



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 4

DIREITO COMERCIAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 4

Fábio Ulhoa Coelho

Marcus Elidius Michelli de Almeida

São Paulo

2018

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO COMERCIAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO COMERCIAL | ISBN 978-85-60453-44-3

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo IV (recurso eletrônico)
: direito comercial / coords. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida -
São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Marcelo Andrade Féres

INTRODUÇÃO

Nas origens do direito comercial (ou empresarial, como preferem alguns doutrinadores), predominavam os comerciantes individuais, sendo reduzido o número de sociedades. Aqueles sujeitos iniciavam atividades mercantis e, conforme suas aptidões político-sociais, ingressavam nas corporações de ofício, onde mantinham intenso contato com seus pares. Tratava-se da fase normalmente admitida como inicial do direito mercantil, de fortes traços consuetudinários.

Mesmo após a assunção desse ramo jurídico pelo Estado, tendo como marco mais evidente o *Code de Commerce* da França, de 1807, os comerciantes continuaram a protagonizar no cenário das atividades econômicas. Com o código gaulês, passou-se aos atos de comércio como pedra angular do direito comercial.

Para o exercício de sua vida negocial, o comerciante aglomerava bens que lhe eram necessários. A tal conjunto de bens o Direito atribui o título de estabelecimento (*azienda*). Contudo, em certos episódios, a realidade mercantil, a conveniência econômica, ou mesmo circunstâncias pessoais do comerciante impunham-lhe – assim como até hoje impõem – a transferência do estabelecimento a outro sujeito, fosse este comerciante iniciado ou pessoa que desejasse principiar uma atividade econômica.

Portanto, junto com as primeiras disciplinas sobre o estabelecimento, surgiu a regulação de sua alienação, nomeadamente na sua modalidade onerosa, ou seja, o trespasse,¹ para, mais tarde, ter lugar o desenvolvimento técnico das sociedades e das operações que as envolvem. A propósito, Giuseppe Castelli-Avolio, citando Alberto Marghieri, assinala que o estabelecimento foi o primeiro marco miliário do caminho que

¹ Alguns doutrinadores entendem que o trespasse constituiria gênero referente a toda e qualquer forma de alienação do estabelecimento, como, por exemplo, a doação, a sucessão *mortis causa* etc. Nesse sentido, encontra-se, entre outras, a lição de Jorge Manuel Coutinho de Abreu (*Da empresarialidade: as empresas no direito*). Contudo, para este trabalho, o trespasse é compreendido como o contrato pelo qual se transmite, a título oneroso, o estabelecimento empresarial.

as energias capitalísticas e do trabalho estavam destinadas a percorrer.²

Hoje, o trespasse do estabelecimento continua sendo um negócio jurídico muito comum. Não menos frequentes são os casos de transferência de parcela de seus elementos.

Em resposta aos anseios sociais, o direito estrangeiro cuidou de normatizar a matéria. Por exemplo, o Código Civil italiano, de 1942, regula o estabelecimento e a sucessão empresarial, com especial atenção às consequências do trespasse sobre contratos (art. 2.558), créditos (art. 2.559) e débitos (art. 2.560).

No Brasil, os efeitos obrigacionais do trespasse assumiam, antes do Código Civil de 2002, papel extremamente relevante na praxe empresarial, embora pouco explorado pela doutrina, principalmente no que toca à chamada sucessão. Essa relevância justificava-se, sobretudo, pelo então contexto de inexistência de normas especiais.³

Competia, assim, à doutrina e à jurisprudência a elaboração das hipóteses, das formas e dos limites dos efeitos obrigacionais da aquisição do estabelecimento (*azienda*). Vale mencionar que, isoladas e insuficientes, existiam, tão-somente, algumas disposições na antiga Lei de Falências (art. 2º, V e art. 52, VIII), referentes a direitos dos credores quando da venda do estabelecimento, sem prévia anuência.

Alguns ramos do direito nacional já tinham alcançado o assunto. A lei trabalhista, ao atribuir a qualidade de empregador à empresa e garantir a preservação dos direitos dos empregados (arts. 10º e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho), propiciou, obliquamente, que a jurisprudência sedimentasse a sucessão passiva nos créditos dessa natureza. Por sua vez, a legislação tributária, como corolário das limitações constitucionais ao poder de tributar, de maneira mais precisa, estabelece as hipóteses de responsabilidade do sucessor, em virtude de aquisição de estabelecimento empresarial

² CASTELLI-AVOLIO, Giuseppe. *L'azienda commerciale: nelle teorie e nella pratica del diritto*, p. XV.

³ A propósito da importância do tema, antes do Código Civil, vale lembrar Mauro Delphim de Moraes, que assevera: “[u]m dos negócios mais constantes, nos dias de hoje entre nós, é o trespasse do estabelecimento comercial, acompanhado da transferência de seus créditos, débitos e contratos, fato este que corrobora as posições acima expostas. No entanto, embora a prática desses negócios esteja de acordo com o direito moderno, com ressalva apenas à cessão de créditos, em relação à qual há normas de direito positivo e doutrina bem definida, nada existe em nosso direito disciplinando a cessão de débitos, obrigações e contratos, além do que pouco se tem escrito sobre a mesma. Essa falta de legislação, carência de entendimentos doutrinários acarretam problemas, dúvidas, às vezes não solucionadas, na celebração de trespasse da *azienda*, acompanhada dos seus débitos, obrigações, contratos; dificultando, inclusive, a realização desse tipo de negócio, obstando por consequência a evolução de nosso Direito Comercial” (MORAES, Mauro Delphim de. *A sucessão nas obrigações aziendais no direito brasileiro*. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 32, v. 17, pp. 17-18).

(art. 133 do Código Tributário Nacional).

Enfim, o Código Civil, Lei 10.406/2002, deu regulamento geral ao fenômeno, dispensando tratamento ao estabelecimento e aos efeitos obrigacionais de sua aquisição; ele regulou a repercussão do trespasse sobre contratos (art. 1.148), créditos (art. 1.149) e débitos (art. 1.146), inovando, radicalmente, o ordenamento pátrio.

No trespasse, há diversos interesses em causa. Primeiramente, o interesse do empresário, titular original da azienda: tem ele o direito de aliená-la, bem como faz jus a uma contraprestação, consistente, principalmente, no pagamento do sobrevalor conhecido por aviamento. Existe, também, o interesse do adquirente do estabelecimento: ele pretende recebê-lo, de maneira que possa continuar a empresa (atividade) desenvolvida por seu antecessor.

Há, ainda, os interesses dos credores do alienante do estabelecimento. No geral, os bens dela integrantes confundem-se com a garantia (patrimonial) dos credores. Portanto, a alienação do estabelecimento pode não se lhes apresentar conveniente, conforme os dados da hipótese da vida.

Essa sobreposição de interesses, que pode ou não se mostrar conflituosa, orienta o legislador no momento da elaboração normativa. Assim, toda e qualquer sistemática jurídica sobre trespasse de estabelecimento edifica-se sobre dois pilares, quais sejam, o da preservação da empresa e o da proteção dos credores.

Igualmente, o Código Civil de 2002 inovou ao regular a empresa, superando os antigos atos de comércio, decorrentes do velho Código Comercial de 1850.

Nesse contexto, o presente verbete traz uma visão panorâmica sobre o estabelecimento empresarial e os efeitos obrigacionais derivados de sua aquisição, o que, afinal, é a principal razão de ser da respectiva regulação normativa.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Noção vulgar de estabelecimento empresarial.....	5
2. Noção jurídica de estabelecimento empresarial.....	6
3. Expressões sinônimas de estabelecimento empresarial	7

4.	Surgimento e evolução do estabelecimento empresarial	9
5.	Conceito de estabelecimento empresarial	13
6.	Natureza do estabelecimento empresarial.....	15
7.	A negociação unitária do estabelecimento (trespasse) e seus efeitos obrigacionais	19
8.	A interdição da concorrência da alienação do estabelecimento.....	30
	Referências	33

1. NOÇÃO VULGAR DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Em grande parte, as categorias do Direito Comercial emergem dos costumes do mercado e, na hipótese do estabelecimento, segue-se essa regra. Antes de ganhar uma significação jurídica, o estabelecimento jaz na consciência comum com um conteúdo próprio.

A noção vulgar é um antecedente necessário de toda ciência. O empirismo em muito pode contribuir, principalmente em seara de balizamento indutivo como a do Direito Comercial.

O *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* aponta o significado de “casa comercial ou industrial” para o significante estabelecimento.⁴ Essa, sem dúvida, é a ideia que a expressão transmite às pessoas em geral.

Assim, a noção vulgar de estabelecimento revela a ideia do local onde o empresário se encontra com a sua clientela. É no estabelecimento que o agente econômico executa sua atividade de produção e distribuição de bens e serviços.

Essa noção geral não traduz o conteúdo jurídico da expressão. Contudo, a noção que se reveste desta última natureza não se divorcia de maneira absoluta daquela comum. Ao contrário, na noção técnica inclui-se a vulgar.

⁴ O *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* prescreve que estabelecimento é: “ato ou efeito de estabelecer(-se) **1** ato de criar, instituir algo; abertura, fundação ‘o e. de sindicatos’ **2** ação de pôr em vigor; instauração ‘o e. de novo método de avaliação’ **3** ato de marcar, fixar ‘e. de limites’ ‘e. de prazos’ **4** instituição pública ou particular **5** casa comercial ou industrial (...)” (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 1.243).

José de Oliveira Ascensão, introduzindo o tema do estabelecimento, assinala que, em Portugal, repetidas vezes, são editadas normas que o vinculam à ideia de casa ou local, o que constitui uma impropriedade técnica, revelando a qualidade de burocratas dos respectivos elaboradores.⁵ Esse equívoco também é comum na legislação brasileira.

2. NOÇÃO JURÍDICA DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Em linhas iniciais, é imprescindível aclarar o significado jurídico de estabelecimento, para que se possa desenvolver este primeiro capítulo.

Francesco Carnelutti, ao escrever para a Revista de Direito Comercial, da Itália, nos idos de 1924, cerca de duas décadas antes do Codice Civile, sobre o valor jurídico da noção da azienda – expressão italiana equivalente a estabelecimento –, afirmava:

“Convém primeiramente considerar os contornos reais do fenômeno. É preciso notar que a nossa palavra é usada com dois significados diferentes. (a) ‘Azienda’ tem o significado de complexo das coisas (instrumentos e mercadorias), que servem ao comerciante para fazer o seu comércio. Esta é a noção comum. (...) (b) Mas a palavra ‘azienda’ é utilizada também para significar fenômeno diverso: precisamente a agregação não daquilo que serve à indústria ou ao comércio, mas daquilo que a isto se liga também por uma relação diversa da relação instrumental; em outros termos, que encontra na própria indústria ou no comércio seu centro ou ponto de referência. A diferença mais evidente entre as duas noções é que na segunda, e não na primeira, compreendem-se os créditos e os débitos relativos à indústria e ao comércio”.⁶

⁵ O doutrinador lusitano exemplifica suas afirmativas, escrevendo: “[a]ssim, o Dec.-Lei 239/86, de 19 de Agosto, aprovou as normas de segurança contra riscos de incêndio a aplicar em estabelecimentos comerciais. Nessas normas, o estabelecimento é definido como ‘a instalação ou instalações afetadas ao exercício de atividade comercial a que o público tenha acesso’ (1.2). O funcionamento fica dependente de certificado de conformidade. O Dec.-Lei 277/86, de 4 de Setembro, institui o cadastro comercial. Reza o art. 1/3: ‘Para efeitos do disposto neste diploma, entende-se por estabelecimento comercial o local onde sejam exercidas as atividades económicas previstas no Dec.-Lei n. 359/85’ (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito comercial: institutos gerais*, p.105).

⁶ No original: “[c]onviene anzitutto rendersi conto dei contorni reali del fenomeno. Giunge subito il momento per notare che la nostra parola è usata con due significazioni differenti. a) Azienda si dice per significare il complesso delle cose (strumenti e merci), che servono al commerciante per fare il suo commercio. Questa è la nozione comune. (...) b) Ma la parola azienda si usa anche per significare un fenomeno diverso: precisamente la aggregazione non di ciò che serve all’industria o al commercio, ma di ciò che a questo si riferisce anche per un rapporto diverso dal rapporto strumentale; in altri termini che

É com esse duplo caráter que o estabelecimento costuma ingressar no Direito, ora revelando o conjunto de bens que o empresário utiliza em sua atividade, ora inserindo nesse complexo também algumas relações obrigacionais.

Rubens Requião, a respeito da noção de estabelecimento, escreve:

“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”⁷ (destaques originais).

Como se vê, a noção jurídica extrapola a limitada realidade contida na significação vulgar de estabelecimento. A ideia do local insere-se na de bens instrumentais do empresário.

Desse modo, retenha-se, por ora, que o estabelecimento é o instrumento utilizado pelo empresário na realização de sua atividade econômica.

3. EXPRESSÕES SINÔNIMAS DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Cada ordem jurídica cunha as suas categorias, às quais também atribui nomes e significados. Mesmo num cenário formado por línguas de origem latina, percebe-se grande diversidade de termos que se referem a ideias similares. O caráter universalista do Direito Comercial concorre, ainda, para que essas expressões ganhem notoriedade além de suas fronteiras originais e, com isso, acaba por ensejar a convivência tanto de significantes diacrônicos quanto sincrônicos para um único significado.

Objetivando intitular o conjunto de bens utilizados pelo agente econômico em sua atividade, o Brasil, em regra, valeu-se da expressão estabelecimento comercial. A título ilustrativo, lembre-se do art. 1º, III, 2ª parte, do Código Comercial de 1850, em que se dispunha: “[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

trova comunque nell'industria o nel commercio il suo centro o punto di riferimento. La differenza più saliente fra le due nozioni è questa, che nella seconda e non nella prima rientrano i crediti e debiti relativi all'industria e al commercio.” (CARNELUTTI, Francesco. Valore giuridico della nozione della azienda commerciale. *Rivista del Diritto Commerciale*, Parte Prima, p. 156).

⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 270.

mercantis”. Ademais, podem ser assinalados os arts. 2º, V, e 52, VIII, da antiga Lei de Falências, em que o estabelecimento era repetido.

Além desse termo, o Código Comercial de 1850 empregava a expressão casa de comércio. O seu art. 75, por exemplo, previa: “[o]s preponentes são responsáveis pelos atos dos feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos, praticados dentro das suas casas de comércio, que forem relativos ao giro comercial das mesmas casas, ainda que se não achem autorizados por escrito”. No caso em particular, parece que a norma deu ênfase ao local, e não propriamente ao conjunto de bens. Trata-se de um daqueles equívocos assinalados por José de Oliveira Ascensão.⁸

Na França, desenvolveu-se a expressão *fonds de commerce*, derivada de *fonds de boutique*. Tal significante migrou para o Brasil, onde figura na legislação. Aponte-se, por exemplo, o art. 133 do Código Tributário Nacional, no qual o fundo de comércio é tratado claramente como expressão sinônima de estabelecimento.

A propósito, essa sinonímia é muito frequente. Embora vários doutrinadores pátrios sejam favoráveis à equivalência jurídica das nomenclaturas, Trajano de Miranda Valverde assevera:

“A sinonímia, porém, só é aceitável no lato sentido, porque, não raro, o fundo de comércio prescinde do lugar onde o comerciante exerce habitualmente a sua profissão, ao qual, entretanto, se prende a ideia de estabelecimento, que serve de critério à lei para a fixação de domicílio”.⁹

Por sua vez, entre os italianos, consagrou-se, inclusive no campo normativo, o termo *azienda*,¹⁰ para revelar aquilo que a ordem brasileira regula como estabelecimento.

Aliás, no direito inglês, o estabelecimento é conhecido pela locução *good will of a trade*, ou apenas *goodwill*.

O Código Civil Brasileiro disciplina o estabelecimento em seus arts. 1.142 e seguintes. A codificação não o qualifica, expressamente, como empresarial, mas, por ter-se amoldado à teoria da empresa, dado o conceito que fornece de estabelecimento, vinculando este à figura do empresário ou à da sociedade empresária, é de melhor técnica

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito comercial: institutos gerais*, p.105.

⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*, p. 69. Além da doutrina citada, a respeito da distinção entre fundo e estabelecimento, é interessante a lição de Paulo de Freitas (RT 315/465).

¹⁰ Apesar de alguns doutrinadores valerem-se da expressão *azienda* como constante da língua portuguesa, ela ainda não figura nos dicionários. Assim, neste estudo, será utilizada em itálico, revelando a sua origem estrangeira.

usar-se a designação estabelecimento empresarial.

Contudo, no desenvolvimento deste estudo, não se prescindirá do manejo das expressões aqui mencionadas como equivalentes.

4. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL¹¹

Pietro Cerami e Aldo Petrucci, historiando o que chamam de Direito Comercial Romano, noticiam a existência da noção de estabelecimento desde a Antiguidade, através da figura da *taberna instructa*. Reportam-se a excerto de Ulpiano, para quem “‘*Instructam*’ autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat. (Assumimos em verdade a *azienda* como um complexo de bens e homens organizados para o exercício da empresa)”.¹²

Comparando a locução latina, *taberna instructa*, com o conceito de *azienda* veiculado pelo art. 2.555 do Código Civil italiano, que mais adiante será estudado, os citados doutrinadores afirmam, *in verbis*:

“A única diferença foi reconhecida na ausência, por outro lado óbvia (se disse), dos *homines* no enunciado da codificação; óbvia, porque a *azienda* romana era fundada essencialmente sobre o trabalho dos escravos, enquanto aquela atual implica antes um feixe de relações de trabalho. A substância, todavia, não muda”.¹³

Sem embargo dessa fonte remota do estabelecimento empresarial contemporâneo, foi precisamente na França que ele se desenvolveu sob os auspícios do *fonds de commerce*.

¹¹ O historiador do Direito Comercial, Jean Hilaire, após apontar que o estabelecimento comercial constitui uma categoria originária e especificamente francesa, pondera sobre a importância do estudo de sua história, afirmando: “[o]r l’histoire est la plus apte à en éclairer les données. Non seulement elle permet de situer le passage de la boutique au fonds de commerce, mais encore en découvrant le processus de formation très pragmatique elle fournit de solides éléments pour porter un jugement de valeur plus assuré sur l’institution contemporaine” (HILAIRE, Jean. *Introduction historique au droit commercial*).

¹² Transcreve-se, a seguir, o trecho de Ulpiano citado e traduzido pelos romanistas: “D. 50,16,185 (Ulp., 28 ad ed.): ‘*Instructam*’ autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat. [*Assumiamo invero l’azienda come un complesso di beni ed uomini organizzati per l’esercizio dell’impresa*]”. (CERAMI, Pietro; PETRUCCI, Aldo. *Lezioni di diritto commerciale romano*, p. 51).

¹³ Tradução livre de: “[l’] unica differenza è stata ravvisata nell’assenza, peraltro ovvia (si è detto), degli *homines* nell’enunciato codicistico: ovvia, perché l’azienda romana era fondata essenzialmente sul lavoro degli schiavi, mentre quella odierna implica piuttosto un fascio di rapporti di lavoro. La sostanza, tuttavia, non muta.” (*Idem*, p. 53).

A propósito, esta expressão sucedeu o anterior *fonds de boutique*, que traduzia apenas os elementos materiais utilizados pelo comerciante em sua atividade. Yves Guyon assinala que:

“A noção de fundo de comércio aclarou-se ao longo do século XIX sob a influência de uma dupla necessidade. De uma parte os comerciantes esperavam poder proteger sua clientela contra o ataque dos concorrentes e dar-lhe a mais ampla estabilidade possível. (...) De outra parte o reconhecimento do fundo de comércio foi também reclamado pelos credores dos comerciantes. Com efeito, os bens afetados ao exercício do comércio constituem frequentemente os principais elementos do ativo do patrimônio do comerciante”.¹⁴

De qualquer sorte, o *fonds de commerce* não figurava no *Code de Commerce*. Ele foi inserido na legislação francesa por intermédio da Lei de 17 de março de 1909, que se ocupou, principalmente de aspectos relativos à sua venda.¹⁵ Tal sistemática também é conhecida na França por *Lei Cordelet*, nome do senador que a promoveu.

Além dessa lei, várias outras surgiram com respeito ao fundo de comércio. Por exemplo, a Lei de 29 de junho de 1935 disciplinou, em um momento de crise econômica, várias situações tocantes à negociação do fundo, inclusive modificando a *Lei Cordelet*. Diversas outras leis foram elaboradas quanto à publicidade do trespasse, mas a Lei de 17 de março de 1909 sempre foi central disciplina do fundo de comércio, tendo inspirado inúmeros ordenamentos jurídicos.

O conteúdo da *Lei Cordelet* foi vertido para o *Nouveau Code de Commerce* (art. L. 141-1 a art. L. 143-23), que, a propósito, não passa de uma mera consolidação das leis comerciais existentes, acrescida de algumas novidades, relacionadas, principalmente, à

¹⁴ Tradução livre de: “[l]a notion de fonds de commerce s’est dégagée dans le courant du XIX siècle sous l’imprise d’une double nécessité. D’une part les commerçants souhaitaient pouvoir protéger leur clientèle contre les attaques des concurrents et donner à celle-ci la plus grande stabilité possible. (...) D’autre part la reconnaissance du fonds de commerce a été aussi réclamée par les créanciers des commerçants. En effet les biens affectés à l’exercice du commerce constituent souvent les principaux éléments de l’actif du patrimoine du commerçant.” (GUYON, Yves. *Droit des affaires*, p. 675-676).

¹⁵ Sobre as diversas modificações que incidiram sobre a sistemática da Lei de 17 de março de 1907, assinala-se a lição de G. Ripert e R. Roblot: “Elle a été modifiée plusieurs fois (L. 31 juillet 1913, 22 mars 1924, D. 20 mai 1955, L. 26 juillet 1955, L. 24 juillet 1966; L. 26 décembre 1992; L. 11 juillet 1994).” (RIPERT, Georges; ROBLOT, R. *Traité de droit commercial*, pp. 407-408).

harmonização determinada pelo Direito Comunitário. Isso, conforme o respectivo legislador admite expressamente.¹⁶

A seu turno, na Alemanha, desde 1900 o *HGB* regula o estabelecimento, com especial ênfase à sua negociação. Naquele ordenamento, costuma-se usar a sinonímia entre estabelecimento e empresa.

Na Itália, onde o estabelecimento figura entre os pensadores desde o surgimento do Direito Comercial, foi no *Codice Civile* de 1942 que ele ganhou especial tratamento. A propósito, tal sistemática ocupa-se principalmente da negociação unitária do estabelecimento, dispondo de maneira expressa sobre os efeitos do trespasse quanto aos contratos, às dívidas e aos créditos do alienante.

Já em Portugal, o estabelecimento não goza de uma sistemática legal específica; existem algumas normas esparsas com respeito a um ou outro efeito decorrente do trespasse. Assim, coube à doutrina e à jurisprudência a definição do estabelecimento, bem como dos efeitos de sua negociação unitária.

Destaque-se, todavia, que, ao lado desse estabelecimento tradicional, a partir do Decreto-Lei 248/1986, firmou-se o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, o qual não se confunde com aquele primeiro. Conforme se observará no estudo das características da *azienda*, a figura portuguesa de 1986, em verdade, reflete um instrumento de limitação da responsabilidade do empresário individual, e não propriamente um estabelecimento.

Apesar de o estabelecimento e a sua negociação serem correntes na Europa, eles não alcançaram tratamento no Direito Comunitário, que, na seara do Direito Comercial, tem-se dedicado, mais ostensivamente, às diretivas em matéria de sociedades. No conceito comunitário, apenas tangenciando a questão dos efeitos obrigacionais do trespasse, aponta-se a Diretiva 23 do Conselho, de 12 de março de 2001, “relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos

¹⁶ Na exposição que antecede o *Nouveau Code de Commerce*, lê-se: “[l]a presente ordonnance est prise en application de la loi n. 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l’adoption de la partie Législative de certains codes. L’article 1° de ce texte mentionne en effet le Code de commerce et prévoit, comme pour l’ensemble des codes compris dans le champ de cette loi d’habilitation, qu’il <regroupe et organise les dispositions législatives relatives à la matière correspondante>. Tel est l’objet de l’annexe à l’ordonnance ci-jointe qui procède à une refonte globale de l’ancien Code de commerce et rassemble, dans un nouveau code, les nombreuses dispositions qui, quoique relevant de la législation commerciale, étaient disséminées dans une multitude de textes épars”.

direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos”. Tal sistemática repercute sobre os Estados-Membros no sentido de eles regularem, em seus respectivos âmbitos, normas protetivas dos direitos dos trabalhadores no trespasse.

No Brasil, embora o Código Comercial de 1850 tratasse do estabelecimento em alguns de seus dispositivos, em geral, era ele abordado como o lugar em que o comerciante se encontrava com a sua clientela. Várias outras normas ulteriores dedicaram-se à *azienda*, mas nunca com o caráter que hoje lhe é dispensado pelo Código Civil.

Antes, o estabelecimento já traduzia o conjunto de bens utilizados pelo empresário para o exercício de sua atividade, mas não havia normas sobre a sua negociação unitária. Isso é introduzido no ordenamento pátrio pela codificação de 2002. Preocupa-se, agora, com a repercussão do trespasse sobre as relações obrigacionais do alienante. Esse tema era alheio à legislação, tendo gerado, durante décadas, insegurança para os envolvidos em negociações sobre o estabelecimento.

Após essa visão geral sobre a *azienda* ao longo do tempo e dos diversos ordenamentos jurídicos, pode-se concluir que há, hoje, três grandes sistemas de regulação da matéria:

- (a) o sistema francês, no qual o fundo de comércio é tutelado principalmente em virtude da clientela. Para alguns, a titularidade do estabelecimento chega a se confundir com o próprio direito à clientela. Quanto à sua negociação, firma-se um rígido sistema de publicidade através do qual os credores são informados sobre o trespasse e podem a ele se opor. Em regra, não se transmite as dívidas ao adquirente do estabelecimento. O campo de entrega obrigacional é definido pelas partes envolvidas no negócio;
- (b) o sistema alemão,¹⁷ em que o estabelecimento é tratado, no mais das vezes, como sinônimo de empresa. Existem normas sobre o trespasse, mas que

¹⁷ Com respeito ao sistema alemão, em nota comparatista com a legislação portuguesa, António Menezes Cordeiro escreve: “[n]a Alemanha, a doutrina recente designa o estabelecimento como empresa, num dos seus sentidos. Compõe-se de coisas corpóreas – imóveis, construções, mercadorias, armazéns –, de direitos – créditos, direito à firma, marcas, patentes, direitos de autor –, e de vinculações. Tais elementos, como diz Canaris, são, no entanto, ainda pouco caracterizadores do estabelecimento: é essencial que o comerciante proceda a uma ordenação ao serviço da prossecução de determinado escopo econômico. Incluem-se, pois,

não se ocupam de maneira expressa das relações obrigacionais. Admite-se, contudo, que o adquirente suceda o alienante quando continuar a exploração da empresa (atividade) sob a firma original; e

- (c) o sistema italiano, que disciplina o estabelecimento como o conjunto organizado de bens que o empresário emprega no exercício de sua atividade. São previstos, expressamente, os efeitos obrigacionais do trespasse sobre os créditos, os contratos e os débitos do alienante da *azienda*.

Desses três sistemas, o Código Civil Brasileiro, conforme se observará ao longo do estudo, está mais afeiçoado ao italiano, embora mantenha pontos de diálogo com o francês e o alemão.

5. CONCEITO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Os ordenamentos estrangeiros, em regra, não procedem à conceituação do estabelecimento. Na França, por exemplo, a legislação arrola alguns de seus elementos, mas não lhe atribui um conceito. Idêntica solução é seguida pela Argentina.

A Alemanha também não se desincumbiu da tarefa de elaborar, no campo normativo, um conceito de estabelecimento.

Em todas essas ordens jurídicas, o estabelecimento acaba sendo conceituado pela doutrina e, algumas vezes, pela jurisprudência, sempre, é claro, em atenção às peculiaridades de cada qual daquelas.

No entanto, observa-se uma exceção, que tem lugar no Código Civil italiano. Em seu art. 2.555, ele dispõe: “A *azienda* é o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa”.¹⁸ Assim, a sistemática peninsular preocupou-se em dizer o

no estabelecimento, como elementos fundamentais: ‘... a repartição de tarefas no estabelecimento, a escrita, os métodos de trabalho, a experiência comercial, os segredos do negócio, bem como os fornecedores, as possibilidades de venda, a reputação e outros elementos semelhantes’. Há um paralelismo claro perante o esquema português – deve ter-se presente que o Direito alemão é o mais românico da atualidade – sendo de focar a tônica funcional que, aí, lhe é conferida” (CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*, p. 245).

¹⁸ Tradução livre de: “2.555. *L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*”.

que é o estabelecimento, principalmente em virtude da disciplina que dispensa a sua negociação unitária.

Analisando o dispositivo mencionado, Giorgio Ferrari escreve:

“A noção de estabelecimento estatuída no art. 2.555 dá relevo a dois elementos: a) um elemento material objetivo, isto é, o *complexo de bens*; b) um elemento formal finalístico, isto é, a *organização*, que transforma o complexo de bens em uma combinação de bens instrumentais funcionalmente ligados, os quais adquirem no seu complexo uma aptitude para satisfazer uma necessidade diversa daquela que poderiam satisfazer isoladamente considerados, isto é, para ser instrumento de exercício da empresa”.¹⁹
(destaques originais)

Quanto ao ordenamento brasileiro, antes do Código Civil de 2002, apesar das diversas normas referentes ao estabelecimento, não havia um conceito legal, assim como ocorre com a maioria das ordens europeias.

Todavia, a codificação nacional, claramente inspirada pelo *Codice Civile*, trouxe o conceito de *azienda*, ao dispor, em seu art. 1.142: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Como se vê, tal norma revela praticamente o mesmo conteúdo daquela italiana. Assim, todos os estudos articulados pela doutrina peninsular valem para a compreensão do estabelecimento brasileiro.

Voltando-se, pois, à lição de Giorgio Ferrari, destaquem-se dois elementos predominantes no conceito de estabelecimento. O primeiro deles é o complexo de bens e, o segundo, a organização. O empresário utiliza-se de bens para a consecução de sua atividade econômica.

¹⁹ Tradução livre de: “[l]nozione di azienda sancita dall’art. 2555 (sul cui valore precettivo v. infra, § 6°) pone l’accento su due elementi: a) un elemento materiale oggettivo e cioè il complesso di beni; b) un elemento formale finalistico e cioè l’organizzazione, che trasforma il complesso dei beni in una combinazione di beni strumentali funzionalmente collegati, i quali acquistano nel loro complesso l’attitudine a soddisfare un bisogno diverso da quello che potrebbero soddisfare isolatamente considerati e cioè ad essere strumento di esercizio dell’impresa” (FERRARI, Giorgio. Vocabolo azienda (diritto privato). *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, p. 685).

O conjunto de bens que corporifica o estabelecimento assume, portanto, um nítido caráter instrumental para a empresa (atividade). Ele constitui a base concreta para o agir do empresário.

Com efeito, os bens de que fala o art. 1.142 do Código Civil não compreendem as relações obrigacionais. Contratos, dívidas e créditos não se contêm na *azienda*. A sistemática prevista no *Codex* faz nítida distinção entre os bens e as obrigações, para o fim de regular o estabelecimento. O citado dispositivo conceitua estabelecimento enquanto outras normas, na sequência, cuidam dos efeitos obrigacionais de sua negociação unitária. Nesse mesmo sentido, também se pronuncia Giorgio Ferrari, ao comentar o *Codice Civile*.²⁰

A seu turno, o segundo elemento do conceito de *azienda* é a organização. Os bens componentes do estabelecimento formam um conjunto articulado, conexo, no qual cada parte é importante para o todo. A reunião dos vários bens organizados gera uma aptidão do complexo distinta daquelas dos bens singularmente considerados. A organização revela a maestria do empresário na regência de seus instrumentos. Sem organização não se fala nem em estabelecimento nem em empresa. A organização é imprescindível para o atuar econômico.

Lembre-se, por fim, que o complexo de bens e a organização complementam-se; um sem o outro não é suficiente para a configuração do estabelecimento.

6. NATUREZA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O Código Civil, em seu art. 1.142, prevê: “[c]onsidera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Não se pode, de modo abstrato e absoluto, proceder à elaboração de um rol dos elementos comuns a todo e qualquer estabelecimento. Ao contrário, são as características do respectivo ramo de atividade que orientam a reunião de seus elementos. Por exemplo, para a representação empresarial, o elemento preponderante talvez seja a marca. Por outro lado, para uma banca de revistas, o ponto pode se apresentar como o principal bem

²⁰ FERRARI, Giorgio. Vocabolo azienda (diritto privato). *Enciclopedia del diritto*, v. IV, p. 686.

utilizado pelo agente econômico. A propósito, Yves Guyon assevera que toda distinção ou classificação entre os elementos do fundo é mais ou menos arbitrária, pois não há uma lógica geral acerca do tema.²¹ São os dados da vida que aconselham o empresário da utilização de um ou outro bem.

Não obstante a correção desse entendimento, algumas ordens jurídicas, em vez de conceituarem a *azienda*, preferem elencar os elementos que a compõem. A título ilustrativo, na Argentina, o art. 1º da Lei 11.867 prevê:

“Declaram-se elementos constitutivos de um estabelecimento comercial ou fundo de comércio, para efeito de sua transmissão a qualquer título: as instalações, mercadorias, nome e insígnia comercial, a clientela, o direito ao local, as patentes de invenção, as marcas de fábrica, os desenhos e modelos industriais, as distinções honoríficas e todos os demais direitos derivados da propriedade comercial e industrial ou artística”.²²

No mesmo sentido, encontra-se a legislação francesa. Em todo caso, note-se que, nos mencionados ordenamentos, as enunciações são meramente exemplificativas. Não se trata de rol fechado dos elementos da *azienda*. Nada obsta a inserção de outros bens no complexo organizado.

O Código Civil de 2002, seguindo a experiência italiana, optou por conceituar o estabelecimento, considerando-o todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa. Apesar da inexistência de uma enumeração dos elementos que o constituem, a doutrina costuma arrolá-los e até mesmo classificá-los.

A respeito, Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues tecem considerações elogiosas ao legislador brasileiro, pela conceituação e sistematização do estabelecimento. Confira-se:

“Por todas essas dificuldades, nunca será demais insistir na ideia de que o legislador nacional enfrentou corajosamente – e fê-lo de maneira bem-sucedida – a árdua questão do estabelecimento. Tal afirmação não implica – era escusado dizê-lo – a inexistência de dificuldades de interpretação do

²¹ GUYON, Yves. *Droit des affaires*, p. 679.

²² Tradução livre de: “[d]ecláranse 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.” (ZUNINO, Jorge Osvaldo. *Fondo de comercio*, p. 97).

sentido e alcance de alguns dispositivos do atual Código Civil, como se verá ao longo deste artigo.

Aplausos, portanto, devem ser creditados ao legislador pátrio a respeito dessa importante matéria, que tanto tem desafiado a mente dos juristas”.²³

No estabelecimento, de fato, além de outros elementos, podem figurar as mercadorias, o mobiliário ou as instalações, o nome empresarial, as invenções, os modelos de utilidades, os desenhos industriais, as marcas, os imóveis, o ponto empresarial e os nomes de domínio.

Dessa maneira, concorrem para a composição do estabelecimento bens corpóreos e incorpóreos, móveis e imóveis. Não há qualquer restrição prévia. Tudo depende da sorte da empresa a que se destinam os bens.

Atentando-se ao conceito legal do estabelecimento, restam, portanto, as teorias das universalidades. Afinal, no Brasil, ele seria uma universalidade de fato ou de direito?

Antes do Código Civil de 2002, a doutrina variava, ora respondendo num sentido, ora noutro. Ocorre que, naquele contexto, não havia um conceito de estabelecimento, tampouco normas referentes aos efeitos obrigacionais do trespasse, o que deu margem à formação de sólidas divergências.

Após a codificação de 2002, não há espaço para a formação de dissidências. O trato do estabelecimento, nitidamente inspirado pelo *Codice Civile*, trilha o caminho da universalidade de fato. Lembre-se que o seu art. 1.142 considera estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, seja por empresário singular ou coletivo.

Assim, a articulação dos bens caros à empresa (atividade) não se dá por força de lei, mas, sim, pelo exercício da vontade do empresário. É o sujeito titular da empresa que, ao organizá-la, amalha e mantém coesos os bens que lhe são necessários. Entre esses bens não se compreendem dívidas, créditos ou contratos. As relações jurídicas integram, outrossim, o patrimônio do empresário, ao lado dos elementos do estabelecimento.

Há algumas décadas, Oscar Barreto Filho já rejeitava a inserção de relações obrigacionais no bojo do estabelecimento, ao escrever:

²³ DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial. *Tipos societários*, p. 15.

“Para nós, conciliam-se perfeitamente os conceitos de patrimônio separado e de *universitas juris*, pois em ambos existem as mesmas conotações: complexo de relações jurídicas unificadas em função de uma finalidade comum, e por isso sujeito a uma regulamentação especial; embora observada de ângulos diferentes, a realidade fenomenológica é a mesma.

Esclarecida dessa forma a questão, segue-se que somente poderá ser reconhecida ao estabelecimento a natureza de *universitas juris*, se lhe fôr atribuído o caráter de *patrimônio separado*, coexistindo a par do patrimônio restante do comerciante”.²⁴ (destaques originais)

Pois bem, como a legislação brasileira vigente não cuidou de qualificar a *azienda* como *universitas iuris*,²⁵ continua ele sob os auspícios de *universitas facti*. Existem pensamentos em sentido contrário e mesmo aqueles que atribuem ao estabelecimento uma natureza particular, dizendo não poder ser reconduzido às categorias das universalidades, como é a compreensão de José Tadeu Neves Xavier.²⁶

De qualquer forma, diferenciando a universalidade de fato daquela de direito, Silvio Rodrigues leciona, *in verbis*:

“Todavia, o que mais efetivamente as distingue é o liame que une as coisas componentes de uma e de outra universalidade. A universalidade de fato se apresenta como conjunto ligado pelo entendimento particular; enquanto a universalidade de direito consiste na pluralidade de coisas corpóreas e incorpóreas, a que a lei, para certos efeitos, atribui o caráter de unidade (como na herança, no patrimônio, na massa falida etc.)”.²⁷

Seguindo essa inteligência, resta patente o caráter de universalidade de fato do estabelecimento empresarial no hodierno estágio da ordem jurídica brasileira. A vontade particular, de que trata o doutrinador citado, é que atua para a organização do complexo de bens. É a engenhosidade do empresário o ponto de coesão – voluntária, e não legal – do estabelecimento.

²⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 105.

²⁵ Nesse particular, a doutrina tem expandido severas críticas ao Professor Sylvio Marcondes, autor do projeto do Livro do Direito de Empresa do Código Civil. O mencionado doutrinador, em sua vida acadêmica, publicou a obra intitulada *Limitação da responsabilidade de comerciante individual* (São Paulo: RT, 1956), em que pregava a limitação da responsabilidade do comerciante através da técnica do patrimônio separado ou de afetação. Causa espécie o fato de ele não ter sustentado a idéia no âmbito da codificação.

²⁶ XAVIER, José Tadeu Neves. O estabelecimento empresarial no direito brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 25, p. 90-111.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, p. 134.

A sistemática delineada pela codificação de 2002 ocupa-se dos efeitos obrigacionais da negociação unitária da *azienda*, mas isso, note-se, não significa que relações obrigacionais nela se contenham. Claramente, o *Codex* primeiro define o que é o estabelecimento, para, a partir de sua negociação, disciplinar efeitos obrigacionais. Perceba-se que esses efeitos não estão no âmbito de estabelecimento em si. Ela é uma universalidade de fato – e é enquanto tal que interessa –, que, uma vez alienada, enseja circulação de algumas obrigações, tão-somente, com o intuito de preservação da empresa (atividade) nas mãos de seu adquirente e de proteção dos credores. Não se pode olvidar, ademais, que o Código Civil de 2002 admite, por exemplo, com respeito aos contratos – conforme será estudado oportunamente –, a exclusão dos efeitos de que cuida o seu art. 1.148. Decididamente, não se cuida de uma universalidade de direito.

Os bens que formam a universalidade de fato podem ser objeto de relações jurídicas autônomas, segundo dispõe o § único do art. 90 do Código Civil. Os bens do estabelecimento podem ser negociados de maneira unitária e, no caso, tem lugar o trespasse, ou mesmo comportam negociações singulares.

7. A NEGOCIAÇÃO UNITÁRIA DO ESTABELECIMENTO (TRESPASSE) E SEUS EFEITOS OBRIGACIONAIS²⁸

A alienação de um estabelecimento empresarial pode se dar por inúmeros títulos. Por exemplo, pode ela ter lugar em desapropriação levada a efeito pela Administração Pública, em sucessão *mortis causa*, em doação ou em contrato de trespasse, sendo este último a hipótese mais frequente. Conforme assinala Orlando de Carvalho, “em qualquer tipo de direito moderno que faculte ao indivíduo a liberdade das empresas ou, pelo menos, certas zonas de liberdade, existem hoje, e sempre em número maior, negociações que mobilizam o estabelecimento como um todo”.²⁹

Quanto ao trespasse, variadas também se apresentam as suas motivações. O empresário procede à alienação onerosa de seu estabelecimento, seja por vivenciar

²⁸ Sobre o tema, confira-se: FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*.

²⁹ CARVALHO, Orlando de. *Critério e estrutura do estabelecimento comercial: o problema da empresa como objeto de negócios*, p. 183.

dificuldades econômicas, seja por mera especulação. A propósito, Giuseppe Castelli-Avolio assinala que, na Itália, durante a Primeira Guerra Mundial e no primeiro período subsequente, esse fenômeno especulativo ocorreu em vasta escala. Tal doutrinador aponta duas causas para isso: (a) o número limitadíssimo ou a absoluta falta de imóveis adequados ao comércio varejista, de modo que chegou a serem pagas somas fabulosas apenas para a cessão do ponto; e (b) o fechamento de muitos mercados que, enquanto produziu uma estagnação do comércio de certos gêneros, estimulou a demanda por outros.³⁰

Sem dúvida alguma, foi essa praxe do *trespasse* que levou o legislador peninsular a dispor sobre a alienação do estabelecimento no *Codice Civile* de 1942, principalmente no tocante a seus efeitos obrigacionais, o que, de certa maneira, também se materializou ao Código Civil brasileiro.

De fato, o *codex* pátrio, em seus arts. 1.146, 1.148 e 1.149, dispõe, respectivamente, sobre a circulação de obrigações (débitos), contratos e créditos entre as partes do *trespasse*.

Primeiramente, com relação à assunção de dívidas pelo adquirente do estabelecimento, art. 1.146, há de se anotar ser a norma de maior preocupação com os credores na sistemática do *trespasse*.

O ordenamento português, assim como o direito brasileiro anterior ao Código Civil de 2002, desconhece normas a respeito dos efeitos do *trespasse* sobre as dívidas do *trespassante*. Jorge Manuel Coutinho de Abreu esclarece que os “trabalhos preparatórios dos atuais Ccom. e Cciv.” – portugueses – “registam propostas especificamente dirigidas à tutela dos credores do *trespassante*, mas nenhuma delas obteve consagração legal”.³¹ Na vigência do Código Civil Português de 1867 – continua o referido autor –, alguns julgados se pronunciaram favoravelmente à transmissão singular de dívidas ao adquirente da *azienda*, mas, na vigência da atual legislação, a jurisprudência e a doutrina dominantes

³⁰ Confira no original: “[d]urante il periodo della guerra e nel primo periodo del dopo guerra, si è potuto assistere a questo fenomeno di speculazione, praticata su vasta scala. Due fattori, credo, abbiano potuto influire a renderla facile: il numero limitatissimo o l’assoluta mancanza di immobili da poter destinare ad uso di magazzini di vendita, in modo che si è arrivato al punto di richiedere soltanto per la cessione del fitto del locale (c. d. ceditura) somme favolose; e la chiusura di molti mercati che, mentre ha prodotto un ristagno al commercio per certi generi, ha fatto rialzare la richiesta per altri.” (CASTELLI-AVOLIO, Giuseppe. *L’azienda commerciale: nelle teorie e nella pratica del diritto*, p. 76).

³¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade: as empresas no direito*, pp. 338-339.

rejeitam a mencionada entrega automática dos débitos. Assinale-se que essa também é a opinião do mencionado professor de Coimbra.³²

O italiano, entre os diversos ordenamentos, é o que contempla um esquema de responsabilidades pelas dívidas do alienante da *azienda* mais próximo daquele previsto no Código Civil, sendo relevante alguma nota a seu respeito.

No Código Civil italiano, o adquirente da *azienda* torna-se solidariamente responsável com o alienante pelas dívidas pretéritas, desde que elas decorram da escrituração mercantil obrigatória. É interessante ressaltar que essa solidariedade não nasce diretamente do seu art. 2.560 – norma especial quanto aos efeitos do *traspasse* sobre débitos –, mas, sim, da presunção legal de solidariedade entre co-devedores, constante do art. 1.294 do mesmo diploma.

O direito peninsular, percebe-se, não transfere a obrigação dos débitos anteriores ao *traspasse* ao sujeito adquirente, mas tão-somente a responsabilidade, vigendo, no silêncio das partes, o princípio de que o alienante é o obrigado principal por essas dívidas. Portanto, caso o novo titular do estabelecimento venha a pagar débito anterior ao ato aquisitivo, terá direito de cobrá-lo do respectivo alienante. Nesse sentido, é a lição de Giuseppe Ferri, que afirma:

“Precisamente a tutela dos terceiros impõe ao adquirente uma responsabilidade, não uma obrigação: se quer evitar com isso que os direitos dos terceiros possam ser prejudicados em face da dispersão do complexo *aziendal*; e à obrigação do alienante se acrescenta a responsabilidade do adquirente, não obstante tenham sido reguladas as relações entre as partes. Com a consequência que o adquirente, pela falta de assunção dos débitos, será forçado a pagar os credores do alienante que se encontrem nas condições previstas pela lei, mas o adquirente terá direito de repetir do alienante a soma paga”.³³

³² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade: as empresas no direito*, p. 340.

³³ No original: “[a]ppunto a tutela dei terzi si impone all’acquirente una responsabilità, non un obbligo: si vuole evitare con ciò che i diritti dei terzi possano essere pregiudicati di fronte alla dismissione del complesso aziendale; e all’obbligo dell’alienante si aggiunge la responsabilità dell’acquirente, comunque siano stati regolati i rapporti tra le parti. Con la conseguenza che l’acquirente, pur in mancanza di acollo dei debiti, sarà tenuto a pagare i creditori dell’alienante che si trovino nelle condizioni previste dalla legge, ma l’acquirente avrà diritto di ripetere dall’alienante le somme pagate” (FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*, p. 235).

Analisando a mesma norma, posicionam-se em sentido contrário Francesco Ferrara Jr. e Francesco Corsi, cujo magistério é o seguinte:

“Essa disposição dá lugar a uma solidariedade no débito entre cedente e cessionário e deixa aberto o problema se, nas relações internas, haja e qual seja o devedor principal. A própria referência aos livros contábeis obrigatórios faz pensar que o legislador tenha levado em conta o fato que um diligente adquirente da *azienda* não pode descuidar de examiná-la previamente, considerando os débitos na fixação do preço da cessão. Se assim é, necessário considerar que devedor principal torna-se o cessionário e que, portanto, contra este último, o cedente escuso pelo credor tenha uma ação de regresso”.³⁴

A doutrina italiana, desse modo, não encontra univocidade quanto ao correto teor do art. 2.560 do *Codice Civile*. Segundo se observou, alguns atribuem ao adquirente do estabelecimento a qualidade de devedor principal, enquanto outros preferem imputá-la ao alienante.

Embora haja essa dissidência, assiste razão aos que, analisando aquele dispositivo, vêem no sujeito alienante o devedor principal e, por consequência, admitem a possibilidade de o adquirente dele cobrar eventual valor desembolsado no pagamento de dívida anterior ao aperfeiçoamento do negócio. Isso, porque o art. 2.560 daquela codificação vale-se da diferença entre responsável e obrigado; ele prevê o adquirente como *responsável* e o alienante como *obrigado*. A propósito das categorias débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), assinala Caio Mário da Silva Pereira:

“Frequentemente, os dois fatores andam juntos, um ao lado do outro, um correlato do outro, pois que é pelo fato de haver débito que o credor tem a faculdade de provocar a execução forçada. Aliás, não falta a observação (Pacchioni) de que pelo Direito moderno o mesmo fato gerador do débito produz contemporaneamente a responsabilidade, ao que acrescentamos que é *normalmente*, já que eventualmente pode a responsabilidade (*abligatum esse*) surgir com autonomia, como se diria no garantir alguém uma dívida

³⁴ Tradução livre de: “[q]uesta disposizione dà luogo ad una solidarietà nel debito tra cedente e cessionario e lascia aperto il problema se, nei rapporti interni, vi sia e quale sia el debitore principale. Proprio il riferimento ai libri contabili obbligatori fa pensare che il legislatore abbia voluto tener conto del fatto che un accorto acquirente dell’azienda non può trascurare di esaminarli preventivamente, tenendo conto dei debiti nel fare il prezzo della cessione. Se così è, bisogna ritenere che debitore principale divenga il cessionario e che pertanto, verso quest’ultimo, il cedente escusso dal creditore abbia un’azione di rivalsa” (CORSI, Francesco; FERRARA, Francesco. *Gli imprenditori e le società*, pp. 170-171).

preexistente, de terceiro. Mas, se normalmente andam de parilha – e aqui se situa o argumento dos que se opõem ao dualismo dogmático da obrigação, dizendo que se estão juntos constituem uma unidade –, às vezes podem estar separados, como no caso da fiança, em que a *Haftung* é no fiador, enquanto que o débito é do afiançado”³⁵ (destaque original).

A seu turno, no Código Civil, art. 1.146, vislumbra-se uma clara confusão ou imprecisão terminológica do legislador. O conteúdo literal do dispositivo é um tanto quanto ambíguo, o que, por certo, concorrerá para a formação de dissidências doutrinárias e jurisprudenciais. Assim como na Itália, poderão ser formadas divergências a respeito de quem é o devedor principal, alienante ou adquirente.

A mencionada norma inicia sua redação dispondo que “O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados”. Ao que se apresenta, o ditame buscou inspiração no direito italiano. Ele atribuiu, em princípio, a responsabilidade (*Haftung*) ao trespassário, o que é correto, pois este não concorreu para o nascimento da obrigação (dívida – *Schuld*). Quem o fez e por isso se obrigou foi o trespassante, devedor primitivo.

Ocorre que, na sequência, o dispositivo em análise prescreve um termo final para as obrigações do trespassante, ao estabelecer: “continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quantos aos outros, da data do vencimento”.

A legislação criou, assim, uma co-responsabilidade solidária efêmera. Ela acabou qualificando o adquirente do estabelecimento como responsável pelas dívidas pretéritas, a título solidário, ao lado do devedor original, que continua obrigado pelo prazo de um ano contado de acordo com a regra acima citada.

Ao cabo desse um ano, cuja data vai variar para cada obrigação, conforme seja ela vencida ou vincenda, note-se, o Código Civil de 2002 reserva a responsabilidade perante os terceiros apenas para o adquirente; o alienante não é mais passível de responsabilização direta pelos credores.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 17.

Portanto, no contexto ulterior ao referido prazo anual, o art. 1.146 do Código Civil de 2002 proclama a figura de um adquirente responsável pelas dívidas regularmente contabilizadas, sem, contudo, estipular um obrigado por esses mesmos débitos.

Em verdade, após o decurso do lapso temporal assinalado pela norma, apenas o adquirente do estabelecimento pode ser responsabilizado pelas dívidas contraídas antes do aperfeiçoamento do negócio, ou seja, pode-se dizer que, na pessoa do trespasário, reúnem-se as qualidades de devedor e responsável.

Ora, se assim é o que dispõe a legislação, porque ela se refere ao adquirente como alguém que responde pelos débitos e, ao alienante, como sujeito obrigado?

Parece que o Código Civil procede a um progressivo deslocamento das dívidas para a pessoa do adquirente da *azienda*. A vontade final dele é que obrigação e responsabilidade concurram no trespasário. Contudo, é estabelecida uma situação intermediária, na qual ambas as partes do trespasse se posicionam como co-responsáveis, de modo a evitar qualquer sorte de oposição dos credores ao negócio.

Essa paulatina transferência dos débitos para o adquirente é consentânea com a realidade econômico-empresarial. Num primeiro instante, o trespasário assume a *azienda* e a empresa (atividade) nela explorada, passando a experimentar as suas vicissitudes econômicas. Após um ano, inclusive em nome da estabilização das relações jurídicas, não pode mais o alienante ficar atrelado à sorte do estabelecimento. Ele deve se desembaraçar da vida comercial pretérita, principalmente para que o novo titular do estabelecimento possa administrá-la com plena autonomia, sobretudo financeira.

A sistemática também se mostra interessante aos credores. Os créditos experimentam, claramente, um incremento das suas possibilidades de satisfação. Em lugar de apenas o devedor primitivo, podem ser demandados tanto este quanto o adquirente da *azienda*. Logo, há um nítido reforço das garantias de adimplemento, pois não só o patrimônio do trespasante responde pelas dívidas, mas também aquele do adquirente. Note-se que, sob essa perspectiva, não há lugar para a dispersão dos bens *aziendais*.³⁶ De qualquer sorte, os bens utilizados pelo empresário original no exercício de sua atividade, que constituem, via de regra, a garantia dos credores, continuam,

³⁶ O Código Civil busca proteger o credor contra os arranjos empresariais, que muitas vezes são empregados para fraudá-los. Essa tutela verifica-se nas normas codificadas de índole societária, valendo mencionar, por exemplo, aquelas referentes à efetividade do capital social, arts. 1.009, 1.055, § 1º, e 1.059.

transitoriamente, no campo acessível por estes. Durante o prazo previsto em lei, os credores podem demandar ambas as partes do *trespasse* e, após tal lapso, apenas o novo titular do estabelecimento.

O art. 1.146 do Código Civil, quando aplicado em toda sua extensão a um caso concreto, procede a um verdadeiro redirecionamento das dívidas regularmente contabilizadas para o adquirente. Em outras palavras, a norma opera uma assunção imprópria de dívidas; o adquirente do estabelecimento assume, *ex vi lege*, a posição de devedor das obrigações constantes da escrituração do correlato alienante.

Quanto ao art. 1.148, sobre a transferência dos contratos ao adquirente da *azienda*, vale anotar que, apesar de o Brasil não prever uma sistemática geral da cessão de contratos, nem mesmo no seu atual Código Civil, a doutrina e a jurisprudência sempre a admitiram, exigindo para tanto o consentimento do contratante cedido, assim como a legislação portuguesa o faz. Se as várias prestações componentes do contrato podem ser cedidas quando isoladamente consideradas, não há razoabilidade alguma no impedimento da cessão do contrato no todo.

Ademais, a cessão de contrato pode ser própria ou imprópria; diz-se própria a cessão determinada pela vontade das partes, para a qual, normalmente, concorre a anuência do contratante cedido, e, imprópria, aquela determinada pela legislação, independente do consentimento do terceiro.

A propósito, na Itália, além da previsão de um regime genérico sobre cessão de contrato, o art. 2.558, I, do *Codice Civile* dispõe especialmente sobre a transmissão *ipso iure* dos contratos para o adquirente do estabelecimento. Giorgio Ferrari sobleva sua razão de ser, consistente em imprimir um amplo espectro de entrega ao adquirente para garantir a continuidade da empresa (atividade) original. Veja-se:

“Esse fenômeno sucessório e a sua normal independência da vontade dos terceiros contraentes tornam-se perfeitamente compreensíveis, quando se considere de um lado a *ratio* da norma em exame, direcionada evidentemente a atuar, no maior grau possível, a transferência da aptitude produtiva e, por isso, do *avviamento* da *azienda*, com o consentir ao adquirente, independentemente do consenso do contraente cedido, a aquisição dos fatores do *avviamento* fundamentais, embora externos ao estabelecimento, como as relações contratuais constituídas para o seu exercício; e de outro lado quando

se considere que os contratos em exame frequentemente encontram na *azienda*, além da razão de sua existência, o instrumento para sua execução”.³⁷

Tecendo considerações sobre a mesma disposição, Francesco Corsi e Francesco Ferrara Jr. lembram que o legislador não se descuidou de um dado concreto, que o estabelecimento é organizado em função de uma atividade, também contratual, a empresa, e, sob essa ótica, seria natural que os contratos pendentes de execução se transferissem ao trespasário.³⁸

O direito brasileiro anterior ao *Codex* de 2002 não contemplava disposição a respeito da transferência de contratos em caso de trespasse do estabelecimento. Conheçam-se, tão-somente, algumas normas esparsas, atinentes a um ou a outro contrato em espécie, como, a título ilustrativo, as disposições celetistas sobre o contrato de trabalho. A autonomia privada cuidava de articular a quantidade e a qualidade das avenças a serem entregues ao trespasário.

O Código Civil, entretanto, em seu art. 1.148, dispõe, de maneira genérica, sobre a transmissão dos contratos para o alienatário do estabelecimento, nos termos a seguir transcritos:

“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”.

A sub-rogação prevista na norma, em verdade, revela a cessão de alguns contratos para o trespasário. Ao dispor que “a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos”, ela determina a substituição do alienante pelo adquirente em avenças que reúnam os requisitos nela estipulados.

³⁷ No original: “[q]uesto fenomeno successorio e la sua normale indipendenza dalla volontà dei terzi contraenti divengono perfettamente comprensibili, ove si consideri da un lato la ratio della norma in esame, diretta evidentemente a attuare nel maggior grado possibile il trasferimento dell’attitudine produttiva e perciò dell’avviamento dell’azienda, col consentire all’acquirente, indipendentemente dal consenso del contraente ceduto, l’acquisizione di fattori d’avviamento fondamentali, seppur esterni all’azienda, quali i rapporti contrattuali costituiti per il suo esercizio; e d’altro lato ove si consideri che i contratti in esame sovente trovano nell’azienda oltre che la ragione della loro esistenza, anche lo strumento alla loro esecuzione” (FERRARI, Giorgio. Vocabolo azienda (diritto privato). *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, pp. 717).

³⁸ CORSI, Francesco; FERRARA, Francesco. *Gli imprenditori e le società*, p. 168.

Trata-se, pois, de uma cessão imprópria, determinada por lei. Para que ela se implemente, independe da anuência do contratante cedido. Entretanto, ocorrendo “justa causa”, a parte final do art. 1.148 do Código Civil de 2002 admite a possibilidade de os terceiros rescindirem o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência do estabelecimento, ressalvando, neste caso, a responsabilidade do alienante. Tal norma é derogatória da sistemática geral da cessão de contrato que se construiu no Brasil.

Com efeito, vale lembrar o ensinamento de Carlos Alberto da Mota Pinto, que, ao estudar a ordem jurídica brasileira, assinala: “[a] cessão da posição contratual produz uma sucessão a título particular na relação contratual, isto é, na relação obrigacional complexa emergente do contrato, e não uma *renovatio contractus*”.³⁹

Logo, a transmissão do contrato opera uma sucessão no contrato e, analisando a disposição codificada, logo se vê que ela reclama a ocorrência simultânea de seis pressupostos, a saber:

- (a) que se tratem de contratos bilaterais com pendências obrigacionais para ambas as partes;
- (b) que os contratos sejam exploracionais (“estipulados para exploração do estabelecimento” – art. 1.148 do Código Civil);
- (c) que os contratos sejam impessoais (“se não tiverem caráter pessoal” – art. 1.148 do Código Civil);
- (d) que não exista disposição em contrário (“Salvo disposição em contrário” – art. 1.148 do Código Civil);
- (e) que inexista óbice legal; e
- (f) que não haja justa causa para o terceiro rescindir o contrato (“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. 1.148 do Código Civil).

Ainda na temática deste tópico, há de se tecerem considerações sobre o art. 1.149 do Código Civil, que disciplina a cessão de créditos em favor do adquirente do estabelecimento.

³⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*, p. 438.

A ordem italiana é a única, ao lado da brasileira, a regular os efeitos do trespasse sobre os créditos inerentes à *azienda* nascidos antes do negócio. A propósito, delimitando o campo de incidência do art. 2.559 do *Codice Civile*, que se ocupa do tema, Giorgio Ferrari leciona:

“Os créditos que vêm em consideração são, como já se expôs, os créditos inerentes à *azienda* alienada que são ademais independentes de um crédito correspondente do empresário, derivados de qualquer título: assim tanto aqueles emergentes de uma fonte extracontratual quanto aqueles decorrentes de um contrato unilateral ou também bilateral, depois que o vínculo sinalagmático tenha resolvido ou desaparecido”.⁴⁰

Essa mesma inteligência, como se observou no capítulo referente aos contratos, pode ser adotada para a compreensão da sistemática da negociação do estabelecimento empresarial. Assim, consideram-se “créditos”, para os efeitos do art. 1.149 do Código Civil de 2002, aquelas obrigações unilaterais do alienante do estabelecimento, mesmo que veiculadas num contrato. Havendo, entretanto, pendência de prestações recíprocas entre as partes, deve a espécie seguir a orientação ditada pelo art. 1.148 do mesmo diploma legal.

A propósito da transmissão dos créditos inerentes ao estabelecimento, comporta indagar se, assim como ocorre com os contratos, ela sucederia automaticamente na hipótese de trespasse. O adquirente do estabelecimento assumiria, *ipso iure*, os créditos a este relativos?

Na doutrina italiana, há uma dicotomia quanto à questão proposta. De um lado, alinham-se pensadores que respondem afirmativamente, podendo ser mencionados, dentre eles, Francesco Ferrara, Francesco Ferrara Jr. e Francesco Corsi;⁴¹ de outro, no sentido negativo, apontam-se, por exemplo, Giorgio Ferrari, Giuseppe Auletta e Niccolò Slanitto.⁴²

⁴⁰ No original: “[i] crediti che qui vengono in considerazione sono, come si è già messo in luce (*supra*, 30 e 31) i crediti inerenti all’azienda alienata che siano altresì indipendenti da un corrispondente credito dell’imprenditore, da qualunque titolo derivanti: quindi tanto quelli sorgenti da una fonte extracontrattuale quanto quelli sorgenti da un contratto unilaterale o anche bilaterale, dopo che il vincolo sinalagmatico si sia risolto o sia altrimenti venuto meno” (FERRARI, Giorgio. Vocabolo azienda (diritto privato). *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, p. 726).

⁴¹ CORSI, Francesco; FERRARA, Francesco. *Gli imprenditori e le società*, p. 169.

⁴² Giuseppe Auletta e Niccolò Salanitto reconhecem a existência da controvérsia na doutrina italiana, assumindo o entendimento de que o Código Civil Italiano não prevê a transmissão automática dos créditos (AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto commerciale*, p. 41).

De acordo com este último doutrinador, haveria dois argumentos a sustentar a resposta afirmativa. O primeiro deles vê na transmissão automática dos créditos uma contraprestação necessária, em virtude de a lei atribuir responsabilidade ao adquirente pelos débitos pretéritos. O segundo funda-se na disposição textual da codificação peninsular que equipara os efeitos da notificação do devedor à publicidade do trespasse no Registro do Comércio; consoante esse entendimento, a equiparação tem o efeito de gerar a transmissão *ipso iure*.⁴³ Após expor essas argumentações e rebatê-las, Giorgio Ferrari conclui que os créditos referentes à *azienda* não se transmitem por força de lei.

Assiste razão a esse doutrinador. Realmente, no ordenamento italiano, a transferência dos créditos se dá em atenção à vontade das partes.

O fato de a lei peninsular atribuir responsabilidade ao adquirente do estabelecimento pelas dívidas passadas não constitui fundamento idôneo a implicar a transmissão automática dos créditos no trespasse. O *quantum* dessa responsabilidade pode ser dimensionado tendo-se em vista a escrituração do alienante e, com certeza, é considerado no momento de se estipular o preço da negociação unitária do fundo. Aliás, no direito italiano, o adquirente se torna apenas responsável, subsistindo a figura do alienante obrigado, de quem ele pode haver, mediante reembolso, eventual pagamento. Portanto, é improcedente a idéia de que os créditos seriam a contrapartida dos débitos.

Ainda com respeito à Itália, a equiparação da publicação do trespasse à notificação dos devedores, para o efeito de dar conhecimento da cessão do crédito, tem por intuito simplificar as formalidades tocantes à negociação do estabelecimento, e não tornar automática a transferência de créditos.

No Brasil, entretanto, esse entendimento não pode ser aplicado. Embora a redação do art. 1.149 seja similar à do dispositivo correspondente do Código Civil italiano, o sistema do trespasse deve ser entendido como um todo. Não se pode interpretar, isoladamente, qualquer de suas normas.

⁴³ Veja-se a indicação desses dois argumentos de acordo com Giorgio Ferrari, *in verbis*: “[u]n primo argomento viene desunto dallo stesso dato testuale dell’art. 2559, che equipara alla notifica della cessione dei crediti la iscrizione al registro delle imprese del trasferimento dell’azienda: se la cessione dei crediti non discendesse automaticamente dal trasferimento dell’azienda, si osserva, non si spiegherebbe l’efficacia costitutiva della notifica attribuita dalla norma all’iscrizione di quest’ultimo nel registro delle imprese. Il secondo argomento riguarda invece la ratio della norma, che viene rinvenuta vuoi nella esigenza di attribuire all’acquirente una contropartita dei debiti aziendali di cui egli diviene legalmente corresponsabile (art. 2560 comma 2), vuoi nella connessione economica dei crediti all’azienda” (FERRARI, Giorgio. Vocabolo azienda (diritto privato). *Enciclopedia del diritto*, v. IV, p. 726).

Assim, a codificação brasileira aponta para a transmissão automática dos créditos na hipótese de trespasse. Seguindo a linha dissidente do italiano Francesco Ferrara, pode ser afirmado que o art. 1.149 do Código Civil de 2002 – derogatório da sistemática geral da cessão de crédito – comunica a transferência automática dos créditos referentes ao estabelecimento ao seu adquirente.

Pois bem, os créditos não de ser transmitidos *ipso iure* ao trespasário como contraprestação pelas dívidas que irá assumir. Consoante estudo desenvolvido no capítulo sobre a transmissão dos débitos, no direito brasileiro vigente, o trespasário se torna verdadeiramente obrigado pelas dívidas regularmente contabilizadas, não remanescendo obrigação alguma do alienante após o decurso do prazo de um ano (a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento).

Não se pode olvidar que, por força da lei, o trespasário obriga-se ao pagamento das dívidas regularmente contabilizadas e, se os créditos referentes ao estabelecimento – que também são contabilizados – não lhe aproveitarem, isso implicará irregularidade de sua escrituração, pois, eventualmente, poderá ocorrer lançamentos de débitos correspondentes a créditos sem lastro. É indispensável que o balanço do empresário se apresente irrepreensível, havendo créditos correspondentes aos lançamentos de débitos.

A transmissão legal dos créditos referentes ao estabelecimento para o respectivo adquirente, também, concorre para a tutela dos direitos dos credores. Tendo em vista que o art. 1.146, após o prazo de um ano (contado a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento) exclui a responsabilidade do alienante, a cessão dos créditos ao adquirente, no mínimo, preserva as possibilidades de solução dos débitos regularmente escriturados.

Com essas linhas, percebe-se que a sistemática brasileira do trespasse cuida da circulação de obrigações (dívidas, contratos e créditos) entre as partes, tendo por escopo assegurar a plena transmissão da coisa alienada ao seu destinatário, com todas as suas vicissitudes.

8. A INTERDIÇÃO DA CONCORRÊNCIA DA ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO

A interdição da concorrência no âmbito do trespasse constitui uma constante no estudo dos negócios sobre o estabelecimento empresarial, especialmente porque a ordem

jurídica quer ensejar o pleno gozo da coisa pelo seu adquirente. Na hipótese específica do trespasse, costuma-se arrolar a cláusula de interdição da concorrência, por intermédio da qual o alienante do estabelecimento assume a obrigação de não concorrer com o correlato adquirente.

Cuida-se de uma cláusula consuetudinariamente consagrada no contrato de trespasse.⁴⁴ Essa avença visa a tutela da clientela, atribuindo um não fazer ao alienante do estabelecimento. A rigor, observe-se, não há uma titularidade sobre a clientela a ser transferida; ela não se reduz a um bem, não podendo, conseqüentemente, ser objeto de cessão. Todavia, a vedação de concorrência torna idônea a possibilidade de a clientela permanecer atrelada à *azienda* negociada.

Estudando tal cláusula, Jorge Manuel Coutinho de Abreu assinala que variados são os seus fundamentos apontados pela doutrina, como o princípio da boa-fé na execução dos contratos, o princípio da equidade, os usos do comércio, a concorrencial leal, a garantia contra a evicção e o dever de o alienante entregar a coisa alienada e assegurar o gozo pacífico dela⁴⁵. Ao analisar o tema no direito português, em que não há previsão expressa, o citado doutrinador afirma a vigência da cláusula. Ele conclui que, com alguma tradição, entre os portugueses, parece ser preferível fundamentar a interdição da concorrência no dever de o alienante entregar a coisa alienada e assegurar o seu gozo pacífico pelo adquirente.

Com efeito, o Código Civil brasileiro de 2002, ao contrário da sistemática anterior, preconiza, em regra, a interdição da concorrência por parte do alienante do estabelecimento. Ele prevê, em seu art. 1.147, que, “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência”, de sorte a permitir a plena possibilidade de continuação da empresa (atividade) original sob a titularidade do trespasário. A norma

⁴⁴ Sobre o nascimento da questão da concorrência na França, Jean Hilaire narra interessante julgado da Câmara de Tournelle no século XVII. Observe-se: “[u]n arrêt de la Chambre de Tournelle du 10 mai 1692 aborde la question des <pratiques> (clients) sur le plan pénal: ayant acquis son indépendance, le commis d’une mercière s’était installé tout à côté de la boutique de son ancienne patronne, s’efforçait de détourner la clientèle à son profit; les règlements corporatifs n’ayant pas prévu le cas et ne protégeant donc pas la clientèle, la condamnation du commis à s’installer ailleurs était appuyée sur les règlements de police, on parvenait par ce biais à une solution anonçant la future obligation de non-concurrence” (HILAIRE, Jean. *Introduction historique au droit comercial*, pp. 152-153).

⁴⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. pp. 152-153. HILAIRE, Jean. *Introduction historique au droit commercial*, p. 262.

revela medida especial de tutela da clientela, fazendo valer, principalmente, o preço pago pelo *avviamento*.

Caso inexistisse a disposição especial do art. 1.147 do Código Civil, note-se, seria defeso ao alienante fazer concorrência ao adquirente da *azienda*, por força do art. 422 da mesma Lei,⁴⁶ que estipula a probidade e a boa-fé como princípios diretivos dos contratos.

Nessa linha de raciocínio, seguida por vários doutrinadores brasileiros do passado e pelo direito estrangeiro, a obrigação de não concorrência surge como uma consequência da aplicação da boa-fé e da probidade ao contrato de *trespasse*.

Nada obstante, o art. 1.147 do Código de 2002 não é inócua, pois, por seu intermédio, são reguladas peculiaridades referentes à manifestação da boa-fé e da probidade no *trespasse*, traduzindo a exigência legal de sua presença na fase pós-contratual, a qual não foi abrangida expressamente pelo aludido art. 422.

A codificação pretende estender, de maneira peculiar, ambos os princípios mencionados para o momento posterior ao negócio. Na espécie, eles devem atuar mesmo após concluído e executado o contrato, para garantia da fruição do estabelecimento pelo adquirente.

Em síntese, a cláusula (legal) de não concorrência traduz, no silêncio das partes, uma obrigação de não fazer do *trespassante* no momento pós-contratual, constituindo uma manifestação específica dos princípios da probidade e da boa-fé, cujo intuito é assegurar o pleno gozo do estabelecimento pelo *trespassário*, especialmente no que toca à clientela.

Permite-se, contudo, o afastamento voluntário da cláusula, pois, em alguns casos, ela é inócua, não gerando qualquer utilidade para o adquirente. Essa cláusula é endereçada precipuamente à tutela da clientela pessoal, o que pode inexistir em certos episódios. Portanto, não se mostrando conveniente às partes essa cláusula, elas deverão afastá-la expressamente; o silêncio dos contratantes comunica a interdição da concorrência.

⁴⁶ Já há, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 69.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que sugere a modificação do art. 422 do novo Código Civil para: “[o]s contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

Assim, o Código Civil, no ponto, igualmente inspirado pela codificação italiana, acabou por normatizar a interdição da concorrência quando da alienação do estabelecimento, trazendo ao âmbito legislativo entendimento doutrinário e jurisprudencial já consolidados.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999. Volume I.

_____. *Da empresarialidade: as empresas no direito*. Coimbra: Almedina, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito comercial: institutos gerais*. Lisboa: FDL, 1998/1999. Volume I.

AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 2003.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

CARNELUTTI, Francesco. Valore giuridico della nozione della azienda commerciale. *Rivista del diritto commerciale*, v. 22, Parte Prima. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1924.

CARVALHO, Orlando de. *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial: o problema da empresa como objeto de negócios*. Coimbra: Almedina, 1967.

CASTELLI-AVOLIO, Giuseppe. *L'azienda commerciale: nelle teorie e nella pratica del diritto*. Napoli: P. Federico & G. Ardia, 1925.

CERAMI, Pietro; PETRUCCI, Aldo. *Lezioni di diritto commerciale romano*. Torino: Giappichelli, 2002.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2001. Volume I.

CORSI, Francesco; FERRARA, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. Milano: Giuffrè, 1994.

DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial. *Tipos societários*. Maria

Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva: 2007.

FERRARI, Giorgio. Vocabolo azienda (diritto privato). *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano: Giuffrè, 1959.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: UTET, 1994.

GUYON, Yves. *Droit des affaires*. Paris: Economica, 1998.

HILAIRE, Jean. *Introduction historique au droit commercial*. Paris: PUF, 1986.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MORAES, Mauro Delphim de. A sucessão nas obrigações aziais no direito brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 32, v. 17, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1978.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume I.

RIPERT, Georges; ROBLOT, R. *Traité de droit commercial*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

XAVIER, José Tadeu Neves. O estabelecimento empresarial no direito brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 25. São Paulo: Malheiros Editores, 1971.

ZUNINO, Jorge Osvaldo. *Fondo de comercio*. Buenos Aires: Astrea, 2000.