento e a clientela no conceito de bens imateriais, de modo que estes seriam dotados de valor próprio. Entretanto, o aviamento não é um bem, nem mesmo imaterial, nem é uma energia. É apenas a utilidade produzida pela *azienda* como instrumento do exercício da empresa; ela é um atributo, uma qualidade da *azienda* entendida como organismo, qualidade que explica a aptidão do organismo aziental a produzir utilidade econômica. O aviamento não seria um novo bem, mas o valor econômico do conjunto. É um modo de ser, uma qualidade da *azienda*, e não um de seus elementos. E pelo fato de se considerar o aviamento desta forma, ou seja, como um atributo ou qualidade do estabelecimento, a clientela,

⁶³ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis, op. cit.

⁶⁴ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 238

traduzida em um dos fatores do aviamento, também não pode ser considerada como sendo um bem.

4. NEGÓCIO DE ALIENAÇÃO: O TRESPASSE DO ESTABELECIMENTO

O estabelecimento pode ser objeto unitário de diversos negócios que tenham por objetivo a transferência de sua titularidade, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Dentre estes negócios, o mais comum é o contrato de transferência do estabelecimento empresarial, denominado de trespasse. Mas, além do trespasse, pode-se citar a doação, a permuta, a sucessão testamentária ou legítima, o arrendamento, o comodato, o usufruto e etc.

O termo trespasse, que etimologicamente significa transmissão ou transferência, abrange, no direito português, qualquer transmissão do estabelecimento em conjunto. No direito brasileiro, contudo, denomina-se trespasse apenas a transferência do estabelecimento que se opera por efeito de venda ou cessão.⁶⁵

O trespasse é conhecido, cotidianamente, no mundo empresarial, pela expressão “passa-se o ponto”

Por meio do contrato denominado trespasse, o alienante se obriga a transferir para o adquirente, mediante o pagamento de um preço ajustado entre as partes, o domínio do complexo unitário de bens instrumentais que se prestam para o exercício de determinada atividade econômica.

Compete às partes contratantes estipular, no trespasse, quais elementos serão objeto de transferência. É comum se realizar um inventário de bens, por meio

⁶⁵ BARRETO FILHO, Oscar, op cit., p. 208

do qual os bens transferidos são minuciosamente individualizados. Mas, na falta de inventário ou discriminação dos elementos objeto do contrato, devem se entender incluídos todos os bens mencionados nos livros obrigatórios e facultativos. A lei francesa, nesse aspecto, enumera quais os elementos que, na ausência de menção, reputar-se-ão incluídos no trespasse.⁶⁶

Rubens Requião⁶⁷ o qual, não é demais ressaltar, entende que os bens imóveis não integram o estabelecimento, assim preleciona a respeito:

“Na cessão ou venda, como qualquer coisa móvel, não se requer instrumento solene. Transmite-se a propriedade do fundo de comércio, com todos os seus elementos, por simples instrumento particular ou público. O comprador, para se precaver contra dúvidas futuras, deve fazer constar do instrumento do contrato de cessão ou de compra e venda tudo aquilo que compõe o estabelecimento por ele adquirido, deixando bem clara a sorte do passivo.”

Waldirio Bulgarelli⁶⁸ assim elucida:

“Se feita a cessão por ato inter vivos, pode ser efetivada por vários contratos, devendo ser feito inventário físico dos bens singulares que compõem o estabelecimento. À falta desse inventário, há que se pressupor que se incluem todos os bens; é a forma conhecida como de “portas fechadas”, em que não há qualquer reserva. Entretanto, nada obsta que alguns bens sejam excluídos expressamente na cessão, podendo também nesse caso não ser cedida a marca ou outro sinal distintivo, desde que expressa a exclusão.”

A rigor, no trespasse convencionado de “portas fechadas”, no qual não é feita qualquer ressalva quanto aos bens que integram o estabelecimento, deve se entender que se integram, na transferência, todos os bens da universalidade. Para

⁶⁶ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 212.

⁶⁷ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 206.

⁶⁸ BULGARELLI, Waldirio, op. cit., p.66.

ser admitida a exclusão de alguns bens, isso deveria constar expressamente do contrato.

O trespasse do estabelecimento pode ocorrer mediante um contrato único, muito embora se trate de uma pluralidade de bens, desde que sejam observadas todas as formalidades referentes a cada um desses bens. A realização do trespasse mediante um instrumento único salienta a unidade do negócio jurídico. Nesse ponto, cabe esclarecer que a unidade do estabelecimento não se abala pelo fato da determinação do preço dos elementos singulares, e também do aviamento, ser realizada de forma distinta e destacada.⁶⁹

O trespasse pode ser realizado, portanto, por instrumento particular ou público, não se exigindo outras formalidades. Todavia, se o estabelecimento contiver imóveis, será imprescindível que se faça o trespasse por escritura pública, ressalvada, aqui, a posição de Rubens Requião, para quem os imóveis não integram o estabelecimento.⁷⁰

O contrato de alienação do estabelecimento empresarial deve ser, ainda, registrado perante a Junta Comercial e publicado na imprensa oficial, conforme preconiza o artigo 1.144 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 1144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.”

⁶⁹ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 211.

⁷⁰ BULGARELLI, Waldirio, op. cit., p. 66.

Também é importante dizer que, se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o passivo relacionado ao estabelecimento vendido, a eficácia do contrato ficará na dependência do pagamento de todos os credores ou, alternativamente, da anuência destes com a alienação. Na última hipótese, o alienante deverá obter o prévio consentimento de seus credores, mediante notificação judicial ou extrajudicial, nos termos do artigo 1.145 do Código Civil de 2002. A anuência dos credores poderá, então, ser expressa ou tácita, essa última na hipótese dos credores restarem silentes após o prazo de 30 (trinta) dias seguintes à notificação supra referida. A formalidade em questão, relativa à anuência dos credores com o trespasse do estabelecimento, somente poderá ser dispensada na hipótese do alienante permanecer solvente após a transação.⁷¹

A própria Lei de Falências, em seu artigo 2º, inciso V, estabelece que poderá ser decretada a falência do comerciante que aliena seu estabelecimento sem o consentimento de seus credores, desde que, realmente, não sobrem bens para solver as dívidas. Na mesma esteira, o artigo 52, VIII, da Lei de Falências, determina que serão ineficazes, em relação à massa falida, os atos de alienação do estabelecimento realizados sem anuência dos credores ou pagamento destes, bem assim quando não restarem bens suficientes para o pagamento dos débitos.

Oscar Barreto Filho⁷² preleciona que a disciplina jurídica concedida ao negócio jurídico do trespasse decorre, justamente, da existência do aviamento e da necessidade de resguardá-lo quando da mudança da titularidade do estabelecimento empresarial. O valor do aviamento somente se determina no momento em que o

⁷¹ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 119.

titular do estabelecimento vai transferi-lo. Nas tratativas que antecedem a celebração do trespasse, as partes fixam o preço que o adquirente irá pagar a mais do que a simples soma dos bens singularmente considerados, ou seja, as partes fixam o sobre valor do estabelecimento, o seu aviamento. A proteção do negócio envolvendo a transferência do estabelecimento empresarial visa proteger, justamente, esse sobre valor. A esse respeito, são de salutar importância as palavras de mencionado autor:

“Deve-se falar de trespasse do estabelecimento somente quando o negócio se refere ao complexo unitário de bens instrumentais que servem à atividade empresarial, necessariamente caracterizado pela existência do aviamento objetivo. O princípio geral que inspira toda a disciplina jurídica do trespasse, como vem expressa nas várias legislações, é sempre o de resguardar a integridade do aviamento, por ocasião da mudança de titularidade da casa comercial. 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.”

O trespasse do estabelecimento não deve ser confundido com a cessão de quotas sociais de sociedade limitada, nem com a alienação de controle na sociedade anônima. Estes são institutos bastante diferenciados, muito embora apresentem efeitos econômicos semelhantes, posto que são meios de transferência da empresa. No trespasse, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário e passa para outro. O objeto da venda é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos utilizados para a exploração de uma atividade empresarial. Na cessão de quotas de sociedade limitada ou na alienação de controle de sociedade anônima, por outro lado, o estabelecimento empresarial não muda de titular. O estabelecimento empresarial continua a pertencer à mesma sociedade empresária,

⁷² BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 209 e ss.

sendo que o que se altera é a composição dos sócios. O objeto da venda é a participação societária.

Fabio Ulhoa Coelho⁷³ assim exemplifica:

Se Antonio e Benedito pretendem se tornar os titulares da empresa hoje explorada pela sociedade Bandeirantes Ltda. de que são sócios Carlos e Darcy, há dois caminhos possíveis. O primeiro é a constituição de uma sociedade entre eles (suponha-se Primavera Ltda.) que adquire o estabelecimento empresarial da Bandeirantes Ltda. Nessa hipótese, o contrato entre as duas sociedades é o de trespasse, e será cabível discutir se o adquirente tornou-se, ou não, sucessora do alienante (isto é, se os credores da Bandeirantes Ltda. poderão, ou não, exercer seus direitos contra a Primavera Ltda.). No segundo caminho, Antonio adquire as quotas de Carlos e Benedito, as de Darcy. Não se verifica o trespasse: o estabelecimento empresarial, pertencente à Bandeirantes Ltda. continua da propriedade da mesma pessoa jurídica. O que se negocia, nessa hipótese, não é o estabelecimento, mas as quotas representativas do capital da sociedade empresária. Aqui, a questão da sucessão não se põe, porque os credores da Bandeirantes Ltda. continuam titulares de seus créditos perante essa pessoa jurídica, independentemente de quem sejam os seus sócios.”

⁷³ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit. p. 117

5. PROTEÇÃO DO AVIAMENTO NO TRESPASSE

5.1 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DO AVIAMENTO

Tal como restou explicitado anteriormente, a mais valia originada da organização dos bens integrantes do estabelecimento denomina-se de aviamento.

Esse sobre valor, decorrente da criatividade do empresário em organizar determinados bens de molde a permitir o exercício de uma atividade econômica é exatamente a razão da tutela do estabelecimento. Significa dizer que, se o estabelecimento é tido como um objeto unitário de direitos por conta da organização imprimida aos bens, a razão da disciplina jurídica específica está na expressão econômica diretamente associação a tal organização, isto é, no aviamento.⁷⁴

O aviamento objetivo, entendido como o decorrente da organização dos elementos componentes do estabelecimento, e não das qualidades pessoais do empresário, pode, sem dúvida, ser objeto de transmissão, desde que ocorra a transferência do estabelecimento. Em outras palavras, como o aviamento não é separado dos bens, eis que, justamente, decorre da organização destes, a única maneira de se transferir o aviamento é por meio da transferência do próprio estabelecimento.

Quando da alienação de determinado estabelecimento empresarial, não há dúvida de que, em razão do sobre valor pago pelo adquirente, deveras maior do que a simples soma dos bens isolados, há evidente interesse em se conservar tal *plus*

⁷⁴ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 169.

valia. Realmente, não teria sentido a aquisição de estabelecimento já devidamente aviado se não houvesse a possibilidade de fruição desta qualidade.

Justamente a fim de preservar o aviamento objetivo - que pode ser objeto de transmissão conjuntamente como o *trespasse* do estabelecimento – veda-se ao alienante restabelecer-se, ou seja, realizar concorrência ao adquirente, em atividade do mesmo gênero, por determinado período temporal e em determinado espaço territorial. A vedação do restabelecimento do alienante tem o condão de fazer com que a intransmissibilidade do aviamento subjetivo não atrapalhe a fruição do aviamento objetivo adquirido. Se ao alienante fosse possível restabelecer-se logo após a transferência de seu estabelecimento, o próprio valor atribuído ao negócio de alienação restaria afetado.

A proibição do restabelecimento por parte do alienante decorre do fato de que o aviamento subjetivo não é transmissível com o *trespasse*, de modo que o alienante permanece com as qualidades que lhe são peculiares. Tais qualidades, obviamente, permanecerão com o alienante em qualquer atividade que este exercer, razão pela qual se torna imperativa a estipulação de limites à possibilidade do alienante exercer concorrência ao adquirente.

De fato, ao se vedar a concorrência do alienante, pretende-se preservar o sobre valor decorrente do aviamento. Se o restabelecimento fosse permitido ao alienante do estabelecimento, a mais *valia* paga pelo adquirente, quando do *trespasse*, perderia completamente o sentido. O adquirente estaria pagando por algo de que não poderia se valer, não poderia desfrutar.

Oscar Barreto Filho⁷⁵:

“Efeito típico e peculiar do trespasse do estabelecimento é a proibição de concorrência imposta ao alienante, que é sancionada em alguns países, de modo expresso, pela lei (Itália) e é acolhida, em outros, pela jurisprudência (França, Alemanha, Bélgica). A obrigação para o alienante, da abstenção de qualquer ato de concorrência em relação ao adquirente, é de particular relevância, dada a circunstância de que o aviamento subjetivo ou pessoal do antigo titular é intransmissível (v. supra 132). É claro que as qualidades inerentes à personalidade do comerciante acompanham-no para onde for, e se externam em qualquer atividade por ele eventualmente exercida. Daí ser necessário impedir, dentro de limites razoáveis, que a atividade concorrente do antigo titular vá perturbar a tranqüila fruição da clientela adquirida pelo novo titular. Se fosse permitido ao alienante continuar a atividade empresarial, o público não veria no adquirente do estabelecimento o sucessor e continuador daquele, mas, ao revés, seria levado, pelo hábito e pela rotina, a permanecer fiel ao antigo titular. Na frase feliz de Casanova, o valor instrumental do estabelecimento cedido, com referência à empresa, seria diminuído e, substancialmente, o alienante viria retomar, em todo ou em parte, aquilo que havia transferido.”

Fabio Ulhoa Coelho⁷⁶.

“O alienante do estabelecimento empresarial que se restabelece em concorrência com o adquirente, em geral acaba atraindo para o novo local de seus negócios a clientela que formou no antigo. Note-se que o desvio de clientela, atualmente, deve-se menos ao contato pessoal entre o consumidor e comerciante, e mais às informações que o empresário alienante detém sobre a realidade do mercado em que opera. O uso dessas informações na exploração da mesma atividade, no novo estabelecimento concorrente, é o elemento decisivo para a atração da clientela formada em torno do outro. Esse fato, por evidente, importa prejuízo ao adquirente que, embora esteja exposto à concorrência em geral, pagou ao alienante um determinado valor, em razão especificamente do aviamento do estabelecimento transacionado. Ora, o restabelecimento do alienante pode, por essa razão, caracterizar enriquecimento indevido. Para evita-lo, é comum nos contratos de trespasse (e também em outros atos empresariais, como a cessão de participação societária, a locação de espaço em *shopping center*, a rescisão de franquia etc.) a inserção de cláusula proibitiva de restabelecimento do alienante.”

Em alguns países, como, por exemplo, na Itália, tal proibição de concorrência por parte do alienante vem expressa no Código Civil Italiano. O artigo 2557 do Código Civil Italiano proíbe, expressamente, a concorrência por parte de quem aliena

⁷⁵ BARRETO, FILHO, Oscar, op. cit., p. 242 e ss.

⁷⁶ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 123.

o estabelecimento, ou o concede em desfrute (usufruto ou arrendamento). Pela referida norma, o alienante encontra-se impedido, pelo prazo de cinco anos, de explorar atividade empresarial que, pelo objeto, localização ou outras circunstâncias, seja apta a desviar a clientela do estabelecimento transferido.

Em outros países, a exemplo da França, Alemanha e Bélgica, a interdição de concorrência restou acolhida pela doutrina e jurisprudência, eis que não existe previsão legal expressa relativa à não concorrência. Na França, destacou-se a doutrina de Aubry e Rau⁷⁷, para os quais a obrigação de garantir a posse pacífica da coisa vendida enseja, para o alienante, a abstenção de qualquer ato que possa perturbar o adquirente ou priva-lo de parte das vantagens que poderia contar.

5.2 A PROTEÇÃO DO AVIAMENTO NO DIREITO PÁTRIO ANTERIORMENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL

No Brasil, até a edição do Código Civil de 2002, não havia qualquer norma expressa sobre o tema, ou seja, não havia nenhum dispositivo legal que tutelasse, de forma direta, a interdição de concorrência do alienante quando do trespasse.

Anteriormente ao Código Civil de 2002, a despeito de inexistir regra expressa vedando a concorrência do alienante, a doutrina e a jurisprudência já vinham entendendo que o alienante não poderia restabelecer-se, na mesma atividade, por determinado prazo e espaço territorial, após a transferência do estabelecimento.

Uma das principais correntes doutrinárias que defendem a vedação de concorrência pelo alienante, mesmo anteriormente à entrada em vigor do Código

⁷⁷ AUBRY, C. e RAU, C. *Cours de droit civil français*, 5^a ed., Paris, 1917

Civil de 2002, entende que o não restabelecimento por parte do alienante está ligado ao próprio núcleo do contrato, isto é, com o dever de fazer boa a coisa vendida, não devendo o adquirente ser inquietado na posse e gozo do estabelecimento. Tal garantia (relativa ao não restabelecimento por parte do alienante) estaria assegurada pelo próprio artigo 214 do Código Comercial⁷⁸, sendo, pois, obrigação *ex lege*. Tal obrigação seria, ainda, essência do contrato de transferência do estabelecimento empresarial, decorrente da própria natureza do negócio. Essa corrente tem à frente Carvalho de Mendonça⁷⁹, que assim se manifesta:

“Uma das garantias devidas pelo vendedor é fazer boa ao comprador a coisa vendida, e não inquieta-lo na sua posse e domínio (Cód. Commercial, arts. 214 e 215). Conseqüentemente, ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe posse retirar toda ou parte da clientela. Esta turbação por parte do vendedor importaria privar o comprador, no todo ou em parte, da coisa vendida.”

Já para Túlio Ascarelli⁸⁰, o fundamento da proibição de concorrência do alienante residiria no princípio da boa-fé dos contratos. Realmente, o restabelecimento do alienante, impedindo que o adquirente pudesse usufruir do aviamento objetivo adquirido, contrariaria o princípio da boa-fé contratual, que exige que as partes atuem com retidão, lealdade e de sem frustrar as expectativas geradas na outra parte.

⁷⁸ Art. 214. O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma.”

⁷⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: reitas Bastos, 1934, v. 6, livro IV, p. 157 e ss.

⁸⁰ ASCARELLI, Túlio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**, Milano: Giuffrè, 1960.

Pontes de Miranda⁸¹ entende que o restabelecimento do alienante, após o trespasse do estabelecimento, configuraria ato de concorrência desleal. O fato do alienante se restabelecer após o trespasse, por si só, estaria enquadrado no artigo 178, parágrafo único, do Decreto-lei 7903 de 27 de agosto de 1945:

“O alienante tem o dever de prestar o fundo de empresa, na medida em que o prometeu, e responde pela evicção e os vícios redibitórios. Também lhe corre o dever de não perturbar o outorgado no exercício dos direitos que lhe transmitiu, inclusive quanto à clientela. Todavia, a alienação não permite, por si só, que o adquirente acrescente à firma, individual ou social, a indicação de “sucessor de...” Tal cláusula tem que ser expressa. Não pode o alienante da clientela restabelecer-se em situação tal que possa tirar ao outorgado parte ou toda a clientela que lhe cedera (=que possa conservar, no todo ou em parte, a clientela alienada). É esse um dos atos a que se refere o art. 178, parágrafo único, do Decreto-lei n. 7903, de 27 de agosto de 1945: ‘Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal não previstos neste artigo, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre os produtos e artigos postos no comércio’”

Para esses doutrinadores, portanto, a cláusula de não restabelecimento se reputaria implícita no contrato de transferência do estabelecimento empresarial, pois seria, justamente, decorrente da própria essência do negócio ou, ainda, configuraria concorrência desleal, passível de gerar direito à indenização.

Em posição contrária, entendendo que a cláusula de não restabelecimento não poderia se considerar implícita no contrato de trespasse, é a opinião de Rui Barbosa, Waldemar Ferreira e de Rubens Requião.

Waldemar Ferreira⁸² reconhece a legitimidade do alienante restabelecer-se, desde que não se utilize da prática de atos de concorrência desleal. Tendo em conta que o anterior código da propriedade industrial (decreto-lei de 27 de agosto de 1945)

⁸¹ MIRANDA, Pontes, op. cit., p. 387

⁸² FERREIRA, Waldemar, op. cit., p. 469 e ss.

não inclui o restabelecimento do alienante dentre os crimes de concorrência desleal previstos no artigo 178, na hipótese do vendedor do estabelecimento montar novo estabelecimento, crime algum estaria praticando. O restabelecimento, por si só, não representaria nenhuma ilegalidade. Somente haveria a obrigação do alienante em ressarcir as perdas e danos eventualmente suportadas pelo adquirente se aquele praticasse atos de concorrência desleal tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou entre os produtos e artigos postos em comércio (art. 178, parágrafo único). Vale citar as palavras do comercialista em questão:

“Não se pode, em face dessa ressalva, concluir que o simples fato de restabelecer-se o antigo comerciante com o mesmo ramo de comércio nas proximidades do que antes explorou, seja o bastante para criar a obrigação de indenizar prejuízos, que podem ser simplesmente potenciais ou imaginários. Para que surja essa obrigação é indispensável que ele ponha em prática ‘atos de concorrência desleal’, ou sejam outros, que não o simples restabelecimento, com o objetivo de ‘criar confusão’ entre o novo e o primitivo estabelecimento, de molde a desviar a freguesia deste para aquele... Eis motivos, de entre outros de maior tomo, fundamentais da doutrina de não importar o trespasso do estabelecimento comercial na obrigação implícita de não se restabelecer o vendedor para todo o sempre com o mesmo gênero de negócio. Ninguém, de resto, a defendeu com mais galhardia do que Ruy Barbosa, no arrazoado forense – As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais, de 1913. Não decorre do trespasso do estabelecimento mercantil ou industrial implicitamente a obrigação de não restabelecimento do vendedor Não se tem como efeito lógico daquele ato jurídico a renúncia de direito, que seria tácita. Toda renúncia há de ser expressa.”

A respeito da posição de Ruy Barbosa, é de salutar importância citar o famoso caso judicial⁸³ envolvendo a Companhia Nacional de Tecidos de Juta e o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista de Aniação, no qual figuraram como procuradores das partes, respectivamente, J. X. Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa (este último somente em última instância).

⁸³ O acórdão foi publicado na RT 12/180.

O Conde Álvares Penteado havia constituído a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, tendo, posteriormente, transferido tal estabelecimento a terceiros. Em torno de um ano após a alienação, o Conde fundou nova fábrica, no mesmo bairro em que funcionava a fábrica anteriormente constituída. A parte adquirente do estabelecimento empresarial da Companhia Nacional de Tecidos de Juta ingressou com medida judicial, pleiteando indenização e considerando implícita a cláusula de não restabelecimento, em virtude da boa-fé que se impõe na celebração dos contratos e de que o alienante é obrigado a fazer boa e valiosa a coisa vendida.

Por outro lado, na defesa do Conde Álvaro Penteado, levantou-se a tese de que a cláusula de não restabelecimento deveria ser expressa e resultar de forma inequívoca do contrato, a fim de que não prevalecesse contra o princípio soberano da livre concorrência.

Os argumentos expostos por Rui Barbosa podem ser resumidos nos seguintes: (i) a renúncia ao direito de restabelecimento não se presume no contrato de transferência do estabelecimento, devendo ser inequívoca e expressa no contrato, a fim de que não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência; (ii) não é verdadeira a doutrina de Aubry e Rau, no sentido de que, na transferência do estabelecimento, está implícita a interdição do alienante de abrir, em data próxima e na vizinhança, outro estabelecimento na mesma natureza; (iii) a clientela não é elemento integrante do estabelecimento, podendo até constituir valor à parte e ser objeto de convenção autônoma, razão pela qual não se reputa incluída no trespasse; (iv) ainda que se considere implícita, no trespasse, a cessão da clientela e a vedação do restabelecimento, isso somente valeria na alienação dos estabelecimentos comerciais e não nos industriais; (v) a cláusula de não

restabelecimento seria nula por não ser limitada a tempo e lugar; (vi) pelo sistema britânico e americano são nulas as cláusulas que vedem o restabelecimento, mesmo que limitadas a tempo e lugar.

Verifica-se, dos argumentos expostos por Rui Barbosa, que este considerava o estabelecimento e a clientela como coisas diferenciadas, podendo, pois, serem transferidas separadamente. A clientela não seria indissociável do estabelecimento, razão pela qual a cessão do estabelecimento não implicaria, automaticamente, na cessão da clientela, havendo necessidade de convenção expressa quanto a isso.

Na instância final, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo as razões de Rui Barbosa, proferiu acórdão que foi reduzido à seguinte ementa: A freguesia de uma fábrica não pode ser objeto de contrato em vista do disposto no art. 17 do Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891. A renúncia do direito ao exercício de determinado ramo do comércio ou indústria não se presume. Ela deve ser expressa, ou pelo menos resultar de modo inequívoco dos termos do contrato para que na solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência.

Rubens Requião⁸⁴, na mesma esteira, assim apregoa:

“No caso de venda de estabelecimento comercial, procura-se preservar a sua clientela, dispondo em cláusula convencional que o empresário-vendedor se absterá de organizar novo fundo de comércio. A cláusula se impõe, pois não se considera, pelo menos no direito brasileiro, implícita como obrigação do devedor.”

A despeito da vitória da tese de Rui Barbosa, no sentido de que não seria vedado o restabelecimento por parte do alienante, uma vez que não houve cláusula expressa nesse sentido, tal entendimento não foi acolhido majoritariamente pela

⁸⁴ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 248.

doutrina e pelos tribunais pátrios. Mesmo antes da entrada em vigor do Novo Código Civil, a doutrina majoritária – e, ao que parece, mais acertada - entendia que, quando da transferência do estabelecimento empresarial, estaria *implicitamente* vedado ao alienante exercer concorrência ao adquirente, durante determinado período de tempo e espaço territorial. Seja porque se entendia a interdição de concorrência do alienante como decorrente do dever de boa-fé contratual, seja porque se entendia como originada do próprio artigo 214 do Código Comercial (que determinava que o vendedor deveria fazer boa e valiosa a coisa vendida).

Carlos Alberto Bittar⁸⁵ expressou opinião nesse sentido:

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

Quando da transferência do estabelecimento empresarial, tem-se como efeito natural do negócio, implícito e contido na vontade normal das partes, a manutenção da integridade do fundo de empresa, com todos os seus elementos e atributos, inclusive a organização e demais fatores do aviamento. Isso, obviamente, a fim de conservar ao adquirente a mesma capacidade objetiva de obtenção de lucros. Para se atingir tal escopo normal e desejado pelas partes, entende-se que o alienante está implicitamente impedido de abrir concorrência ao adquirente, em circunstâncias que sejam capazes de desviar clientela do estabelecimento transferido.⁸⁶

Fabio Ulhoa Coelho⁸⁷:

⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 64 e ss.

⁸⁶ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 252.

⁸⁷ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 124 e ss.

“Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, portanto, já predominava, no direito brasileiro, o entendimento de que, omissa o contrato de trespasse, devia-se reputar implícita a cláusula de não-restabelecimento. Era a lição de Carvalho de Mendonça, Oscar Barreto Filho, Pontes de Miranda e, em certo sentido, Waldemar Ferreira (com entendimento contrário: Ruy Barbosa). Quer dizer, o restabelecimento do alienante, em competição direta com o adquirente, era considerado lícito apenas se o contrato de trespasse contivesse cláusula de autorização expressa. Verificada a omissão do instrumento, pressupunha-se vedado o restabelecimento do alienante. Se as partes não haviam contratado em outro sentido, devia-se considerar que a intenção tinha sido a de transferir, do alienante para o adquirente, todo o potencial econômico representado pelo estabelecimento empresarial, o que implicava necessariamente a interdição da concorrência, por parte do alienante.”

A esse respeito são os julgados abaixo transcritos⁸⁸:

“CONCORRÊNCIA DESLEAL – Venda de farmácia – Reestabelecimento do vendedor – Perdas e danos – Faz concorrência desleal o farmacêutico que, vendendo o seu estabelecimento em pequena cidade do interior, embora sem a obrigação ou compromisso de se não restabelecer, adquire, não longe, novo estabelecimento, explorando o mesmo ramo de comércio”

“CONCORRÊNCIA DESLEAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. A cláusula de proibição, segundo a qual o alienante de estabelecimento comercial se obriga a não se estabelecer com o mesmo ramo de comércio, impede também que ele se associe a terceiro para exercer a antiga profissão no local. A sociedade comercial, embora diversa, na sua constituição original da que adquiriu o estabelecimento comercial, pode demandar, de quem lhe vendeu o fundo de comércio, qualquer direito decorrente da cláusula proibitiva de estabelecimento com o mesmo ramo, porque a garantia é instituída em favor do negócio comercial, que não se alterou nos seus elementos constitutivos, a despeito de serem outros os sócios componentes da firma. Não há transgressão ao princípio da liberdade de comércio na cláusula proibitiva de concorrência, restrita quanto ao espaço e ao objeto, não obstante a falta de limitação no tempo, pois essa falta não traduz prazo indefinido. É desnecessária a cláusula expressa da não-concorrência, pois tal obrigação decorre do próprio dever que ao vendedor incumbe de não perturbar o uso e gozo do estabelecimento comercial pelo comprador.”

“CONCORRÊNCIA DESLEAL – VENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – ABERTURA DE NOVO NEGÓCIO – COMPROMISSO EXPRESSO DO VENDEDOR. Ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe fosse retirar toda ou parte da clientela. Essa turbação por parte do vendedor importaria privar o comprador no todo ou em parte da coisa vendida. Não há, em face do que determina o art. 214 do Cód. Comercial, necessidade de estipulação formal, expressa, pela qual o vendedor se obrigue a não se estabelecer.”

5.3 A PROTEÇÃO DO AVIAMENTO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002, por meio do artigo 1127, veio a regular, de forma expressa, o que a doutrina há muito já vinha apregoando. Com o advento de referido dispositivo legal estabeleceu-se, de maneira inequívoca, a interdição de concorrência por parte do alienante, dentro do período de 5 (cinco) anos a contar da transferência do estabelecimento, *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 proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

Com o artigo em tela, perdeu o sentido a discussão acerca de ser a cláusula de vedação de restabelecimento implícita ou não no contrato, pois atualmente, a própria legislação, mesmo em sendo omissa no contrato, prevê a proibição da concorrência por parte do alienante. Significa dizer que, mesmo que as partes deixem de prever a cláusula de não restabelecimento, o artigo 1147 do Código Civil de 2002 possibilitará a proteção do avião, por meio da vedação da concorrência do alienante, a fim de preservar o sobre valor pago quando da transferência do estabelecimento.

O Código Civil de 2002 veio acabar com quaisquer discussões e dúvidas porventura existentes, trazendo, por influência do direito italiano, a tutela específica da proteção ao avião por meio da cláusula de não restabelecimento. Muito embora a doutrina majoritária já entendesse, antes do Código Civil de 2002, que a vedação ao restabelecimento seria implícita no contrato de trespasse, o artigo 1147

⁸⁸ Acórdãos publicados na RT 69/70, RT 151/280 e RT 167/237

consolidou tal entendimento, vedando, expressamente, que o alienante exerça concorrência ao adquirente após o trespasse do estabelecimento.

A despeito da interdição ao restabelecimento pelo alienante já ser o entendimento majoritário na doutrina, o advento de dispositivo legal expresso a respeito do tema significa, certamente, maior segurança jurídica para os empresários, que, mesmo que não estipulem cláusula proibitiva no contrato de trespasse, poderão fazer jus à tutela legal do aviamento prevista no artigo 1147 do Código Civil de 2002.

É importante dizer, entretanto, que a cláusula de não restabelecimento prevista nos contratos de trespasse, tanto antes do advento do Código Civil de 2002 como depois, deve estar restringida a determinadas condições e circunstâncias, relativas ao tempo, espaço territorial e natureza da atividade empresarial, sob pena de afrontar princípios constitucionais, tais como o princípio da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade do exercício profissional.

6. LIMITES À PROIBIÇÃO DE RESTABELECIMENTO

A vedação do restabelecimento do alienante não pode ser ilimitada e sem qualquer restrição, pois estaria a afrontar o princípio constitucional da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade do exercício profissional. Não se poderia permitir, sob pena de afronta a tais princípios constitucionais, que o alienante ficasse ilimitadamente impedido de exercer atividade empresarial em concorrência ao adquirente. A proteção dada ao adquirente estaria extrapolando os direitos constitucionais básicos do alienante.

Entretanto, a proibição de concorrência do alienante em relação ao adquirente, por período de tempo determinado, em espaço territorial bem delimitado e lapso temporal definido, não estaria a afrontar o princípio da livre iniciativa e livre concorrência. Ao contrário, a proibição de concorrência dentro de certos limites teria por objetivo, justamente, coibir a prática de concorrência desleal.

É o mesmo que dizer que a observância dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, no âmbito do contrato de trespasse, manifesta-se exatamente por meio de uma limitação, que seria a vedação ao restabelecimento por parte do alienante do fundo de empresa.

Oscar Barreto Filho⁸⁹:

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

⁸⁹ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 252.

Waldemar Ferreira⁹⁰:

“Vão se desfazendo as dúvidas que a legitimidade do pacto de não restabelecimento provoca. Ela é legítima. Mas desde que limitada. Em primeiro lugar, quanto ao seu objeto. Não seria válido, se de excessiva generalidade. Assim, se proibisse ao vendedor o exercício do comércio ou indústria em geral, indeterminadamente. Em segundo lugar, há de confinar-se no tempo e no espaço.”

O exercício dos direitos individuais de liberdade de exercício profissional, livre iniciativa e livre concorrência pode ser perfeitamente condicionado e admite limitações impostas pela lei.⁹¹

A obrigação de não se restabelecer deve, realmente, vir limitada no tempo, no espaço e no objeto. Seria inoperante a convenção por meio da qual alguém se obrigasse a *nunca mais exercer, em parte alguma, qualquer* atividade empresarial.⁹²

Há que se considerar que não é admissível que determinado indivíduo se obrigue a nunca mais exercer atividade empresarial, pois tal fato poderá redundar em prejuízo até mesmo para as suas condições de vida, privando-o de obter os recursos necessários para sua manutenção e de sua família. Entretanto, tais inconvenientes desaparecem se a obrigação do indivíduo de não se restabelecer ficar limitada a determinado ramo empresarial, a certo período de tempo e dentro de espaço territorial bem delimitado.⁹³

A vedação absoluta ao restabelecimento não encontra suporte no direito pátrio, pois seria contrária aos princípios constitucionais acima citados. A vedação ao restabelecimento não seria contrária à liberdade do exercício profissional, desde que

⁹⁰ FERREIRA, Waldemar, op. cit., p. 477

⁹¹ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit., p. 252

⁹² JOAO EUNAPIO BORGES, op. cit., p. 305

⁹³ MAGALHÃES, Barbosa de. *Do estabelecimento comercial*, 2ª ed. Lisboa: Edições Ática, p. 282.

limitada a circunstâncias temporais, territoriais e materiais. O que configuraria contrariedade às normas constitucionais seria a vedação absoluta do restabelecimento, sem nenhuma restrição. O trespasse do estabelecimento, portanto, implicaria, virtualmente, a proibição do alienante em restabelecer-se com o mesmo gênero de negócio, em circunstâncias de tempo e de lugar que possibilitem o desvio de clientela do fundo de empresa objeto da transferência.

Fabio Ulhoa Coelho⁹⁴:

“É, no entanto, unânime, na doutrina e jurisprudência de diversos países, que a validade da interdição, mesmo a legalmente prevista, depende de alguns limites. O empresário que alienou o seu estabelecimento não pode ficar impedido de explorar atividades não concorrentes, ou ficar vinculado à obrigação de não-fazer por prazo indeterminado ou sem delimitações geográficas. A cláusula de não restabelecimento que vede a exploração de qualquer atividade econômica, ou não estipule restrições temporais ou territoriais ao impedimento, é inválida. O objetivo da proibição contratual é impedir o enriquecimento indevido do alienante, através de desvio eficaz de clientela. Ora, se ele se restabelece em atividade não concorrente, ou para atender região inalcançável pelo potencial econômico do antigo estabelecimento, ou, ainda, depois de transcorrido prazo suficiente para o adquirente consolidar sua posição no mercado, não se verifica concorrência direta entre os participantes do contrato de trespasse; conseqüentemente, não há disputa da mesma clientela, nem enriquecimento indevido ao alienante.”

Barbosa de Magalhães⁹⁵:

“Freqüentemente são incluídas no trespasse, na idéia de evitar a concorrência do alienante, cláusulas restritivas da sua actividade mercantil. Como se compreende, o indivíduo que adquire um estabelecimento comercial, principalmente quando este tem grande clientela e ela é devida ao nome do alienante, ao seu crédito, às suas qualidades pessoais, tem naturalmente receio de que, depois de fazer a aquisição, o alienante vá instalar outro estabelecimento em que lhe possa fazer concorrência. Procurando afastar esse risco, convencionam-se cláusulas pelas quais o alienante se obriga a não se estabelecer com o mesmo ramo de comércio na mesma rua, no mesmo bairro, ou na mesma localidade, durante certo tempo, variando essas restrições quanto à localização e ao tempo, segundo as circunstâncias. Tais cláusulas pertencem à categoria das que, de uma maneira geral, se podem considerar restritivas da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e que se encontram também em outros contratos, alguns deles respeitantes igualmente ao estabelecimento comercial, como os relativos à prestação de trabalho. Por isso,

⁹⁴ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit, p. 123.

⁹⁵ BARBOSA, Magalhães, op. cit., p. 280 e ss.

embora usuais, têm sido muito discutidas, sendo argüidas de ilegais, por contrárias a essas liberdades. E, efectivamente, se se considera, em harmonia aparente com as disposições da Constituição Política (art. 8º, n. 7) e do Cód. Civ. (arts. 361º, 364º, 368º, 467º, 2167º) que essas liberdades são absolutas, ou só podem sofrer as restrições impostas por lei (confr. cit. nº 7 do art 8º da Constituição) concluir-se-á que tais cláusulas são ilegais. Mas, por outro lado, invoca-se a liberdade contratual, consignada no art. 672º do Cód. Civ. e que será ofendida, diz-se, se tais cláusulas forem proibidas. Nenhuma das soluções radicais é de aceitar e certo é que, actualmente, ambas se podem considerar abandonadas, pois que as modernas tendências doutrinárias e reformas legislativas têm mostrado que todos esses princípios estão longe de ser absolutos. A sua relatividade, ou condicionamento, é imposta pela força das circunstâncias, em que, de algum tempo para cá, se desenvolve a actividade mercantil, entendendo-se que são válidas essas cláusulas quando as restrições nelas impostas sejam relativas, isto é, sejam limitadas em relação ao tempo, ao lugar ou a quaisquer outras circunstâncias, como seja, designadamente, a do ramo de comércio do respectivo estabelecimento.”

A cláusula de interdição de concorrência, pois, não pode impor uma obrigação perpétua. Deve vir restringida a um determinado período, dentro do qual o adquirente possa fixar sua clientela. Como a clientela é, geralmente, local, o adquirente não seria prejudicado se o alienante fosse restabelecer-se em outra cidade, fora do âmbito de influência do estabelecimento adquirido. Também é evidente que a restrição à concorrência deve dizer respeito à mesma atividade, pois não haveria óbice ao alienante exercer atividade empresarial completamente desvinculada da atividade desenvolvida no estabelecimento trespassado⁹⁶

Como exposto acima, a vedação de concorrência do alienante por determinado período, em determinado espaço e relativa a certo ramo de negócio vinha sendo acolhida pela doutrina antes mesmo do advento do Código Civil de 2002. Em outras palavras, antes da entrada em vigor de tal Diploma Legal, já se entendia que a cláusula de não restabelecimento não poderia ser absoluta, impedindo que o alienante nunca mais pudesse exercer a mesma atividade

⁹⁶ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 251

empresarial. Exigia-se que eventual obrigação de não restabelecimento fosse devidamente limitada a circunstâncias temporais, territoriais e materiais.

Portanto, a cláusula obstatória do restabelecimento é lícita, desde que subordinada a condições precisas de tempo, espaço ou objeto. Como tal pacto implica na limitação da liberdade de concorrência, deve ser restrita ao gênero do negócio e às circunstâncias de duração e de território que tornem provável o desvio de clientela do estabelecimento trespasado. Não deve ser proibido ao alienante o exercício de qualquer atividade comercial ou industrial quando, pela distância no tempo e no espaço, não se vislumbre o intuito de fruir das vantagens proporcionadas pelas relações particulares anteriores e com os clientes do estabelecimento transferido. Somente deve ser obstado o restabelecimento se o exercício de determinada atividade realmente qualificar-se como concorrência qualificada ou diferenciada pela posição privilegiada de antigo titular do estabelecimento.⁹⁷

Com a entrada em vigor do artigo 1147 do Código Civil de 2002, contudo, restou estabelecido que o alienante está proibido de realizar concorrência ao adquirente dentro dos cinco anos subseqüentes à alienação do estabelecimento. Em outras palavras, o próprio Código Civil definiu, de forma geral, que o prazo para que o alienante não realize concorrência ao adquirente é 5 (cinco) anos seguintes ao trespasse.

O Código Civil de 2002 presumiu ser de 5 (cinco) anos o período para que o adquirente consiga firmar-se empresarialmente em sua atividade, de molde que qualquer atividade do antigo titular não mais lhe prejudique.

⁹⁷ BARRETO FILHO, Oscar, op. cit, p. 253

Entretanto, discute-se se tal prazo poderia ser elástico, a depender de cada caso concreto, para que a vedação de concorrência permanecesse por período superior a 5 (cinco) anos. Do teor do artigo 1147 não decorre uma vedação expressa a prazos superiores a 5 (cinco) anos, mas é certo que, para se admitir a vedação por período excedente, há que restar comprovado que, pela natureza da atividade, o aviamento objetivo não seria preservado apenas dentro da limitação prevista em lei. A previsão de período de interdição de concorrência superior a 5 (cinco) anos deve ser encarada de forma excepcional, sob pena de poder caracterizar afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência já mencionados precedentemente.

Quanto à possibilidade de previsão, em contrato, de prazo de interdição de concorrência inferior a 5 (cinco) anos, cumpre dizer que o próprio artigo 1147 do Código Civil de 2002 prevê que “*não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência*” Ora, se o próprio artigo 1147 permite que as partes convençam de forma diversa, autorizando o imediato restabelecimento, certo é que também poderia ser pactuada cláusula de não restabelecimento em prazo inferior a 5 (cinco) anos. Somente se as partes convençarem a possibilidade de restabelecimento é que o alienante poderá exercer concorrência ao adquirente.

Com o advento do Código Civil de 2002, salvo hipótese em que as partes autorizem, expressamente, em contrato, a possibilidade do alienante se restabelecer, a vedação de concorrência permanecerá pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 1147

O novo Diploma Legal, contudo, muito embora tenha estipulado a vedação ao restabelecimento do alienante pelo prazo de 5 (cinco) anos, deixou de prever quais critérios deveriam ser levados em consideração no que diz respeito ao âmbito territorial e material do restabelecimento. De fato, o Código Civil de 2002 limita-se a prever o prazo temporal pelo qual seria vedado ao alienante restabelecer-se, mas se omite quanto ao âmbito territorial e material do restabelecimento.

A despeito da omissão do legislador, certo é que, na esteira das opiniões doutrinárias existentes antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, somente deve prevalecer a proibição do restabelecimento quando a concorrência por parte do alienante ocorrer dentro de âmbito territorial passível de prejudicar os negócios do adquirente. É o mesmo que dizer que, se o adquirente explora determinada atividade empresarial em uma região ao país e o alienante restabelecesse-se em região territorial distinta, sem qualquer influência sobre a clientela do adquirente, não se poderia impedir tal concorrência, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e de concorrência.

De igual sorte, se o alienante resolve restabelecer-se em atividade empresarial distinta da atividade inerente ao estabelecimento transferido, ou seja, se o alienante passa a atuar em outro ramo de negócio, também não há qualquer fundamento para se proibir dita concorrência.

Qualquer interpretação diferente destoaria dos próprios fundamentos da vedação ao restabelecimento, os quais visam, precipuamente, proteger o aviamento objetivo para o novo titular.

CONCLUSÃO

O estabelecimento empresarial é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos reunidos para uma destinação comum e específica, qual seja a consecução de um fim econômico almejado pelo empresário. Representa, portanto, o instrumento utilizado pelo empresário para a exploração de sua atividade empresarial. Compõe-se de elementos corpóreos e incorpóreos, tais como as mercadorias, as máquinas, os veículos, a marca, os sinais distintivos, dentre outros. Justamente porque se compõe de diversos elementos unificados pelo empresário para um determinado fim econômico, o estabelecimento é tido como objeto de direitos.

Comumente, utiliza-se a expressão fundo de comércio ou fundo de empresa como sinônimas de estabelecimento empresarial.

O estabelecimento empresarial nunca foi tratado, legislativamente, de maneira sistemática, existindo apenas referências esparsas a algumas consequências que o legislador procurou atribuir aos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento (i.e. art. 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 133 do Código Tributário Nacional, dentre outros). Com o advento do Código Civil de 2002, entretanto, surge, no Título III, a disciplina jurídica sistemática do estabelecimento empresarial.

O conceito legal de estabelecimento empresarial trazido pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1142, não destoou do conceito doutrinário que vinha sendo formado ao longo dos anos. O Código Civil de 2002, outrossim, não distingue o empresário comercial do empresário civil, daí porque, atualmente, deve-se optar pela expressão estabelecimento empresarial ao invés de estabelecimento comercial, bem assim de fundo de empresa, no lugar de fundo de comércio.

O estabelecimento empresarial é, por sua natureza jurídica, tido como universalidade de fato, eis que se traduz em um conjunto de bens destinados a um fim comum pela vontade do empresário.

O conceito de estabelecimento empresarial, como não poderia deixar de ser, difere do conceito de empresário e de empresa. A figura do empresário está ligada à pessoa que toma a iniciativa de explorar determinada atividade econômica, podendo se tratar de pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária). A figura da empresa, por sua vez, está ligada à noção de atividade econômica. É o exercício de uma atividade produtiva, sendo, pois, uma abstração. A empresa é uma situação de fato, representada por uma atividade da qual o empresário, sujeito de direitos, é o titular. O estabelecimento seria apenas o instrumento de tal empresário, configurando-se, por isso, em objeto de direitos.

Com a organização dos bens componentes do estabelecimento, estes adquirem um sobre valor em relação ao valor dos bens singularmente considerados. O termo aviamento é utilizado exatamente para designar esta mais valia que o estabelecimento empresarial apresenta em relação a cada um dos bens isoladamente considerados. Essa conjugação de vários elementos do estabelecimento – que, organizados, adquirem valor superior aos bens singulares – traduz-se na capacidade de produção de lucros futuros. É a expectativa do estabelecimento de, em razão de sua composição e organização, gerar lucros futuros.

Entende-se, modernamente, que o aviamento e a clientela (que seria um dos fatores do aviamento) não representam elementos do estabelecimento, mas sim qualidades e atributos deste.

Distingue-se o aviamento em objetivo e subjetivo. Somente pode ser considerado como inerente ao estabelecimento o aviamento objetivo, o qual, sendo um atributo do objeto de direito, será transmitido ao novo titular do estabelecimento empresarial. Já o aviamento subjetivo, que é imanente à pessoa do empresário, não se transmite diretamente ao novo titular do estabelecimento.

Entretanto, quando determinado estabelecimento for objeto de transferência (contrato de trespasse), nada impede que o novo titular do estabelecimento se beneficie do aviamento pessoal do seu criador, mediante a estipulação de cláusula de não restabelecimento do alienante. Quando ocorre o trespasse do estabelecimento, ocorre a transferência do aviamento objetivo, podendo o adquirente usufruir da qualidade daquele determinado estabelecimento em produzir lucros. Exatamente para que tal aviamento reste protegido quando da transferência do estabelecimento empresarial, utiliza-se, comumente, no contrato de trespasse, a cláusula de proibição ao restabelecimento do alienante, impedindo que este exerça concorrência ao adquirente, prejudicando-lhe a fruição do aviamento adquirido.

Mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, já era acolhida pela doutrina a inserção de cláusula proibitiva do restabelecimento pelo alienante, com vistas a proteger o aviamento objetivo que foi transferido juntamente com o trespasse do estabelecimento. Mas não apenas vinha sendo admitida a inclusão de tal espécie de cláusula, como os autores, majoritariamente, entendiam que a obrigação de não restabelecimento por parte do alienante seria *implícita* no próprio contrato de trespasse. Entendia-se, tradicionalmente, que mesmo sendo omissa o contrato de trespasse, ou seja, mesmo que não existisse cláusula expressa de não restabelecimento, o alienante ficaria impedido de exercer concorrência ao

adquirente, pois aquele estaria obrigado a fazer boa e valiosa a coisa vendida, sem falar que se trataria de um dever decorrente do próprio princípio da boa-fé contratual.

O Código Civil de 2002 trouxe, expressamente, influenciado pela legislação italiana, dispositivo legal que determina, taxativamente, que o alienante encontra-se proibido de exercer concorrência ao adquirente, dentro do prazo de 5 (cinco) anos subsequentes ao trespasse do estabelecimento. Com a previsão contida no artigo 1147 do Código Civil de 2002, mesmo que o contrato seja omissivo no que diz respeito à proibição de concorrência, esta será decorrente dos próprios termos da lei.

Portanto, tanto antes do advento do Código Civil de 2002, como depois da entrada em vigor de referido diploma legal, é implícita a obrigação do alienante de não exercer concorrência ao adquirente. Anteriormente ao Código Civil de 2002, principalmente em razão da obrigação do alienante de tornar a coisa vendida boa e valiosa e, ainda, em virtude do princípio da boa-fé contratual. Após o advento de referido diploma legal, pelos mesmos fundamentos tradicionalmente invocados e pelos próprios termos do artigo 1.147 do Código Civil de 2002.

A vedação ao restabelecimento do alienante não poderia ser absoluta ou perpétua, sob pena de contrariar os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. Não seria possível determinado indivíduo comprometer-se a nunca mais exercer determinada atividade. Mas é certo que a vedação ao restabelecimento pode ser condicionada a determinado segmento empresarial, a período de tempo e a espaço territorial.

O Código Civil de 2002 estabelece o prazo de 5 (cinco) anos de proibição ao restabelecimento do alienante, mas deixa de fixar o âmbito territorial e material em que também não seria permitido ao alienante exercer concorrência ao adquirente. A

despeito disso, entretanto, não deve ser considerado apenas o lapso temporal trazido pelo artigo 1147 do Código Civil de 2002, mas também circunstâncias territoriais e materiais capazes de prejudicar a fruição do aviamento objetivo adquirido pelo novo titular. O que deve ser verificado, caso a caso, é justamente o escopo fundamental da norma inserta no artigo 1147 do Código Civil de 2002, que diz respeito com a proteção do aviamento quando do trespasse do estabelecimento. Se, tanto por circunstâncias territoriais, materiais ou temporais a fruição do aviamento objetivo transferido puder restar prejudicada, deve vigorar a proibição de restabelecimento do alienante, dentro de limites condizentes com os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCARELLI, Túlio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**. Milano: Giuffrè, 1960.

AUBRY, C. e RAU, C. **Cours de droit civil français**, 5ª ed. Paris, 1917

BARBOSA, Pedro Pereira. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades, Empresa e Estabelecimento**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____ **A Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, vol. V, livro III.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de Propriedade Industrial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 2.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

CORREIA, A. Ferrer. **Lições de Direito Comercial**. Lisboa: Ed. Lex, 1994.

DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 6.

_____ **Instituições de Direito Comercial**. 4ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1956, v. 2.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de Direito Comercial** Curitiba: Juruá, 1998.

MAGALHÃES, Barbosa de. **Do estabelecimento comercial**. 2ª ed. Lisboa: Edições Ática.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1957, v. 1.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, tomo XV.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 4ª ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAES, Paulo Roberto Tavares. **Curso de Direito Comercial**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. v. 2.

_____ **Da concorrência do Alienante no Estabelecimento Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 1980.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCCO, Alfredo. **Principii di dirittto commerciale**. Torino: Torinese, 1928.

ROTONDI, Mario. **Diritto Industriale**. Pádua: Cedan, 1965.

VALERI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Florença: Casa Editrice Dott. Carlo Cya, 1950.