

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* – MESTRADO EM DIREITO
SÉRGIO HENRIQUE TEDESCHI

**“O CONTRATO DE TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E
SUA EFETIVIDADE SOCIAL”**

CURITIBA
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* – MESTRADO EM DIREITO
SÉRGIO HENRIQUE TEDESCHI

**“O CONTRATO DE TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E
SUA EFETIVIDADE SOCIAL”**

CURITIBA
2009

SÉRGIO HENRIQUE TEDESCHI

**“O CONTRATO DE TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E
SUA EFETIVIDADE SOCIAL”**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Fábio Leandro Tokars

CURITIBA

2009

SÉRGIO HENRIQUE TEDESCHI

**“O CONTRATO DE TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E SUA
EFETIVIDADE SOCIAL”**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

FÁBIO LEANDRO TOKARS

MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO (MEMBRO EXTERNO)

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA (MEMBRO INTERNO)

Curitiba, 31 de agosto de 2009.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, por ter me dado forças nos momentos mais difíceis, e também por estar comigo todo o tempo.

Sou grato ao professor Fábio Tokars, o qual, com paciência, orientou-me no atingimento dos objetivos propostos no presente trabalho.

Agradeço também à Rozane, pelas orientações prestadas, e ao Gustavo, que me auxiliou na pesquisa sobre as decisões do TJPR, e legislação italiana sobre o tema.

Sou grato também a todas as pessoas que me auxiliaram na elaboração destas linhas.

Dedicatória

Às mulheres e amores de minha vida, Laura, Dila e Irene, as quais foram minha fonte inesgotável de inspiração para escrever este trabalho.

Epígrafe

“Eu sou o Senhor, que te sara”. (Êxodo, 15.26)

“Vinde a mim todos os que estais cansados e sobrecarregados, e eu vos aliviarei.” (Mateus 11.28)

“Eu vim para que tenham vida, e a tenham em abundância”. (João 10.10)

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – TEORIA GERAL DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	14
I.1 CONCEITO	14
I.1.1 - ETIMOLOGIA	16
I.1.2 – NATUREZA JURÍDICA	18
I.1.3 – CRIAÇÃO E EXTINÇÃO	21
I.1.4 – PLURALIDADE DE ESTABELECIMENTOS	22
I.1.5 - DISTINÇÃO ENTRE EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO	25
I.1.6 – O ESTABELECIMENTO VIRTUAL	27
CAPÍTULO II	30
II.1 ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	30
II.1.1 – PROPRIEDADE INDUSTRIAL	31
II.1.2 - BENS IMÓVEIS	33
II.1.3 NOME EMPRESARIAL	35
II.1.4 - TÍTULO DE ESTABELECIMENTO	38
II.1.5 – NOME DE DOMÍNIO	39
II.1.7 - CONTRATOS	41
II.1.8 - CLIENTELA	42
II.1.9 - AVIAMENTO	45
II.1.10 - OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS	47
CAPÍTULO III - TRANSFERÊNCIA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	51
III. 1 – TRESPASSE: FORMA DO CONTRATO E FORMALIDADES COMPLEMENTARES	51
III. 2 - VALOR	55
III. 3 - ÂMBITO MÍNIMO DE TRANSFERÊNCIA	57
III. 4 - SUCESSÃO NOS CONTRATOS	60
III. 5 - SUCESSÃO NOS DÉBITOS E NOS CRÉDITOS	62
III. 5. 1– DÉBITOS E CRÉDITOS VINCULADOS AO ESTABELECIMENTO	62
III. 5. 2 – SUCESSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO	66
III. 5. 3 – SUCESSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO FINDOS	68
III. 5. 4 –SUCESSÃO NOS DÉBITOS DE ORDEM TRIBUTÁRIA	69
III. 6 – DA DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA	71
III. 7 - CLÁUSULA DE NÃO-REESTABELECIMENTO	74
III. 8 – VENDA DO FUNDO DE EMPRESA NA FALÊNCIA E EM RECUPERAÇÕES JUDICIAIS	77
CAPÍTULO IV - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	82
IV. 1 – FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS	82
IV. 2.1 – A SUCESSÃO DAS OBRIGAÇÕES DO EMPRESÁRIO	89
IV. 2.2 – A DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DA OPERAÇÃO DE TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	92
IV. 2.3 – A PUBLICIDADE DO CONTRATO DE TRESPASSE	95
IV. 2.4 – A EFETIVIDADE DO CONTRATO DE TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	97

CONCLUSÃO
REFERÊNCIAS

102
104

RESUMO

O estabelecimento empresarial é um ente essencial ao empresário, no exercício da atividade economicamente organizada. É a reunião de bens, os quais permitem ao empreendedor atingir seus objetivos financeiros e pessoais. Por vezes, o estabelecimento, que é uma universalidade de bens, é transferido de um empresário a outro. Nesta transferência, deve-se atentar para quais destes bens são ou não transferidos, e a consequência jurídica que pode advir desta operação, a qual afeta diretamente a terceiros, tais como fornecedores, colaboradores e o fisco. Ainda, nesta operação há riscos que atingem tanto o alienante quanto o adquirente do estabelecimento, riscos estes que criam um desestímulo na realização do negócio. Nesta toada, e pelos riscos envolvidos, analisar-se-á, no presente trabalho, se o contrato de trespasse de estabelecimento empresarial atinge os fins sociais para os quais foi criado, levando-se em conta as várias nuances e disposições legais acerca desta operação.

Palavras-Chave: Estabelecimento Empresarial – Contrato – Trespasse – Efetividade Social – Riscos

ABSTRACT

The business establishment is essential between the entrepreneur, in the exercise of organized economic activity. It is the assembly of goods, which enable the entrepreneur achieve their financial and personal goals. Sometimes the establishment, which is a universality of property, is transferred from one owner to another. In this transfer, you should look at what these assets are transferred or not, and legal consequences that may result from this operation, which directly affects the others, such as suppliers, employees and tax authorities. Still, this operation there are risks that affect both the seller and the buyer of the establishment, creating a risk that they discourage the conduct of business. In this tune, and the risks involved, it will examine in this work, the contract of establishment of business enterprise reaches social purposes for which it was created, taking into account the various nuances and laws about the operation .

Keywords: Establishing Business - Contract - Goodwill - Social Effectiveness - Risks

INTRODUÇÃO

O estabelecimento empresarial é o conjunto de bens, corpóreos e incorpóreos, que o empreendedor reúne e utiliza para explorar a atividade economicamente organizada.

Dele advém a possibilidade de o empreendedor auferir lucros nesta exploração.

Com isso, vislumbra-se a importância do referido instituto, tanto que o mesmo foi conceituado no artigo 1142¹ do Código Civil pátrio, sendo que o artigo 1143² versa que o mesmo pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Na mesma esteira vem a transferência de estabelecimento empresarial entre empreendedores, cujas regras estão estabelecidas no Código Civil, do artigo 1144 até o 1149³.

No Código Civil anterior, não havia qualquer estipulação a respeito desta operação.

Mas, da forma como está regido atualmente, pode-se concluir que há efetividade social, e existe cumprimento da função social no contrato de trespasse de estabelecimento empresarial?

¹ “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

² “Art. 1143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”.

³ “Art. 1.144. 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.

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

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

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

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

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

O presente trabalho visa responder a este questionamento, dando ao leitor uma visão geral a respeito das regras envolvidas no trespasse de estabelecimento empresarial, mediante revisão da literatura nacional e estrangeira acerca do tema, bem como análise da legislação brasileira e alienígena, e decisões de nossos tribunais.

Sendo assim, procurar-se-á abordar o assunto de forma a esclarecer as diversas dúvidas que surgiram com a inovação legal acerca do estabelecimento empresarial.

No capítulo I será estudada a teoria geral do estabelecimento empresarial, onde haverá o enfoque do conceito, da natureza jurídica, da criação e da extinção, e da pluralidade de estabelecimentos, para dar ao leitor uma visão ampla deste instituto jurídico.

Já no capítulo II, será analisada a questão dos elementos do estabelecimento empresarial, tais como bens imóveis, propriedade industrial, nome empresarial, contratos, clientela, dentre outros, com a finalidade de se clarear a noção de quais bens podem ser transferidos, quando do trespasse de estabelecimento empresarial.

Por sua vez, o capítulo III versará sobre a transferência do estabelecimento empresarial, voltado para as formas e formalidades exigidas, o valor do estabelecimento, bem como a sucessão nos contratos, nos débitos e nos créditos. Também será enfocada a venda do fundo de empresa em processos de falência e de recuperação judicial.

Por fim, no capítulo IV será abordada questão relativa a função social do contrato de trespasse de estabelecimento empresarial, no qual serão mencionados os princípios atrelados aos contratos, a efetividade social do contrato de transferência de estabelecimento empresarial, a possibilidade de declaração de ineficácia da referida operação, dentre outras questões.

Entendemos que o contrato de trespasse de estabelecimento empresarial não atende aos fins sociais a que se destina, posto que, da forma como estão previstas as regras no Código Civil, a operação será desestimulada, mormente pela transmissão do passivo ao adquirente, e pela possibilidade de declaração de ineficácia do trespasse por algum credor insatisfeito.

Estas e outras questões serão analisadas com maior profundidade no presente trabalho, dando ao leitor uma noção de como funciona, e como está prevista a referida operação pelo ordenamento jurídico de nosso país.

CAPÍTULO I – TEORIA GERAL DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

I.1 CONCEITO

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foi positivada, pela primeira vez no direito empresarial brasileiro, a disciplina jurídica do estabelecimento empresarial. As regras estão previstas dos artigos 1142 até 1149 do referido Código.

Antes da vigência do citado Código, havia apenas doutrina e decisões judiciais sobre o tema.

No estudo sobre o estabelecimento empresarial, doutrinadores procuraram dar uma definição a este instituto jurídico.

Entendemos que o estabelecimento empresarial pode ser conceituado como o complexo de elementos, materiais e imateriais, que, reunidos pelo empresário, são utilizados por este para a exploração da atividade economicamente organizada, visando auferir lucros.

Neste sentido, o empresário deve organizar a sua atividade econômica de forma racional, reunindo as mercadorias, máquinas, instalações, imóvel, etc, os quais terão um valor maior do que teriam se considerados individualmente.

Oscar Barreto Filho, doutrinador que escreveu a obra mais abrangente e profunda sobre o estabelecimento comercial, versa que (BARRETO FILHO, 1969, p. 75):

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

Para Rubens Requião (REQUIÃO, 2003, p. 270), “o fundo de comércio 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”.

Já para Alfredo de Assis Gonçalves Neto (GONÇALVES NETO, 2007, p. 558), “é o estabelecimento, nessa concepção, o conjunto de todos os bens afetados ao exercício da empresa; é a ferramenta de trabalho do empresário, o adubo, a matéria prima, a mercadoria, o produto, o estoque e tudo o mais que utiliza para atuar no mercado”⁴.

O artigo 1142 do novo Código Civil conceitua o estabelecimento empresarial da seguinte forma: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

No entanto, o conceito legal de estabelecimento empresarial deixa a desejar, principalmente por ter uma abrangência pequena ante a gama de situações que são geradas por este instituto jurídico, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho⁵.

⁴ Para Fábio Tokars (TOKARS, 2006, p. 15), “como indicação inicial, pode-se afirmar que o estabelecimento empresarial é o complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, organizado pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade”. Marino Luiz Postiglione (POSTIGLIONE, 2006, p. 10) observa que “o conceito de estabelecimento atém-se ao que a ciência econômica define como os instrumentos, ou fatores, da produção: isso identifica, particularmente, aqueles instrumentos produtivos que, de acordo com a terminologia econômica, têm caráter real, aqueles que constituem um complexo de bens.” O referido autor fala também sobre o conceito jurídico de estabelecimento (2006, p. 11): “Por ser fato para a empresa, é oportuno fazer breve exegese do texto legal: a) o termo *complexo* evoca, até mesmo antes do vocábulo *organização*, a idéia de unidade e, particularmente, de finalidade dos meios para um propósito específico que é o exercício da empresa; b) no termo *bens* está a importância do atributo que o legislador fixa para os materiais, móveis e imóveis, e imateriais – significa que o empresário precisa dos meios como instrumento ao fim que se propõe para a utilização na atividade da empresa, conjuntamente com a mão-de-obra; c) o termo *organizado*, usado também na definição de empresário, serve para demarcar a finalidade unitária dos bens, e desse fato relevar o conceito de aviamento, como expressão do maior valor que os bens organizados têm em comparação ao valor que teriam se fossem considerados separadamente – é significativa demonstração da importância da clientela”. Já o doutrinador português Fernando de Gravato Morais (MORAIS, 2005, p. 18) enfatiza que “tal organização, corporizada num complexo de valores diferenciados existe como unidade econômica, sendo reconhecida pelo direito como unidade jurídica. De tal reconhecimento emerge a idéia de que o estabelecimento comercial é um todo organizado (e só assim pode ser concebido), quer para efeito da sua proteção, quer ao nível da sua negociação, apesar da pluralidade e da heterogeneidade dos elementos que o constituem e que o integram”.

⁵ A lei deveria aclarar de forma direta a questão da pluralidade de estabelecimentos, consoante será explicitado no capítulo I seção 1, subseção 4, bem como a diferença entre empresa e empresário, conforme veremos no item capítulo I, seção 1, subseção 5.

I.1.1 - ETIMOLOGIA

O estabelecimento empresarial é referido na lei apenas como “estabelecimento”. Na verdade, a nomenclatura que seria mais adequada a ser utilizada pelo legislador, em consonância com o direito de empresa que o atual Código Civil brasileiro regula, seria “estabelecimento empresarial”.

Para efeitos do presente estudo, serão utilizadas as expressões “estabelecimento”, “estabelecimento empresarial” e “fundo de empresa”, como sinônimas.

O estabelecimento empresarial, outrora denominado de estabelecimento comercial (Código Comercial de 1850, Código Civil de 1916), possui várias nuances, as quais, muitas vezes, passam despercebidas pelas pessoas em geral, que o encaram simplesmente como “empresa”⁶, *lato sensu*.

No Brasil, o sesquicentenário Código Comercial tratou, ainda que de maneira indireta, do estabelecimento comercial, no item 3 do artigo 1.º, preconizando que as pessoas lá mencionadas eram consideradas capazes para todos os efeitos legais, nas negociações mercantis⁷.

Com o advento do Código Civil de 1916, foi alargada a possibilidade de constituição do estabelecimento comercial por menor, conforme disposto no artigo 9º, § 1º, V⁸.

O direito brasileiro, com o atual Código Civil, adotou o critério da empresariedade, por influência do Código Civil italiano de 1942, em substituição ao sistema da comercialidade.

⁶ O conceito de empresa consta no capítulo I, seção 1, subseção 5, do presente trabalho.

⁷ “Podem comerciar no Brasil:

3 - Os filhos-famílias que tiverem mais de 18 (dezoito) anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública. O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis”.

⁸ “Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

§ 1º Cessar, para os menores, a incapacidade: (Parágrafo único renumerado pelo Decreto nº 20.330, de 27.8.1931)

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria”.

O critério da empresariedade é mais abrangente, passando a focar também os serviços, ao passo que o sistema da comercialidade tinha como mote as atividades descritas no Regulamento 737 de 1850⁹, as quais, ante a evolução do direito empresarial, não mais satisfaziam a ampla gama de atividades realizadas pelos empreendedores de nosso país¹⁰.

No tocante a utilização das expressões “estabelecimento empresarial” e “fundo de empresa” como se sinônimas fossem, Fábio Tokars (TOKARS, 2006, p. 16/17) ensina que, no Brasil, estas têm sido utilizadas indistintamente, citando inclusive que a lei de luvas fazia menção sinonímia entre elas. Também entende que, mesmo com o Código Civil referindo-se exclusivamente a estabelecimento empresarial, não houve fixação de algum significado diverso para a expressão fundo de empresa.

Já Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 1999, p. 93) prega que as expressões “estabelecimento empresarial” e “fundo de empresa” não são sinônimas, posto que esta última seria um atributo daquela, um valor agregado ao conjunto de bens, em razão da mesma atividade.

Temos que as expressões “estabelecimento empresarial” e “fundo de empresa” são sinônimas, podendo ser utilizadas indistintamente, pelos motivos acima explanados.

⁹ Os parágrafos do artigo 19 do referido regulamento prevêm quais as atividades que eram consideradas mercancia: “Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem;

§ 3º As emprezas de fabricas; de com missões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos públicos;

§ 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio marítimo;

§ 5.º A armação e expedição de navios”.

¹⁰ Como por exemplo, provedores de acesso à internet, consultoria ambiental, biomedicina e escritórios virtuais.

I.1.2 – NATUREZA JURÍDICA

O estabelecimento é objeto de direito¹¹, sendo que o sujeito de direito é o empresário, titular do fundo de empresa, que organiza a atividade econômica, e, conseqüentemente, pode dispor da unidade do estabelecimento, a qual não se confunde com os bens individualmente considerados.

O artigo 1143 do Código Civil estipula que o estabelecimento empresarial é objeto de direito: “Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.”

Com a cristalina redação do artigo em comento, a discussão sobre o fundo de empresa, que para alguns seria sujeito de direito, torna-se superada, concluindo-se que o estabelecimento empresarial é objeto de direito.

Ato contínuo, interessante questão gira em torno da natureza abstrata da empresa.

Há muita falta de clareza sobre o entendimento do leigo a respeito da empresa, confundido-se sua natureza com a do estabelecimento. Por este motivo, vale a transcrição elucidativa de Rubens Requião (2003, p. 59):

“É preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma *abstração*. A muitos tal afirmativa parecerá absurda e incompreensível, dado aquele condicionamento de que a empresa é uma entidade material e visível. Brunetti, professor italiano de alto conceito, chegou à conclusão da abstratividade da empresa, observando que ‘a empresa, se do lado político-econômico é uma realidade, do jurídico é *un’astrazione*, porque, reconhecendo-se como organização de trabalho formada das pessoas e dos

¹¹ Esta é a posição majoritária da doutrina. Todavia, conforme escólio de Fábio Tokars (2006, p. 21), na Alemanha, alguns doutrinadores, tais como Endemann e Von Völlderndorff, já referiram que o estabelecimento empresarial poderia ser considerado como sujeito de direito, mormente em casos de sociedades anônimas, e de tipos societários mais complexos.

Também vale citar o ensinamento de João Eunápio Borges (BORGES, 1959, p. 306): “Segundo uma delas (teorias sobre a natureza jurídica do estabelecimento), de origem germânica, devida sobretudo a ENDEMANN, o estabelecimento comercial goza de uma espécie de personalidade jurídica. É sujeito e não objeto de direito. Criado pelo proprietário, o estabelecimento adquire vida própria e autônoma. Os bens e direitos, 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”.

bens componentes da azienda, a relação entre a pessoa e os meios de exercício não pode conduzir senão a uma *entidade abstrata*, devendo-se na verdade ligar à pessoa do titular, isto é, ao empresário”.

A tendência atual do direito segue no sentido de não se tutelar a empresa de forma direta, e sim o estabelecimento, até pela sua natureza, e por ser um bem do qual o empresário é titular.

Então, tem-se que os conceitos diferem entre si, porém, tal fato não pode levar à conclusão de que empresa e estabelecimento não tenham qualquer relação, pois deve-se lembrar que um não existe sem o outro.

Ainda no tocante à natureza jurídica do estabelecimento empresarial, sem embargo das teorias ultrapassadas¹², alguns autores¹³ entendem que o mesmo é uma universalidade de fato, enquanto outros¹⁴ entendem ser uma universalidade de direito.

O artigo 90 do Código Civil conceitua no que consiste a universalidade de fato: “Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”.

Por sua vez, o artigo 91 do Código Civil dispõe sobre a universalidade de direito: “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

Waldo Fazzio Júnior (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 17) versa que ninguém mais discute a natureza jurídica do estabelecimento, concluindo ser a mesma uma universalidade de fato.

Discordamos da opinião do autor citado, por entendermos que, pelo fato do nosso Código Civil regular e definir o estabelecimento empresarial, determinando expressamente que os débitos integram o fundo de empresa¹⁵, o mesmo é uma universalidade de direito.

¹²Tais como a que personaliza o fundo, idealizada por Endemann, e a que o concebe como um patrimônio, defendida por Becker, posto que não há em nossa legislação nenhum dispositivo que autorize a conclusão de que o estabelecimento pudesse ter personalidade jurídica, ou se constituir em um patrimônio autônomo do empresário.

¹³ Como, por exemplo, Oscar Barreto Filho, Rubens Requião, Alfredo de Assis Gonçalves, Márcia Carla Pereira Ribeiro, Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira e Marcelo Andrade Féres.

¹⁴ Fábio Tokars, Octávio Mendes, Antunes Varela, Guilherme Braga da Cruz, Manuel de Andrade e Carvalho Martins.

¹⁵ Conforme artigo 1146 do Código Civil.

Todavia, tal discussão é de menor utilidade, na medida em que, sendo o estabelecimento uma universalidade de fato ou de direito, o mesmo pode, por exemplo, ser alienado individual e separadamente em seus bens¹⁶, sendo que tal discussão em nada modifica a realidade do mencionado ente em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Ainda, cabe salientar que, atualmente, há sucessão do passivo, quando da transferência, por disposição normativa, e não pela natureza jurídica do estabelecimento empresarial.

Ato contínuo, tem-se que o estabelecimento possui natureza mobiliária, pelo fato de se tratar de uma universalidade.

A discussão sobre a natureza mobiliária do estabelecimento possui uma maior complexidade quando se admite que o mesmo pode ser integrado por bens imóveis.

A doutrina que, inicialmente, entendia que os bens imóveis não integravam o estabelecimento¹⁷, evoluiu no sentido da aceitação de tais bens no fundo de empresa. No entanto, posições doutrinárias davam conta de que, caso o estabelecimento possuísse apenas bens móveis, possuiria natureza mobiliária, e se possuísse bens móveis e imóveis, teria natureza imobiliária, conforme se atesta pelo entendimento de Oscar Barreto Filho (1969, p. 201):

“Em princípio, o estabelecimento é uma universalidade mobiliária, quando constituído exclusivamente por bens móveis. No entanto, o fundo estará sujeito ao regime jurídico dos bens imóveis, quando na sua composição incluir terrenos, edifícios e construções, aos quais aderem, por acessão intelectual, as pertencas aplicadas em sua exploração industrial (Código Civil, art. 43, III). Tais acessórios, a qualquer tempo, poderão ser

¹⁶ Fernando Gravato de Moraes (2005, p. 187/188) entende que o estabelecimento não pode ser classificado como uma universalidade, possuindo natureza jurídica de imaterialidade *sui generis*.

¹⁷ Veja-se a opinião de Márcia Carla Pereira Ribeiro (RIBEIRO, 2006, p. 149/150): “Doutrinariamente, o bem imóvel já foi considerado como não integrante da organização empresarial adotada pelo empresário, até porque os negócios não estão necessariamente condicionados aos imóveis nos quais são praticados. Basta ter-se em mente que muitos empresários mudam a situação das instalações sem abrir mão da prática empresarial anteriormente implantada, trocando de ponto. Outro argumento que afasta a possibilidade teórica do bem imóvel compor o estabelecimento está na natureza jurídica distinta de bem incorpóreo deste e de bem corpóreo imóvel daquele, o que poderia inviabilizar a aceitação da integração do imóvel ao estabelecimento, que, por ser um bem incorpóreo estaria impossibilitado de incorporar bem daquela natureza. Há também doutrina que considera a natureza jurídica do estabelecimento diversa na hipótese do imóvel estar ou não integrado ao estabelecimento. A presença do imóvel como elemento vinculado de forma importante ao exercício da atividade empresarial não descaracteriza a existência do estabelecimento, mas retiraria seu caráter de universalidade de fato (bem incorpóreo) para que toda a organização fosse considerada como integrante do bem imóvel (por acessão)”.

dissociados do imóvel, pela simples vontade do titular, recobrando a sua qualidade própria de móveis (Código Civil, art. 45)".

O inciso III, do artigo 43, do Código Civil de 1916 reza que "são bens imóveis: ... tudo quando no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade". Este era o fundamento para que os adeptos do estabelecimento que possuísse bem imóvel concluíssem pela sua natureza imobiliária.

Mas, a natureza mobiliária do estabelecimento se impõe, a uma porque o inciso III do artigo 43 do Código Civil de 1916 não foi repetido no Código Civil de 2002; e, a duas, porque se deve manter o regime jurídico de cada bem individualmente considerado, que compõe o fundo de empresa.

I.1.3 – CRIAÇÃO E EXTINÇÃO

Entende-se como início do fundo de empresa o momento da reunião dos elementos necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial¹⁸.

Para que haja a criação do fundo, não é preciso que o empresário tenha registrado o contrato social em cartório ou na junta comercial, conforme o ramo de atividade deste, visto a hipótese de haver sociedade irregular ou de fato, as quais são tratadas pelo Código Civil como sociedades em comum¹⁹.

Ainda, deve-se mencionar que parte da doutrina²⁰ entende que o estabelecimento só seria considerado como tal a partir do momento em que possuísse clientela.

Tal entendimento é equivocado. A clientela, mesmo que se conceba possa ser quantificada, apenas passa a existir potencialmente desde que seja possível a sua captação. O tempo para tal finalidade não pode ser mensurado pelo empreendedor.

¹⁸ Fernando de Gravato Morais (2005, p. 95) ensina que, caso exista uma organização montada para exploração da atividade econômica, já existe o estabelecimento empresarial, mesmo que ainda não esteja em funcionamento.

¹⁹ Dos artigos 986 até 990.

²⁰ Conforme Albert Cohen.

Além disso, caso a empresa tivesse apenas um cliente, haveria desde logo o fundo de empresa? E se não tivesse nenhum, não haveria? Por estes motivos, o estabelecimento empresarial deve ser considerado formado a partir da reunião dos bens necessários ao seu funcionamento, independentemente de a empresa estar registrada ou não, e de possuir ou não clientela.

Por sua vez, a extinção do estabelecimento empresarial não leva a maiores questionamentos.

O fundo se extinguirá caso haja a desagregação de bens, de maneira que os que restarem²¹ (caso restem), não sejam capazes de, por si sós, dar suporte à atividade economicamente organizada.

Diversa será a interpretação na hipótese de paralisação das atividades, desde que não haja a liquidação e a desagregação dos elementos, sendo que, nestes casos, não haverá a extinção do fundo de empresa²².

Conclui-se que, caso haja a alienação ou desagregação dos bens que compõe o fundo, e não seja mais possível a manutenção da atividade, tem-se que se operou a extinção do estabelecimento empresarial.

I.1.4 – PLURALIDADE DE ESTABELECIMENTOS

A questão da pluralidade de estabelecimentos vem disciplinada no artigo 969, e seu parágrafo único²³, do Código Civil de 2002.

²¹ O doutrinador espanhol Pascual Marin Pérez (PÉREZ, 1983, p. 135) adverte que, na maioria dos casos, a extinção do fundo precede a liquidação com obtenção de saldo final para pagar os credores e a cobrança dos devedores, a fim de se determinar a situação jurídico-econômica da empresa. Tradução livre de: “Hay que advertir que, generalmente, a la extinción precede la liquidación que consiste en La obtención de un saldo final económico después de um período de tiempo tendente a pagar a los acreedores, cobrar a los deudores y determinar la situación jurídico-económica de la sociedad o de la persona jurídica em general”.

²² Diverso é o entendimento de Barbosa Magalhães (MAGALHÃES, 1964, p. 151): “Em dado momento, o comerciante resolve cessar e cessa essas operações; nesse momento o estabelecimento se extingue, embora continue para as operações relativas à sua liquidação, ou mesmo durante algum tempo permaneça sem que o comerciante realize ou uma ou outras dessas operações”.

²³“O empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária. Parágrafo único. Em qualquer caso, a constituição do estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede”.

Pode-se afirmar que o empresário que possui filiais de sua empresa, possui também tantos estabelecimentos empresariais quanto o número dessas filiais; ou seja, se tiver 3 filiais, e a matriz, possuirá 4 estabelecimentos empresariais.

Parte da doutrina entende que as filiais seriam apenas elementos de um único estabelecimento empresarial.²⁴

Todavia, o artigo acima citado não deixa dúvidas de que cada filial, sucursal ou agência é um estabelecimento empresarial autônomo²⁵. Além disso, deve-se ressaltar que, em nosso ordenamento jurídico, não existe distinção entre filial, sucursal e agência, sendo que o empresário utilizará a expressão que melhor lhe convier.

Neste sentido, cita-se a opinião de Oscar Barreto Filho (1969, p. 143):

“A distinção entre empresa e estabelecimento torna-se mais nítida quando há pluralidade de estabelecimentos pertencentes ao mesmo empresário comercial, na mesma ou em diversas localidades.

É importante assinalar que a empresa (sob o ângulo subjetivo do empresário) é sempre considerada unitariamente, sob o ponto de vista jurídico, ainda quando economicamente compreenda vários tipos diferentes de atividades. Admite-se, ao contrário, uma pluralidade de estabelecimentos, pertencentes ao mesmo titular, tendo em vista a possível diversidade de objetivo ou de localização. Um estabelecimento do mesmo empresário pode, por exemplo, ter por finalidade a fabricação, outra a venda ou distribuição de determinado produto”.

Os §§ 1º e 2º do artigo 75, do Código Civil de 2002, preconizam que “tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados”; e “se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no

²⁴ Consoante orientação de Barbosa de Magalhães.

²⁵ No Peru, a sucursal não possui personalidade jurídica, conforme se atesta pelo artigo 396º da Lei Geral das Sociedades: “É sucursal todo estabelecimento secundário através do qual uma sociedade desenvolve, em lugar distinto do seu domicílio, determinadas atividades dentro do seu objeto social. A sucursal não tem personalidade jurídica independente de sua sede principal. Este dotado de representação legal tendo autonomia de gestão no âmbito das atividades principais atribuídas, em conformidade com os poderes atribuídos aos seus representantes. Tradução livre de: “Es sucursal todo establecimiento secundario a traves del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personeria juridica independiente de su principal. Esta dotada de representacion legal permanente y goza de autonomia de gestion en el ambito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes”.

tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder”.

Tais artigos seguem no sentido da existência da pluralidade de estabelecimentos²⁶, em detrimento do entendimento de que, mesmo que o empresário possua várias filiais, possuiria apenas de um estabelecimento.

Neste sentido seguiu a decisão proferida pelo TRF da 3ª Região, da lavra da Desembargadora Cecília Marcondes, a qual determinou que a matriz e a filial são estabelecimentos empresariais autônomos²⁷.

Para que seja considerado estabelecimento, a filial, sucursal ou agência deve desenvolver uma atividade economicamente organizada no local, posto que a mera existência de uma sede sem desenvolvimento de qualquer atividade fim, ou mesmo para estoque de produtos, não caracteriza a pluralidade de estabelecimentos.

O doutrinador alemão Karsten Schmidt (SCHMIDT, 1997, p. 78/79) entende que as sucursais representam uma forma intermediária entre a formação de empresas independentes e as simples divisões de uma empresa, sendo que a tentativa de uma delimitação conceitual estrita fracassaria. O mesmo autor ainda prega que, caso o empresário possua vários negócios em uma mesma cidade, restarão dúvidas se se tratará de divisões da empresa, de filiais ou de empresas separadas²⁸.

Ainda, veja-se que é possível ao empresário alienar o estabelecimento empresarial separadamente.

Diante disso, surge a indagação no sentido de, caso ocorra o trespasse de filial, se o sucessor adquirente assumiria a responsabilidade por honrar os contratos de trabalho desta filial.

²⁶ Hernan Estrella (ESTRELLA, 1973, p. 255/256) prega que “não é demais recordar que a pluralidade de fundos de comércio ou de indústria produz sinalados efeitos jurídicos. Antes de mais nada, por força da regra geral, exarada na lei, de que, se a pessoa tem vários centros de negócios ou estabelecimentos em diferentes lugares qualquer deles é considerado como domicílio, para os atos em cada um praticados”.

²⁷ Na referida decisão, ficou determinado que o fato gerador de tributos é realizado de maneira individualizada para cada fundo de empresa, consoante AMS 2004.61.00.029293-5, 3ª Turma, relatora Desembargadora Cecília Marcondes, publicada em 10.03.2009 (Fonte Júris Síntese IOB Mar/Abr. 2009).

²⁸ Tradução livre de: “Läs sucursales representan una forma intermédia entre La formación de empresas independientes y las simples divisiones de una empresa. El intento de lograr una delimitación conceptual estricta, fracasa. Si un comerciante posee varios negocios en una misma ciudad pueden existir dudas acerca de si se trata sólo de divisiones de una empresa, de filiales o de empresas separadas”.

O TRT paranaense posicionou-se majoritariamente no sentido de que, em havendo a transferência de filial, o sucessor deve assumir a responsabilidade pelos contratos de trabalho²⁹.

Mesmo que o empreendedor aliene apenas uma filial ao sucessor, este responderá pelos contratos de trabalho, tanto em andamento quanto findos, referentes a esta filial, possuindo direito de receber do sucedido os valores que eventualmente tiver que desembolsar.

I.1.5 - DISTINÇÃO ENTRE EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO

Empresa, empresário e estabelecimento não são expressões nem sinônimas, nem identificáveis entre si, possuindo natureza diversa.

O estabelecimento é o conjunto de bens reunidos para que o empresário, sujeito de direito, exerça a atividade economicamente organizada, que é a empresa³⁰.

Conforme acima explanado, Rubens Requião (2003, p. 59), entende que a empresa é uma abstração, conceituando-a da seguinte forma:

“A empresa somente nasce quando se inicia a atividade sob a orientação do empresário. Dessa explicação surge nítida a idéia de que a empresa é essa organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa. Daí porque o conceito de empresa se firma na idéia de que é ela o exercício de atividade produtiva. E do exercício de uma atividade não se tem senão uma idéia abstrata”.

O artigo 978³¹ do Código Civil versa que a empresa possui patrimônio. Com isso, parte-se do pressuposto que a mesma é um sujeito de direito. Todavia, esta interpretação não é correta.

²⁹ Conforme julgado TRT-PR-09614-2004-016-09-00-5-ACO-31207-2006 – 4ª Turma – Rel, Des. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos-DJPR 07.11.2006 (Disponível em www.trt9.jus.br. Acesso em 09/10/2008).

³⁰ Neste sentido, em decisão na ACO 00975-2006-664-09-00-0, tendo como Relator o Desembargador Edmilson Antonio de Lima, proferida pelo TRT da 9ª Região, consta que quem recebe o nome de “empresário” é o que exerce profissionalmente a atividade, podendo ser pessoa física ou jurídica. O mesmo julgado ainda traz que a pessoa jurídica não é sinônimo de empresa, sendo que esta não é sujeito de direitos, mas sim a atividade. O julgamento ocorreu no dia 02/09/2008 (Fonte Júris Síntese IOB Mar/Abr 2009).

Exemplo de tratamento da empresa como sujeito de direito é o artigo 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”³².

Saliente-se que a empresa não é um sujeito de direito. O empresário, sim, é sujeito de direito, podendo ser uma pessoa física, como no caso da empresa individual, ou pessoa jurídica, na hipótese da sociedade empresária.

Além disso, a empresa não possui uma definição legal em nosso ordenamento, ao contrário da sociedade, do empresário e do estabelecimento.

Contudo, tal inexistência de conceito legal de empresa foi uma opção correta do legislador, em razão de não integrar as ciências jurídicas, mas sim, fazer parte das ciências administrativas.

Evidentemente que a empresa não passa despercebida pelo direito. Entretanto, ela não é estudada com profundidade por este, mesmo levando-se em conta a força econômica que esta atividade possui.

Por estes motivos, a empresa não possui uma natureza jurídica única e exclusiva.

Neste sentido, vale citar a opinião de Fábio Tokars (TOKARS, 2007, p. 432):

“Em conclusão quanto a este tópico, tem-se que, no atual estágio do direito pátrio, não se pode conferir uma natureza jurídica única à empresa, cumprindo tão-somente considerá-la em sua generalidade, uma abstração, sem olvidar, contudo, os diversos perfis que a mesma ganha nas regulações específicas em que o legislador, ao menos de forma indireta, pautou-se em sua realidade econômica para construir uma legislação mais próxima da realidade fática.

E, como conclusão final, percebe-se a absoluta impropriedade na confusão entre os termos empresa e sociedade, tão comum na linguagem cotidiana. De acordo com a noção de empresa acima evidenciada, constata-se que a sociedade é tão-somente uma possibilidade de organização jurídica do

³¹ “O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real”.

³² Edson Isfer (ISFER, 1996, p. 44) critica este conceito: “Esta definição, como visto, refoge aos padrões da legislação civil e comercial em geral, sendo inovação do direito trabalhista, adotado igualmente pelo direito tributário”. Na mesma linha de pensamento segue Luiz Antonio Hentz (HENTZ, 2003, p. 129/130): “No âmbito da empresa e da sociedade, é muito comum uma confusão, principalmente na prática forense. As expressões empresa e sociedade soam como sinônimas, muitas vezes, como que indicando um mesmo e único instituto jurídico. (...). A figura da empresa somente encontra ressonância na linguagem comum – ou especializada, quando se trata de ciência voltada exclusivamente à organização e estudo das práticas econômico- empresariais, como administração, *marketing*, economia, investimento, dentre outras”.

empresário, o qual se constitui em elemento de empresa. Ou seja: a relação entre sociedade e empresa é de pertinência possível, e não de sinonímia”.

I.1.6 – O ESTABELECIMENTO VIRTUAL

Para alguns, como Vera Helena de Mello Franco (FRANCO, 2004, p. 122), o estabelecimento é considerado virtual quando atende aos clientes exclusivamente via *internet*, mesmo que possua estabelecimento físico. Ou seja, caso o consumidor adquira algum produto ou serviço exclusivamente via site na *internet*, (*verbi gratia*, mercado livre, etc), tal relação terá ocorrido mediante utilização de estabelecimento virtual.

Ocorre que o fato pura e simples de haver um domínio na *internet*, mediante registro na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP, com endereço conhecido na rede mundial de computadores, não caracteriza o estabelecimento como virtual.

Neste caminho, vale citar a lição de Fábio Tokars (2006, p. 43/44):

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

Percebe-se, neste contexto, que o estabelecimento não é composto somente pelo domínio na *internet*, abrangendo também uma série de outros elementos para que o desenvolvimento da atividade seja possível. O estabelecimento não será formado somente pelo seu componente virtual, mas também pelos elementos materiais, ainda que estes não sejam vistos diretamente pelo público consumidor.

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

Na realidade, não existem estabelecimentos puramente virtuais, posto que, mesmo os estabelecimentos que não são abertos ao público, por possuírem

exclusivamente endereço na rede mundial de computadores, devem possuir um espaço físico para que possam dispor de outros elementos para o exercício da sua atividade economicamente organizada.

Neste sentido, vide a opinião de Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira (PEREIRA, 2008, p. 226):

“Isto, no entanto, não significa que o estabelecimento virtual seja composto apenas por elementos imateriais, a atividade empresarial sempre deve ser desenvolvida sobre uma base fática, de forma que a imaterialidade ínsita ao estabelecimento empresarial não se refere aos bens componentes do complexo organizado pelo empresário, que poderão ser materiais ou não, mas, à acessibilidade”.

Conserva-se assim o conceito de estabelecimento empresarial como complexo de bens organizado para o desenvolvimento de uma atividade empresarial, o que significa que não se deve confundir o estabelecimento virtual com o *site* por meio do qual os consumidores negociam com o empresário.

...

Dessa maneira entendemos que, no caso do estabelecimento virtual, o que é virtual é a casa comercial, mas não, o estabelecimento o qual, no mais das vezes, será constituído por um, se não todos, os elementos materiais que podem possivelmente compor qualquer estabelecimento, inclusive bens imóveis, os quais poderão ser utilizados tanto como escritório em que se desenvolve serviço administrativo como também como depósito para eventual estoque que o compoñha”.

Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 2002, p. 71), entendia que existiam estabelecimentos virtuais em nosso país.

O referido autor reviu sua posição, da seguinte forma (COELHO, 2006, p. 35): “A venda de produtos ou prestação de serviços por meio da rede mundial de computadores pode ser, agora, considerada mais um canal de venda, que integra o estabelecimento empresarial. Muitas vezes esse canal de vendas pode agregar considerável valor ao estabelecimento empresarial; ou até mesmo representar o único de seus elementos realmente valioso.”

Neste sentido seguiu o julgado prolatado pelo TJPR, no qual consta que, para que haja um sistema de vendas por loja virtual, há a necessidade de, dentre

outros itens, existir cliente ou consumidor portador de cartão de crédito, e estabelecimento empresarial que realize vendas e fornecimento de produtos³³.

Por estes motivos, entendemos que não existem estabelecimentos puramente virtuais, mas sim estabelecimentos empresariais compostos de elementos virtuais.

³³ Apelação Cível 0551775-1, tendo como relator o Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha. Julgado em 12/02/2009 (Disponível em www.tj.pr.jus.br. Acesso em 22/05/2009).

CAPÍTULO II

II.1 ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O estabelecimento empresarial necessita de elementos de diversas naturezas, os quais, reunidos de forma a manter o desenvolvimento da atividade empresarial, possibilitam o objetivo do empreendedor.

Na pluralidade de elementos que o empresário utiliza na exploração da atividade economicamente organizada, encontram-se bens de natureza corpórea e incorpórea.

Tal rol de bens não pode e nem deve ser taxativo, em vista da velocidade da evolução que hoje assola os negócios empresariais, com o surgimento de várias modalidades e tipos de bens.

Todavia, na Argentina, a Lei 11.867/1974³⁴ enumera, em seu artigo 1º, os elementos³⁵ que compõem o estabelecimento empresarial a ser trespassado.

Na mesma esteira, o artigo 516³⁶, do Código de Comércio da Colômbia, igualmente enumera os elementos do fundo alienado.

³⁴ A referida lei trata da “Transmisión de establecimientos comerciales e industriales” (Transmissão de estabelecimentos comerciais e industriais).

³⁵ “Declararam-se elementos constitutivos de um estabelecimento comercial ou fundo de comércio, para efeitos da sua transmissão por qualquer título: as instalações, estoque, mercadorias, nome e insígnia comercial, clientela, o direito ao local, patentes de invenção, marcas de fábrica, desenhos e modelos industriais, as distinções honoríficas e todos os demais direitos decorrentes da propriedade comercial e industrial ou artística”. Tradução livre de: “Declárase elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística”.

³⁶ “<ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL>. Salvo disposição em contrário, é entendido como fazendo parte de um comércio:

- 1) insígnia ou o nome comercial e marcas de produtos e serviços;
- 2) Os direitos do empresário sobre as invenções ou criações industriais ou de criações artísticas, que se utilizem nas atividades do estabelecimento;
- 3) As mercadorias armazenadas ou em preparação, créditos e outros valores similares;
- 4) O mobiliário e as instalações;
- 5) Os contratos de arrendamentos e, em caso de eliminação, o direito ao arrendamento dos locais em que funcionam, se forem de propriedade do empresário, e as indenizações que, conforme a lei, tenha direito o arrendatário;
- 6) O direito de impedir o desvio de clientela e à proteção da reputação empresarial, e

Como exemplos de bens de natureza corpórea, pode-se citar as máquinas, equipamentos e utensílios.

Já no que concerne à categoria de bens incorpóreos, pode-se citar a propriedade industrial e o ponto empresarial³⁷.

Abaixo, estudaremos casos peculiares de bens corpóreos e incorpóreos ligados ao fundo de empresa, tais como a propriedade industrial, os bens imóveis, o nome empresarial, o título do estabelecimento, o nome de domínio, os contratos, a clientela e as obrigações empresariais.

II.1.1 – PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Hoje em dia, há a necessidade cada vez maior de as empresas se diferenciarem entre si, tanto no tocante ao ramo de atividade em que atuam, quanto nos produtos ou serviços que oferecem.

Com isso, os direitos da propriedade industrial ganham grande repercussão e importância na vida da empresa, pois, além de comporem o estabelecimento em si, são fatores diferenciais em um mercado altamente agressivo e competitivo.

A importância da propriedade industrial é retrata por Marcelo Andrade Féres (FERES, 2007, p. 28), que entende que

7) Os direitos e obrigações mercantis decorrentes das atividades comerciais do estabelecimento, se não exclusivamente derivados de contratos celebrados exclusivamente em consideração ao titular do estabelecimento." Tradução livre: "<ELEMENTOS DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO>. Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:

- 1) La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;
- 2) Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;
- 3) Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;
- 4) El mobiliario y las instalaciones;
- 5) Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;
- 6) El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y
- 7) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento".

³⁷ Paulo Roberto Colombo Arnoldi (ARNOLDI, 1998, p. 167) entende que o fundo de empresa é formado por 3 elementos, a saber, capital, trabalho e organização, sendo que o capital constitui-se de bens corpóreos e incorpóreos.

“... a propriedade industrial é amplamente utilizada pelo empresário no exercício de sua atividade, já que depende dela para garantir a exclusividade do uso de sua tecnologia, seus produtos e seus serviços. A par de seu papel institucional no desenvolvimento da empresa, representa valores econômicos relevantes na formação da universalidade que vem a ser o estabelecimento”.

Para uma melhor ilustração sobre o tema, é importante discorrer sinteticamente a respeito das 4 (quatro) espécies de propriedade industrial existentes no direito brasileiro, quais sejam:

a) Marcas: são sinais visuais que distinguem produtos e serviços³⁸. Estão previstas no artigo 122 da Lei n.º 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial - LPI), que reza: “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”;

b) Desenho Industrial: de acordo com o artigo 95 da Lei de Propriedade Industrial, “considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”. Diz respeito à inovação da apresentação visual de algum produto ou serviço;

c) Modelo de utilidade: encontra-se definido no artigo 9º da citada lei, que versa: “É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”. Diz respeito a um aperfeiçoamento de algo que já existe, diferindo justamente nisso da invenção, que será analisada *infra*;

d) Invenção: Não se encontra artigo ou definição na lei em comento. O que há é uma definição indireta pois, a criação de algo novo, que possua aplicação industrial, em decorrência de atividade inventiva, que não esteja prevista no artigo

³⁸ Luiz Braz Mazzafera (MAZZAFERA, 2003, p. 71-72) apresenta 3 formas de apresentação de marca, quais sejam: a) nominativa, quando representada por denominações, vocábulos e palavras (ex: Telefônica, Unimed); b) figurativa, quando representada por desenho, figura ou imagem (ex: a estrela da Mercedes Benz, a concha da Shell); e c) mista, quando trata-se da combinação das duas formas acima citadas (ex: como está escrito Coca-Cola e Nescafé)

10³⁹ da Lei de Propriedade Industrial, e que não possua características de modelo de utilidade, reúne os requisitos materiais para a proteção dos direitos de invenção.

Tanto as marcas quanto o desenho industrial são protegidos pelo registro, sendo que o modelo de utilidade e a invenção são protegidos pela concessão de patentes, e, em todos os casos, a tutela procede do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Mencione-se que o Brasil é signatário de Convenção Internacional de Paris, também conhecida por “União de Paris”⁴⁰.

II.1.2 - BENS IMÓVEIS

Existiam profundas discussões⁴¹ sobre se os bens imóveis podem ser considerados elementos do fundo de empresa, e em que situações estes poderiam integrá-los.

Havia correntes doutrinárias⁴² que entendiam que os bens imóveis não poderiam integrar os elementos do estabelecimento empresarial, justamente pela natureza mobiliária deste, conforme acima discorrido.

Inclusive, Oscar Barreto Filho (1969, p. 153) menciona que, no direito francês, o imóvel é excluído do fundo de comércio.

³⁹ “Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;

II - concepções puramente abstratas;

III - esquemas planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;

IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;

V - programas de computador em si;

VI - apresentação de informações;

VII - regras de jogo;

VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e

IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais”.

⁴⁰ Tal convenção reza, dentre outras disposições, que não se admite distinção de criações entre nacionais e estrangeiros, no tocante ao direito industrial. O direito pátrio reconhece o princípio da prioridade, o qual versa que qualquer cidadão pode reivindicar a prioridade da patente ou do registro industrial. Este princípio também se aplica no caso de estrangeiro reivindicar a prioridade da patente ou do registro industrial, desde que o seu país de origem seja signatário da referida convenção.

⁴¹ Tal discussão gira em torno da natureza mobiliária do estabelecimento empresarial, analisada no capítulo I, seção 1, subseção 2, e, por este motivo, os bens imóveis não seriam considerados elementos do fundo de empresa.

⁴² Das quais se destaca Rubens Requião.

Na Argentina e na França, a doutrina segue no sentido de que os bens imóveis não fazem parte dos elementos do fundo de empresa. No entanto, nesses países as partes podem acordar no sentido da transmissão dos bens imóveis quando da alienação do estabelecimento.

O direito português, por disposição legal, admite a inclusão do imóvel como um dos elementos do estabelecimento empresarial.

Contudo, deve-se registrar que o imóvel pode ser parte integrante do fundo de empresa, mormente quando utilizado pelo proprietário no dia a dia das atividades empresariais, não podendo ser dele separado, até porque é essencial para a realização de sua atividade⁴³.

A existência de bem imóvel de propriedade do empreendedor não altera a natureza mobiliária do estabelecimento empresarial. Neste caso, o referido bem será considerado elemento do fundo de empresa.

Já quando o imóvel onde se situa o estabelecimento é alugado pelo empreendedor para exploração econômica, o contrato de locação fará parte dos elementos do fundo, e não o imóvel, que pertence ao locador.

Sobre a natureza do bem imóvel integrante do estabelecimento, ensina Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2007, p. 563):

“Se no complexo de bens incluir um imóvel, continuará sendo estabelecimento (isto é, uma universalidade de fato ou de direito), porém subordinado à regra contida no art. 79 do Código Civil e considerado imóvel para todos os efeitos legais. Mas, como ainda assim há estabelecimento (bens afetados ao exercício da atividade empresarial), esse imóvel estará sujeito, também, no que for aplicável, às normas que dispõe sobre o estabelecimento”.

Sendo assim, conclui-se que os bens imóveis, quando de propriedade do alienante, integram os elementos do estabelecimento empresarial, mesmo este possuindo natureza mobiliária, sendo bens corpóreos⁴⁴.

⁴³ Marcelo Andrade Feres (FERES, 2007, p. 29) ensina que “o empresário, quando se vale de um imóvel para organização de sua atividade – e esta é a normalidade dos casos - , pode arrolar o bem como integrante do estabelecimento”.

⁴⁴ Vale citar o escólio de Pontes de Miranda (MIRANDA, 1956, p. 371): “IMÓVEL, ELEMENTO DO FUNDO DE EMPRESA – Tem-se entendido que os imóveis não podem ser tidos como fundo de empresa, porque

II.1.3 NOME EMPRESARIAL

Todo empresário possui um nome empresarial⁴⁵, que é o elemento que o identifica dentre todos os demais existentes.

Para o doutrinador italiano Lorenzo Mossa (MOSSA, 1937, p. 57), “o nome comercial não é, portanto, simples sinal ou indicação do direito de personalidade, mas ele vive sua vida tendendo a incorporar-se na empresa”⁴⁶.

No direito pátrio, existem três espécies de nomes empresariais, quais sejam, a firma individual, a firma social (também conhecida por razão social) e a denominação.

A firma individual é composta pelo nome civil do empreendedor, ao qual podem ser acrescentados outros elementos de identificação. Estes elementos podem dizer respeito à pessoa ou à atividade profissional exercida.

A firma social tem por base o nome do sócio, de alguns sócios, ou de todos os sócios, nas sociedades empresárias. No caso da firma social ser formada pelo nome de um ou alguns dos sócios, deve ser acrescida a expressão “e companhia”.

Quando da criação da firma, a mesma deve ser constituída sobre o patronímico (entenda-se, sobrenome) do empresário individual, e, quando sociedade empresária, sobre o de sócios que a compõem.

Deve-se observar que a proteção ao nome empresarial decorre, nos termos do art. 61⁴⁷ do Decreto n.º 1.800/96, automaticamente quando do arquivamento do requerimento de empresário, ou de ato constitutivo de sociedade empresária.

tradicionalmente se pré-excluía do comércio o bem imóvel. Mas essa regra jurídica, hoje obsoleta, se chocaria com a dilatação do conceito de fundo que hoje não é só ‘de comércio’, e sim de qualquer empresa. Por outro lado, os patrimônios podem ser objeto de negócios jurídicos e o usufruto de patrimônio pode ser de patrimônio em que haja imóvel. [...]

Não se supõe alienado o fundo de comércio sem o local em que funciona: o que se há de indagar é se foi alienado o domínio, ou o uso do imóvel. Se houve referência a pagamento de prestação anual ou mensal, fora do preço, houve locação; se houve referência a pagamentos de impostos de transmissão, houve alienação; se houve referenda da opção de compra-e-venda do imóvel, alienação houve”. Também vale mencionar o ensinamento de Paulo Roberto Colombo Arnoldi (1998, p. 170): “Os imóveis – embora possam ser adquiridos para fins de revenda, não estão no âmbito do direito comercial. Entretanto, os imóveis pertencentes ao comerciante, para seu estabelecimento ou para serviços necessários à empresa comercial (ex: armazéns), incorporam-se ao fundo de comércio. Ao ser vendido o estabelecimento comercial, esses imóveis o acompanham, salvo se for deliberado de modo diverso pelos contratantes”.

⁴⁵ As disposições sobre nome empresarial estão dispostas do artigo 1155 até 1168 do Código Civil pátrio.

⁴⁶ Tradução livre de: “Il nome commerciale non è, perciò, semplice segno o indicazione del diritto della personalità, ma vive di vita propria tendendo a incorporarsi nell’impresa”.

A proteção do nome fica circunscrita à Junta Comercial do Estado em que se procedeu o arquivamento. Entretanto, pode o empresário solicitar a extensão da proteção para todo o país, por intermédio do Departamento Nacional de Registros do Comércio – DNRC, conforme preconiza o parágrafo único do artigo 1166⁴⁸ do Código Civil brasileiro.

Já na denominação há uma maior liberdade, podendo o empresário utilizar-se de qualquer termo ou expressão na sua composição.

Alguns doutrinadores⁴⁹ entendem possível a transferência do nome empresarial. Neste passo, Fábio Ulhoa Coelho (1999, p. 96) coloca o nome empresarial como integrante do fundo de empresa⁵⁰: “os elementos imateriais do estabelecimento empresarial são, principalmente, os bens industriais (patente de invenção, de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, *nome empresarial* e título de estabelecimento) e o ponto (local onde se desenvolve a atividade econômica)”.

Além disso, indiretamente, poder-se-ia entender possível a transferência do nome empresarial, pelo que preconiza o artigo 7º do Decreto nº 916/1890⁵¹.

Todavia, o artigo citado não autoriza esta conclusão.

Existem dois fundamentos jurídicos que seguem no sentido da intransferibilidade do nome empresarial, quais sejam, a inexistência de semelhança entre venda do fundo de empresa e venda de participações societárias, bem como a impossibilidade do adquirente utilizar o nome empresarial do alienante, a não ser que

⁴⁷ “A proteção ao nome empresarial, a cargo das Juntas Comerciais, decorre, automaticamente, do arquivamento da declaração de firma mercantil individual, do ato constitutivo de sociedade mercantil ou de alterações desses atos que impliquem mudança de nome”.

§ 1º A proteção ao nome empresarial circunscreve-se à unidade federativa de jurisdição da Junta Comercial que procedeu ao arquivamento de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A proteção ao nome empresarial poderá ser estendida a outras unidades da federação, a requerimento da empresa interessada, observada instrução normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC.

§ 3º Expirado o prazo da sociedade celebrada por tempo determinado, esta perderá a proteção do seu nome empresarial”.

⁴⁸ “A inscrição do empresário, ou dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, ou as respectivas averbações, no registro próprio, asseguram o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado.

Parágrafo único. O uso previsto neste artigo estender-se-á a todo o território nacional, se registrado na forma da lei especial”.

⁴⁹ Oscar Barreto Filho, por exemplo.

⁵⁰ Fran Martins e Hugo Barreto Sodré Leal também compartilham do mesmo entendimento.

⁵¹ “Art. 7º (Aquisição de firma) - É proibida a aquisição de firma sem a do estabelecimento a que estiver ligada”.

obtenha autorização deste para tal finalidade, com a designação “sucessor de”⁵². A utilização pura e simples do nome empresarial do vendedor não é possível nesta hipótese, sendo que ocorre a autorização do uso do nome, mas não a sua transmissão total e plena.

Sobre esta questão, Fábio Tokars (2006, p. 71) ensina que

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

...

Sob um terceiro viés, deve-se ainda ter em consideração que o nome empresarial está vinculado ao perfil subjetivo da empresa, que corresponde à pessoa do empresário, e não ao seu perfil objetivo, relativo ao estabelecimento”.

Neste sentido, o perfil subjetivo do nome empresarial diz respeito à identificação do empresário, assim como o nome identifica a pessoa física. Ainda fazendo este paralelo, como o nome da pessoa física é intransferível, o mesmo pode se dizer do nome empresarial⁵³.

Creemos que o Código Civil pôs fim à discussão, quando, no artigo 1164⁵⁴, estabeleceu que o nome empresarial não pode ser alienado⁵⁵.

⁵² O Decreto 916/1890, acima referido, prevê no parágrafo único do artigo 7º que “o adquirente por ato inter vivos ou mortis causa poderá continuar a usar da firma antecedendo-a da que usar com a declaração - “sucessor de ...”. Tal disposição foi recepcionada pelo parágrafo único do artigo 1164 do Código Civil.

⁵³ No direito português é possível a transferência do nome empresarial, de forma idêntica ao disposto pela legislação do nosso país, conforme exposto por Fernando Gravato Morais (2005, p. 112): “A transmissão está ainda subordinada, por outro lado, ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 44º, nº 1 RNPC: o trespasse do estabelecimento; o consentimento escrito do trespasante; e a menção relativa à sucessão (o adquirente adiciona à sua própria firma, a da anterior proprietária, v.g., Maria Gertrudes, sucessora de Ricardina Costa)”. Na Argentina e na Colômbia, o nome empresarial é um dos elementos do estabelecimento empresarial, conforme preconizam os artigos 1º da Lei argentina nº 11.867/1974, e 516, 1, do Código de Comércio da Colômbia, podendo ser transferido, conforme legislação citada anteriormente.

⁵⁴ “O nome empresarial não pode ser objeto de alienação”.

⁵⁵ Marcelo Andrade Féres (2007, p. 26) prega que o Código Civil de 2002 enfoca o nome empresarial como um direito de personalidade, conforme seu escólio: “A peremptória proibição de transferência do nome empresarial justifica-se pelo fato de a codificação em vigor compreendê-lo como um direito da personalidade, pois, ao tratar das pessoas jurídicas, em seu art. 52, preconiza que, naquilo que com elas for compatível, aplica-se a proteção dos direitos da personalidade. Não fosse o bastante, seu art. 19 estabelece: ‘O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome’”.

Entendemos que o nome empresarial não integra o conjunto dos elementos do estabelecimento empresarial, sendo possível a autorização, quando do trespasse, para que o adquirente declare-se sucessor do alienante.

II.1.4 - TÍTULO DE ESTABELECIMENTO

Pelo título do estabelecimento, o empresário fixará seu negócio no mercado, sendo que, por este motivo, deve ser atraente e envolvente, a ponto de encantar os consumidores. É ele que identificará o fundo de empresa, sendo que não se confunde nem com o nome empresarial, nem com a marca.

Apesar de sua importância para o fundo, o título do estabelecimento não possui regulamentação jurídica específica em nosso ordenamento.

Por via indireta, o artigo 927⁵⁶ do Código Civil tutela a pessoa jurídica que, por ato de outrem, tiver algum dano referente à indevida utilização do título de estabelecimento. Além dele, a Lei Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), nos artigos 195, V⁵⁷ e 209⁵⁸, protegem-no indiretamente.

Quando do trespasse, o título do estabelecimento empresarial também pode ser transferido ao adquirente, pois, conforme mencionado acima, ele identifica o fundo de empresa, sendo um elemento deste, e, caso não seja transferido, pode causar sérios prejuízos ao empreendedor. Entendemos que o título do estabelecimento possui caráter econômico e empresarial, e, por isto, pode ser transferido quando da operação de trespasse.

A transferência do título também ocorre pelo fato de não identificar a pessoa, mas sim o objeto. Em outras palavras, o título identifica o estabelecimento, diferentemente do nome empresarial⁵⁹.

⁵⁶ “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁵⁷ “Comete crime de concorrência desleal quem:

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

⁵⁸ “Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”.

⁵⁹ Marino Luiz Postiglione (2006, p. 94) trata da distinção entre nome empresarial e título do estabelecimento, da seguinte forma: “Impõe-se a distinção entre nome empresarial e título do estabelecimento, como se distingue em uma pessoa física o nome e o apelido, tal qual, por exemplo, Edson Arantes do Nascimento e Pelé. O nome

Conclui-se, por fim, que o título do estabelecimento é elemento incorpóreo do fundo de empresa.

II.1.5 – NOME DE DOMÍNIO

Nomes de domínio são os nomes na internet, os quais devem ser registrados na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), e, a partir daí, podem ser acessados pelos internautas de todo o mundo.

Com isso, chega-se a uma situação curiosa: o empresário pode ter um nome empresarial, uma marca, um título de estabelecimento e um nome de domínio que poderão diferir uns dos outros.

Em relação ao nome de domínio, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) aceita registros que não colidam uns com os outros, sendo que o primeiro que efetuar o registro, pode explorar a sua utilização na internet⁶⁰.

Há, no entanto, entendimento doutrinário de José Roberto D’Affonseca Gusmão (apud POSTIGLIONE, 2006, p. 100) o qual entende que o nome de domínio indevidamente registrado é protegido pela lei de propriedade industrial:

“A questão da pirataria de marcas, através de registro indevido de nome de domínio, não nos parece gerar maiores dúvidas. Aplicam-se os arts. 129 e 189 da Lei de Propriedade Industrial, por se tratar de violação de direito de propriedade e crime de reprodução não autorizada. Pouco importa se aquele que registra como nome de domínio, marca alheia, está utilizando ou não o site, pois mesmo que o site esteja vazio, o legítimo titular da marca está impedido de registrar sua marca como nome de domínio – o que caracteriza uma turbação ao uso normal da marca”.

Com isso, conclui-se que o bem incorpóreo denominado nome de domínio faz parte dos elementos do fundo de empresa.

empresarial é a designação com a qual a empresa se registra na Junta Comercial e em outros órgãos, assina seus documentos; o título do estabelecimento é a designação pela qual este se torna conhecido da coletividade”.

⁶⁰ Conforme artigo 1º da Portaria Interministerial MC/MCT 147, de 15 de abril de 1998. Exceção se faz às marcas conhecidas pelo mercado.

II.1.6 – PONTO EMPRESARIAL

O ponto empresarial é muito importante para os negócios do empresário, em razão do fator de atração da clientela, devendo-se levar em conta a localização para que a atividade empresarial prospere e renda frutos ao empreendedor.

Pela sua importância, o ponto empresarial recebeu proteção especial do direito pátrio, tendo como principal fonte normativa a Lei de Locações⁶¹.

Neste sentido, mencione-se que existem duas espécies de locação regidas pelo nosso ordenamento jurídico, quais sejam, a locação empresarial (não-residencial), e a locação residencial.

Apenas em casos de locação empresarial é possível pleitear-se a renovação compulsória do contrato, sendo necessário que estejam satisfeitos os requisitos estipulados no artigo 51⁶² da Lei de Locações.

Deve-se mencionar que a renovação compulsória do contrato de locação não é automática, sendo que o locador pode exercer seu direito de retomada⁶³, cujas hipóteses estão elencadas nos artigos 52⁶⁴ e 72⁶⁵ da Lei de Locações⁶⁶.

⁶¹ Lei 8.245/1991.

⁶²“Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

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

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

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

⁶³ O que se acostumou chamar de exceção de retomada

⁶⁴ “O locador não estará obrigado a renovar o contrato se:

I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importem na sua radical transformação; ou para fazer modificação de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade;

II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente”.

⁶⁵ “A contestação do locador, além da defesa de direito que possa caber, ficará adstrita, quanto à matéria de fato, ao seguinte:

I - não preencher o autor os requisitos estabelecidos nesta Lei;

II - não atender, a proposta do locatário, o valor locativo real do imóvel na época da renovação, excluída a valorização trazida por aquele ao ponto ou lugar;

III - ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores;

IV - não estar obrigado a renovar a locação (incisos I e II do artigo 52)”.

⁶⁶ As hipóteses não são taxativas, sendo que o proprietário pode argüir a exceção de retomada sempre que esteja havendo um prejuízo direto na proteção do ponto.

Para encerrar a questão do ponto empresarial, ele é elemento do fundo de empresa, devendo-se mencionar que não se confunde com o estabelecimento, visto que no ponto (local), de forma isolada, não se consegue desenvolver qualquer atividade empresarial, seja ela qual for.

II.1.7 - CONTRATOS

Sabe-se que as empresas e os empresários pactuam contratos em seu dia a dia, sendo que estes elementos incorpóreos podem ser verbais ou escritos.

Diante disso, questiona-se se tais contratos integram ou não os elementos do fundo de empresa.

Rubens Requião (2003, p. 215) prega que:

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

Esta também é a opinião de Alexandre Ditzel Faraco (FARACO, 2005, p. 139), que entende que os contratos estão fora do conceito de estabelecimento, sendo que apenas os direitos oriundos de tais contratos estariam associados ao exercício da empresa.

Entendemos que deve-se considerar os contratos como elementos do fundo de empresa, porque muitos deles são importantes para a manutenção da vida desta, não podendo ser dela desvincilhados.

Fábio Tokars (2006, p. 81) ensina que, economicamente, a existência do fundo de empresa depende diretamente da manutenção de contratos, exemplificando que, no caso de franquia, o franqueado de uma empresa conhecida em nível nacional

terá seu sucesso atrelado à atividade do franqueador, sendo que conseguirá atrair clientela mediante a utilização da marca e do título do estabelecimento deste, mediante cessão. O Autor acima citado (2006, p. 81) também prega que, caso o contrato de franquia não gere mais efeitos, o fundo deixa de existir, pois o franqueado não conseguirá explorar a atividade de maneira eficaz.

Além disso, os contratos são transferíveis por meio de sub-rogação, desde que não tenham natureza pessoal, conforme prevê o artigo 1148 do Código Civil brasileiro.

Sendo assim, o artigo em comento é claro ao mostrar que os contratos que não possuem natureza pessoal integram os elementos do fundo de empresa, justamente pela importância que possuem os diversos pactos em várias áreas da empresa, muitas vezes estipulando regras vitais para o empreendimento.

II.1.8 - CLIENTELA

A clientela⁶⁷ é de suma importância⁶⁸ para o desenvolvimento do negócio do empresário. É um conjunto de pessoas que consomem os produtos ou os serviços, sendo insuscetíveis de apropriação, pelo direito em vigor.

Lorenzo Mossa (1937, p. 57) entende que é difícil separar a clientela da atividade econômica, havendo um apego entre o empresário e o cliente, o qual é espontâneo e não jurídico⁶⁹.

Nenhum negócio que vise lucro sobrevive sem possuir clientes, daí podendo-se concluir a importância que possuem para o desenvolvimento e crescimento da empresa⁷⁰, e porque não dizer, da economia e da sociedade.

⁶⁷ J. X. Carvalho de Mendonça (CARVALHO DE MENDONÇA, 1953, p. 133) versa que existe diferença entre clientela e freguesia, sendo a primeira ligada à atividades de profissionais liberais, e a segunda à atividades comerciais. Entendemos que a distinção não tem razão de ser, posto que não há qualquer diferenciação científica ou legal entre os termos mencionados.

⁶⁸ A clientela é tão importante, que os doutrinadores franceses G. Ripert e R. Roblot (RIPERT, ROBLOT, 1998, 405) conceituam o estabelecimento empresarial como sendo “uma propriedade incorpórea consistente no direito à clientela que está ligada ao fundo pelos elementos utilizados na exploração”. Tradução livre de: “Le fonds de commerce est une propriété incorporelle consistant dans Le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servant à l’exploitation”.

⁶⁹ “Ora la clientela è lo scopo, ed il frutto delle altre relazioni, è difficile isolarla dalla altre, è difficile separarla dai rapporti giuridici veri e propri. Come ogni sentimento, l’attaccamento della clientela all’impresa, ai suoi uomini è spontaneo, mutevole, e non giuridicamente disciplinabile”.

Mesmo podendo ser quantificada pelo empreendedor, a clientela não é elemento do fundo de empresa, pelo fato de que o empresário não é proprietário de seus clientes⁷¹.

Caso estes optem por adquirir produtos ou serviços de concorrentes, o empreendedor, juridicamente, nada pode fazer.

Neste sentido, veja-se a opinião de Mário Figueiredo Barbosa⁷² (BARBOSA, 1989, p. 76):

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

O empreendedor que pretende adquirir um estabelecimento empresarial quer continuar a explorar a atividade desenvolvida pelo vendedor, sem ter de começar “do zero”, pois já terá à sua disposição um complexo de bens organizado para exercer a atividade econômica escolhida.

Para se ter idéia da importância da clientela para um estabelecimento empresarial, além do lucro que ela possibilita, ou pode possibilitar ao empreendedor, em casos de transferência do fundo de empresa, a formação do preço estará obviamente vinculada a ela.

Mas, pode-se afirmar que a clientela se transfere com a operação de trespasse de estabelecimento empresarial de um empreendedor a outro?

⁷⁰ Veja o escólio de Davide Messineti (MESSINETI, 1967, p. 134): “É certo que a clientela é uma entidade que, em termos de relações econômicas da empresa, emerge com plena individualidade: por um lado, como resultado do exercício da atividade de empresa e, de outro, como instrumento desta mesma atividade.” Tradução livre de “È certo che la clientela costituisce un’entità che, sul piano dei rapporti economici dell’impresa, emerge con piena individualità: da una parte, quale risultato dell’esercizio dell’attività di impresa e, dall’altra, quale strumento di questa stessa attività”.

⁷¹ José Maria Rocha Filho (ROCHA FILHO, 2000, p. 225/226) classifica a clientela em três tipos, quais sejam, a constituída por transeuntes, a que busca o estabelecimento empresarial pela fama que este possui, e a que procura o fundo por possuir amizade, ou por ter confiança no proprietário, gerente ou em algum funcionário do estabelecimento.

⁷² O referido autor entende que a clientela é elemento do fundo de empresa, por sua proteção ser uma consequência natural da tutela do estabelecimento, posição esta fundada no direito francês.

Entendemos que a clientela não pode ser cedida ou vendida⁷³, pelo fato de que, mesmo podendo ser mensurada, não há como se exigir a sua fidelidade⁷⁴. Isso porque o cliente muitas vezes dá exagerado valor ao preço do produto ou do serviço procurado, em detrimento da qualidade dos mesmos. Além disso, e como anteriormente mencionado, o empresário não é proprietário de seus clientes, o que autoriza a conclusão acima.

Aliás, a clientela não é de propriedade de ninguém, sendo que, por este motivo, não pode ser alienada ao adquirente do fundo de empresa.

Some-se a isso o fato de que o adquirente do estabelecimento empresarial não tem direito sobre a clientela do alienante.

Em decisão proferida pela 12ª Turma do TRT da 2ª Região, entendeu-se ter havido sucessão de empresas, pela ocorrência de aquisição de “carteira de clientes”, com transferência de clientela, o que equivaleria a aquisição do estabelecimento empresarial⁷⁵.

Discordamos de tal decisão, primeiro porque, como acima mencionado, a clientela não se transfere quando do trespasse; e em segundo lugar, a aquisição da “carteira de clientes” não configura transferência do fundo de empresa, justamente porque ela, por si só, não é suficiente para que o empreendedor adquirente continue a explorar a atividade econômica realizada pelo empresário alienante.

Sendo assim, é de se concluir que a clientela não é transferida de um empreendedor a outro, pelo fato do negócio jurídico denominado de trespasse tornar impossível tal transferência. Mesmo tendo uma importância econômica para o empreendedor, a clientela não pode ser trespasada, não podendo ser considerada elemento do fundo de empresa.

⁷³ Há situações em que o adquirente do estabelecimento negocia a venda de clientes. Juridicamente, tal transação não é de venda de clientes, pois não é possível alienação e tampouco a cessão da clientela. Por não ser propriedade de ninguém, a clientela de um estabelecimento não pode ser negociada.

⁷⁴ Márcia Carla Pereira Ribeiro (2006, p. 153) entende que a clientela não pode ser alienada porque não faz parte do negócio de alienação.

⁷⁵ Conforme RO 00948200501502006, o qual teve como Relatora a Desembargadora Vânia Paranhos (Fonte Júris Síntese IOB mar/Abr 2009).

II.1.9 - AVIAMENTO

Outro item importante relacionado ao estabelecimento empresarial, e que tem ligação direta com a atividade econômica, é o aviamento.

O aviamento pode ser conceituado como a capacidade empresarial de auferir lucros⁷⁶, levando-se em conta também a capacidade do empresário em atrair clientela, com eficiência na organização dos fatores de produção⁷⁷.

Lorenzo Mossa (1937, p. 54) prega que “o aviamento é dado pela organização. Mais do que uma qualidade de funcionamento da empresa, é a sua própria organização; virtualmente, o poder de organização equivale ao poder e a virtualidade do aviamento”⁷⁸.

Deve-se mencionar que não existe estabelecimento empresarial sem aviamento. Este não é um bem, mas sim, uma característica⁷⁹ do fundo de empresa⁸⁰.

Oscar Barreto Filho (1969, p. 171/172) ensina que:

“Constitui mera abstração falar do aviamento como coisa ou elemento existente por si só próprio, independente do estabelecimento. O aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem como elemento separado do estabelecimento, e, portanto, não pode

⁷⁶ Os doutrinadores italianos Vittorio Colussi e Paolo Zatti (COLUSSI, ZATTI, 1999, p. 705) entendem que “o vínculo unitário, que a organização imprime ao complexo dos bens que forma o estabelecimento, faz com que o conjunto, uma vez constituído, tenha uma funcionalidade econômica, e um conseqüente valor, diverso, e maior, do que a soma dos valores dos elementos singulares. A esse sobrevalor do fundo como complexo pode-se referir com a palavra aviamento, que aparece, assim, como uma qualidade do estabelecimento, a qualidade de instrumento idôneo à produção de lucro”. Tradução livre de: “Il legame unitario, che l’organizzazione imprime al complesso dei beni che forma l’azienda, fa sì che l’insieme, una volta costituito, abbia una funzionalità economica, e un conseqüente valore, diversi, e maggiori, rispetto Allá somma dei valori dei singoli elementi. A questo plusvalore dell’azienda come complesso ci si riferisce con la parola ‘avviamento’, che appare, quindi, come una qualità dell’azienda, la qualità di strumento idoneo Allá produzione di profitto”.

⁷⁷ Davide Messineti (1967, p. 139) entende que “como o valor de um complexo funcional de bens (e de serviços), o aviamento é uma entidade de conteúdo variável, em função de seus elementos econômicos e de seus elementos jurídicos”. Tradução livre de: “Come valore di un complesso funzionale di beni (e di servizi), l’avviamento è un’entità dal contenuto variabile, in funzione sia di elementi economici e sia di elementi giuridici”.

⁷⁸ Tradução livre de: “L’avviamento è dato dall’organizzazione. Più che una qualità dell’impresa, è la sua stessa organizzazione; virtualità, potenza dell’organizzazione equivalgono a potenza e virtualità di avviamento”.

⁷⁹ Nas palavras de Gabriele Racugno (RACUGNO, 2000, p. 162), “La qualità di imprenditore compete a chi organizza i beni...”. Tradução livre: “A qualidade do empreendimento compete a quem organiza os bens...”.

⁸⁰ Márcia Carla Pereira Ribeiro (2006, p. 153) prega que o aviamento se trata de mera expectativa.

constituir em si e por si objeto autônomo de direitos, suscetível de ser alienado, ou dado em garantia. (...) Uma vez que o aviamento não é um elemento autônomo, nem se identifica com o próprio estabelecimento, passou-se a configurá-lo como uma qualidade ou atributo inerente ao complexo de elemento de que é formado o estabelecimento”.

Esta também é a opinião de Marcelo M. Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro (BERTOLDI, RIBEIRO, 2006. p. 99/100):

“O aviamento é indissociável do estabelecimento empresarial, pois o empresário reúne os diversos elementos do estabelecimento com um claro objetivo, qual seja a obtenção de lucros. Ora, é o aviamento justamente essa qualidade atribuída ao estabelecimento – a qualidade de gerar lucros. É por isso que ele não pode ser enquadrado como um bem ou elemento imaterial, na medida em que sua existência só se viabiliza mediante a reunião dos bens integrantes do estabelecimento”.

Davide Messineti (1967, p. 141) possui opinião semelhante sobre a natureza do aviamento:

“A tese do aviamento como bem imaterial nasce, pois, de um evidente equívoco de fundo, ou seja, para identificar o aviamento como idéia de organização, deve ser claro, após o que foi dito muitas vezes que é ser classificado como um resultado objetivo e de fato. E é um resultado de que a idéia não pode ser considerada um fator direto. Deve ser dito que, provavelmente, o mesmo argumento é um equívoco muito mais geral e que existe um mal entendido dos objetos de direito, quando apressadamente atribuído à categoria de bens imateriais, não só aspectos, embora relevantes para a proteção legal existente, mas também das entidades que está a faltar à primeira vista a natureza material (como é o caso, por exemplo, da energia natural)”.⁸¹

A doutrina trata e diferencia duas formas de aviamento, quais sejam: a) o aviamento objetivo, que diz respeito à reunião dos elementos do fundo de empresa e

⁸¹ Tradução livre: “La tesi dell’avviamento como bene immateriale nasce, poi, da un evidente equivoco di fondo; quello, cioè, di identificare l’avviamento con l’idea organizzativa, mentre dovrebbe esser chiaro, dopo quanto si è più volte detto, che esso è da classificare come un risultato oggettivo e di fatto. Ed è un risultato, del quale l’idea non può considerarsi nemmeno un fattore diretto. C’è da dire ancora che, probabilmente, nella stessa tesi si annida anche un equivoco molto più generale; un equivoco che si riscontra spesso in tema di oggetto del diritto, quando si assegnano sbrigativamente alla categoria dei beni immateriali non solo aspetti, sia pure rilevanti, di tutele giuridiche preesistenti, ma anche entità delle quali non si coglie a prima vista la natura materiale (com’è nel caso, ad esempio, delle energie naturali)”.

a sua organização, para atingimento da obtenção de lucros⁸²; e b) o aviamento subjetivo, que concerne à pessoa do empresário e as que estão à frente do negócio, sendo qualidades inerentes a estes, e que auxiliam no desenvolvimento da atividade empresarial⁸³.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (TOLEDO, 2002, p. 281) entende que há um *plus* decorrente do aviamento, surgindo daí a necessidade de sua proteção, posto que sem ele o negócio perde sensivelmente seus atrativos comerciais.

Com isso, pode-se concluir que o aviamento não integra os elementos do fundo de empresa⁸⁴, pelos motivos acima expostos, não sendo um novo bem⁸⁵, mas sim, uma qualidade/atributo do estabelecimento, não podendo ser destacado do fundo de empresa.

II.1.10 - OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS

Até o advento do Código Civil de 2002, prevalecia o entendimento de que o passivo não integrava os elementos do fundo de empresa, com exceção dos débitos trabalhistas e tributários, por conta do previsto nos artigos 448⁸⁶ da CLT, e 133⁸⁷ do

⁸² Para Cesare Vivante (VIVANTE, 1935, p. 2), o aviamento é “a expectativa de lucros futuros, fundada sobre a organização dos bens materiais e imateriais”.

⁸³ Alfredo de Assis Gonçalves Neto (GONÇALVES NETO, 1998, p. 140) ensina que é importante diferenciar-se o aviamento objetivo do subjetivo, consoante seu escólio: “Essa distinção entre aviamento objetivo e subjetivo assume importância não só para a tipificação de algumas hipóteses legais de concorrência ilícita como para a interpretação de convenções que lhe são limitativas nos negócios que têm por objeto a alienação do estabelecimento (venda, locação, usufruto, etc.), porque os fatores de ordem objetiva transferem-se, normalmente, ao novo titular, ao passo que os de natureza subjetiva só se transferem indiretamente (através de cláusulas proibitivas expressas ou implícitas, do exercício da mesma atividade pelo alienante, de manutenção de assistência e assim por diante)”.

⁸⁴ Respeitáveis doutrinadores entendem que o aviamento é elemento do fundo de empresa, tais como Carvalho de Mendonça e Sampaio Lacerda.

⁸⁵ Alexandre Ditzel Faraco (FARACO, 2005, p. 144) diz que o aviamento “trata-se, portanto, de um valor imaterial que não se confunde com o valor dos bens em si, ou como os bens imateriais tutelados pelo direito (como a propriedade intelectual)”.

⁸⁶ “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”

⁸⁷ “A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

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

CTN, apesar de opiniões em contrário⁸⁸, defendendo a inclusão do passivo entre os elementos do estabelecimento empresarial

Entendemos que o passivo (dívidas e obrigações) que o empresário possui (fornecedores, bancos etc.) não deveria integrar o estabelecimento. Esta definição é importante para fins de regulação dos direitos e deveres do sucessor, que adquire o fundo.

O passivo trabalhista deve ser assumido pelo adquirente do estabelecimento empresarial, o qual chama-se tecnicamente de “sucessor”, conforme prevê o artigo 448 da CLT. Da mesma forma quando o assunto é o passivo tributário que a empresa possui, pelo disposto no artigo 133 do Código Tributário Nacional.

Além do acima exposto, denota-se em nossa legislação atual que, por ocasião da transferência do estabelecimento empresarial, o passivo existente deve ser assumido pelo adquirente⁸⁹.

Pelo fato do fundo ser objeto de direito, dever-se-ia concluir que a inclusão do passivo entre os elementos integrantes do estabelecimento empresarial é equivocada.

Entretanto, pelo que preconiza o artigo 1146⁹⁰ do Código Civil, o passivo é um dos elementos integrantes do fundo de empresa, por mais incoerente que isso possa parecer.

Antes do advento do Código Civil de 2002, o risco que o adquirente possuía em uma operação de *traspasse* era menor, já que não ficava responsável pelo

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.”

⁸⁸ Podendo-se citar Octávio Mendes, João Eunápio Borges e Sampaio de Lacerda.

⁸⁹ O Código de Comércio venezuelano dispõe que, caso sejam seguidas as determinações relativas à publicidade da operação de *traspasse*, o adquirente não responde pelos débitos contraídos pelo alienante, conforme se atesta pela redação do artigo 152: “Quando não forem cumpridos os requisitos especificados no caput do artigo anterior, o adquirente do fundo de comércio é solidariamente responsável com o alienante frente os credores deste último”. Tradução livre de: “Cuando no se hayan cumplido los requisitos expresados en encabezamiento del artículo anterior; el adquirente del fondo de comercio es solidariamente responsable con el enajenante frente a los acreedores de este último”.

⁹⁰ O Código de Comércio da Colômbia prevê, no artigo 529, que o alienante ficará responsável pelos débitos não contabilizados, estipulando também que o adquirente responderá solidariamente por estes débitos, caso tenha agido de má-fé: “RESPONSABILIDADE PELAS OBRIGAÇÕES QUE NÃO CONSTEM NOS LIVROS. As obrigações que não estão nos livros contábeis ou em documentos provenientes da alienação continuarão sob a responsabilidade do alienante do estabelecimento, mas se o comprador não demonstrar boa fé livre de culpa, irá responder de forma solidária com as obrigações”. Tradução livre de “RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES QUE NO CONSTEN EN LOS LIBROS. Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en documento de enajenación continuará a cargo del enajenante del establecimiento, pero si el adquirente no de muestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente con aquél de dichas obligaciones”.

pagamento dos eventuais credores do alienante, pois os débitos não eram transferidos ao adquirente.

No entanto, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o adquirente passa a responder por todos os débitos⁹¹ do alienante, contabilizados ou não, aumentando em muito o risco do empreendedor que adquire o fundo de empresa. Além disso, pode-se afirmar que tal determinação legal irá desestimular a operação de trespasse de estabelecimento empresarial, em razão dos riscos a ela inerentes.

A transferência do fundo é uma alternativa válida quando o empreendedor está em dificuldades financeiras, sendo preferível que se transfira o estabelecimento a outro empresário, do que efetue-se a liquidação do mesmo⁹².

Neste sentido, veja-se o ensinamento de Fábio Tokars (2006, p. 173):

“Com a possibilidade da utilização do contrato de trespasse, pode-se manter a atividade econômica, atendendo-se aos interesses do empresário que se afasta de sua atividade (já que a alienação de um fundo de empresa em funcionamento é usualmente mais interessante financeiramente do que a sua liquidação), do empresário adquirente do fundo (que conta com a manutenção da clientela, mediante análise do aviamento do fundo), dos empregados (que podem ter seus contratos de trabalho preservados) e do Estado (que mantém a arrecadação de tributos e o nível de atividade econômica.)”

No entanto, a assunção do passivo pelo adquirente é um fator que certamente desestimulará a operação de trespasse.

Ainda deve-se ressaltar que tal determinação legal, além de ser uma perda para a economia e para a sociedade, vai de encontro ao princípio da preservação da

⁹¹ Na França, o artigo L. 141-5 do Código Comercial estipula que os débitos não se transmitem para o adquirente do fundo de empresa. Eis a redação do referido artigo: “Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'a lieu que si la vente a été constatée par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, et que s'il a été inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

Il ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises. Le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces prix, ou ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds. Nonobstant toute convention contraire, les paiements partiels autres que les paiements comptants s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel. Il y a lieu à ventilation du prix de revente mis en distribution, s'il s'applique à un ou plusieurs éléments non compris dans la première vente”.

⁹² Tal alternativa segue na direção do princípio da preservação da empresa.

empresa⁹³, pois o empreendedor poderá optar por criar uma empresa desde o seu nascedouro, entendendo que, desta forma, não possuirá débitos herdados de outrem, além do que não correrá o risco de ter a operação de alienação do estabelecimento empresarial declarada ineficaz⁹⁴, por iniciativa de algum credor descontente, e que está em busca do pagamento do valor que lhe é devido.

Isso porque o empresário que pretende adquirir o estabelecimento já irá iniciar sua empreitada no mundo dos negócios, a qual, registre-se, não é nada simples, com débitos a pagar, transferidos a ele pelo alienante.

⁹³ Na opinião do jurista italiano Gian Carlo M. Rivolta (RIVOLTA, 2007, p. 564), “...l’enunciazione di un "principio di conservazione" riferito all’impresa strutturata in forma societaria, o riferito, in funzione di questa, all’ente o al patrimonio della società. Tradução livre: “...a enunciação de um "princípio conservação" refere-se à forma societária estruturada, ou referidos, em função desta, ou para os patrimônios da sociedade”.

⁹⁴ Conforme será exposto nos capítulos III, seção 6, e IV, seção 2, subseção 2, do presente trabalho.

CAPÍTULO III - TRANSFERÊNCIA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

III. 1 – TRESPASSE: FORMA DO CONTRATO E FORMALIDADES COMPLEMENTARES

O trespasse de estabelecimento empresarial se dá com a transferência da titularidade de bens que possibilitem a exploração da atividade economicamente organizada⁹⁵.

Antes da edição do atual Código Civil, não havia qualquer formalidade a ser observada para a realização do trespasse do estabelecimento empresarial, sendo que por simples tradição se transferia o fundo de empresa, em razão de sua natureza de contrato de compra e venda de bem móvel.

Waldemar Ferreira (FERREIRA, 1956, p. 456) retratou a simplicidade da transferência quanto à forma:

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

Entretanto, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, deu-se maior formalidade à referida operação, sendo que a lei determina alguns atos que, caso não sejam observados, fazem com que tal transferência não gere efeitos perante terceiros.

Neste sentido, o artigo 1144 do Código Civil prevê que “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,

⁹⁵ Fernando de Gravato Morais (2005, p. 78) avalia que a expressão “trespasse” é a mais utilizada em Portugal para referir-se à operação de transferência do estabelecimento empresarial.

ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial”.

Com isso, fica claro que os empreendedores devem providenciar, quando da transferência do estabelecimento empresarial, além de um contrato escrito⁹⁶, tanto o arquivamento na Junta Comercial, quanto a publicação, no Diário Oficial do Estado em que ocorreu a negociação, da referida operação, para que a mesma tenha validade perante terceiros.

Na França, o Código Comercial estabelece que, em casos de transferência de filiais, também deve haver a publicação⁹⁷ em jornal na localização destes fundos de empresa, conforme se atesta pelo artigo L. 141-18: “Se a venda ou transferência de uma empresa inclui filiais ou estabelecimentos, no território francês, de registro e de publicação de artigos L. 141-6 a L. 141-17 também deve ser feita num jornal habilitado a receber avisos na localização destas filiais ou estabelecimentos”⁹⁸.

Já na Argentina, o artigo 2⁹⁹ da lei 11.867/1974 prevê que, além da publicação da operação nas localidades onde houver filiais, deve ocorrer prévio anúncio por 5 dias no Diário Oficial da Capital Federal ou província em questão.

⁹⁶ E. Santos Júnior (1988, p. 437) limita o trespasse apenas à venda voluntária do fundo de empresa. Discordamos de tal posição, visto que o estabelecimento pode ser trespasado em sede de hasta pública em processo de falência, ou mediante doação. O doutrinador português Nuno Aureliano (2003, p. 731) entende que, caso haja imóvel integrante do estabelecimento, a transmissão do fundo deve ser realizada por escritura pública, por estar envolvida a transferência da propriedade do prédio.

⁹⁷ Ainda, Bernard Saintourens (2005, p. 253) expõe que, na França, tal publicidade deve ser a mais ampla possível, para que sejam garantidos os direitos dos credores, principalmente o de se opor ao trespasse: “Les créanciers, quelle que soit leur localisation, ont droit à une information complète leur rappelant toutes les indications utiles pour la mise en oeuvre de leurs prérogatives, et singulièrement de leur droit d’opposition”.

⁹⁸ Tradução livre de “Si la vente ou cession d’un fonds de commerce comprend des succursales ou établissements situés sur le territoire français, l’inscription et la publication prescrites aux articles L. 141-6 à L. 141-17 doivent être faites également dans un journal habilité pour recevoir les annonces légales au lieu du siège de ces succursales ou établissements”.

⁹⁹ “Qualquer transferência, por venda ou qualquer outro título oneroso ou gratuito de um estabelecimento comercial ou industrial, quer por venda direta e privada ou leilão público, será válido apenas em relação a terceiros, por cinco dias em aviso prévio Diário Oficial da Capital Federal ou província em questão, em um ou mais jornais ou revistas do local onde funcione o estabelecimento, devendo indicar a natureza e localização da firma e do endereço do vendedor e comprador, e se a intervir, o leiloeiro e do escrivão cuja ação será realizada no ato”. Tradução livre de: “Toda transmisión por venta o cualquier otro título oneroso o gratuito de un establecimiento comercial o industrial, bien se trate de enajenación directa y privada, o en público remate, sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros, previo anuncio durante cinco días en el Boletín Oficial de la Capital Federal o provincia respectiva y en uno o más diarios o periódicos del lugar en que funcione el establecimiento, debiendo indicarse la clase y ubicación del negocio, nombre y domicilio del vendedor y del comprador, y en caso que interviniesen, el del rematador y el del escribano con cuya actuación se realizará el acto”.

Por sua vez, o artigo 151¹⁰⁰ do Código de Comércio da Venezuela prevê que o trespasse deve ser publicado em jornal veiculado na sede do estabelecimento, ou em periódico mais próximo caso não exista na sede, antes da entrega do estabelecimento, por três vezes, com um intervalo de dez dias. Em casos que o valor do fundo for superior a Bs 10.000,00 (dez mil bolívares), deve haver a publicação da operação em jornal de maior circulação na capital da República, mantendo-se as demais condições.

A publicidade da transferência do estabelecimento empresarial é muito importante, posto que o artigo 1146 do Código Civil determina que o alienante fica responsável solidariamente com o adquirente pelos débitos contraídos. O termo final de sua responsabilidade é baseado na data da publicação, conforme preconiza o artigo acima mencionado; ou seja, fica responsável, por um ano, pelos débitos vencidos antes da publicação, a contar desta. Pelos débitos vincendos, o alienante fica responsável por um ano, contados do vencimento, caso este ocorra após a mencionada publicação.

Também é importante a publicidade do trespasse pelo fato das partes contratantes ficarem responsáveis por obrigações nascidas posteriormente à operação. Isso porque a lei não restringe a transmissão dos débitos apenas para credores já existentes há época da operação, sendo que obrigações nascidas após a transferência também são de responsabilidade das partes, nos moldes do que preconiza o artigo 1146.

Já o artigo 1148 do Código Civil versa que o terceiro pode rescindir o contrato de natureza não pessoal com o adquirente, caso haja justa causa. O prazo decadencial de 90 (noventa) dias para tal finalidade tem seu início quando da publicação da transferência, na forma determinada no artigo 1144.

¹⁰⁰ “A alienação de um fundo de comércio pertencente a uma empresa que está ou não registrada no Registro Mercantil, ou de suas ações, no todo ou em partes, de modo que faça cessar os negócios, feita por qualquer ato inter vivos deverá ser publicada antes da entrega do fundo, três vezes, com um intervalo de dez dias, em um periódico do lugar onde funcione o fundo ou em local mais próximo, se naquele não houver periódico; e, no caso que se trate de fundos com um valor superior a dez mil Bolívares (Bs 10.000), e dentro das mesmas condições, em um jornal de maior circulação na capital da República”. Tradução livre de: “La enajenación de un fondo de Comercio, perteneciente a firma que esté o no inscrita en el Registro Mercantil, o la de sus existencias, en totalidad o en lotes, de modo que haga cesar los negocios de su dueño, realizada a cualquier título por acto entre vivos, deberá ser publicada antes de la entrega del fondo, por tres veces, con intervalo de diez días, en un periódico del lugar donde funcione el fondo o en lugar más cercano, si en aquél no hubiere periódico; y en caso de que se trate de fondos de un valor superior a los diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), y dentro de las mismas condiciones, en un diario de los de mayor circulación de la capital de la República”.

Por fim, a cessão dos créditos ao adquirente também gerará efeitos em relação aos devedores a partir da publicação do trespasse, conforme reza o artigo 1149 do Código Civil.

Com isso, vê-se claramente a importância de se observar o que dispõe a lei sobre a publicação do contrato de trespasse, posto que, a partir dela, várias questões legais são determinadas.

Deve-se reforçar que o interesse em que tais formalidades sejam observadas é tanto do adquirente quanto do alienante do estabelecimento, em razão de que, caso os requisitos acima mencionados não sejam observados, ambos correm riscos, como, por exemplo, a penhora do estabelecimento, ou de alguns bens dele componentes, por credores insatisfeitos.

Além disso, é importante a menção de que a operação de transferência de estabelecimento empresarial não exige os empreendedores de efetuar a transferência individual de certos elementos componentes do mesmo.

Tal transferência individual deve ocorrer em qualquer hipótese, a ponto de, no caso o alienante não querer efetuar tal transferência, ser possível ao adquirente a tomada de medidas judiciais cabíveis¹⁰¹.

Isso ocorre pelo fato do estabelecimento, mesmo sendo uma universalidade autônoma, possuir elementos (bens individualmente considerados) que exigem outras formalidades para transferência de propriedade.

Neste sentido, veja-se o ensinamento de Vera Helena de Mello Franco (2004, p. 123):

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

¹⁰¹ Entendemos que, na hipótese de trespasse de imóvel, caso o alienante se negue a assinar a escritura pública, o adquirente poderá mover a ação de adjudicação compulsória para tal finalidade.

Um exemplo é o imóvel: se de propriedade do alienante, deve ser transferido perante o cartório de registro de imóveis; os veículos devem ser transferidos perante o departamento de trânsito da localidade dos mesmos, e assim por diante.

III. 2 - VALOR

Para operações de transferência de estabelecimentos empresariais, as partes devem acertar o seu valor.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu (COUTINHO DE ABREU, 2003, p. 45) entende que o estabelecimento deve se pautar em alguns valores:

“O estabelecimento apresenta três espécies de valores: os ‘valores ostensivos’, constituídos pelos bens (corpóreos e incorpóreos) do estabelecimento que mantêm em relação a ele uma relativa autonomia jurídica e económica; os ‘valores de organização’, devidos à articulação dos elementos da empresa seleccionados, dimensionados e combinados de modo adequado ao fim jurídico-económico dela; e os ‘valores de exploração’, que advêm ao estabelecimento após este entrar em contato com o público e que assentam sobretudo nas relações de facto com clientes, fornecedores e financiadores – sendo os portadores privilegiados do ‘valor de acreditamento diferencial’ (ou ‘de posição de mercado’) que o estabelecimento é”.

A mensuração do valor do conjunto dos bens integrantes do fundo de empresa não é simples¹⁰².

Neste sentido, veja-se o escólio de Fábio Tokars (2006, p. 103):

“A quantificação económica do aviamento, contudo, constitui-se em tarefa de difícil realização. Inicialmente porque o aviamento não consta como valor no âmbito dos balanços dos empresários brasileiros, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com as sociedades anônimas italianas, que, por força de lei, devem quantificar economicamente seus aviamentos nos balanços contábeis. Evidente que, neste caso, o valor lançado nos balanços não se

¹⁰² Tal dificuldade também é sentida na Itália, conforme colocado por Gabriele Racugno (2000, p. 165): “O legislador não determinou na matéria os critérios legais de avaliação, nem existe uma cláusula geral com disposição no balanço do exercício”. Tradução livre de: “Il legislatore non detta in materia criteri legali di valutazione, né sussiste una clusola generale in tal senso com previsto in materia di bilancio di esercizio”.

constitui em cifra absoluta e irrefutável, preservando-se a liberdade das partes quanto à formação do preço em cada negócio de trespasse.

...

Assim, inexistindo menção ao aviamento no balanço dos empresários brasileiros, não encontramos esta base inicial de avaliação”.

Não basta somar o valor dos bens individualmente concebidos, posto que a sua organização para o exercício da atividade economicamente organizada, bem como a presença do aviamento, fazem com que o valor do estabelecimento empresarial tenha um aumento considerável.

A organização que o empreendedor dá aos elementos do estabelecimento gera uma valorização maior do que se considerar-se os bens de forma individual. Por este motivo, o preço do estabelecimento não pode ser menor do que o dos bens individualmente considerados.

Ainda, dentre os elementos do estabelecimento, existem bens incorpóreos, conforme visto no capítulo II do presente trabalho. Estes bens também são de difícil avaliação.

Afinal, quanto vale uma marca? E uma propriedade industrial ou intelectual? São questionamentos de difícil solução, sendo um fator complicador na avaliação do estabelecimento empresarial.

Tais considerações levam à conclusão que o preço do estabelecimento, quando do trespasse, é aquele ajustado entre as partes.

Ato contínuo, o preço do estabelecimento, não raro, é elevado, o que leva a muitas vezes ao seu fracionamento quando da transferência do estabelecimento a outro empreendedor.

Na França¹⁰³, quando da necessidade de fracionamento¹⁰⁴ do preço do estabelecimento, o instrumento mais utilizado é o compromisso de compra e venda, sendo que Fábio Tokars (2006, p. 105) alerta que, naquele país, há cisão doutrinária

¹⁰³ Bernard Saintourens (SAINTOURENS, 2008, p. 689) versa que, em atenção ao artigo L. 141-1 do Código de Comércio francês, na cessão do estabelecimento devem constar os lucros e as vendas realizadas nos últimos três anos, conforme segue: “En application de l’article L. 141-1 du code de commerce, le vendeur est tenu d’indiquer dans l’acte constatant la cession, entre autres informations, le chiffre d’affaires et les bénéfices qu’il a réalisés au cours de chacune des trois dernières années d’exploitation”.

¹⁰⁴ Gastone Cottino (COTTINO, 1993, p. 250) alerta que admite-se, na Itália, a possibilidade de constituição de reserva de propriedade sobre o fundo, por parte do alienante, até o pagamento total do preço do estabelecimento.

e jurisprudencial quanto à necessidade de constar no referido instrumento todos os elementos contratuais para a proteção das partes, quando do trespasse.

Porém, o referido autor (2006, p. 106) entende que, no Brasil, tal instrumento não é o mais indicado para reger o trespasse de estabelecimento, pois, pela sua natureza mobiliária, o mesmo se transfere por simples tradição, sendo que, neste caso, o referido instrumento não possuirá qualquer efeito jurídico senão o de indicar a forma de pagamento fracionado.

Por estes motivos, sugerimos que tal pacto realizado seja formalizado mediante contrato com garantia real.

Tal procedimento dá garantias para ambas as partes, pois o comprador poderá efetuar os pagamentos, muitas vezes com o produto da exploração do estabelecimento transferido, bem como o vendedor terá a garantia de que receberá tal montante.

III. 3 - ÂMBITO MÍNIMO DE TRANSFERÊNCIA

Caso o empreendedor deseje se desfazer de algum bem componente do estabelecimento (por exemplo, uma máquina), não há que se falar em operação de transferência de estabelecimento.

Para que haja o trespasse, é necessária a transferência de elementos do fundo de empresa que possibilitem a continuidade da exploração, pelo adquirente, da atividade total anteriormente desenvolvida pelo alienante. Caso os bens transferidos não possibilitem a continuação da exploração da atividade integral anterior, não se pode falar em trespasse.

Fernando de Gravato Morais (2005, p. 85) defende a possibilidade de trespasse parcial, conforme seu escólio:

“O epíteto de ‘parcial’, que se acrescenta ao termo ‘trespasse’, visa dar relevo àquela parcela do todo funcional que emergiu, sendo susceptível de negociação autônoma. Note-se que se trata, *in casu*, de um verdadeiro trespasse de estabelecimento, tão só designado parcial por referência ao todo, do qual era parte integrante....

Imagine-se um estabelecimento de confecções de roupa de homem, de mulher e de criança, tendo cada secção um andar diferente. Esta última (a de criança) adquiriu um valor próprio, criando uma diferenciação de vocações ao nível do público, o que lhe confere uma imagem autónoma. Neste quadro, pode assim transmitir-se definitivamente essa parte da organização. Suponhamos agora o caso de um estabelecimento de distribuição de gasolina que compreende uma secção de lavagem de viaturas. Desde que esta parte, nos termos já referidos, possa ser objecto de negociação individual deve falar-se de trespasse parcial¹⁰⁵”.

No entanto, ousamos discordar da opinião do referido autor.

Nada impede que o adquirente obtenha outros bens para ampliar e incrementar a atividade explorada; todavia, para ocorrer o trespasse do estabelecimento empresarial, deve-se transferir bens que possibilitem, por si sós, a continuidade da totalidade da exploração da atividade economicamente organizada.

Ainda, entendemos que o trespasse parcial não é possível no Brasil, pelo fato de haver a transmissão do passivo ao adquirente, quando da realização da operação, conforme preconiza o artigo 1146 do Código Civil de 2002.

Ato contínuo, é oportuno citar a lição de Jorge Manuel Coutinho de Abreu (2003, p. 264/265) que, mesmo com base no direito português, se encaixa perfeitamente, e possui aplicação no direito brasileiro:

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

Em sentido contrário segue a opinião de Nelson Abrão (ABRÃO, 1997, p. 94), que entende, em rápida síntese, que, caso haja a venda de um bem economicamente relevante no patrimônio do empreendedor alienante, deve-se aplicar as regras atinentes ao trespasse. O referido autor mantém sua opinião, mesmo que o

¹⁰⁵ Neste caminho também segue a opinião de Rui de Alarcão (ALARCÃO, 1971, p. 26).

bem relevante a ser alienado não seja suficiente para o desenvolvimento da atividade economicamente organizada.

Discordamos de tal opinião, posto que o estabelecimento é uma universalidade.

Neste diapasão, merece transcrição a opinião de Fábio Tokars (2006, 110/111):

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

...

Claro está que a venda do fundo só existe quando estiver abrangido um âmbito mínimo de transferência, nos moldes acima verificados, sendo que a alienação de bem integrante do estabelecimento deve ser juridicamente tratada de forma individual, aplicando-se o regime jurídico relativo ao bem transferido”.

Inclusive o TST já se posicionou no sentido de que não se caracteriza o trespasse do estabelecimento empresarial quando há a transferência de apenas alguns bens, sendo que, neste caso, não há sucessão entre empresas¹⁰⁶.

Na mesma esteira andou o TRT da 19ª Região, o qual decidiu que, havendo a transferência apenas da permissão de uso, não ocorre a sucessão de empregador¹⁰⁷.

Por fim, toda vez que se atingir o âmbito mínimo de transferência¹⁰⁸, haverá o trespasse do estabelecimento empresarial.

¹⁰⁶ Conforme Recurso de Revista 510763/1998, 1ª Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen, publicado no DJU em 12.12.2003 (Fonte Júris Síntese IOB Jan/Fev 2009).

¹⁰⁷ Consoante Recurso Ordinário 01716.1996.001.19.00.8, Relator Desembargador Pedro Inácio da Silva, julgado no dia 17.12.2002 (Fonte Júris Síntese IOB Mar/Abr 2009)

¹⁰⁸ O jurista português Orlando de Carvalho o denomina de “âmbito mínimo de negociação”.

III. 4 - SUCESSÃO NOS CONTRATOS

Questão que também gera bastante polêmica diz respeito aos contratos que o alienante mantinha quando do trespasse ao adquirente. Seriam eles transmissíveis automaticamente?

Antes da vigência do atual Código Civil, deveria ser formalizada a sucessão nos contratos empresariais. Poderia haver problemas caso algum terceiro contratante procurasse impedir este pacto, havendo a possibilidade de inviabilização do negócio.

Após a entrada em vigor do novo Código, o artigo 1148 passou a tratar das conseqüências que ocorrem com os contratos, quando da transferência do estabelecimento empresarial.

Então, a nova formalização da avença não fica sujeita à manifestação ou alvitre de terceiros, sendo que a sucessão é imposta, por norma cogente¹⁰⁹.

Com isso, tanto o adquirente, quanto o alienante e terceiros ficam protegidos quando da operação de trespasse de estabelecimento empresarial.

Fernando Gravato de Moraes (2005, p. 102) prega que, em princípio, os contratos não se transferem ao adquirente, sendo necessária a realização de um acordo entre as partes para que os mesmos integrem o trespasse havido, devendo haver a adesão do contraente cedido¹¹⁰.

Ato contínuo, no direito pátrio, concluir-se-ia que qualquer contrato que não possuísse obrigação pessoal, estaria englobado pela exigência legal.

Antes de explicar nossa opinião, vale dizer que o contrato de obrigação pessoal é aquele onde há pacto de realização obrigacional pessoal de quem o assina,

¹⁰⁹ Tal determinação também é imposta pelo artigo 2558º do Código Civil italiano: “Se não estiver estipulado em contrário, o adquirente do estabelecimento assume os contratos estipulados pelo exercício da empresa que não tiverem caráter pessoal (2112, 2610). O contratante poderá rescindir o contrato no prazo de três meses da notícia da transferência, se houver uma justa causa, exceto no caso de responsabilidade do alienante. As mesmas disposições são igualmente aplicáveis no confronto do usufrutuário e do arrendatário para a duração do usufruto e do arrendamento”. Tradução livre de: “Se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale (2112, 2610). Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante. Le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell'usufruttuario e dell'affittuario per la durata dell'usufrutto e dell'affitto”.

¹¹⁰ O doutrinador citado diz que tal regra comporta exceções, tais como a transferência da posição de arrendatário e celebração de contrato de leasing.

não podendo ser realizado por terceiro. Estes contratos não se transmitem quando do trespasse do estabelecimento empresarial.

Neste sentido, o artigo em comento só se aplica em casos de contratos bilaterais, ou seja, aqueles nos quais nenhuma das partes cumpriu por completo a obrigação pactuada. Esses contratos se transmitem ao adquirente quando da transferência do estabelecimento.

Entretanto, se alguma das partes já tiver cumprido sua obrigação de forma completa, não há que se falar em cessão do contrato, mas sim de cessão de direito ou de obrigação¹¹¹.

Oscar Barreto Filho (1969, p. 225) faz uma análise desta regra com base no Código Civil italiano, que merece transcrição: “Refere-se o art. 2.558 aos contratos bilaterais em curso, ainda não executados por nenhuma das partes; se o contrato foi cumprido por uma das partes, a obrigação passa a ser unilateral e somente se pode transmitir a posição de credor ou de devedor”.

Entendemos que, caso o terceiro deva realizar pessoalmente o objeto do contrato, e não o alienante, não haverá qualquer óbice para a transferência do contrato para o adquirente. Isso porque ao trespessário restará apenas pagar o valor ainda devido na data contratada, sem qualquer outra obrigação.

No tocante à justa causa, caso esta seja alegada, o contrato deverá ser rescindido, com o alienante ficando responsável perante o adquirente pela diminuição do valor referente ao pacto rompido.

Neste passo, importante citar o entendimento de Fábio Tokars (2006, p. 112):

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

Ainda, vale destacar que o terceiro não poderá invocar a justa causa, caso continue a cumprir a sua parte na obrigação contratual, após a ciência do trespasse do fundo de empresa.

¹¹¹ Conforme Fábio Tokars (2006, p. 112).

Por fim, o artigo em tela determina que, se as partes dispuserem em contrário, o contrato não será transferido quando do trespasse.

Deve ficar claro que a cláusula prevendo tal disposição deve constar no contrato que se pretende seja intransferível, e não no contrato de trespasse.

Tal disposição legal privilegia a integridade econômica do estabelecimento, sendo que há uma segurança negocial às partes contratantes, ao contrário das demais disposições relativas ao estabelecimento.

Também não há mais a necessidade das partes realizarem diligências junto a terceiros, para que haja a sucessão formal nos contratos, ao contrário do que ocorria antes da vigência do Código Civil de 2002.

Isso evita que tanto o adquirente quanto o alienante do estabelecimento fiquem reféns de terceiros que possam exigir alguma vantagem, ou até por capricho, para manifestar sua concordância com os novos instrumentos contratuais para evitar a sucessão de partes.

Com isso, o que se denota é que o artigo 1148 estipula regras que beneficiam as partes (adquirente e alienante), ao contrário das demais regras constantes no capítulo referente ao estabelecimento empresarial.

III. 5 - SUCESSÃO NOS DÉBITOS E NOS CRÉDITOS

III. 5. 1– DÉBITOS E CRÉDITOS VINCULADOS AO ESTABELECIMENTO

Anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência definiam a questão da transferência dos débitos do fundo, quando do trespasse de estabelecimento empresarial.

Com isso, surgiram correntes a favor e contra tal transferência, devendo-se excetuar a sucessão dos débitos trabalhistas e tributários¹¹².

A corrente que entendia que deveriam ser transferidos os débitos quando do trespasse se espalhava em dois fundamentos. O primeiro deles seria o de que,

¹¹² Tais questões serão estudadas no capítulo III, seção 5, subseções 2, 3 e 4 do presente trabalho.

quando o empresário fosse titular de um único estabelecimento, este também representaria seu patrimônio, e, em havendo a transferência do estabelecimento, também seriam transferidos os débitos.

Neste sentido, veja-se a opinião de Octavio Mendes (MENDES, 1930, p. 337/338):

“... deverá ser regulado o caso do negociante que, possuidor de um só estabelecimento, transferi-lo a terceiro, sem pagar ao ato a todos os credores, e declarando que a transferência é feita sem responsabilidade do adquirente pelo passivo. Nesse caso, o adquirente será responsável perante os credores do estabelecimento, ainda que o instrumento da cessão declare o contrário, porque o fundo cedido é todo o patrimônio do cedente. Pode-se discutir se o fundo de comércio constituirá nesse caso uma ‘universitas júris’ ou uma ‘universitas facti’, mas o que é incontestável é que, não possuindo o cedente outros bens, o fundo de comércio representará todo o seu patrimônio, e que este compreende não só os direitos como também as obrigações do respectivo sujeito, conforme lição que já transcrevemos de Fadda e Bensa”.

O referido autor (1930, p. 337) entendia que, caso o empresário possuísse filiais do estabelecimento empresarial, o trespasse não acarreteria a transferência dos débitos do fundo de empresa.

Porém, apesar da opinião respeitável do comercialista mencionado, existe diferença entre patrimônio e estabelecimento, sendo que tal tese atualmente encontra-se superada.

Outro fundamento ancorava-se na teoria da aparência, ou seja, os clientes e credores do alienante não teriam conhecimento da operação realizada, além do que, não raro, o adquirente continuaria a explorar a atividade empresarial sem alterações significativas, mormente no título do estabelecimento.

Todavia, tal tese também está ultrapassada, na medida que o fundo de empresa não é sujeito, e sim objeto de direito, sendo que, por este motivo, quem se vincula ao passivo é o empresário, conforme mencionado no capítulo I, seção 1, subseção 2, do presente trabalho.

Ainda, conforme exposto no capítulo II, seção 1, subseção 10, a corrente mais adequada é a que prega a não transferência do passivo¹¹³ quando do trespasse do estabelecimento empresarial.

Neste caminho, interessante mencionar a opinião de Waldemar Ferreira (1956, p. 460):

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

A alienação do estabelecimento é a alienação de um bem, que é integrante do patrimônio do empresário, e, por isso, não deveriam ser transferidos os débitos deste, quando da operação de trespasse.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve uma mudança da realidade acima transcrita, sendo que a responsabilidade pelos débitos e pelas obrigações ligadas ao estabelecimento é do adquirente, tendo o alienante como co-devedor¹¹⁴, conforme se atesta pela redação do artigo 1146.

Com isso, e pela redação que ora se nos apresenta, anos de estudos e evolução do direito empresarial foram relegados a segundo plano, posto que, conforme acima explanado, os débitos e obrigações ligados ao fundo não deveriam ser transferidos quando do trespasse. No entanto, não é o que ocorre: andando na

¹¹³ Fernando Gravato de Moraes (2005, p. 108) entende que “... a regra, é a da não transmissão das dívidas no caso de trespasse, de sorte que o adquirente da organização não responde pelo passivo inerente ao estabelecimento anterior à alienação. Prevalece, portanto, o interesse do transmissário, cuja responsabilização pelas dívidas do trespasante se mostra excessiva”. O mesmo autor (2005, p. 110/111) ressalta exceções ao seu posicionamento, tais como na hipótese de valores devidos a trabalhadores, e dívidas resultantes do regime jurídico das contribuições para a Seguridade Social.

¹¹⁴ O Código de Comércio colombiano, em seu artigo 528, prevê prazo de dois meses de responsabilidade do alienante sobre as obrigações empresariais, desde que: 1) os credores tenham sido notificados do trespasse; 2) que a operação tenha sido publicada em um diário da capital da República, e em jornal de grande circulação do local onde a mesma ocorreu, se houver; e 3) que no prazo de dois meses nenhum dos credores tenha se oposto contra o fato do adquirente ser seu novo devedor.

contramão, o artigo 1146 determina a transferência dos débitos e obrigações ao adquirente do estabelecimento.

Entendemos que o legislador procurou proteger demasiadamente o credor, em detrimento do alienante e do adquirente do estabelecimento, o que não é nada salutar para a economia e para a sociedade, consoante se explorará no capítulo IV do presente trabalho.

Mesmo que adquirente e alienante estipulem que não ocorrerá a sucessão do passivo, tal disposição será ineficaz perante terceiros, justamente pelo que preconiza o artigo 1146 do Código Civil¹¹⁵.

No tocante aos créditos, a regra a ser seguida é a mesma relativa aos débitos, ou seja, se transferem quando do trespasse.

Neste sentido, o artigo 1149 do Código Civil dispõe que “a cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente¹¹⁶”.

A crítica aplicada à transferência dos débitos cabe também na transmissão dos créditos, posto que o fundo é objeto, e não sujeito de direito. Com isso, o trespasse não deveria fazer com que os créditos fossem transmitidos, por serem um direito do empresário, e não do estabelecimento.

Ainda, deve-se salientar que, em caso de pagamento de devedor ao alienante, desde que com boa-fé, fica aquele exonerado da obrigação.

¹¹⁵ O artigo 2560º, primeira parte, do Código Civil italiano, dispõe que o alienante estará liberado dos débitos, e não ficará solidariamente responsável por eles juntamente com o adquirente, caso os credores concordem com tal estipulação, conforme segue: “L’alienante non è liberato dai debiti, inerenti all’esercizio dell’azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito”. Para Giuliana Scognamiglio (SCOGNAMIGLIO, 2001, p. 455), tal estipulação legal é perfeitamente coerente com os princípios que regem a circulação de bens, conforme se atesta pelo seu escólio: “Ora, se la regola enunciata nell’art. 2560 sulla responsabilità dell’alienante è perfettamente coerente con i principi che governano la circolazione dei beni ...”

¹¹⁶ Esta também é a linha seguida pelo artigo 2559º do Código Civil italiano: “A cessão dos créditos relativos ao estabelecimento cedido, mesmo na ausência de notificação ao devedor ou a sua aceitação (1265 e abaixo), tem efeito contra terceiros, a partir do momento da inscrição da transferência no registro de empresas. No entanto, o devedor cedido é liberado se efetuar o pagamento de boa fé ao alienante (att. 100-5). O mesmo se aplica no caso de usufruto da empresa, e se estende aos créditos relativos ao mesmo”. Tradução livre de: “La cessione dei crediti relativi all’azienda ceduta, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione (1265 e seguente), ha effetto, nei confronti dei terzi, dal momento dell’iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese. Tuttavia il debitore ceduto è liberato se paga in buona fede all’alienante (att. 100-5).

Le stesse disposizioni si applicano anche nel caso di usufrutto dell’azienda, se esso si estende ai crediti relativi alla medesima”. Fernando Gravato de Moraes (2005, p. 106) diz que, em havendo o silêncio das partes, os créditos não se transferem ao adquirente, pois naquele país os mesmos não se transmitem automaticamente com a operação de trespasse.

Fábio Tokars (2006, p. 123) entende que, neste caso, deve haver a notificação dos devedores sobre o trespasse havido, com base no artigo 290¹¹⁷ do Código Civil, a fim de que o adquirente não deixe de receber os créditos herdados pela transferência.

Por sua vez, José Xavier Carvalho de Mendonça (1953, p. 156) possui opinião contrária sobre a questão:

“Quanto à cessão dos créditos, surge a dúvida seguinte: é necessária a notificação dos devedores (...)? Em rigor, assim deveria ser, mas a verdade é que a cessão de créditos ajusta-se cumulativamente e muitas vezes seria impossível a notificação pessoal de cada devedor. Bastarão os anúncios nos jornais e as circulares dirigidas aos devedores”.

Entendemos que, caso o devedor tenha efetuado o pagamento de boa-fé ao alienante, antes da notificação acima versada, fica exonerado do pagamento.

III. 5. 2 – SUCESSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO

Conforme acima descrito, o artigo 1146 do Código Civil dispõe que o adquirente assume os débitos deixados pelo alienante.

Muito embora o Código Civil tenha determinado a sucessão dos débitos, no que tange os de natureza trabalhista, prevalece o que determinam os artigos 10 e 448 da CLT.

O artigo 10 da CLT preconiza que “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”

Entende-se por alteração na estrutura jurídica a ocorrência de uma mudança significativa no âmago da empresa, como por exemplo, a transformação de uma sociedade limitada para uma sociedade anônima, ou uma sociedade em comandita por ações para sociedade limitada. Também pode haver modificação na estrutura

¹¹⁷ “A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”.

jurídica quando houver fusão de empresas (onde há união de 2 sociedades, criando uma sociedade nova e autônoma), incorporação (quando uma sociedade incorpora outra sociedade, mas mantém seu cerne intacto), e cisão (quando uma sociedade cinde-se, formando 2 novas sociedades, autônomas entre si).

Em ocorrendo qualquer alteração da estrutura jurídica da empresa, os direitos do empregado estão garantidos.

Isso significa que o empreendedor que adquire o estabelecimento empresarial deve observar e honrar os direitos adquiridos pelo empregado que já detinha esta condição antes de a operação ser efetuada.

Amauri Mascaro Nascimento (NASCIMENTO, 2000, p. 201) faz interessante digressão sobre o assunto:

“Com efeito, o empregador é empresa, diz a lei (art. 2º da CLT), e não seus titulares. Os contratos de trabalho são mantidos com a organização de trabalho e não com as pessoas que estejam eventualmente à frente dessa mesma organização. Portanto, a intangibilidade dos contratos é preservada pelo direito do trabalho, fenômeno que encontra raízes na Carta Del Lavoro, cujo art. XVII dispunha: “Nas empresas de trabalho contínuo a transferência da empresa não resolve o contrato de trabalho, e o pessoal a ela pertencente conserva os seus direitos em relação ao novo titular”.

Ressalva deve ser feita quando a lei diz que a empresa é o empregador, posto que a empresa é a atividade economicamente organizada, a qual é explorada pelo empreendedor. Quem emprega é a pessoa jurídica ou física, que são sujeitos de direito.

Por sua vez, consoante anteriormente explanado, o artigo 448 da CLT determina que a modificação da propriedade ou da estrutura da empresa não afetará os contratos de trabalho¹¹⁸.

¹¹⁸ O artigo 225 da Lei Argentina nº 20.744/1976, denominada Lei de Contrato de Trabalho, estipula que “em caso de transferência, a qualquer título, do estabelecimento, passarão ao sucessor ou adquirente todas as obrigações emergentes do contrato de trabalho que o transmitente mantinha com o trabalhador na época da transferência, ainda que se originem em decorrência da mesma. O contrato de trabalho, nesses casos, continuará com o sucessor ou adquirente e o trabalhador conservará a antiguidade adquirida com o transmitente e os direitos dela derivados”. Tradução livre de: “En caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquéllas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven”.

Ambos os artigos determinam que o empreendedor que adquire o estabelecimento empresarial fica responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas¹¹⁹.

III. 5. 3 – SUCESSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO FINDOS

Muito se discute sobre se o sucessor assumiria eventuais débitos referentes a contratos de trabalho que já foram extintos quando da ocorrência da operação de trespasse.

Alexandre Aguiar de Brito (BRITO, 2000, p. 134) entende que “os contratos de trabalho terminados, antes do trespasse, não se subsumem ao preceito, pois alterações posteriores às suas terminações não os prejudicam”.

Neste sentido, em um primeiro momento, o TST decidiu que não ocorreria a sucessão trabalhista em contratos findos anteriormente à operação de trespasse, pelo fato do ex-colaborador não ter prestado serviços diretamente ao sucessor¹²⁰.

Com o passar do tempo, o TST mudou seu entendimento, tendo atualmente como posição majoritária que há sucessão trabalhista em relação a contratos findos quando da ocorrência da transferência do estabelecimento¹²¹, com base no que preconizam os artigos 10 e 448 da CLT.

Isso porque a finalidade da norma é a máxima tutela dos créditos trabalhistas, sendo indiferente a estrutura jurídica do empregador.

Com isso, a conclusão a que se chega é que o sucessor responde pelos contratos de trabalho, findos ou não, quando da operação de trespasse de estabelecimento empresarial. Isto porque deve-se garantir os direitos do empregado,

¹¹⁹ Tal orientação também é dada pelo artigo 318º, nº 1, do Código de Trabalho português: “Transmissão da empresa ou estabelecimento. 1 - Em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa, do estabelecimento ou de parte da empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmite-se para o adquirente a posição jurídica de empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contra-ordenação laboral”.

¹²⁰ Conforme julgado TST-RR-Ac. 152173-Ac. 4ª T-Proc. 4626/94-Rel. Min Galba Veloso-DJU 6.10.95, p. 334/9 (in Revista LTr 62-4/474, citada por Alice Monteiro Barros (BARROS, 2008, p. 390).

¹²¹ Consoante julgado do TST, RR 1573/2004-012-01-00-Rel. Min Ives Gandra Martins Filho-DJU 26.9.2008 (Disponível em www.tst.gov.br, acessado dia 08/10/2008).

sendo o sucessor adquirente o responsável pelos pagamentos que este porventura fizer jus, mesmo que já não faça mais parte dos quadros funcionais da empresa.

Inclusive, tal discussão está superada pelo que prevê o artigo 1146 do Código Civil pátrio, aliado aos artigos 10 e 448 da CLT, acima analisados.

III. 5. 4 –SUCESSÃO NOS DÉBITOS DE ORDEM TRIBUTÁRIA

No que concerne aos débitos tributários, há regra específica referente à transferência de tal obrigação, no caso de trespasse. É a prevista no artigo 133, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, o qual é mais específico ao tratar da sucessão dos débitos tributários do adquirente de estabelecimento empresarial.

Entendemos que a responsabilidade pelos débitos fiscais é integralmente do adquirente do fundo de empresa, caso o alienante cesse por completo a exploração de comércio, indústria ou atividade após o trespasse; e subsidiária, se houver prosseguimento da exploração, ou nova atividade dentro de 6 meses, tendo como termo inicial a data da referida operação.

Sacha Calmon Navarro Coêlho (COELHO, 2007, p. 718) entende que, na hipótese do inciso I do artigo 133 do Código Tributário Nacional, “o adquirente, a qualquer título, de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, sem dúvida é sucessor por ato inter vivos e responde pelos tributos devidos pelo sucedido”.

Tal opinião também é compartilhada por Luciano Amaro (AMARO, 2005, p. 323/324):

“O adquirente (sociedade ou firma individual) responde, pois, pelos tributos relativos ao estabelecimento adquirido, se o alienante cessar a exploração da atividade que vinha executando e não passar a explorar outra atividade. Nessa hipótese, afirma o Código que a responsabilidade do adquirente é *integral*. O que, na verdade, o Código quis dizer é que, nesse caso, o adquirente responde *sozinho*, ou seja, não há obrigação do alienante”.

Os autores acima citados também entendem que perdura a obrigação do alienante apenas na hipótese do inciso II do artigo 133 do Código Tributário Nacional.

Em sentido contrário, Hugo Barreto Sodré Leal (LEAL, 2007, p. 188/189) entende que alienante e adquirente respondem de forma solidária pelos débitos e obrigações tributárias em qualquer hipótese:

“No caso do art. 133 do CTN, contudo, não é exato falar-se em ‘transferência’ da obrigação tributária ou em ‘modificação subjetiva passiva’, pois a incidência da regra não tem como consequência a substituição do devedor originário (alienante) pelo responsável tributário (adquirente). Na realidade, a sucessão de que cuida esse dispositivo legal não se manifesta no plano da obrigação tributária, mas só no plano do direito privado, dizendo respeito à titularidade do estabelecimento empresarial, isto é, o fundo empresarial passa a ter um novo titular, que ocupa o lugar do antigo, substituindo-se também no exercício da empresa.

O que faz o art. 133 do CTN é qualificar a aquisição do estabelecimento empresarial com um fato jurídico que implica no consequente normativo a responsabilidade do adquirente pelos tributos devidos pelo alienante, ou seja, regula os efeitos tributários da sucessão ocorrida na titularidade do estabelecimento empresarial. Da incidência da regra legal não decorre, todavia, qualquer mutação no pólo passivo da obrigação tributária, isto é, não há liberação do alienante de suas obrigações tributárias, ou a substituição nessa relação pelo adquirente.

...

Dito de outra maneira, o alienante continua, juntamente com o adquirente, vinculado aos débitos tributários relativos à exploração anterior do estabelecimento, cada um respondendo por força de uma obrigação própria, em decorrência de pressupostos de fato distintos. Não há exclusão tributária do alienante, mas acréscimo da obrigação de reforço do adquirente”.

Todavia, discordamos da opinião deste autor, posto que a lei é clara em atribuir responsabilidade ao adquirente em ambas as situações previstas nos incisos I e II do artigo 133 do Código Tributário Nacional, conforme acima explanado.

Um ingrediente a mais nesta discussão é o que prevê o artigo 1146 do Código Civil, com a assunção dos débitos do fundo de empresa pelo adquirente.

O TJSP decidiu que, caso as partes tenham pactuado no contrato de trespasse quem deve arcar com o passivo, deve ser aplicado o *pacta sunt servanda* em detrimento do que preconiza o artigo 1146 do Código Civil¹²².

¹²² Apelação Cível 1048143500, da 18ª Câmara de Direito Privado, tendo como relator o Desembargador Roque Mesquita. Julgado em 12/06/2006.

Ainda deve-se ressaltar que o fato dos referidos débitos estarem ou não regularmente contabilizados não faz diferença, posto que a regra é que o adquirente assume todo o passivo, em vista do disposto no artigo 133 do CTN.

Esta determinação legal é passível de críticas, pois o que se trespassa ao adquirente é o conjunto de bens do alienante, sendo que o estabelecimento não deveria abranger os débitos e os créditos, por ser objeto, e não sujeito de direito, conforme acima explanado.

III. 6 – DA DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA

Na antiga lei de falências¹²³ havia disciplina jurídica sobre o trespasse, precisamente nos artigos 2º, inciso V¹²⁴ (atual artigo 94, inciso III, da Lei nº 11.101/05), e no artigo 52, inciso VIII¹²⁵ (atual artigo 129, inciso VI, da Lei de Falências). No Código Civil de 1916, nada havia sobre a matéria.

Quanto a este último artigo, o credor que não for notificado do trespasse do fundo pode mover ação revocatória por ineficácia. Mencione-se que tal medida independe da boa-fé entre adquirente e alienante do estabelecimento, devendo ser demonstrado que os credores não opuseram nenhuma manifestação, após devida e comprovadamente notificados da operação. Trespasante e trespasário também podem demonstrar que havia patrimônio suficiente para o pagamento dos credores, e também que os mesmos já haviam sido pagos quando da alienação do fundo de empresa.

Nota-se a severidade da lei, ainda mais a se levar em conta que a operação de trespasse é simples, e deveria ocorrer de forma costumeira. Mas, o que se denota

¹²³ Decreto-lei nº 7661/45.

¹²⁴ “Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:

V - transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo”;

¹²⁵ “Não produzem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

VIII - a venda, ou transferência de estabelecimento comercial ou industrial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao falido bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, dentro de 30 dias, nenhuma oposição fizeram os credores à venda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos”.

é um protecionismo exacerbado do credor, em detrimento das partes envolvidas na operação, o que certamente levará ao desestímulo da realização do trespasse, justamente pelo alto grau de risco envolvido.

Da forma como a lei de falências (tanto a atual quanto a antiga) trata do tema, presume-se que as partes estão de má-fé na realização do trespasse do estabelecimento. Fábio Tokars (2006, p. 126) entende que de tal presunção, decorrem dois efeitos:

“Adotando-se a premissa inversa, pela qual a lei presume a má-fé do adquirente, dois efeitos são decorrentes: de um lado, o negócio de trespasse é desincentivado, gerando consequências negativas para o próprio desenvolvimento da economia. De outro, geram-se situações injustas, em que empresários de boa-fé perdem seu investimento em vista da falência posterior do alienante, mesmo que tenham tomado todas as precauções possíveis para a realização do negócio”.

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os efeitos da declaração de ineficácia sobre a operação de trespasse estavam adstritos apenas à esfera falimentar.

Com o advento do Código Civil, foi ampliada a possibilidade de ineficácia de transferência do estabelecimento empresarial. É o que se conclui pela análise do artigo 1145 do Código Civil, a qual repete o disposto no inciso VI do artigo 129 da atual lei de falências.

A declaração de ineficácia¹²⁶ do trespasse de estabelecimento empresarial apenas pode ocorrer caso: a) se comprove que os credores do alienante não foram pagos; b) que inexistem bens suficientes para tal finalidade; e c) se não houver a concordância dos credores na operação havida, após devidamente notificados¹²⁷.

Tais precauções devem ser tomadas principalmente pelo adquirente do estabelecimento empresarial.

¹²⁶ Na França, é possível a impugnação do pagamento do preço pelos credores caso os requisitos referentes a publicidade do ato não sejam satisfeitos, conforme Bernard Saintourens (SAINTOURENS, 2006, p. 294): *Dès lors que le paiement du prix d'acquisition du fonds de commerce a été versé par l'acquéreur au vendeur avant l'accomplissement des formalités de publicité requises consécutivement à l'acte de cession, l'innopposabilité du paiement est alors absolue et profite à tout créancier, qu'il ait ou non fait opposition*”.

¹²⁷ Eduardo Goulart Pimenta (RODRIGUES, 2004, p. 106) entende que a notificação dos credores somente é obrigatória se o passivo exigível do alienante era, quando da alienação do estabelecimento empresarial, superior ao patrimônio que lhe sobraría após a realização do negócio.

Tal disposição também é de difícil realização na prática negocial doméstica. O adquirente, além de ter de possuir conhecimento das dívidas do alienante, o que, venhamos, é quase que impossível, posto que o alienante pode, de boa ou má-fé, ter débitos não contabilizados, ainda precisa ter conhecimento da totalidade de quem são os credores deste, o que torna assaz complicada a operação em comento.

Estes dispositivos influem na economia nacional, além de causarem graves efeitos econômicos ao adquirente, por dificultarem a realização do disposto em lei, fazendo com que, forçosamente, haja falhas na operação.

Isso acaba por desestimular a prática do desenvolvimento da atividade empresarial, justamente por proteger sobremaneira os credores, em detrimento dos empreendedores que participam da operação do trespasse de estabelecimento empresarial, afetando diretamente o mercado.

Some-se a isso que os empreendedores brasileiros, criativos como são, procurarão camuflar a operação de trespasse, para fugirem do risco de ter declarada a ineficácia da mesma.

Neste sentido, o empresário poderá alienar o estabelecimento de forma fracionada, de modo a escapar dos pesados ônus existentes para as partes.

Em caso de venda fracionada, o credor insatisfeito não poderá aviar ação de declaração de ineficácia, posto a inocorrência de trespasse. Se o alienante se desfaz de apenas um bem, mesmo que essencial para a atividade empresarial desempenhada, não há como se impor ao adquirente a sucessão do passivo.

A hermenêutica constante no artigo 1146 do Código Civil envereda no sentido da alienação da universalidade, para que os efeitos do trespasse sejam sentidos pelas partes.

Assim, a venda isolada de bens, mesmo que considerados essenciais para a atividade economicamente organizada, não caracteriza a operação de trespasse, tampouco os efeitos daí decorrentes.

A declaração de ineficácia da operação de trespasse, caso ocorra, é danosa às partes, sendo que o nosso atual regramento dá a entender, da mesma forma que a lei falimentar, que as partes inicialmente estariam de má-fé, cabendo a elas provarem sua boa-fé, o que é de uma insensatez atroz.

Isso fará com que a operação seja desestimulada, justamente pelo ônus que incidirá sobre as partes envolvidas.

Neste sentido é o entendimento de Fábio Tokars (2006, p. 128):

“Ao revés, optou-se pela presunção de má-fé, impondo-se ao adquirente o ônus de comprovar a ocorrência de alguma das excludentes. Se, à época da vigência do art. 52 da antiga Lei Falimentar, o negócio já era evitado pelos empresários, em vista do risco de posterior declaração de ineficácia, com mais razão agora que o âmbito material de aplicação da norma foi expandido ao extremo haverá uma verdadeira fuga desta modalidade contratual por parte daqueles que conheçam os efeitos jurídicos da operação. E, quanto aos que não os conhecem, a estes caberá suportar o seu peso”.

A lei procurou proteger os interesses dos credores, em detrimento das partes envolvidas na operação de trespasse, o que causará, além do desestímulo de tal prática, uma injustiça com quem muitas vezes está procurando preservar os credores como um todo, quais sejam, colaboradores, fornecedores, fisco, etc, e a si próprio, seguindo a risca o que rege o princípio da preservação da empresa.

III. 7 - CLÁUSULA DE NÃO-RESTABELECIMENTO

A cláusula de não-restabelecimento é uma estipulação contratual realizada pelas partes, a qual determina a vedação do alienante¹²⁸ em fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento empresarial, sem a autorização deste último.

Tal determinação está contida no artigo 1147 do Código Civil, que versa que “não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência”.

¹²⁸ Fernando de Gravato Morais (2005, p. 117/118) prega que, em Portugal, tem sido entendido que a cláusula de não-concorrência deva se estender a outras pessoas além do alienante, em vista da proximidade com a organização do negócio, pelos conhecimentos adquiridos e pelas relações estabelecidas (clientes, fornecedores, etc). Todavia, seu entendimento é de que dificilmente pode ser concebido o alargamento da referida cláusula para além da pessoa do alienante, com base no que preconiza o artigo 406º, nº 2, do Código Civil português, que reza: “(Eficácia dos contratos) 2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”. D. Latella (LATELLA, 2000, p. 257) chama esta proibição de “perigosidade qualificada”, sendo que prega a proibição de concorrência, além do alienante, do seu cônjuge, bem como seus filhos, herdeiros, etc, por ser possível uma concorrência que denominou de “qualificada”. Tal opinião é majoritária na doutrina italiana.

Deve-se salientar que o prazo de cinco anos¹²⁹ previsto na lei pode ser dilatado¹³⁰ ou diminuído, ou até mesmo inexistir, por acordo entre as partes, posto que deve prevalecer, neste caso, a vontade dos contratantes¹³¹.

O Código Civil italiano prevê prazo máximo de cinco anos para restrição à concorrência por parte do alienante, conforme se atesta pela redação do artigo 2557º: “Se no acordo for indicada uma maior duração ou a duração não estiver estabelecida, a proibição de concorrência se aplica ao período de cinco anos a partir da transferência”¹³².

Como se vê pela redação do artigo em comento, também é possível pactuar-se prazo inferior há cinco anos para vedação da concorrência.

Na redação deste artigo, não era intenção do legislador vedar o exercício da atividade economicamente organizada pelo alienante, em toda e qualquer situação. O legislador, ao determinar que o alienante não poderia oferecer concorrência ao adquirente, pelo prazo de cinco anos subseqüentes ao da transferência do estabelecimento empresarial, caso esse não autorizasse tal competição, não estava se referindo a todo e qualquer ramo de negócio.

Diante disso, pode-se concluir que o legislador, ao determinar a vedação de concorrência entre alienante e adquirente, em casos de transferência de estabelecimentos empresariais, estava se referindo a hipóteses em que houvesse efetivamente competição entre ambos em busca de clientela, em áreas geograficamente próximas, levando-se em conta os ramos de atuação.

Se assim não fosse, seria imposta uma obrigação bastante dura ao alienante.

¹²⁹ Em Portugal não há disposição legal atinente ao lapso temporal de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do fundo.

¹³⁰ Alexandre Ditzel Faraco (2005, p. 160) concorda com esta assertiva, mas entende que deva ocorrer apenas em caráter de exceção: “Questão mais complexa é a possibilidade de prazo maior ser pactuado entre as partes. Do texto do artigo não decorre, em princípio, uma vedação absoluta a prazos superiores. Todavia, a admissibilidade dessa situação precisa ser vista como excepcional. Não apenas porque o dispositivo estabelece prazos determinados, mas porque regras dessa natureza tendem a conflitar com os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência”.

¹³¹ Em decisão proferida pelo TJ de São Paulo, em contrato realizado na vigência do Código Civil de 1916, foi decretada a nulidade do pacto por não conter limitação temporal à proibição de concorrência pelo alienante (Apelação Cível 337.777.4/2-00, da 4ª Câmara de Direito Privado, tendo como Relator o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 02.08.2007 – Fonte Júris Síntese IOB de Mar/Abr 2009).

¹³² Tradução livre do artigo 2557º: “Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento”.

Neste sentido, veja-se a lição de Tavares Paes (PAES, 1980, p. 34): “É impossível o vedado absoluto ao restabelecimento do alienante do estabelecimento comercial. Tal equivaleria, se fosse possível, à morte econômica do vendedor, além de ser inconstitucional”.

Sendo assim, caso o adquirente não autorize a concorrência¹³³, o alienante fica impedido de iniciar um empreendimento na mesma área de atuação daquele, em áreas geograficamente próximas¹³⁴ de onde se situa o estabelecimento empresarial alienado.

Por fim, é possível ao alienante o imediato exercício, após o trespasse, de qualquer atividade economicamente organizada diversa da trespasada, pelo fato de, nesta hipótese, não haver a concorrência deste com o adquirente.

¹³³ O Código Civil italiano, em seu artigo 2557º, última parte, prevê curiosa situação, relativa ao estabelecimento agrário, que ora se transcreve: “Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse (2135), quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela”. Tradução livre: “As disposições deste artigo aplicam-se aos estabelecimentos agrícolas apenas para atividades relacionadas a eles (2135), quando disser respeito a estes um possível desvio de clientela”. Francesco Sangermano (SANGERMANO, 1998, p. 807) prega que deve haver a igualdade entre todos os tipos de estabelecimento, e que a determinação legal citada seja aplicada a todos eles: “...da parificare quindi agli effetti del divieto di concorrenza di dui all’art. 2557, agli altri tipi di azienda nella consapevolezza della sua piena integrazione e competitività sul piano del mercato”.

¹³⁴ Bernard Saintourens (SAINTOURENS, 2008, p. 47) explica que, na França, a lei de concorrência estipula uma delimitação mínima da distância entre os estabelecimentos, a qual não pode ser menor que 7 quilômetros, para que seja possível ao alienante explorar o mesmo ramo trespasado: “Il était classiquement stipulé à l’acte une clause de non-concurrence applicable pendant une durée de cinq années à compter de la date de conclusion de l’acte et dans un rayon de 7 km à vol d’oiseau du lieu d’exploitation du fonds cédé, à peine de dommages-intérêt envers le cessionnaire ou ses ayants cause, sans préjudice du droit qu’ils auraient de faire cesser cette contravention”. O autor mencionado (2008, p. 48) alerta que deve constar no instrumento precisamente as pessoas envolvidas, para que a vontade destas seja integralmente atendida: “Pour notre part nous considérons qu’il appartient aux rédacteurs des actes de cession des fonds de commerce de parfaire la stipulation contenant l’obligation de non-concurrence, en delimitant précisément les personnes qui en sont tenues, afin de la rendre conforme à la volonté et aux intérêts des parties en présence, notamment lorsque le cédant est une personne morale”. Já em Portugal, Fernando de Gravato Morais (2005, p. 118) entende que pode-se enunciar um critério que permita objetivamente a especificação, como a esfera de ação e a área de projeção da organização trespasada. Por sua vez, Jorge Coutinho de Abreu (COUTINHO DE ABREU, 2003, p. 298) entende que se deve levar em conta a “área de irradiação”, e o “raio de ação”.

III. 8 – VENDA DO FUNDO DE EMPRESA NA FALÊNCIA E EM RECUPERAÇÕES JUDICIAIS

A lei de falências foi editada claramente com o objetivo de preservar a empresa, mantendo a atividade econômica e incentivando a venda imediata do estabelecimento, na hipótese de declaração de quebra.

A antiga legislação falimentar foi a primeira a tratar da transferência do estabelecimento empresarial, conforme artigo 52, inciso VIII, do Decreto-lei nº 7.661/1945.

A atual lei de falências adota dois procedimentos que não se confundem, quais sejam, a recuperação e a falência.

Na recuperação, que pode ser judicial e extrajudicial, a intenção é que o empresário faça um plano de recuperação, para que a empresa seja saneada.

Neste sentido, no planejamento do empresário, pode ocorrer a opção pela alienação do estabelecimento empresarial.

Caso a alienação do estabelecimento seja realizada em sede de recuperação judicial, entendemos que o passivo não se transmite ao arrematante, não devendo ser aplicado o que preconiza o artigo 1146 do Código Civil, com base no que dispõe o parágrafo único do artigo 60¹³⁵, inciso II, da lei 11.101/2005.

Esta também é a opinião de Jorge Lobo (LOBO, 2006, p. 143):

“A alienação ou trespasse judicial de estabelecimento, de filial e de unidade produtiva, se realizada durante o processo de recuperação em fiel observância à norma excepcional do art. 60 da LRF e das regras cogentes do art. 142 da LRF, livra o adquirente de ônus, gravames, obrigações e dívidas, vencidas e vincendas, contabilizadas nos livros da matriz ou de estabelecimento, de filial e de unidade produtiva, inclusive as de natureza tributária e trabalhista”.

¹³⁵ “Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei”.

Em recente decisão proferida pelo STF¹³⁶, foi declarada a existência de repercussão geral no caso da Varig.

Tal celeuma gira em torno da competência para decidir a respeito da forma de pagamento dos créditos previstos no quadro geral de credores e no plano de recuperação judicial da referida empresa de aviação.

No conflito de competência que resultou no pedido de declaração de repercussão geral, o STJ posicionou-se no sentido de que a competência é do Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

Caso a competência da referida vara seja definitivamente declarada, deverá ser aplicado aos casos de recuperação judicial o que determina a lei de falências, sobre a transferência e sucessão do passivo no caso de trespasse.

Ainda, o STJ recentemente decidiu, em um conflito de competência¹³⁷, sobrestar uma execução provisória perante a justiça especializada, em caso envolvendo a Gol¹³⁸.

No conflito de competência em testilha, a empresa Gol alega que a 1ª Vara Empresarial, em edital de alienação da Varig, previa expressamente “que a transferência do patrimônio lá leilado não acarretaria a assunção do passivo trabalhista da Varig S/A”.

O referido tribunal tem reiteradamente decidido¹³⁹ que a execução dos créditos individuais movidos contra empresas falidas ou em recuperação devem ocorrer no juízo universal.

Estas decisões farão com que, em sede de recuperação, os efeitos negativos previstos no trespasse, regidos pelo Código Civil, ou seja, a assunção das obrigações pelo adquirente, não ocorram. Com isso, também não haveria a possibilidade de declaração de ineficácia da transferência do fundo de empresa.

¹³⁶ Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 583.955-9 Rio de Janeiro – Relator Min. Ricardo Lewandowski – Recorrente Maria Tereza Richa Felga – Recorrida VRG Linhas Aéreas e outros (disponível em www.stf.jus.br, acesso em 17.06.2009)

¹³⁷ Conflito de competência nº 102048 – RJ – Relator Min. João Otávio de Noronha – Autor Erakson Rafael Arantes e outros – Réu Gol Linhas Aéreas Inteligente S/A e outro – Suscitante Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A – Suscitados Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro e Juízo da 13ª Vara do Trabalho de Goiânia/GO (disponível em www.stj.jus.br, acesso em 27.02.2009)

¹³⁸ A referida empresa adquiriu a Varig, conforme amplamente divulgado pela mídia nacional.

¹³⁹ Conforme julgados CC n. 61272/RJ, relator Min. Ari Pargendler, DJ 25.06.2007, CC n. 73.380/SP, relator Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 21.11.2008, CC n. 90.504/SP, relator Min. Fernando Gonçalves, DJ. 01.07.2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27.02.2009.

Tal determinação vem esposada pelo disposto no artigo 60 e parágrafo único, da atual Lei de Falências.

Com isso, o empreendedor deverá optar pela aprovação da recuperação, a fim de que estes efeitos negativos não incidam na referida operação. Apenas deve-se registrar que é necessária a comprovação de inexistência de débitos tributários, ou a realização de programa de recuperação fiscal (REFIS), para que o plano de recuperação seja homologado.

No que tange à falência, o legislador determinou que, no caso da haver a arrematação de estabelecimento empresarial, nenhum ônus é imposto ao arrematante, posto que as obrigações do devedor não são transmitidas.

É a previsão do artigo 141¹⁴⁰, inciso II, da atual lei de falências.

Este regime possui exceções, preconizadas no § 1º do referido artigo: “O disposto no inciso II do **caput** deste artigo não se aplica quando o arrematante for: I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão”.

Saliente-se que tais disposições também constam nos §§ 1º e 2º do artigo 133¹⁴¹ do CTN, os quais foram incluídos pela Lcp nº 118/2005.

Neste sentido, veja-se a lição de Hugo Barreto Sodré Leal (2007, p. 224/225):

¹⁴⁰ “Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo;

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

¹⁴¹ “§ 1º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

I – em processo de falência;

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for:

I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou

III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária”.

“Dessa forma, no processo falimentar, os estabelecimentos do empresário falido podem ser judicialmente alienados sem que o adquirente responda pelos tributos a eles relativos. Igualmente, na recuperação judicial, podem ser judicialmente alienados os estabelecimentos cuja venda se faça necessária ao revigoração econômico ou financeiro do empresário em crise, sem qualquer responsabilidade tributária para o adquirente.

...

A finalidade da nova sistemática legal é evitar que a existência de passivos tributários vinculados à exploração do estabelecimento impeça ou embarace a realização do ativo no processo falimentar e a superação da crise na recuperação judicial. A exclusão da responsabilidade do adquirente torna viável o negócio, proporcionando, por um lado, a satisfação dos interesses dos credores, pela obtenção dos recursos financeiros provenientes da alienação, e por outro, a continuidade da exploração do estabelecimento pelo empresário adquirente”.

Deve-se ressaltar que, conforme exposto por Márcia Carla Pereira Ribeiro (RIBEIRO, 2005, p. 43), a lei de recuperação judicial busca privilegiar a manutenção da empresa, procurando preservá-la, na condição de unidade produtiva, pelo que se denota pela redação do artigo 140¹⁴² da referida lei.

Jorge Lobo (2006, p. 144) entende que as alienações de estabelecimentos realizadas em sede de falência livram o arrematante adquirente de quaisquer ônus, gravames e de qualquer obrigação e dívida da sociedade falida, incluindo-se aí as de natureza tributária¹⁴³ e trabalhista.

Há duas formas de reger a transferência do estabelecimento empresarial: as regras previstas no Código Civil, as quais impõem pesados ônus ao adquirente, e as previstas na lei de falências, conforme acima esposado.

¹⁴² “A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I - alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II - alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III - alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV - alienação dos bens individualmente considerados.

§ 1º Se convier à realização do ativo, ou em razão de oportunidade, podem ser adotadas mais de uma forma de alienação.

§ 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro-geral de credores.

§ 3º A alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos.

§ 4º Nas transmissões de bens alienados na forma deste artigo que dependam de registro público, a este servirá como título aquisitivo suficiente o mandado judicial respectivo”.

¹⁴³ Humberto Lucena Pereira da Fonseca (FONSECA, 2003, p. 90) leciona: “Assim, com base nesses três pilares fundamentais – 1) maximização do valor dos ativos da falida; 2) inexistência de prejuízo ao Fisco e aumento de suas garantias; e 3) preservação da empresa – estamos convencidos de que a sucessão tributária é perniciososa a todas as partes envolvidas, inclusive ao próprio Fisco. Nenhuma interpretação da lei pode conduzir a tal absurdo ...”. Nesta mesma linha de raciocínio, Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2001, p. 126) entende que “o arrematante não é responsável tributário. A não ser assim, ninguém arremataria bens em hasta pública, pois estaria sempre sujeito a perder o bem arrematado, não obstante tivesse pago o preço respectivo”.

Com isso, os nefastos efeitos oriundos da determinação contida no artigo 1146 do Código Civil não serão aplicados em casos de transferência de estabelecimento empresarial em processos de recuperação judicial e falência, o que é salutar para que sejam mantidos e prestigiados o princípio da preservação da empresa e o desenvolvimento nacional¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Neste sentido, tratando da sucessão tributária em processos de falência, Humberto Lucena Pereira da Fonseca (2003, p. 93) prega que “parece-nos suficientemente demonstrado que a exclusão da sucessão tributária em hasta pública no curso de processo de falência contribui para o desenvolvimento nacional, ao ensejar maior agregação de valor à empresa falida a ser vendida e promover a continuação da atividade econômica. Os benefícios ao desenvolvimento nacional estão na manutenção e possível criação de empregos, aumento das riquezas produzidas no País, no aumento de arrecadação e no estímulo a investimentos internos e externos”.

CAPÍTULO IV - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

IV. 1 – FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

De acordo com Orlando Gomes (GOMES, 1999, p. 4): “o *contrato* é uma espécie de *negócio jurídico* que se distingue, na *formação*, por exigir a presença pelo menos de duas *partes*.”

Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior (RIBEIRO, GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 128) fazem interessante colocação no que diz respeito ao contrato: “O contrato é uma forma de limitação da liberdade das partes, uma vez que prescreve direitos e impõe deveres, permanecendo a questão do porquê os contratantes aceitarem essas restrições”.

Com o advento do Código Civil de 2002, foram normatizados dois princípios, quais sejam, o da boa-fé objetiva¹⁴⁵ e o da função social do contrato.

Segundo a maior parte da doutrina, tal normatização fez com que outros princípios fossem mitigados, como por exemplo, o da força obrigatória dos contratos, posto que a função social do contrato tenderia a levar à relativização dos pactos. Com isso, o *pacta sunt servanda* já não seria mais absoluto.

Todavia, entendemos que a questão envolvendo o princípio da função social dos contratos não deve ser enfocada desta forma.

¹⁴⁵ Paulo Nalin (NALIN, 2001, p. 130/131) faz interessante digressão sobre a contradição da definição de boa-fé objetiva: “Surge a contradição na própria definição de boa-fé objetiva, enquanto unanimemente proclamada pela doutrina nacional como *standard* jurídico e o uso pouco refletido da abstrata figura do homem médio ou do bom pai de família, empregada para fins de interpretação do comportamento contratual dos sujeitos... O *standard*, baseado no bom pai de família, conforme apontado pela autora supra, é de origem indiscutivelmente européia, encontrando projeções, também, no sistema do *commom law*, o que, numa primeira análise, focada a realidade latino-americana, pode se mostrar artificial, descompromissando o Poder Judiciário da investigação material das desigualdades sociais, visando superá-las... Ora, cabe indagar, quem é o bom pai de família? Figura abstrata, que remete o intérprete ao homem médio da sociedade... Mas o homem médio da sociedade brasileira, certamente, não é o mesmo sujeito descrito pelo sistema germânico e, tampouco, o concebido pelo *commom law*, que pode inclusive, naqueles países do Primeiro Mundo, ser fruto da mesma classe social do julgador. Nosso homem médio, por outro lado, é um sujeito inidentificável, ante as flagrantes distorções de um sistema econômico que nos lança um rol de países com a pior distribuição de renda do mundo”.

Antigamente¹⁴⁶, muito se pregava a respeito da autonomia da vontade na realização dos contratos, e qual seria seu alcance prático.

Tal alcance ocorria quando as partes pactuavam sua relação contratual com observância à lei, sendo que o que não era vedado, era permitido. Além disso, a autonomia da vontade tinha o limitador na realização do contrato sem qualquer vício, para que suas disposições fossem válidas perante o ordenamento jurídico.

A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná vem reiteradamente decidindo¹⁴⁷ que as cláusulas pactuadas entre as partes devem ser mantidas e respeitadas, salvo se houver algum vício de consentimento.

Neste sentido, vale citar parte da ementa do julgado na Apelação Cível nº 0386932-1, proferido pelo citado Tribunal, da lavra do Desembargador Luiz Sérgio Neiva de L. Vieira, julgado em 04/12/2007, a qual versa: “Revisão dos preços dos lotes ante a caracterização de lesão - Impossibilidade de alteração de valor de imóvel originariamente pactuado, pelo Poder Judiciário - Ausência de lesão aos adquirentes no valor livremente ajustado - Inocorrência de vício de consentimento”.

Fazendo-se uma análise da tendência de julgamento em todas as Câmaras Cíveis do TJPR¹⁴⁸, pode-se concluir que as decisões variam entre o respeito ou não ao *pacta sunt servanda*.

A 1ª Câmara Cível entende que a autonomia das partes deve prevalecer na contratação, sendo que o contrato faz lei entre as partes e deve ser cumprido.

A 2ª, 3ª e 5ª Câmaras Cíveis pregam a necessidade de relativização das cláusulas pactuadas, quando se tratar de relação de consumo, devendo-se manter a obrigatoriedade do contrato nas demais classificações.

Já a 4ª Câmara Cível reza que deve-se manter o que foi livremente pactuado entre as partes, em observância ao princípio do *pacta sunt servanda*, mormente

¹⁴⁶ Como no Código Civil de 1916.

¹⁴⁷ Conforme alguns dos julgados da citada Câmara, tais como: Apelação Cível 0386932-1, tendo como relator o Desembargador Luiz Sérgio Neiva de L. Vieira. Julgado em 04/12/2007; Apelação Cível 0465106-3, tendo como relatora a Desembargadora Ana Lúcia Lourenço. Julgado em 18/03/2008; Agravo de Instrumento 0699592-2, tendo como relator o Desembargador Antônio Demeterco Júnior. Julgado em 15/05/2007; Apelação Cível 0524793-2, tendo como relator o Desembargador Antônio Demeterco Júnior. Julgado em 14/04/2009; Apelação Cível 0513881-0, tendo como relator o Desembargador Antônio Demeterco Júnior. Julgado em 24/03/2009; Apelação Cível 0422158-3, tendo como relator o Desembargador Ruy Francisco Thomaz. Julgado em 17/07/2007; e Apelação Cível 0513881-0, tendo como relator o Desembargador Antônio Demeterco Júnior. Julgado em 24/03/2009; Apelação Cível 0508815-3, tendo como relator o Desembargador Guilherme Luiz Gomes. Julgado em 20/01/2009. Disponível em <<http://www.tj.pr.jus.br>>. Acesso em 22/Mai/2009.

¹⁴⁸ Os dados foram coletados no site do Tribunal (www.tj.pr.gov.br).

quando a parte não logra comprovar o vício ou prejuízo advindo de sua observação e aplicação nos contratos celebrados.

Por sua vez, a 6ª Câmara Cível segue a tendência da maioria da doutrina atual, admitindo a mitigação do princípio do *pacta sunt servanda*, tanto com base nas disposições do Código de Defesa do Consumidor quanto com fundamento nos princípios que regem os contratos em geral, previstos na legislação civil, como é o caso dos princípios da boa-fé, da lealdade contratual e da função social do contrato.

A 8ª Câmara Cível decide por flexibilizar as cláusulas contratuais apenas em contratos de consumo.

Já a 9ª Câmara Cível admite que o princípio do *pacta sunt servanda* continua a existir na relação entre particulares. Porém faz a ressalva de que tal princípio não mais atende às exigências e aspirações da sociedade atual, acrescentando que, de acordo com o que dispõe o art. 6º¹⁴⁹ do Código de Defesa do Consumidor, é permitida a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais para as partes contratantes, devendo o Judiciário intervir nas relações em busca do equilíbrio contratual e satisfação dos interesses das partes contratantes, relativizando o princípio do *pacta sunt servanda*.

Essa também é a tendência da 10ª e 11ª Câmaras Cíveis, que entendem que o Judiciário deve intervir nas relações em busca do equilíbrio contratual e satisfação dos interesses das partes contratantes, relativizando o princípio do *pacta sunt servanda*.

¹⁴⁹ “São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

A 12ª Câmara Cível decide no sentido de que o princípio da força obrigatória dos contratos - *pacta sunt servanda* - deve ser mitigado, permitindo-se às partes discutir cláusulas e reclamar revisões, de modo a garantir a boa fé e o equilíbrio contratual, em qualquer espécie de contratos.

Já a 13ª Câmara Cível do TJPR entende que o princípio do *pacta sunt servanda* ainda subsiste e é importante, mas deve ser relativizado diante dos hodiernos princípios contidos na Carta Magna e no Código Civil, visando ao interesse social e à proteção do cidadão contra as cláusulas abusivas e excessivamente onerosas contidas nos contratos.

Por sua vez, a 14ª Câmara Cível versa que o princípio da obrigatoriedade dos contratos deve ser mitigado quando visar-se à redução da onerosidade ao contraente no contrato de adesão, a fim de guardar a equidade entre as partes contratantes.

A 15ª Câmara Cível reza que, em observância ao *pacta sunt servanda* e da autonomia contratual, é de se preservar o pactuado pelas partes, considerando a livre escolha e autonomia dos contratantes referente aos valores a serem fixados, desde que não abusivos ou ilegais.

A 16ª Câmara Cível prega que, se os contratos possuem taxas ilegais e abusivas, estas não devem permanecer, devendo-se intervir para alcançar o equilíbrio contratual entre as partes, relativizando o princípio do *pacta sunt servanda*.

Já a 17ª Câmara Cível versa que o princípio da obrigatoriedade dos contratos deve ser aplicado, caso não haja ilegalidade ou abusividade no momento de sua pactuação.

Por sua vez, a 18ª Câmara Cível decide no sentido de que os contratos devem ter suas cláusulas flexibilizadas, quando se tratar de relação de consumo.

Por fim, a 19ª Câmara Cível entende que o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser relativizado, de modo que os contratos que contenham cláusulas abusivas devam ser revisados, a fim de não onerar excessivamente as partes menos favorecidas.

A liberdade de contratar estará presente desde que seja observada a boa-fé¹⁵⁰ entre as partes.

¹⁵⁰ Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior (RIBEIRO, GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 22) entendem que a boa-fé, no campo dos negócios, está relacionada ao desenvolvimento do mercado.

Apesar de estar normatizada, a função social dos contratos não deve ser motivo para modificações em qualquer espécie de pactos realizados autônoma e livremente, salvo em algumas exceções.

Existem várias espécies de contratos, tais como contrato de trabalho, bancário, administrativo, etc. Com isso, estes instrumentos não podem ser analisados como se possuíssem princípios idênticos.

Seguindo o exemplo acima, um contrato de trabalho deve ser interpretado de forma diversa a um contrato bancário. Por sua vez, este deve possuir uma interpretação distinta da de um contrato administrativo, e assim por diante.

Em outras palavras, os resultados destas interpretações, com base em suas funções sociais, levam a resultados diversos.

Na hipótese de haver um contrato de consumo, para que se atinja a função social, deve haver a flexibilização das obrigações assumidas pelo consumidor¹⁵¹.

O consumidor deve ser compreendido como o hipossuficiente¹⁵² na relação de consumo. Em conformidade com Ada Pellegrini Grinover e os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor (GRINOVER, 2000, p. 28):

“O traço marcante da conceituação de ‘consumidor’, no nosso entender, está na *perspectiva* que se deve adotar, ou seja, no sentido de se considerar como *hipossuficiente* ou *vulnerável*, não sendo, aliás, por acaso, que o mencionado ‘movimento consumerista’ apareceu ao mesmo tempo que o sindicalista, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, em que se reivindicaram melhores condições de trabalho e melhoria da qualidade de vida, e, pois, em plena sintonia com binômio ‘poder aquisitivo/aquisição de mais e melhores bens e serviços’”.

Quando se fala em “hipossuficiência”, deve-se ter em mente a vulnerabilidade técnica do consumidor do produto ou do serviço.

¹⁵¹ Nesta hipótese, a função social dos contratos somente será alcançada mediante a flexibilização do princípio da força vinculante.

¹⁵² Ou vulnerável. Neste sentido, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior (2009, p. 209) entendem que o consumidor é vulnerável por ser atingido de forma direta por duas falhas existentes no mercado, quais sejam, a existência do poder econômico e a assimetria de informação.

Já quando se tratar de um contrato celebrado entre dois empresários¹⁵³, no exercício de suas atividades empresariais, não é possível a aplicação dos princípios empregados na interpretação de contratos oriundos de relações de consumo.

Em outras palavras, não será possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a fim de equiparar-se as partes empresárias que procederam a uma avença¹⁵⁴.

A atividade empresarial depende de crédito. Neste caso, se houver a flexibilização das cláusulas contratuais, criar-se-á uma dificuldade no recebimento dos créditos, e, conseqüentemente, uma diminuição considerável na concessão dos mesmos. Também haverá aumento na taxa de juros, posto que a flexibilização na interpretação dos contratos elevará o risco aos credores, bem como tornará menor a oferta de crédito no mercado.

A variação contratual nos contratos empresariais não é interessante, pois, para que as partes contratantes possuam alguma garantia de que as cláusulas pactuadas serão cumpridas, deve ser garantida a segurança jurídica, a certeza, a estabilidade e a previsibilidade.

Caso haja a flexibilização das cláusulas firmadas em um contrato empresarial, a economia e a sociedade terão uma perda, sendo que o mercado também sofrerá conseqüências negativas.

Ainda, os empresários, via de regra, não podem ser considerados hipossuficientes. Isso porque não se concebe que o empreendedor, no exercício de sua atividade empresarial, não compreenda e não possua conhecimento sobre uma obrigação assumida contratualmente¹⁵⁵.

Diante disso, entendemos que, ao contrário dos contratos de consumo, o pacto entre empresários deve ser interpretado de forma rígida, com total respeito ao

¹⁵³ Os pactos realizados entre empresários são chamados de contratos empresariais, os quais merecem ser tratados de forma especial, visto à sua especialidade e a quem são destinados.

¹⁵⁴ Como por exemplo, na hipótese de uma grande empresa que adquire um produto de uma micro empresa, justamente porque não se poderá alegar a vulnerabilidade técnica daquela.

¹⁵⁵ Caso não haja compreensão de alguma cláusula, ou mesmo do contrato como um todo, o empresário deverá contratar um advogado para que sejam esclarecidas suas dúvidas. O que não se pode conceber é que o empreendedor socorra-se do judiciário, para discutir e flexibilizar cláusulas e contratos os quais foram firmados com a concordância e entendimento de ambas as partes, sem qualquer vício. Neste sentido segue o escólio de Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior (2009, p. 213): “Considerando a profissionalidade dos agentes, não seria demais posicionar-se no sentido de que é inerente ao contrato a obrigação de que cada empresário diligencie no sentido de obter toda a informação possível. Se assim não agiu, deverá arcar com o prejuízo daí decorrente, pois faz parte do próprio risco do negócio”.

pacta sunt servanda, desde que firmados sem a presença de qualquer vício de consentimento.

Isto porque deve ser garantida a segurança jurídica, não só das avenças realizadas entre empreendedores, nas quais não tenha havido vício de consentimento¹⁵⁶, como também das decisões de nossos tribunais, que devem se pautar na análise do que foi efetivamente contratado, moderando-se na boa fé entre as partes.

Com isso, pode-se afirmar que, para que se atinja a função social dos contratos realizados entre empresários¹⁵⁷, a sua interpretação deve seguir critérios mais rígidos, com total respeito aos pactos realizados, minimizando-se os riscos envolvidos nestas avenças.

Em via de exceção, apenas quando existisse uma diferenciação técnica muito grande entre os empresários é que seria possível a interpretação no sentido de flexibilizar as regras contratuais.

Não raro, empresários criam seus negócios porque estão desempregados, não conseguem uma recolocação no mercado de trabalho, e precisam sustentar a família. Tais pessoas, muitas vezes, são tecnicamente despreparadas, posto que, além de não possuírem vocação para os negócios (entraram neste ramo por real necessidade), não possuem condição de compreender cláusulas e contratos empresariais a contento¹⁵⁸. Somente nestes casos entendemos que seria possível a flexibilização de regras contratuais.

Pelo relatório estatístico que se encontra no site Junta Comercial do Paraná¹⁵⁹, no ano de 2008 foram criadas 53.087 empresas no Estado, sendo 18.904 firmas individuais, 33.002 empresas limitadas, 956 sociedades anônimas, 170 cooperativas e 55 outras formas societárias.

¹⁵⁶ Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior (2009, p. 28) entendem que, nos contratos empresariais relacionados ao exercício da atividade empresarial, os vícios de consentimento que puderem ser superados deverão ser alterados e mantidos, desde que haja equilíbrio dos interesses das partes contratantes. Os autores também versam que o incentivo à manutenção da avença está ligado ao princípio da manutenção da empresa.

¹⁵⁷ Os contratos empresariais possuem função social. Por este motivo, entendemos que, conforme Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior (2009, p. 156), a mesma se justifica quando há uma lacuna no contrato, posto que é impossível redigir-se contratos completos, prevendo toda e qualquer situação.

¹⁵⁸ Somos da opinião que todo empresário necessita de apoio jurídico, não importando o tamanho do seu negócio.

¹⁵⁹ Disponível em http://www.juntacomercial.pr.gov.br/arquivos/File/EmpresasConstituidas_fev.pdf. Acesso em 15/05/2009.

Ato contínuo, pesquisa realizada pela GEM 2008¹⁶⁰ aponta que 32% dos jovens empreendem por necessidade, basicamente em atividades de baixa produtividade, para aumento da renda familiar, buscando no empreendedorismo uma opção de trabalho e de renda, por falta do emprego formal.

Tais dados corroboram a assertiva acima, os quais dão um panorama sobre o perfil das pessoas que criam empresas e se aventuram no arriscado e agressivo mercado competitivo.

IV. 2 – ANÁLISE CRÍTICA DO CONTRATO DE TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

IV. 2.1 – A SUCESSÃO DAS OBRIGAÇÕES DO EMPRESÁRIO

Vimos, quando tratamos dos elementos do fundo de empresa, que o passivo não deveria fazer parte desta universalidade, pelo fato do estabelecimento não ser sujeito, e sim, objeto de direitos.

O empresário, sujeito de direitos, possui um patrimônio, no qual está inserido o estabelecimento¹⁶¹. Ele continua a existir, mesmo se deixar dívidas, sendo que, caso encerre sua atividade empresarial sem a devida liquidação, caberá aos credores o requerimento da falência do empreendedor devedor¹⁶².

A doutrina havia fixado que o passivo não era transferível, ficando os débitos sob a responsabilidade do devedor, posto que as obrigações não são elementos do fundo de empresa¹⁶³.

No entanto, o artigo 1146 do Código Civil de 2002 andou na via contrária, e determinou que as obrigações transmitem-se quando da operação de trespasse.

¹⁶⁰ Tal notícia foi veiculada no site do SEBRAE (www.sebrae.com.br) sob o título: “Jovem brasileiro é o terceiro mais empreendedor do mundo”. Acesso em 15/05/2009.

¹⁶¹ Os quais não se confundem.

¹⁶² Nesta hipótese, o credor poderá requerer a declaração de ineficácia da operação de trespasse, mediante ação revocatória.

¹⁶³ Exceção se faz aos débitos trabalhistas e tributários, consoante esmiuçado no presente trabalho.

Conforme exposto no presente trabalho, o artigo L 141-5 do Código Comercial francês prevê que o passivo não se transmite ao adquirente, quando do trespasse.

Na Itália, o artigo 2560^o do Código Civil andou na mesma linha do previsto na França, estipulando que os débitos não se transmitem quando há transferência do estabelecimento empresarial, caso os credores concordem com tal estipulação.

Portugal também utilizou-se do mesmo caminho, e também não há a transmissão das obrigações empresariais ao adquirente.

Já o artigo 152 do Código de Comércio venezuelano rege que, caso sejam seguidas as determinações relativas à publicidade da operação de trespasse do fundo, o adquirente não responde pelos débitos contraídos pelo alienante.

Por sua vez, o artigo 529 do Código de Comércio da Colômbia prevê que o alienante ficará responsável pelos débitos não contabilizados, sendo que o adquirente somente responderá solidariamente com aquele por estes débitos caso tenha agido de má-fé quando da realização da referida operação.

Observa-se que os países acima citados procuraram prestigiar o princípio da preservação da empresa.

Em nosso ordenamento jurídico o retrocesso é claro, na medida em que os débitos contraídos não são imputados ao estabelecimento, mas sim ao empresário. O adquirente é diretamente prejudicado pela assunção do passivo.

Neste sentido, também é prejudicial a assunção dos débitos em razão de que, não raro, o adquirente poderá se deparar com obrigações que sequer tinha conhecimento, mas que autorizam o pedido de declaração de ineficácia da operação de trespasse por algum credor insatisfeito, desde que o disposto no artigo 1145 do Código Civil não tenha sido observado.

Fica clara a intenção do legislador em proteger os credores do alienante. Todavia, e pelos motivos expostos acima, deveria haver a concessão de segurança jurídica também às partes envolvidas no trespasse.

E é justamente esta falta de segurança que desestimula a realização da operação, criando obstáculos ao desenvolvimento de empresariedade.

A proteção ao credor é tanta que se pode concluir que o legislador partiu da premissa de que o trespasse, além de pressupor a má-fé por parte tanto do alienante

quanto do adquirente, é uma operação maléfica que traz apenas prejuízos, tanto à economia quanto à sociedade.

Entendemos que tal operação deveria ser incentivada, justamente para evitar a liquidação e privilegiar o princípio da preservação da empresa. No entanto, pela legislação em vigor, não é o que acontece.

Neste caminho, vale citar o entendimento de Fábio Tokars (2006, p. 185):

“Assim, no tocante à delimitação do bem juridicamente tutelado, pode-se concluir que o legislador, quanto à sucessão do passivo por parte do adquirente, além de vislumbrar unicamente os interesses dos terceiros credores, olvidou-se daquele que deveria ser incentivado para a possibilitação deste negócio jurídico, que é o empresário adquirente. Dá-se a entender, por esta via e por outros aspectos que ainda serão abordados, que se partiu da premissa de que a compra e venda de estabelecimento empresarial se constitui em uma operação nociva à economia, que deve ser evitada ao máximo, enquanto, em realidade, se trata de modalidade negocial que deveria ser incentivada, como forma de efetivação do princípio da preservação da empresa, concedendo ao empresário que deseja encerrar suas atividades uma opção mais atraente do que a simples liquidação, com todos os prejuízos econômicos daí decorrentes”.

A lei, como atualmente regula a matéria, é um fator desestimulador para a aplicação do trespasse: ao alienante, porque encontrará dificuldades na realização da venda do estabelecimento; ao adquirente, porque pensará duas vezes antes de adquirir um fundo de empresa com todas as obrigações e o passivo, que, via de regra, são deveras altos.

Com isso, o que se estimula é a liquidação da empresa, visto os pesados ônus que a legislação impõe às partes contratantes, além de relegar o princípio da preservação da empresa a segundo plano.

Concordamos com a opinião de Fábio Tokars (2006, p. 186), quando este conclui que a norma que prevê a sucessão do passivo em operações de trespasse somente traz efeitos jurídicos em sentido negativo.

O legislador protegeu demasiadamente o credor nesta determinação legal, a qual gerará um desestímulo para a realização da operação de trespasse. Deveria haver um estímulo ao empreendedor, para que este desenvolvesse novas atividades empresariais, gerando empregos diretos e indiretos, recolhimento de tributos e maior nível de negócios no mercado. Mas a determinação legal atualmente em vigor

desestimula a realização da referida operação, fato que criará prejuízos econômicos ao mercado, e, por conseqüência, para toda a sociedade.

Os credores já dispõem de inúmeros remédios judiciais para cobrar seus créditos, sendo que ainda foi criada mais esta alternativa, a qual, pondere-se, irá fazer com que a operação de trespasse de estabelecimento empresarial seja desestimulada.

Isso ocorre porque os débitos contraídos são imputados ao empresário que assume o fundo, e não ao estabelecimento.

Deveria haver o incentivo legal para que a operação em comento fosse segura também para as partes contratantes, para que se desenvolvesse a atividade econômica em nosso país. Mas, da forma como está regulada a questão, tem-se a impressão de que o legislador entendeu a referida operação como nociva para a economia, e procurou desestimular a sua realização. Tal operação deveria ser estimulada, para que toda a economia e a sociedade ganhassem com a sua realização, preservando-se a empresa, e garantindo-se ao empreendedor a exploração da atividade economicamente organizada.

IV. 2.2 – A DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DA OPERAÇÃO DE TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Antes da vigência do Código Civil de 2002, era possível a declaração de ineficácia da alienação do fundo, perante a massa falida, em algumas situações, conforme artigo 52, inciso VIII do Decreto-lei nº 7.661/1945 (atual artigo 129, inciso VI, da lei 11.101/2005).

Já após a entrada em vigor do atual Código Civil, há a possibilidade de os credores pleitearem a declaração de ineficácia do trespasse, conforme redação do artigo 1145.

Tal artigo teve ampliado o campo de aplicação da declaração de ineficácia, em relação à disposição falimentar.

Conforme exposto no capítulo III, seção 6, o devedor poderá se eximir desta conseqüência jurídica caso consiga demonstrar uma das três hipóteses seguintes,

quais sejam: a) se comprovar que todos os credores foram pagos; b) que o alienante possui bens suficientes para honrar suas obrigações e seus débitos; e c) que os credores não se opuseram ao trespasse, após devidamente notificados.

Com isso, o adquirente deverá exigir do alienante a demonstração documental de pelo menos uma das três hipóteses acima mencionadas, sob pena de ter declarada a ineficácia da operação de trespasse por algum credor insatisfeito à procura de seus direitos.

Ocorre que, da forma como está regulada a matéria, pressupõe-se que as partes estão com má-fé quando realizam a operação. Também se parte do princípio que a alienação do fundo está se dando de maneira fraudulenta.

Deve-se salientar que a ninguém é lícito argumentar desconhecimento da lei. Mas não é menos certo que a quase totalidade dos empreendedores brasileiros desconhece a possibilidade da declaração de ineficácia da operação de trespasse, caso algumas das hipóteses acima ventiladas não tenham sido observadas.

Ainda, mesmo que alguma das hipóteses que excluiriam o risco de declaração de ineficácia do trespasse fosse tomada, pergunta-se: as partes podem realmente ficar serenas, sem temor de que ocorra a declaração de ineficácia?

Entendemos que em duas das três hipóteses acima mencionadas poderá haver problemas.

A primeira delas seria a comprovação de que todos os credores existentes na época da transferência do estabelecimento empresarial foram pagos. Em um processo de falência, tal comprovação seria mais simples, visto que há um quadro geral de credores. Mas, em se tratando de hipóteses extra falência, tal comprovação é mais complicada.

Isso porque, em ações de cobrança movidas contra o alienante, por serem, na maioria dos casos, individuais, não há como se saber quantos credores não pagos podem existir, por tal informação não constar nos autos.

Ainda, existe a possibilidade bastante comum de haver débitos não escriturados pelo alienante, e que, por este motivo, são desconhecidos pelo adquirente.

Estes débitos podem perfeitamente possibilitar ao credor o pedido de declaração de ineficácia do trespasse. Neste caso, pouco importa a demonstração de

boa-fé das partes, posto que o legislador regulou a matéria pressupondo que estas estivessem cometendo uma fraude nestas operações.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2007, pg. 577), ao analisar o artigo 1145 do Código Civil, entende que o nível de risco da declaração de ineficácia do trespasse por credores é significativamente alto, senão, veja-se:

“De fato, a lei deixa ao talante dos credores anuir ou não com o negócio. Assim, é possível que um credor por crédito ainda não exigível oponha-se à operação pelo simples sabor de não concordar ou movido pelo único intuito de recebê-lo prematuramente, antes do vencimento. Ora, uma simples oposição, mesmo desmotivada, torna ineficaz o negócio”.

Saliente-se que o credor insatisfeito pode intentar medidas jurídicas, cabíveis ou não, com a finalidade de obstar a realização do trespasse, ou condicioná-la ao pagamento do seu crédito, fato que eleva o nível de risco da referida operação.

Some-se a isso que credores existentes antes da época do trespasse igualmente podem requerer a temida declaração, o que também é um fator complicador na alienação do fundo.

Veja-se o escólio de Fábio Tokars (2006, p. 192) sobre esta questão:

“Tal excludente, embora tecnicamente de todo equivocada, atua como reforço à conclusão *retro*, no sentido de que somente os credores de obrigações anteriores ao trespasse apresentam legitimidade para intentar a declaração de ineficácia da operação. Afinal, se o requerente é credor anterior, resta logicamente superada a invocação da excludente fundada no pagamento de todos os credores existentes ao tempo do trespasse”.

É cediço que nenhum empresário, via de regra, pensará em adquirir um estabelecimento empresarial se tiver ciência de mais este risco exacerbado.

Com isso, conclui-se que esta regra também desestimula a realização da operação de trespasse de estabelecimento empresarial, o que é maléfico para a economia e para a sociedade.

IV. 2.3 – A PUBLICIDADE DO CONTRATO DE TRESPASSE

O trespasse realizado entre empresários precisa ser arquivado perante o Registro de Empresas, e publicado no Diário Oficial do Estado para que tenha validade perante terceiros. Caso algum dos requisitos acima não seja observado, a operação só terá validade entre as partes contratantes.

O artigo 1144 do Código Civil prevê o requisito de publicidade da transferência do fundo, mas não de validade deste. Esse é mais um fator de concessão da tutela aos interesses do credor, a exemplo dos acima citados, o que também é prejudicial à economia.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2007, p. 573) prega ser excessiva a imposição de publicação da operação de trespasse em órgão da imprensa oficial, já que a função da Junta Comercial é justamente dar publicidade e segurança aos referidos atos¹⁶⁴.

O referido autor (2007, p. 574) ainda destaca que nada justifica a publicação da operação de trespasse na imprensa oficial, entendendo que tal obrigação é um “plus desnecessário”, posto que a intenção primeira desta é tornar a operação conhecida por terceiros.

Ato contínuo, pela redação do artigo 1144, poder-se-ia concluir que o interesse para que ambos os requisitos fossem satisfeitos seria apenas de um dos empresários envolvidos na operação, pelo fato da necessidade da “averbação à margem do registro do empresário”, no singular.

Ainda, poder-se-ia entender que o legislador determinou que tal publicação deveria ser realizada pelo vendedor, ante o interesse sobre o fato jurídico da alienação ser dos credores deste, por estarem sujeitos aos efeitos da referida operação.

Para Fábio Tokars (2006, p. 197), tal entendimento está equivocado, na medida em que o artigo 969, parágrafo único, do Código Civil de 2002, estipula que “a

¹⁶⁴ O doutrinador francês Georges Hubrecht (HUBRECHT, 1976, p. 35) explica que, na França, toda a venda de estabelecimento exige duas publicações, que devem ser realizadas por extrato e por aviso, sem necessidade de maiores detalhes.

constituição de estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede”.

Com isso, conclui-se que o interesse para que aconteça a publicação da operação e o arquivamento no Registro de Empresas é tanto do adquirente quanto do alienante. Isso porque, como vimos acima, a declaração de ineficácia é danosa para ambas as partes.

O artigo 2556¹⁶⁵ do Código Civil italiano prevê a necessidade apenas da averbação do trespasse à margem da inscrição no Registro de Empresas, para que a operação tenha validade perante terceiros.

Ainda, caso ocorra a alienação do estabelecimento, e não se satisfaçam os requisitos previstos no artigo 1144 do Código Civil, em havendo a falência posterior do empresário alienante não será possível a declaração de ineficácia do trespasse, posto que a operação não gerará efeitos perante terceiros.

Nesta hipótese, o estabelecimento integrará a massa falida como um bem que faz parte do patrimônio do empreendedor. A universalidade poderá ser diretamente penhorada, sem a necessidade de propositura de ação revocatória ou de declaração de ineficácia no processo de execução.

Mais uma vez deve ser ressaltado que o artigo 1144¹⁶⁶ gera um excesso de garantias ao credor, em detrimento das partes envolvidas no contrato de trespasse, pelo fato daquele já possuir vários mecanismos legais para ver a proteção de seus direitos, independentemente do atendimento dos requisitos da publicidade.

¹⁶⁵ “I contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese, nel termine di trenta giorni, a cura del notaio rogante o autenticante”.

¹⁶⁶ Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2007, p. 574) informa que foi apresentado à Câmara dos Deputados, pelo Deputado Ricardo Fiúza, um projeto de lei de nº 7.160/2002, o qual acolheu a sugestão do Centro de Estudos de Sociedade de Advogados (CESA), propondo a eliminação da exigência de publicação da operação de trespasse na imprensa oficial. O doutrinador informa também que o referido projeto foi arquivado sem ser apreciado, em razão do término do período legislativo.

IV. 2.4 – A EFETIVIDADE DO CONTRATO DE TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O contrato que rege tal relação jurídica deve se pautar pelos requisitos mencionados nos artigos 421¹⁶⁷ e 422¹⁶⁸ do Código Civil pátrio.

Com isso, indaga-se se o contrato de trespasse de estabelecimento empresarial atinge a função social.

A questão possui dois enfoques que devem ser observados.

Levando-se em conta a necessidade da presença da autonomia privada na realização do referido contrato, e que esta deve se pautar pela liberdade das partes em contratar, sem prejudicar terceiros, que a coletividade não pode ser prejudicada, e que deve estar presente a boa-fé objetiva, então pode-se concluir que o contrato de trespasse de estabelecimento empresarial atinge a função social.

Todavia, deve-se analisar se o contrato em estudo possui efetividade social.

No caso do trespasse de estabelecimento, há várias questões que colocam em xeque esta efetividade.

Um exemplo disso é a assunção, por parte do adquirente, dos débitos contabilizados pelo alienante, mas que, na realidade, também engloba os débitos não contabilizados. Ou seja, o empreendedor irá iniciar a exploração da atividade adquirida, a qual, sabe-se, por si só já é complicada, com um passivo adquirido, o qual, por vezes, não se sabe qual a extensão total.

Ou seja, apenas são trespasados os ônus do negócio, pois quem se desfaz de uma empresa, não raro, é porque já não consegue extrair qualquer bônus dela.

Some-se a isso a disposição legal que versa que o alienante deve possuir em seu patrimônio bens suficientes para solver os débitos, sob pena de declaração de ineficácia. O alienante, na maioria dos casos, não possuirá bens suficientes para pagar os credores do estabelecimento, sendo que qualquer deles poderá requerer

¹⁶⁷ “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹⁶⁸ “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

judicialmente a declaração de ineficácia da alienação havida. Mais um ônus ao adquirente.

Mário Luiz Postiglione (POSTIGLIONE, 2006, p. 114) entende que o negócio jurídico/contrato em comento possui importância na economia de um país, conforme abaixo se denota:

“Neste negócio jurídico em estudo, temos a própria atividade empresarial sendo negociada, de modo que a importância econômica do contrato é evidente na medida em que se negocia a própria empresa. Muito embora haja lacuna legal sobre este instituto, diante da sua relevância econômica, cabe ao direito manifestar-se, regulando e possibilitando a segurança jurídica e a produção de normas uniformes e desenvolvimentistas”.

O autor em tela (2006, p. 116), menciona também que, apesar do atual Código Civil ter tramitado durante mais de 25 anos no Congresso Nacional, tratou de modo superficial algumas questões importantes relativas ao trespasse, tais como a circulação e a transmissão do estabelecimento.

Além disso, o mencionado autor (2006, p. 154) acredita que o instituto é uma alternativa contratual, que pode fomentar a atividade empresarial, bem como preservar empresas, mesmo com todos os ônus que o adquirente deverá suportar, logo após a realização da operação, e no decorrer da atividade econômica.

Isso porque, nestes casos, ocorre o que o autor em comento classificou de “motivação econômica”, que nada mais é do que socorrer-se as empresas cujas dificuldades não consigam ser superadas, sendo que tal motivação, no seu entender, favorece o empresário, bem como os credores (2006, p. 154/156).

Some-se a isso a existência da função econômica da preservação da empresa, sendo que a importância de sua manutenção deverá ser prestigiada e sustentada, até para que haja a possibilidade de solvência das obrigações empresariais, por parte do empreendedor.

Aliás, é interessante citar a opinião do citado autor (2006, pg. 168), *in verbis*:

“Sabe-se que uma empresa ativa representa bem mais do que o instrumento indispensável à circulação de riquezas ou uma gama de interesses

despertados e gerados pelos negócios. Representa a própria segurança da sociedade. O Estado deve ser o precursor do desenvolvimento nacional; não pode manter-se inerte em face dos problemas pelos quais passam as empresas. Cumpre-lhe socorrê-las para que, com possibilidade de saneamento, voltem a exercer as atividades para as quais foram constituídas, colaborando com o desenvolvimento do país e a manutenção da sociedade.”

O Estado não possui mecanismos satisfatórios e eficazes de saneamento das empresas, procurando transferi-los aos empresários.

Neste sentido, os débitos e obrigações são transferidos ao adquirente do estabelecimento, podendo-se afirmar, conforme Marcelo Andrade Feres (2007, p. 59), que os mesmos “mantém uma inerência econômica com este”.

O referido autor entende que a sistemática jurídica do *traspasse* do estabelecimento empresarial tem como base dois valores, quais sejam, a continuação da empresa e a proteção dos credores (2007, p. 101).

Os ordenamentos jurídicos ora dão prevalência a um, ora a outro desses valores, tendo-se no Brasil a prevalência da proteção aos credores.

Tal prevalência prejudica sobremaneira o negócio jurídico em testilha, pois, ao procurar proteger demasiadamente o credor, em detrimento das partes envolvidas no contrato, nosso legislador se esqueceu do fato de que a efetividade social buscada não será alcançada, posto que a preservação da empresa foi relegada a segundo plano¹⁶⁹.

Some-se a isso o fato de que, além dos débitos mencionados acima, o adquirente também assume o passivo trabalhista e tributário, sendo que, neste último, de acordo com a lição de Hugo Barreto Sodré Leal (2007, pg. 352):

“Nos termos do art. 133 do CTN, a responsabilidade do adquirente não se limita ao valor do preço efetivamente pago pelo estabelecimento, ou mesmo ao seu valor de mercado. Segundo o dispositivo legal, o adquirente é responsável, solidária ou subsidiariamente, por valor equivalente à totalidade dos créditos tributários relativos à exploração do estabelecimento, qualquer que seja o seu montante”.

¹⁶⁹ Marcelo Andrade Féres (2007, pg. 111/112) assim entende: “Parece que o Código Civil procede a um progressivo deslocamento das dívidas para a pessoa do adquirente da *azienda*. A vontade final é que a obrigação e a responsabilidade final convirjam no *traspassário*”.

Ou seja, o adquirente despenderá um valor relativo ao preço pago pelo estabelecimento, ficando responsável também pelos tributos porventura devidos pelo alienante, tributos estes que podem ter um montante total maior do que o valor pago pelo estabelecimento.

Para Fábio Tokars, (2006, p. 186) a transferência dos débitos ao adquirente é um fator desestimulador da referida operação.

Já para Marcelo Andrade Féres (2007, p. 113), tal determinação legal trilhou um bom caminho, posto que a transferência dos débitos ao trespasário é consentânea com a realidade econômico-empresarial.

Por sua vez, Idevan César Rauen Lopes (LOPES, 2006, p. 83), entende que, com a efetivação do trespasse, o adquirente poderá por em prática seu projeto de empresa, e chegar a um amadurecimento empresarial mais célere do que se iniciasse do zero.

Ocorre que, não raro, o total dos débitos transferidos ao adquirente é maior do que o preço pago pelo estabelecimento, fato que certamente desestimulará a referida operação.

Ainda, mesmo que se trate de transferência de estabelecimento com saúde financeira, sempre haverá o risco de surgirem débitos desconhecidos pelo adquirente, ou aparecer algum credor insatisfeito requerendo judicialmente a declaração de ineficácia do negócio de trespasse.

Neste diapasão, e conforme visto no capítulo IV, seção II, a possibilidade de o credor poder requerer judicialmente a declaração de ineficácia do trespasse, muitas vezes sem motivo plausível, também é um fator desestimulador da referida operação.

Além disso, o contrato de trespasse também não possui efetividade social, porque a tendência mais forte, com as regras que aí estão, é o fechamento da empresa, com ou sem pedido de falência ou recuperação judicial, o que é prejudicial a toda uma sociedade, e para a economia do país.

A operação de trespasse gera alto custo, e possui um risco exacerbado. Tais fatores desincentivam a utilização deste instituto.

A economia do país sairá perdendo pelo fato deste negócio não ser realizado. Conseqüentemente, a sociedade também terá prejuízos.

Procuramos, no presente trabalho, demonstrar as conseqüências prejudiciais à economia que o trespasse de estabelecimento empresarial possui, da maneira como atualmente é regulado.

A exagerada proteção do credor, aliada a completa inexistência de amparo às partes contratantes, autoriza tal conclusão.

Neste mesmo sentido segue a opinião de Fábio Tokars (2006, p. 204):

“Como resultado tanto da ausência de proteção específica (principalmente dos interesses do vendedor) quanto dos efeitos negativos (impostos ao comprador), surge um quadro em que o negócio jurídico de trespasse de estabelecimento deixa de ser seguro para as partes. Assim, uma operação que no campo empresarial apresenta evidentes vantagens, acaba por ser desincentivada pelo direito brasileiro, em razão do que os empresários que sejam alertados por seus advogados dificilmente realizarão o negócio, com prejuízos econômicos evidentes não somente para as partes envolvidas (que, como é claro, buscarão alternativas à realização de seus objetivos), mas, e principalmente, para a economia em geral, que suportará todos os prejuízos decorrentes do encerramento da atividade empresarial.

Com isso, tem-se que, pela disposição legal atual sobre o tema, a operação de trespasse de estabelecimento empresarial está fadada ao desuso, ante o total desestímulo que as partes certamente terão em realizá-la, diante de tantos ônus e responsabilidades que pesam sob os ombros destas.

Saliente-se que tal operação deveria ser estimulada, a fim de que não houvesse a liquidação da sociedade, o que privilegiaria a economia, o mercado e a sociedade.

Além disso, prestigiar-se-ia o princípio da preservação da empresa, e estimular-se-ia a empresariedade.

Mas, da forma como está regida a matéria, será mais simples ao empreendedor realizar a liquidação do seu negócio, o que, certamente, será maléfico tanto para a economia, quanto para a sociedade, isso porque os empregados serão demitidos, impostos continuarão a não ser pagos, credores não receberão o que de direito, etc, e isso certamente afeta o bem estar social.

Por estes motivos, entendemos que o trespasse de estabelecimento empresarial, da forma como está legalmente disposto, não faz com que haja qualquer efetividade social, por só gerar prejuízos, em qualquer ângulo que se olhe.

CONCLUSÃO

O trespasse de estabelecimento empresarial, da forma como está disposto legalmente, traz muitos ônus e responsabilidades às partes envolvidas, em detrimento dos credores.

Em nosso país, pesados ônus são colocados nos ombros das partes envolvidas na transferência, mormente pela assunção das obrigações empresariais pelo adquirente, e a possibilidade de declaração de ineficácia da operação por algum credor insatisfeito, mesmo que tal débito não tenha sido contabilizado. Exceção se faz nos casos de trespases realizados em falências e recuperações judiciais, conforme demonstrado no decorrer deste trabalho.

Vimos que em alguns países, como França e Portugal, o passivo não é trespasado ao adquirente quando da operação, o que, a nosso ver, estimula a sua realização, além de observar-se e prestigiar-se o princípio da preservação da empresa.

Mesmo com as ressalvas acima, houve um avanço em nossa legislação com a disposição a respeito do estabelecimento empresarial, posto que no Código Civil de 1916 não havia qualquer tratamento, o que fazia com que o trespasse fosse realizado sem qualquer observância aos direitos de terceiros.

Mesmo com os avanços mencionados, entendemos que a legislação deve ser alterada, principalmente no tocante à transmissão do passivo e a possibilidade de declaração de ineficácia. No primeiro caso, deve-se alterar a lei para que as obrigações empresariais não sejam trespasadas ao adquirente, posto que o titular das mesmas é o alienante, como sujeito de direito. No que concerne o pedido de declaração de ineficácia por algum credor insatisfeito, entendemos que a mesma deva ser restringida, ante a existência da possibilidade de credores de débitos não contabilizados usarem desta faculdade legal para tal fim.

Se a intenção for fomentar a operação, entendemos que estas modificações devem ser realizadas, pois, da forma como a legislação atualmente se apresenta, apenas a desestimulará.

Os credores devem ter garantias para recebimento de valores devidos. Mas, nossa legislação pátria já contempla e dá a eles remédios jurídicos para tal finalidade.

Conforme deixamos claro em nosso trabalho, a operação de trespasse de estabelecimento empresarial deve ser estimulada, pois, com isso, empregos serão mantidos, o fisco receberá o pagamento dos impostos, os fornecedores estarão satisfeitos em seus créditos, e os clientes terão a possibilidade de continuar a usufruir dos produtos ou serviços ofertados pelo empreendedor.

Some-se a isso que o princípio da preservação da empresa será observado, evitando-se prejuízos ao mercado e à sociedade.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. ***Da Ação Revocatória***. São Paulo: Leud, 1997, p. 94.

ALARCÃO, Rui de. ***Sobre a transferência da posição de arrendatário no caso de trespasse***. BFD, Vol. XLVII, 1971, p. 26.

AMARO, Luciano. ***Direito Tributário Brasileiro***. Editora Saraiva, 2005, p. 323/324.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. ***Teoria Geral do Direito Comercial - Introdução à Teoria da Empresa***. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 170.

ARAÚJO, Marcelo. ***Jovem brasileiro é o terceiro mais empreendedor do mundo***. Fonte http://www.sebrae.com.br/integra_noticia?noticia=8254560. Acessado em 15/05/2009.

AURELIANO, Nuno. ***A obrigação de não concorrência do trespasante de estabelecimento comercial no direito português***. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV. Coimbra, 2003, p. 731.

BARBOSA, Mário Figueiredo. ***Valor da Clientela no Fundo de Comércio***. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 76.

BARRETO FILHO, Oscar. ***Teoria do Estabelecimento Comercial: Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil***. São Paulo: Saraiva. 1988.

BARROS, Alice Monteiro De. ***Curso de Direito do Trabalho***. São Paulo: LTr. 2008.

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Márcia Carla. ***Curso Avançado de Direito Comercial: Títulos de Crédito. Falência e Concordata. Contratos Mercantis***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed. Vol. II, 2003, p. 99/100.

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Márcia Carla. **Curso Avançado de Direito Comercial: Teoria Geral do Direito Comercial. Direito Societário. Títulos de Crédito. Falência e Recuperação Empresarial. Contratos Mercantis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª Ed. Vol. I e II, 2006.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre.** Rio de Janeiro: Forense. Vol. I, 1959, p. 306.

BRASIL. “Mandado de Segurança – Tributário – IPI – Frete – Lei 7.798/89 – Lei 4.502/64 – Art. 47 do CTN – Compensação – Lei 8.383/91 – Correção Monetária – Prescrição Quinquenal – Filial e Matriz – Estabelecimentos Autônomos – Não cumprimento do *caput* do art. 523 do CPC”. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AMS 2004.61.00.029293-5 – (307839) – 3ª T. – Relª Des. Fed. Cecilia Marcondes – DJE 10.03.2009. Fonte Júris Síntese IOB Mar/Abr de 2009.

BRASIL. “Contrato de Locação - Sucessão de Empresas”. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. ACO 31207-2006 – 4ª. T. - Relator: Sergio Murilo Rodrigues Lemos - DJPR 07-11-2006. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>> Acesso em: 09. Out. 2008.

BRASIL. “Sucessão Empresarial – Conceito e alcance – Empresas prestadoras de Serviço – Arts. 10 e 448 Da CLT”. TRT 9ª R. ACO 00975-2006-664-09-00-0. Rel. Edmilson Antonio de Lima. J. 02.09.2008. Fonte Júris Síntese IOB Mar/Abr de 2009.

BRASIL. “Ação com pedido de reparação de dano material. Cartão de crédito. Vendas. Loja virtual. CDC. Compra contestada. Rede. Ambiente seguro. Estorno de valores”. Apelação Cível 0551775-1. Relator Desembargador José Sebastião Rodrigues Cunha. J. em 12/02/2009. DJE de 09/03/2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 22. Mai. 2009.

BRASIL. “Aquisição de “Carteira De Clientes” – Equivalência ao Fundo de Comércio – Caracterizada a Sucessão Trabalhista”. TRT 2ª R. RO 00948200501502006. 12ª Turma. Relatora Desembargadora Juíza Vania Paranhos. DJSP 15.12.2006. Fonte Júris Síntese IOB Mar/Abr de 2009.

BRASIL. “Sucessão – Inexistência”. Tribunal Superior do Trabalho. RR 510763/1998. Relator Ministro João Oreste Dalazen. J. em 05.11.2003. DJU de 12.12.2003. Fonte Júris Síntese IOB Jan/Fev de 2009.

BRASIL. “Transferência de permissão de uso – Fraude à Execução – Não ocorrência”. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. RO 01716.1996.001.19.00.8. Rel. Juiz Pedro Inácio da Silva. J. 17.12.2002. Fonte Júris Síntese IOB Mar/Abr de 2009.

BRASIL. “Mudança da titularidade de cartório extrajudicial - Responsabilidade - Sucessão Trabalhista”. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 1573/2004-012-01-00. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. J. em 17.09.2008. DJU de 26.09.2008. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em: 08. Out. 2008.

BRASIL. “Recurso - Apelação - Insurgência contra r. sentença que julgou procedente a ação de cobrança contra devedor solvente - Inadmissibilidade - Aplicabilidade do princípio do "pacta sunt servanda e da cláusula de não-transferência de passivo prevista na avanço de alienação de estabelecimento comercial - Recurso improvido”. Apelação Cível 1048143500. Relator Desembargador Roque Mesquita. J. em 12/06/2006. DE 30/06/2006. Disponível em: <<http://www.tjsp.gov.br>> Acesso em: 17. Abr. 2009.

BRASIL. “Trespasse – Cláusula de Não-Restabelecimento – Contrato realizado na vigência do Código Civil de 1916”. Tribunal de Justiça de São Paulo. AP 337.777.4/2-00. 4ª C.Dir.Priv. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani. J. 02.08.2007. Fonte Júris Síntese IOB Mar/Abr de 2009.

BRASIL. “Constitucional. Conflito de Competência. Plano de Recuperação Judicial. Créditos Trabalhistas. Repercussão Geral Reconhecida”. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 583.955-9. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. J. em 19.06.2008. DJE 27. 06.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 17.Jun.2009.

BRASIL. “Concedendo liminar para determinar o sobrestamento da execução provisória em curso perante o Juízo da 13ª Vara do Trabalho de Goiânia, designando o Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes”. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 102048. Relator Ministro João Otávio de Noronha. J. em 14.01.2009. DJE 02.02.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27.Fev.2009.

BRASIL. “Conflito de Competência. 1. Conflito e Recurso. A regra mais elementar em matéria de competência recursal é a de que as decisões de um juiz de 1º grau só podem ser reformadas pelo tribunal a que está vinculado; o conflito de competência não pode ser provocado com a finalidade de produzir, *per saltum*, o efeito que só o recurso próprio alcançaria, porque a jurisdição sobre o mérito é prestada por instâncias (*ordinárias*: juiz e tribunal; *extraordinárias*: *Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal*). 2. Lei de Recuperação Judicial (Lei nº 11.101, de 2005). A Lei nº 11.101, de 2005, não teria operacionalidade alguma se sua aplicação udesse ser partilhada por juízes de direito e juízes do trabalho; competência constitucional (CF, art. 114, incs. I a VIII) e competência legal (CF, art. 114, inc. IX) da Justiça do Trabalho. Conflito conhecido e provido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro”. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 61272. Relator Ministro Ari Pargendler. J. em 25.04.2007. DJE 25.06.2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27.Fev.2009.

BRASIL. “Conflito Positivo de Competência. Vasp. Empresa em Recuperação Judicial. Plano de Recuperação aprovado e Homologado. Execução Trabalhista. Suspensão por 180 Dias. Art. 6º, *Caput* e parágrafos da Lei 11.101/05. Manutenção da Atividade Econômica. Função Social da Empresa. Incompatibilidade entre o

cumprimento do Plano de Recuperação e a Manutenção de Execuções Individuais. Precedente do caso Varig - CC 61.272/RJ. Conflito parcialmente conhecido”. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 73380. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. J. em 28.11.2007. DJE 21.11.2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27.Fev.2009.

BRASIL. “Recuperação Judicial. Juízo Universal. Demandas Trabalhistas. Prosseguimento. Impossibilidade.” Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 90504. Relator Ministro Fernando Gonçalves. J. em 25.06.2008. DJE 01.07.2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27.Fev.2009.

BRASIL. “Apelação Cível - Revisional de Contratos c/c Pedido de Tutela Antecipada - Compromissos de Compra e Venda de Lote Urbano com mesma clausulação - Contratos de Adesão - Litisconsórcio - Diferença das Avenças meramente em relação à metragem e ao valor dos imóveis - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Autorização do Depósito das Parcelas Vencidas e Vincendas - Julgamento Antecipado da Lide - Agravo Retido ante o cerceamento de defesa pela não Produção de Prova Pericial - Sentença - Suficiência de provas - Pedidos parcialmente procedentes - Multa Moratória limitada a 2% sobre o valor da obrigação vencida e não paga - Declaração de nulidade parcial de cláusula rescisória, para que, no caso de resolução contratual, a restituição dos valores adimplidos ocorra em única parcela - sucumbência recíproca, com distribuição proporcional à decisão - Agravo Retido - Reiteração de seu exame em Segundo Grau - Cerceamento de Defesa diante do julgamento antecipado - Não configuração - Livre convencimento motivado do Juiz - Agravo não provido - Apelo - Ausência de preço à vista e de menção a forma de lançamento dos juros - Previsão expressa no contrato - necessidade de subtração do sinal de negócio sobre o valor do imóvel - Não comprovação de modo substancial em relação a todos os demandantes - Meras cópias de Notas Promissórias, inclusive algumas com datas anteriores a celebração dos compromissos - Não caracterização de real pagamento - Exclusão tão-somente de parcela paga pelo Apelante 5, ante juntada de recibo respectivo - Reconhecimento, de ofício, de falta de interesse de agir do Apelante 4 - Extinção do processo sem julgamento do mérito em relação neste ponto - Art. 267, Inc. VI, do CPC - Condenação proporcional em custas processuais e

honorários ao Patrono da Ré - Ressalva do art. 12, da Lei n.º 1.060/50 - Revisão dos preços dos lotes ante a caracterização de lesão - Impossibilidade de alteração de valor de imóvel originariamente pactuado, pelo Poder Judiciário - Ausência de lesão aos adquirentes no valor livremente ajustado - Inocorrência de vício de consentimento - Cláusulas rescisórias abusivas - Análise monocrática - Possibilidade de retenção de taxa de corretagem, se comprovada, e de valor relativo a prestações mensais, a título de aluguel, pelo uso do bem - Valor a ser apurado em eventual fase de liquidação de sentença - Rescisão automática - Possibilidade ante o inadimplemento dos Adquirentes - Apelo parcialmente provido, com redistribuição das verbas de sucumbência”. Apelação cível 0386932-1. Relator Desembargador Luiz Sérgio Neiva de L. Vieira. J. em 04/12/2007. DJ de 07. Mar. 08. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 15. Mai. 2009.

BRASIL. “Apelação Cível. Ação Ordinária. Revisão Contratual. 1- Requerimentos na Apelação que não foram anteriormente pugnados. Impossibilidade de serem analisados. Inovação Recursal. Observância do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. Matéria não conhecida. 2- Alegação de Anatocismo e Ilegalidade de Cláusulas nos Contratos. Teses refutadas. Laudo Pericial que afirma a ausência de Capitalização de Juros. Aplicação do Princípio do 'Pacta Sunt Servanda'. Ilegalidade ou Abusividade não reconhecidas. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos. Recurso parcialmente conhecido, e nesta extensão, desprovido”. Apelação Cível 0465106-3. Relatora Desembargadora Ana Lúcia Lourenço. J. em 18/03/2008. DJ 7592. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 15. Mai. 2009.

BRASIL. “Agravo de Instrumento - Ação de Revisão Contratual - Contrato de Compra e Venda de Imóvel - Pretensão de nova perícia judicial - Descabimento - Contratos firmados que não trazem irregularidades - Negado provimento ao Recurso”. Agravo de Instrumento 0399592-2. Relator Desembargador Antenor Demeterco Júnior. J. em 15/05/2007. DJ 01. Jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 15. Mai. 2009.

BRASIL. “Apelação Cível - Ação de Revisão Contratual e Ação de Consignação em Pagamento - Cerceamento de Defesa - Não ocorrência - Livre apreciação do conjunto probatório pelo Juiz - Provas acostadas aos Autos que são suficientes para o julgamento da lide - Pretendida revisão judicial do preço - Prevalência do valor contratado - Impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário - Aplicação do princípio da "Pacta Sunt Servanda" - Não se evidencia desvantagem exagerada aos Apelantes - Desequilíbrio contratual não verificado - Ação de Consignação de Pagamento - Pretensão de consignar parcelas em valor inferior ao previsto no contrato - Valor obtido através de cálculo produzido unilateralmente pelo comprador - Impossibilidade - Negado provimento ao Recurso - Sentença mantida”. Relator Desembargador Antenor Demeterco Júnior. J. em 14/04/2009. DJ 11. Mai. 2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 22. Mai. 2009.

BRASIL. “Apelação Cível - Ação de Revisão de Contrato c/c Tutela Antecipada - Pretensão de alteração unilateral - O preço do imóvel é elemento sujeito à livre negociação das partes - Arrependimento - Ausência de vício de consentimento - Não foi verificada ofensa ao CDC - Honorária minorada - Provimento parcial ao Recurso”. Relator Desembargador Antenor Demeterco Júnior. J. em 24/03/2009. DJ 04. Mai. 2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 22. Mai. 2009.

BRASIL. “Apelação Cível. Ação de Revisão Contratual. Compromisso particular de Compra e Venda de Terreno para pagamento em prestações. Procedência parcial do pedido inaugural. Recurso dos Apelantes/Compradores alegando cerceamento pelo julgamento antecipado da lide. Livre apreciação do conjunto probatório pelo Juiz. Provas acostadas aos Autos que são suficientes para julgar a lide. Inteligência dos arts. 130 e 330, I, ambos do CPC. Pretensão à revisão total do contrato consoante o pedido na inicial. Inadmissibilidade. Sentença que bem analisou esta questão, afastando as cláusulas tidas como onerosas. Cláusula penal compensatória. Redução a patamar justo, de 10% sobre o valor a ser devolvido. Artigos 920 e 924, do Código Civil de 1916. Montante a ser restituído devidamente atualizado com correção monetária, A ser computada desde a data dos pagamentos e juros de mora de 1% ao mês, estes a serem contados da citação. Apelação Cível conhecida e parcialmente

provida”. Relator Desembargador Ruy Francisco Thomaz. J. em 17/07/2007. DJ 31. Ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 22. Mai. 2009.

BRASIL. “Apelação Cível - Ação de Revisão de Contrato c/c Tutela Antecipada - Pretensão de alteração unilateral - O preço do imóvel é elemento sujeito à livre negociação das partes - Arrependimento - Ausência de vício de consentimento - Não foi verificada ofensa ao CDC - Honorária minorada - Provimento parcial ao Recurso.” Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0513881-0. Relator Desembargador Antônio Demeterco Júnior. J. em 24.03.2009. DJ 27.Abr.2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 22. Mai. 2009.

BRASIL. “Apelação Cível - Ação de Revisão de Contrato - Compromisso Particular de Compra e Venda de Imóvel em Prestações - Intenção de revisar o preço de venda dos imóveis, para adequá-los a valor atual de mercado - Impossibilidade do Poder Judiciário adentrar nessa questão - Partes que aceitaram comprar os imóveis pelo preço ajustado - Sentença adequadamente fundamentada - Sucumbência - Parcela mínima do pedido - Inteligência do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil”. Relator Desembargador Guilherme Luiz Gomes. J. em 20/01/2009. DJ 02. Fev. 2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 22. Mai. 2009.

BRITO, Alexandre Aguiar de. ***A Questão da responsabilidade, por Sucessão “Inter Vivos”, no Contrato de Trespasse.*** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, vol. 120, pp. 128-135.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. ***Tratado de Direito Comercial Brasileiro.*** 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Nobre, 1953.

COELHO, Fábio Ulhoa. ***Curso de Direito Comercial.*** São Paulo: Saraiva. Vol. 1, 1999.

_____. ***Manual de Direito Comercial.*** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71.

_____. **Direitos do consumidor no comércio eletrônico.** Revista do Advogado, ano XXVI, nº 89, p. 32-37, 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro,** Editora Forense, 2007, p. 718.

COLUSSI, Vittorio, ZATTI Paolo. **Lineamenti di Diritto Privato.** Pádova: 1999, p. 705.

COTTINO, Gastone. **Diritto Commerciale.** Vol. I, 3ª Ed., Pádova: 1993, p. 250.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manoel. **Curso de Direito Comercial.** Vol. I, 4ª Ed., Coimbra: 2003, p. 298.

ESTRELLA, Hernani. **Curso de Direito Comercial.** Rio de Janeiro: José Konfino, 1973, p. 255-256.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Direito comercial: empresário, sociedades, títulos de crédito, contratos, recuperações, falência.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

FARACO, Alexandre Ditzel. **CA disciplina no Código Civil dos negócios jurídicos que têm como objeto o estabelecimento empresarial.** Revista de Direito Empresarial (Curitiba), v. 4, p. 129-172, 2005.

FERES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial – Trespasse e efeitos obrigacionais.** São Paulo: Saraiva. 2007.

FERREIRA, Waldemar. **Instituições de Direito Comercial.** São Paulo: Max Limonad. Vol 2, 1956.

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. **Alienação da empresa na falência e sucessão tributária.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (São Paulo), nº 132, p. 87-95, 2003.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: RT, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 4.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Direito comercial apontamentos**. São Paulo: Juruá. 1998. 273 p.

_____. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. 720 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et. al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 6ª Ed. 2000, p. 28.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002..** São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003, p. 129/130.

HUBRECHT, Georges. **Notions essentielles de droit commercial**. Paris: Sirey. 1976, p. 35.

ISFER, Edson. **Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais**. Curitiba: Juruá. 1996, p. 44.

JUNTA COMERCIAL DO PARANÁ. **Relatório estatístico de criação de novas empresas no ano de 2008**. Disponível em http://www.juntacomercial.pr.gov.br/arquivos/File/EmpresasConstituidas_fev.pdf. Acesso em 15/05/2009.

LATELLA, D. **Il divieto di concorrenza dell'alienante, I Trasferimenti di Azienda**. Coordenado por Fabrizio Guerrera, Milano, 2000.

LEAL, Hugo Barreto Sodré. **Responsabilidade tributária na aquisição do estabelecimento empresarial**. São Paulo: Quartier Latin. 2007.

LOBO, Jorge. **Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (São Paulo), v. 144, p. 138-145, 2006.

LOPES, Idevan César Rauen. **Compra de empresas: um bom negócio?**. Revista de Direito Empresarial (Curitiba), nº 5, p. 71-90, 2006.

MAGALHÃES, Barbosa. **Do Estabelecimento Empresarial**. Lisboa: Edições Ática. 1964, p. 151.

MACHADO, Hugo Brito de. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores. 19ª ed., 2001, p. 126.

MAZZAFERA, Luiz Braz. **Curso Básico de Direito Empresarial**. Baurú, EDIPRO, 2003, p. 71/72.

MENDES, Octavio. **Direito Commercial Terrestre**. São Paulo: Saraiva. 1930, p. 337/338.

MESSINETI, Davide. **La tutela dell'avviamento nei suoi aspetti civilistici**. Rivista del Diritto Commerciale (Roma), Gruppo 4º, n 3-4, p. 126-162, 1967.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XV, 1956, p. 371.

MORAIS, Fernando de Gravato. **Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial**. Coimbra: Edições Almedina S/A. 2005.

MOSSA, Lorenzo. ***Diritto Commerciale***. Parte Prima, Milão, Società Editrice Libreria, 1937.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. ***Iniciação ao direito do trabalho***. São Paulo: LTr, 2000, 26ª ed., p. 201.

NALIN, Paulo. ***Do contrato – Conceito pós-moderno***. Curitiba: Juruá, 2001, p. 130/131.

PAES, Tavares. ***Da Concorrência do Alienante do Estabelecimento Comercial***. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 34.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. ***O conceito de “estabelecimento virtual”***. In Revista de Direito Empresarial, Curitiba, nº 9, jan/jun. 2008.

PÉREZ, Pascual Marín. ***Derecho Civil***. Vol I, Madrid: Editorial Tecnos. 1983. p. 135, p. 135.

POSTIGLIONE, Marino Luiz. ***Direito empresarial – o estabelecimento e seus aspectos contratuais***. São Paulo: Manole. 2006.

RACUGNO, Gabriele. ***Conferimento d’azienda e scorporo***. Revista di Diritto Commerciale (Pádova), Anno XCVIII, n. 3-4/5-6, p. 161-177, 2000.

REQUIÃO, Rubens. ***Curso de Direito Comercial 1º Vol***. São Paulo: Saraiva. 25ª ed. 2003.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. ***Empresa, Fazenda Pública e a nova Lei de Recuperação***. Revista de Direito Empresarial (Curitiba), v. 3, p. 25-43, 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Causa do negócio e causa do contrato na compra e venda de estabelecimento empresarial e imóvel - comentário à jurisprudência.** Revista de Direito Empresarial (Curitiba), v. 5, p. 145-158, 2006.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIPERT, G, ROBLOT, R.. **Traité de Droit Commercial.** Paris: 1998, p. 405.

RIVOLTA, Gian Carlo M. **Ragioni dell'impresa e principio di conservazione nel nuovo diritto societario.** Revista di Diritto Civile (Pádova), Anno LIII, n. 4, p. 561-572, 2007.

RODRIGUES, Frederico Viana coordenador. **Direito de Empresa no novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 106.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial: Parte Geral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 225/226.

SAINTOURENS, Bernard. **Actes de commerce, commerçants et founds de commerce.** Revue trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, n.º 2, p. 247-253, 2005.

SAINTOURENS, Bernard. **Actes de commerce, commerçants et founds de commerce.** Revue trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, n.º 2, p. 291-297, 2006.

SAINTOURENS, Bernard. **Actes de commerce, commerçants et founds de commerce.** Revue trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, n.º 3, p. 47-50, 2008.

SAINTOURENS, Bernard. **Actes de commerce, commerçants et founds de commerce**. Revue trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, n.º 4, p. 689-691, 2008.

SANGERMANO, Francesco. **Azienda e divieto di concorrenza in agricoltura: riflessioni critiche per una modifica dell'art. 2557Cod. Civ.** Rivista del Diritto Commerciale (Roma), Ano XCVI, n. 9-10/11-12, p. 787-807, 1998.

SANTOS JÚNIOR, E. **Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial**. As operações comerciais. Coimbra. 1988, p. 437.

SCOGNAMIGLIO, Giuliana. **Sulla "circolazione" dell'azienda per scissione**. Rivista del Diritto Commerciale (Roma), Ano XCIX, n. 9-10/11-12, p. 443-489, 2001.

SCHMIDT, Karsten. **Derecho Comercial**. Buenos Aires. Editorial Ástrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1997, p. 78/79.

TOKARS, Fábio Leandro. **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: LTR. 2006.

_____. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: LTR. 2007, p. 432.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Lei de Falências – Alienação de estabelecimento da concordatária**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (São Paulo), v. 128, p. 275-286, 2002.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Milão: Francesco Villardi, Vol. III, 5ª ed., n. 839, 1935, p. 2.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)