

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO - PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

DANIELA PALHARES TURCHETTI

ARRENDAMENTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Belo Horizonte

2014

DANIELA PALHARES TURCHETTI

ARRENDAMENTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito na Área de Concentração em Direito Empresarial.

Orientadora: Prof.^a Dra. Moema Augusta Soares de Castro

Belo Horizonte

2014

T932a Turchetti, Daniela Palhares.
Arrendamento do estabelecimento empresarial / Daniela
Palhares Turchetti. - 2014

Orientadora: Moema Augusta Soares de Castro.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de
Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito comercial - Teses 2. Estabelecimento empresarial
3. Arrendamento 4. Contrato 5. Obrigações (Direito) I. Título

CDU: 347.75

DANIELA PALHARES TURCHETTI

ARRENDAMENTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Dissertação defendida e aprovada, em _____, pela banca
examinadora constituída pelos professores:

Professora Doutora Moema Augusta Soares de Castro (Orientadora) – UFMG

À minha família, minha base. Fonte de inspiração, amor e
força. Devo o que sou e o que conquistei a vocês.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por manter vivas a minha perseverança e fé, mesmo que temporariamente eu as tenha perdido.

Aos meus pais, minha eterna gratidão por todo o amor e confiança depositados. Vocês são os meus exemplos.

Às minhas irmãs por serem minhas companheiras de sempre.

À Professora Moema, pela orientação sem a qual eu jamais teria conseguido concluir esse trabalho e pelas palavras doces nos momentos difíceis.

Ao Thiago por compreender minha ausência e pelo constante apoio.

Aos colegas da Fiat Automóveis por terem assumido esse desafio junto comigo.

A todos que, de diferentes mas não menos importantes formas, foram essenciais para essa conquista fosse alcançada.

RESUMO

O estabelecimento empresarial, que é o complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da atividade empresária, foi conceituado pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio através do Código Civil de 2002. Este mesmo diploma legal prevê que o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos compatíveis com a sua natureza. Dentre esses negócios merecem destaque a alienação, o arrendamento e o usufruto. O arrendamento é o negócio jurídico que tem como objeto a cessão de uso e gozo do estabelecimento empresarial a outrem. Diante da inexistência da disciplina legal sobre a matéria há várias dúvidas sobre as normas a serem aplicadas ao negócio jurídico. O contrato de arrendamento do estabelecimento é um contrato atípico, misto, bilateral, consensual, oneroso, comutativo, de execução continuada e não solene. No arrendamento do estabelecimento, há a sucessão das obrigações ao arrendatário, existindo, por um determinado período, solidariedade do arrendador. Há também como sub-rogação nos contratos exploratórios. Por fim, haverá cessão de crédito em caso de circulação do estabelecimento. O arrendamento do estabelecimento é, ainda, uma das formas de recuperação das empresas expressamente arroladas pela Lei de Falências e Recuperação Judicial. Contudo, diante da ausência de regulamentação legal, necessário serem estabelecidas as regras de aplicação de tal negócio jurídico, a fim de que a recuperação da empresa seja alcançada.

Palavras Chaves: Estabelecimento Empresarial. Arrendamento. Contrato.

ABSTRACT

The goodwill, which is the complex of goods arranged by the entrepreneur in the exercise of business activity, was first conceptualized in the national legal system by the Civil Code of 2002. This same law provides that the goodwill may be unitary object of rights and juristic compatible with their nature. Among these businesses are worth mentioning the sale, lease and usufruct. The lease is the legal business that has as its object the transfer of the use and enjoyment of the goodwill to another. Due to the lack of legal discipline on the subject there are several questions about the standards to be applied to the legal transaction. The lease of the goodwill is an atypical contract, joint, bilateral, consensual, onerous, commutative performed over time and not solemn. The lease of the goodwill, there is a succession of lessee obligations, existing for a certain period, the lessor solidarity. There are also such subrogation in exploration agreements. Finally, there will be credit assignment when running the goodwill. The lease of the goodwill, it is yet one of the forms of recovery of companies specifically enrolled in the Law of Bankruptcy and Reorganization. However, in the absence of statutory regulation, the rules need to be established for implementing such the legal transaction, so that the company's recovery is achieved.

Key words: Goodwill. Lease. Contract.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	15
2.1	A Evolução Histórica do Estabelecimento Empresarial.....	15
2.2	O Conceito de Estabelecimento Empresarial	16
<i>2.2.1</i>	<i>Distinção entre Empresa, Empresário e Estabelecimento Empresarial.....</i>	<i>19</i>
2.3	A Natureza Jurídica do Estabelecimento Empresarial	20
2.4	Os Elementos do Estabelecimento Empresarial.....	25
<i>2.4.1</i>	<i>Considerações Gerais</i>	<i>25</i>
<i>2.4.2</i>	<i>Elementos Corpóreos.....</i>	<i>27</i>
<i>2.4.3</i>	<i>Elementos Incorpóreos.....</i>	<i>28</i>
<i>2.4.3.1</i>	<i>Nome Empresarial.....</i>	<i>29</i>
<i>2.4.3.2</i>	<i>Ponto Empresarial</i>	<i>30</i>
<i>2.4.3.3</i>	<i>Titulo do Estabelecimento</i>	<i>31</i>
<i>2.4.3.4</i>	<i>Propriedade Industrial.....</i>	<i>32</i>
2.5	Aviamento	34
2.6	Clientela.....	35
2.7	Estabelecimento Digital	36
3	DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS REFERENTES AO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	39
3.1	Introdução	39
3.2	Titularidade do estabelecimento empresarial	40
3.3	Características do estabelecimento empresarial como objeto de negócios jurídicos	41
3.4	Negócios Jurídicos Translativos.....	44
<i>3.4.1</i>	<i>Introdução.....</i>	<i>44</i>
<i>3.4.2</i>	<i>Trespasse.....</i>	<i>45</i>
3.5	Negócios Jurídicos Constitutivos.....	46
<i>3.5.1</i>	<i>Introdução.....</i>	<i>46</i>
<i>3.5.2</i>	<i>Arrendamento.....</i>	<i>47</i>
<i>3.5.3</i>	<i>Usufruto.....</i>	<i>48</i>
4	DA LOCAÇÃO	49
4.1	Locação e Arrendamento.....	49
4.2	Generalidades	52
4.3	Locação de Coisas	53
<i>4.3.1</i>	<i>Do contrato de locação de coisas.....</i>	<i>54</i>
<i>4.3.1.1</i>	<i>Das obrigações do Locador.....</i>	<i>56</i>
<i>4.3.1.2</i>	<i>Das obrigações do Locatário</i>	<i>56</i>

4.3.1.3	Extinção do contrato.....	57
4.4	Da locação dos bens imóveis.....	58
4.4.1	<i>Contrato de Locação de Bens Imóveis.....</i>	59
4.4.1.1	Obrigações do Locador.....	61
4.4.1.2	Obrigações do Locatário.....	62
4.4.1.3	Extinção da Locação.....	63
4.4.2	<i>Renovação da Locação.....</i>	65
5	DO ARRENDAMENTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	70
5.1	Considerações Gerais.....	70
5.1.1	<i>Classificação do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial.....</i>	75
5.1.2	<i>Capacidade.....</i>	79
5.1.3	<i>Objeto.....</i>	79
5.2	Obrigações.....	83
5.2.1	<i>Obrigações do arrendatário.....</i>	83
5.2.2	<i>Obrigações do arrendador.....</i>	84
5.3	Efeitos Obrigacionais do Arrendamento do Estabelecimento.....	86
5.3.1	<i>Sucessão nas Obrigações Relativas ao Estabelecimento.....</i>	89
5.3.2	<i>Sub-rogação nos Contratos.....</i>	94
5.3.3	<i>Cessão de Créditos.....</i>	97
5.4	Dever de não concorrência.....	100
5.5	Da Ação Renovatória.....	103
5.6	Da extinção do contrato de arrendamento.....	106
6	DO ARRENDAMENTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESÁRIOS E DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS.....	109
6.1	A Recuperação Judicial no Direito Brasileiro.....	109
6.2	O Arrendamento do Estabelecimento como forma de Recuperação da Empresa.....	115
6.3	Sucessão do Arrendatário nas Obrigações do Devedor.....	118
7	CONCLUSÃO.....	126
	REFERÊNCIAS.....	127

1 INTRODUÇÃO

A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2.002, o Código Civil brasileiro, adotou, em seu artigo 966¹, o conceito de empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Esse conceito traz um conteúdo econômico relevante, devendo o interprete conhecer de economia para bem aplicá-lo, consoante Georges Ripert² já advertiu para as regras de direito empresarial.

Em termos econômicos, o empresário é aquele que organiza os fatores de produção aplicando capital num conjunto mínimo de bens (materiais e imateriais) para o exercício da atividade econômica.

Mas quais seriam os fatores de produção? Essa questão foi inicialmente abordada pelos autores da Escola Clássica dos Economistas³ dos séculos XVIII e XIX que defendiam serem três os fatores de produção: a terra que representa os recursos da natureza; o trabalho físico ou intelectual; e o capital que representa o dinheiro, equipamentos, prédios, ferramentas, etc.

Com a evolução das teorias econômicas, a caracterização dos fatores de produção também foi alterada, mas os elementos acima dispostos permaneceram em todas as escolas (mesmo que sejam adotadas designações diversas). E, de fato, qualquer que seja o porte da organização empresarial, seria impossível cogitá-la sem qualquer dos elementos acima dispostos. Esse fato não é desconhecido do direito, o qual estabeleceu regulação desses elementos em vários de seus ramos, como, por exemplo, o direito do trabalho, o empresarial, etc.

Dentro dessa regulação, interessa ao presente estudo a disciplina do estabelecimento empresarial ou *azienda*. O professor João Eunápio Borges afirmou que o estabelecimento empresarial é formado pelo conjunto dos seguintes elementos: capital, trabalho e organização (observa-se nesse conceito uma forte

¹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

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

² RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Campinas: Red Livros, 2002. p. 18.

³ Envolve vários autores, dentre eles, o francês Jean-Baptiste Say e os ingleses Thomas Malthus e David Ricardo.

influência da teoria clássica dos fatores de produção)⁴. A professora Moema Augusta Soares de Castro, de forma mais objetiva, ensina que o estabelecimento empresarial é o conjunto de bens empregados pelo empresário para o exercício de sua atividade econômica⁵.

Do ponto de vista regulatório, o Código Civil proporcionou um grande avanço ao instituto jurídico do estabelecimento empresarial ao discipliná-lo de forma específica pela primeira vez no direito pátrio. O tratamento legal atribuído à *azienda* pode ser conferido no Título III, denominado "Do Estabelecimento", em um Capítulo Único, que apresenta disposições gerais referentes ao instituto nos artigos 1.142 a 1.149.

O Código Civil determina que o estabelecimento empresarial é todo complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária, podendo ainda ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos que sejam compatíveis com a sua natureza.

Portanto, no atual ordenamento jurídico pátrio, o estabelecimento empresarial se caracteriza por um complexo de bens⁶. Cada um desses bens mantém a sua individualidade própria, e se encontram reunidos pela vontade do empresário, que os organiza, e os apresenta como unidade que lhe serve de instrumento para o exercício de sua empresa⁷.

Por sua vez, os bens que compõem o estabelecimento empresarial poderão ser corpóreos ou incorpóreos. Os bens corpóreos ou materiais abrangem os bens móveis e imóveis⁸, como as mercadorias do estoque, utensílios, veículos, móveis,

⁴ BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 189.

⁵ CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Manual de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 114.

⁶ Existe na doutrina pátria uma grande discussão acerca da natureza jurídica do estabelecimento empresarial, notadamente após a vigência do Código Civil. Autores renomados defendem que após a vigência do Código Civil ele seria uma universalidade de direito. Se afiliam a essa doutrina LUCCA, Newton de. Introdução aos Comentários ao Código Civil Brasileiro - Do Direito de Empresa - arts. 996 a 1087. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. (Org.). *Comentários ao Código Civil brasileiro – do direito de empresa - arts. 996 a 1087*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. IX, p. 79; e CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Op. cit.*, p. 120-121. Outros autores afirmam que ele seria uma universalidade de fato, dentre eles FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20; e REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 276.

⁷ CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Op. cit.*, p. 113.

⁸ Parte da doutrina defende que os bens imóveis não fazem parte do estabelecimento empresarial, dentre eles BORGES, João Eunápio. *Op. cit.*, p. 189. Por sua vez, a doutrina majoritária atual defende que os imóveis podem fazer parte do estabelecimento, dentre eles CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Op. cit.*, p. 116 e FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 28-29.

máquinas, edifícios, terrenos e todos os demais bens corpóreos utilizados pelo empresário na exploração de sua atividade econômica.

Os bens incorpóreos ou imateriais do estabelecimento empresarial são, principalmente, as patentes de invenção e de modelo de utilidade, os registros de desenho industrial, as marcas registradas, o ponto empresarial⁹, o nome de domínio (ponto virtual), dentre outras.

O artigo 1.143 do Código Civil dispõe que pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza. Dentre esses negócios merecem destaque aqueles que são referidos no artigo 1.144, quais sejam: a alienação (*traspasse*), o arrendamento e o usufruto.

O presente estudo tem por objeto a análise do arrendamento do estabelecimento empresarial, bem como o instrumento contratual a ser utilizado nesse tipo de negócio jurídico.

O arrendamento do estabelecimento é o negócio jurídico através o qual o arrendador transfere a outrem, o arrendatário, o direito de usar e gozar do complexo de bens organizado para o exercício da empresa. Tal negócio jurídico permite o desmembramento entre a titularidade primária e secundária do estabelecimento, cabendo ao arrendatário o direito à exploração da azienda.

O contrato de arrendamento é aquele em que uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição¹⁰.

Conforme caracterização da professora Vera Helena de Mello Franco é um contrato consensual, oneroso, bilateral, comutativo, em princípio não solene, de execução sucessiva, em que o locador cede ao locatário o uso e gozo de bem infungível por certo prazo, determinado ou não, mediante o pagamento de um aluguel¹¹.

Logo, o contrato do arrendamento do estabelecimento empresarial tem por objeto a cessão de uso e gozo desse complexo de bens. Conforme referido alhures,

⁹ O ponto, que não se confunde com o estabelecimento empresarial, é a localização física do conjunto de bens para onde a clientela converge (imóvel de localização). Note-se que a sociedade empresária pode ter diversos pontos e estabelecimentos, caso seja considerada a sede, filiais, agências ou sucursais.

¹⁰ Definição disposta no artigo 565 do Código Civil.

¹¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 96.

o estabelecimento empresarial é um complexo de bens, sendo que esses bens (que foram unidos pelo empresário no exercício da sua atividade) podem possuir naturezas distintas. Assim, v. g., um estabelecimento empresarial de uma sociedade do setor de tecnologia poderá ser formado por bens móveis corpóreos (ferramentas, hardwares e equipamentos em geral), bens imóveis (edificação e instalações) e bens móveis incorpóreos (softwares).

Diante da inexistência de uniformidade na doutrina e na falta de legislação que regule a matéria, questiona-se quais normas devem ser aplicadas ao contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial: aquelas referentes à natureza jurídica de cada um dos bens que integrem estabelecimento empresarial ou normas que regulem o instituto como um conjunto?

Além do questionamento supra, outras questões sobre o assunto ainda padecem de respostas: Quais seriam as normas no ordenamento jurídico que regulariam esse contrato? Quais são as formalidades do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial? Quais são as obrigações das partes? Há sucessão das obrigações em caso de arrendamento do estabelecimento? Há sub-rogação dos contratos? Qual é a relação entre arrendante, arrendatário e terceiros?

Essas, e tantas outras perguntas, ainda não foram esgotadamente respondidas pelo Código Civil brasileiro, que, apesar de trazer a regulamentação sobre o estabelecimento empresarial, absteu-se de regulamentar o seu arrendamento, não possuindo o contrato de arrendamento do estabelecimento um regramento específico. Essa inexistência de normas cria uma razoável insegurança ao instituto.

Por fim, o presente estudo objetiva esclarecer a aplicação do instituto do contrato do arrendamento de estabelecimento empresarial na recuperação de empresários e sociedades empresárias. A Lei 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação de Empresas) alterou o paradigma das normas empresariais relacionadas ao insucesso empresarial, uma vez que estabeleceu um procedimento legal voltado à tentativa de salvar os empresários e sociedades empresárias da crise econômico-financeira, com a minoração das perdas dos credores¹².

Nessa nova lógica, inspirada no princípio da conservação da empresa bem como da proteção aos credores, o arrendamento do estabelecimento empresarial

¹² PACHECO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1.

passou a ser um instrumento de grande utilidade nos processos judiciais, tendo inclusive expressa previsão no artigo 50, inciso VII, da Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Isso porque, para a sociedade em crise, esse contrato representa uma redução de suas despesas fixas (ex: manutenção dos bens) e uma fonte de renda, sem que haja diminuição em seus ativos (os quais serão liquidados em caso de convalidação da recuperação em falência).

Assim, são necessárias respostas que ainda não tiveram uma investigação doutrinária consistente, incluindo, mas sem se limitar (questões apenas exemplificativas): (i) quais são os direitos e as obrigações do arrendatário em caso na recuperação judicial e na sua convalidação em falência?; (ii) caso não haja previsão do arrendamento no plano de recuperação aprovado, esse contrato poderá ser celebrado sem a necessidade de autorização do juiz, uma vez que não implica em alienação ou ação que onere os bens da empresa?

Assim, o objetivo do presente estudo é analisar o negócio jurídico de arrendamento do estabelecimento empresarial, bem como o instrumento contratual necessário para sua perfectibilização, qual seja, o contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial, bem como analisar a aplicação do instituto do contrato do arrendamento de estabelecimento empresarial na recuperação de empresários e sociedades empresárias.

Para tanto, o presente estudo foi dividido em cinco capítulos. O primeiro deles dedica-se à análise do estabelecimento empresarial, a evolução histórica o instituto, conceito, natureza jurídica e demais características.

O segundo capítulo é destinado à análise dos negócios jurídicos que o estabelecimento pode ser objeto, nos termos do art. 1.443 e 1.444 do Código Civil brasileiro.

O terceiro capítulo dedica-se à análise do instituto do locação no direito pátrio, seja tanto locação de bens móveis quanto locação de bens imóveis, abordando, ainda, o contrato de arrendamento.

O quarto capítulo debruça-se sobre o arrendamento do estabelecimento empresarial, buscando clarear este importante negócio jurídico tão comumente celebrado no mundo empresarial, e esquecido pelo ordenamento pátrio. Serão analisadas as obrigações das partes, a relação com terceiros, a sucessão nas obrigações, sub-rogação nos contratos, direito (ou não) à ação renovatória, dentre outros.

Por fim, o quinto e último capítulo visa analisar a aplicação do instituto do contrato do arrendamento de estabelecimento empresarial na recuperação de empresários e sociedades empresárias.

Diante do exposto, observa-se que a despeito da relevância do tema e da recorrência da celebração de contratos dessa natureza no mundo empresarial, inexistem regras claras em nosso ordenamento jurídico e a doutrina pouco estudou o assunto, deixando o empresário em inúmeras situações de insegurança. Portanto, não se trata de um tema meramente acadêmico, mas um estudo de elevada relevância prática e que poderá auxiliar os empresários em suas atividades que são essenciais ao desenvolvimento das atividades econômicas.

2 ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

2.1 A Evolução Histórica do Estabelecimento Empresarial

Oscar Barreto Filho, citando Alberto Marghieri, afirma que a origem histórica do estabelecimento empresarial, mesmo que não tratado de forma ampla e orgânica, deu-se no Digesto romano¹³.

No que tange à legislação, a primeira a versar sobre o estabelecimento empresarial, ou *fonds de commerce*, foi a francesa. A Lei de 1.º de março de 1898 e a Lei 17 de março de 1909 não trazem o conceito do instituto, tarefa que cabia à doutrina e à jurisprudência, mas sim regulamentação sobre a venda (Lei de 1.º de março de 1898) e o penhor (Lei de 17 de março de 1909) do estabelecimento empresarial.

Oscar Barreto Filho afirma, ainda, que na esteira da França, países como o Peru, a Argentina e o Uruguai editaram leis estabelecendo regulamentações especiais para o trespasse (venda) do estabelecimento.¹⁴

No direito alemão, o estabelecimento empresarial é regulado desde 1900, com o Código Civil alemão, conhecido pela abreviatura de suas iniciais BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Assim como na França, a legislação alemã deu mais ênfase à negociação do estabelecimento.

Na Itália, o instituto foi tratado pelo *Codice Civile* de 1942. Tal ordenamento conceitua o estabelecimento empresarial em seu artigo 2.444, o qual dispõe, *in verbis*: “A *azienda* é o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa.”¹⁵ Este diploma delimitou, pela primeira vez, e de forma mais precisa, os contornos do instituto.

O Código Comercial brasileiro de 1850 já possuía alguns dispositivos sobre o estabelecimento empresarial. Álvaro Augusto Camilo Mariano assevera que o termo

¹³ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 63.

¹⁴ *Ibidem*, p. 65.

¹⁵ “2.444. *L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*”.

“estabelecimento comercial” foi mencionado em seu artigo 1º, enquanto os artigos 75 e 301 referiam-se a “casa do comércio”.¹⁶

Outras legislações pátrias teriam disciplinado, isoladamente, aspectos do estabelecimento empresarial, tais como o Decreto 916, de 24 de outubro de 1890, em seu artigo 7º¹⁷, que tratava das espécies de nomes comerciais; o Decreto 24.150 de 20 de abril de 1934, a chamada “Lei de Luvas”, que disciplinava a renovação dos contratos de locação de imóveis para fins não residenciais; e o Decreto Lei 4.661 de 1º de junho de 1945, Lei de Falências, a qual tratava da alienação do estabelecimento para caracterização dos atos de falência, bem como para atos ineficazes passíveis de revogação pela ação revocatória.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 35, considerava, para certos efeitos, o local do estabelecimento.

Tal instituto ganhou mais importância e disciplina jurídica sistemática com o Código Civil de 2002, o qual foi claramente inspirado no *Codice Civile* italiano de 1942. O tratamento legal atribuído à azienda pode ser conferido no Título III, denominado “Do Estabelecimento”, em um capítulo único que apresenta disposições gerais referentes ao instituto nos artigos 1.142 a 1.149.

2.2 O Conceito de Estabelecimento Empresarial

A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil brasileiro, adotou, em seu artigo 1.142, o conceito de estabelecimento como todo complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Conforme afirmado anteriormente, o Código Civil brasileiro é claramente inspirado no *Codice Civile* italiano de 1942, razão pela qual o conceito legal pátrio de estabelecimento empresarial é quase uma tradução do art. 2.555¹⁸ do *Codice Civile* italiano¹⁹.

¹⁶ MARIANO, Álvaro Augusto Camilo. *Estabelecimento empresarial: aspectos negociais e dever de não-concorrência*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo. p. 31.

¹⁷ Art 7º. É proibida a aquisição de firma sem a do estabelecimento a que estiver ligada.

¹⁸ Art 2.555. *L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*.

¹⁹ IACOMINI, Marcello Pietro. *Estabelecimento empresarial: negócios jurídicos pertinentes*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo. p. 31.

Analisando o preceito legal italiano, assim dispõe Giorgio Ferrari:

A noção de estabelecimento estatuída no artigo 2.555 dá relevo a dois elementos: a) um elemento material objetivo, ou melhor, a 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 aptidão para satisfazer uma necessidade diversa daquela que poderia satisfazer isoladamente considerados, isto é, para ser instrumento de exercício da empresa.²⁰

Sobre a assertiva de Giorgio Ferrari, assim dispõe Marcello Pietro Iacomini²¹:

A análise elaborada por G. Ferrari é incensurável. São dois elementos estruturais do estabelecimento. O primeiro é o complexo de bens; e o legislador se refere a bens, nestes não podemos inserir os créditos, débitos ou os serviços. Estes, quando desejados pelas partes, podem agregar-se acidentalmente ao estabelecimento, aumentando o seu sobrevalor no momento da transferência. Contudo, entender que podem ser tidos como bens é, a nosso ver, criar onde não foi permitido. O segundo é o elemento organização. É neste momento que os empresários se distinguem. Aqueles que detiveram aptidão para articular os bens de modo adequado, serão bem sucedidos; os que carecem dessa qualidade, provavelmente sucumbirão.²²

São dois os principais elementos do estabelecimento empresarial: o complexo de bens e a organização.

Contudo, para a configuração do estabelecimento, necessária a interação dos elementos, um sem o outro, isoladamente considerados, não se prestam para a formação da azienda. Nesse sentido, Marcelo Andrade Feres, afirma que:

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 daquela 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.²³

²⁰ FERRARI, G. Diritto privato. In: *Enciclopédia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1959. v. 4, p. 685.

²¹ IACOMINI, Marcello Pietro. *Op. cit.*, p. 31.

²² Na original: “*La nozione di azienda sancita dall’art 2.555 (sul cui valore precettivo v. infra, § 6) pone l’accento su due elementi: a) un elemento materiale oggettivo e cioè el complesso bi beni; b) um 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.*”

²³ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 11.

Assim, percebe-se que, o complexo de bens, como o elemento estático não é suficiente para formar o estabelecimento empresarial. Faz-se mister juntar-lhe o elemento dinâmico, a organização, para o estabelecimento possa ser uma unidade econômica.

Segundo Oscar Barreto Filho,

esses bens (oriundos do capital) e serviços (provenientes do trabalho) são conjugados em função de um fim colimado, e aí surge o elemento estrutural: a organização. Não basta, com efeito, a coexistência desordenada de fatores de produção em uma quantidade qualquer; e “preciso que os diversos elementos se encontrem em certa proporção, consoante sua finalidade.”²⁴

Em relação ao primeiro elemento, qual seja, o complexo de bens, necessário ressaltar que o artigo 1.142 do Código Civil foi taxativo no sentido de que somente bens corpóreos e incorpóreos fazem parte do estabelecimento, não sendo, integrante deste, as relações obrigacionais. Assim, créditos, débitos, direitos, contratos e outras relações jurídicas não constituem o estabelecimento empresarial, mas sim o patrimônio da empresa.

Tendo em vista a confusão acerca do conceito de patrimônio com o conceito de estabelecimento empresarial, será apresentada, a seguir, breve conceituação daquele instituto.

Para Sylvio Marcondes Machado, patrimônio é o complexo de bens e relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente.²⁵

Assim, todos os bens e relações jurídicas, ativas ou passivas, que possuam valor econômico, constituem o patrimônio da sociedade. Já o estabelecimento empresarial é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, organizados pelo empresário para o exercício da empresa.

O estabelecimento empresarial é, assim, parte integrante do patrimônio da sociedade empresária ou do empresário, podendo, nos termos do artigo 1.143 do Código Civil²⁶, ser destacada para ser objeto de negócios jurídicos translativos ou constitutivos, conforme admite a legislação. Tal posição foi corroborada em acórdão

²⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 62-63.

²⁵ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Problemas do direito mercantil*. São Paulo: Max Limond, 1970. p. 85.

²⁶ Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

do STJ²⁷ (Superior Tribunal de Justiça), o qual versava sobre a apuração de haveres de sócio em retirada de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Aludido acórdão preceitua que o estabelecimento integra o patrimônio empresarial, para efeito de se apurarem os haveres.

2.2.1 *Distinção entre Empresa, Empresário e Estabelecimento Empresarial*

A empresa, o empresário e o estabelecimento empresarial apesar de frequentemente confundidos, são categorias diferentes. A análise e conceituação de cada uma dessas figuras são essenciais para o presente estudo.

A legislação pátria não se preocupou em trazer um conceito legal de empresa, cabendo tal função à doutrina comercialista.

A doutrina jurídica clássica da empresa foi desenvolvida ao longo do século XX, tendo Alberto Asquini, jurista italiano, apresentado a mais importante obra sobre a empresa.²⁸

Asquini concebe a empresa como um fenômeno de origem econômica e multifacetário, e desdobra-o em quatro acepções jurídicas complementares entre si, a que denomina “perfis”: subjetivo, funcional ou dinâmico, patrimonial ou objeto e corporativo.²⁹

No perfil subjetivo a empresa é tratada sob o ponto de vista do sujeito, o empresário, que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

O perfil objetivo é o complexo de relações jurídicas que se forma em virtude do exercício da empresa, ou seja, bens, direitos e obrigações afetos à atividade empresarial.

Pelo perfil corporativo, a empresa é vista como uma instituição. Por fim, no perfil funcional, a empresa é vista em seu sentido técnico, estrito, como a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Tais acepções não são excludentes, mas verdadeiramente se interpenetram e se complementam. Isso porque, “a empresa interessa enquanto atividade, devendo,

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 52/094/SP. Relator: Min. Nilson Naves. *RSTJ*, n. 147, p. 223, nov. 2001.

²⁸ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa. Rivista di Diritto Commerciale V*, XLI, Milano, Vallardi, 1943.

²⁹ CHINAGLIA, Olavo Zago. *Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo.

nos demais casos, ser adequada ao conceito real que exprime. Logo, o estabelecimento não se confunde com a empresa, nem sequer com o empresário”.³⁰

Isso porque empresário é, nos termos do artigo 966 do Código Civil³¹, aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Logo, empresário é aquele que exerce profissionalmente a empresa.

Assim, o estabelecimento não se confunde com o empresário, pois este é o sujeito titular da empresa e, via de regra, também da *azienda*³², enquanto que o estabelecimento, conforme afirmado anteriormente, é o complexo de bens organizado pelo empresário, para o exercício da empresa.

Francesco Ferrara³³ sobre a diferença entre os conceitos de empresa, de estabelecimento empresarial e de empresário, assevera que:

O estabelecimento é aquela organização produtiva que constitui um capital, a empresa é a atividade profissional do empresário. Os dois conceitos estão intimamente ligados, porque a organização produtiva é colocada em movimento pela atividade profissional do empresário, vale dizer, pelo exercício da empresa; mas a empresa supõe, a seu turno, uma organização por meio da qual se exercita a atividade.³⁴ [tradução nossa]

Pelo acima exposto, percebe-se que, apesar de serem absolutamente distintos, e não se confundirem, os conceitos de empresa, empresário e estabelecimento empresarial são complementares e interligados, sendo necessários à compreensão de um para o pleno entendimento dos outros, posto que, o estabelecimento é o conjunto de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa.

2.3 A Natureza Jurídica do Estabelecimento Empresarial

A doutrina estrangeira preocupou-se em definir a natureza jurídica do estabelecimento empresarial. Isso porque, a tutela do instituto e a delimitação dos

³⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 15.

³¹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

³² FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p.16

³³ FERRARA, Francesco. *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950. p. 94-95.

³⁴ No original: “*La hacienda es aquella organización productiva que constituye um capital; la empresa es la actividad profesional del empresario. Los dos conceptos están intimamente ligados, porque la organización productiva está puesta em marcha por el ejercicio de la empresa; pero la empresa supone, a su vez, una organización por medio de la cual se ejercita la actividad*”.

problemas relativos aos negócios jurídicos realizados com o estabelecimento dependem da natureza do mesmo.

Numerosas são as teorias sobre a natureza jurídica do estabelecimento. Oscar Barreto Filho³⁵ aponta nove diferentes concepções:

- a) Teoria da personalidade jurídica do estabelecimento (Rechtssubjektivität), de Hassenpflug, Gelpcke, Endemann, Mommsen, Völderndorf;
- b) Teoria do estabelecimento concebido como patrimônio autônomo (Zweckvermögen), de Bekker, Krükmann;
- c) Teoria da personificação da maison de commerce titular do fundo de comércio, de Valéry;
- d) Teoria do estabelecimento como negócio jurídico, de Carrara;
- e) Teoria do estabelecimento como instituição, de Ferrara;

Além dessas teorias, que já se acham superadas, a doutrina moderna ainda se divide entre quatro orientações diversas:

- f) o grupo das teorias imaterialistas, que concebem o estabelecimento como bem imaterial, de Pisko, Isay, Hubmann e Müller-Erbach;
- g) o grupo das teorias atomistas; que negam a possibilidade de configuração unitária do estabelecimento, de Scialoja, Barassi, Barbero;
- h) o grupo das teorias patrimonialistas, que identificam o estabelecimento com o patrimônio comercial, caracterizado como *universitas rerum* ou *facti*, de Carnelutti, Rotondi, Vivante.

A teoria da personalidade jurídica sustenta que o estabelecimento empresarial possui personalidade jurídica própria, distinta da personalidade do empresário. Assim, o estabelecimento é elevado à categoria de pessoa jurídica, com a consequente capacidade para a aquisição e o exercício de direitos e obrigações.

Barreto Filho nos ensina que de acordo com essa teoria, o estabelecimento não seria um simples complexo de bens, mas sim sujeito de direitos, centro de todas as relações jurídicas decorrentes do exercício da atividade industrial. Esta doutrina foi seguida, principalmente, por escritores alemães, mas sua difusão se deve principalmente a *Endemann*.³⁶

Além dela, desenvolveu-se, também na Alemanha, a teoria do patrimônio autônomo ou de afetação, a qual concebe o estabelecimento como um patrimônio

³⁵ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 78-79.

³⁶ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 80.

distinto daquele do empresário. Assim, este poderia fracionar seu patrimônio e destinar uma porção ao exercício da atividade econômica, surgindo, portanto, dois complexos patrimoniais distintos: o patrimônio empresarial (estabelecimento), o qual seria destinado única e exclusivamente para a consecução da atividade empresarial e o patrimônio pessoal do empresário, o qual seria utilizado para as obrigações pessoais assumidas por este.

O patrimônio de afetação nada mais é que uma limitação da responsabilidade do empresário, haja vista que o patrimônio empresarial responderia por todas as obrigações decorrentes da atividade empresarial, enquanto que o patrimônio do empresário seria destinado para assegurar as dívidas civis deste.

A terceira teoria é a da personificação da *Maison de Commerce*, de Valéry, a qual considera o estabelecimento, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direito. Esta teoria é, na verdade, uma mescla das duas teorias anteriormente mencionadas, e sugere a atribuição de personalidade ao complexo patrimonial. Dessa forma, seria atribuído ao estabelecimento, ao mesmo tempo, a natureza de sujeito e de objeto de direito, em virtude de sua autonomia de patrimônio.³⁷

Pela teoria do estabelecimento como negócio jurídico, a *azienda* não seria nem sujeito, nem objeto de direito, mas sim um negócio jurídico envolvendo este e outros sujeitos, ou seja, ter-se-ia uma relação jurídica com todos que porventura tivessem algum vínculo negocial com o estabelecimento.³⁸

Há, ainda, a teoria do estabelecimento como instituição, de Ferrara. Segundo esta teoria, o estabelecimento seria uma organização de bens destinados a um fim comum.³⁹

Para os imaterialistas, representando a sexta teoria, o estabelecimento é um bem imaterial, composto por vários outros bens. Contudo, o estabelecimento seria um bem diferente daqueles bens que o compõe e, conseqüentemente, consistiria num direito autônomo.⁴⁰

Sobre a teoria imaterialista, assim assevera Rubens Requião:

Somos da opinião que o estabelecimento comercial pertence à categoria dos bens móveis, transcendentés às unidades de coisas que o compõem são mantidas unidas pela destinação que lhes dá o empresário, formando

³⁷ *Ibidem*, p. 80.

³⁸ IACOMINI, Marcello Pietro. *Op. cit.*, p. 42.

³⁹ FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1950.

⁴⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 17.

em decorrência dessa unidade um patrimônio comercial, que deve ser classificado como incorpóreo. O estabelecimento comercial constitui, em nosso sentir, um bem incorpóreo, constituído de um complexo de bens que não se fundem, mas mantém unitariamente sua individualidade própria.⁴¹

Outra teoria moderna é a teoria atomista. Para os simpatizantes dessa teoria, o estabelecimento nada mais é que uma pluralidade de coisas reunidas pelo empresário, cuja unidade é juridicamente irrelevante, não havendo, portanto, necessidade de um tratamento legal específico para esse instituto. A proteção do estabelecimento dar-se-ia na tutela que o sistema normativo oferece a cada bem isoladamente.⁴²

A tese da teoria atomista não tem como prosperar diante do nosso ordenamento, pois a legislação pátria, através do artigo 1.142 do Código Civil, estabelece um tratamento unitário ao estabelecimento.

Por fim, existe o grupo das teorias patrimonialistas que divisam no estabelecimento universalidades, seja ela universalidade de direito (*universitas iuris*), seja ela universalidade de fato (*universitas facti*).

As universalidades são compostas por bens heterogêneos, coisas corpóreas ou de natureza imaterial. Nem todos os bens precisam ser de propriedade do titular. Ele pode ter apenas a titularidade desses bens, tendo o direito de uso e gozo em virtude de um direito real ou contratual.⁴³ Tais bens, unificados por um indivíduo ou reconhecidos pelo ordenamento jurídico, ganham sobrevalor pela organização em detrimento de uma simples somatória dos bens individualmente considerados.⁴⁴

Conforme já afirmado anteriormente, o conceito legal de estabelecimento é todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.⁴⁵

Atentando-se ao conceito legal de estabelecimento, percebe-se claramente que o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria das universalidades. Contudo, resta o esclarecimento da seguinte questão: tendo em vista o conceito de estabelecimento trazido pelo Código Civil de 2002, o estabelecimento seria uma universalidade de fato ou de direito? ⁴⁶

⁴¹ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 250.

⁴² M. ROTANDI. *Diritto Industriale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1965. p. 53. “La dottrina atomística, quella secondo cui non si riscontra nell’azienda”.

⁴³ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 100.

⁴⁴ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Op. cit.*, p. 75.

⁴⁵ Art. 1.142 do Código Civil

⁴⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 20.

A diferença entre universalidade de fato e universalidade de direito foi trazida pelo Código Civil, em seus artigos 90 e 91:

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

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

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

Silvio Rodrigues apresenta com exatidão a diferença entre universalidade de fato e universalidade de direito⁴⁷:

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.)

Existe na doutrina pátria uma grande discussão acerca da natureza jurídica do estabelecimento empresarial. Autores renomados defendem que ele é uma universalidade de direito. Se afiliam a essa doutrina Newton de Lucca⁴⁸ e Moema Augusta Soares de Castro⁴⁹.

Para os autores acima mencionados, o estabelecimento empresarial seria uma universalidade de direito por (i) demandar um complexo de relações jurídicas ativas e passivas, (ii) ter sido formado por força de lei (art. 1.142 do Código Civil) e; c) possuir valor econômico distinto dos elementos individualmente considerados.

Outros autores afirmam que ele é uma universalidade de fato, dentre eles Marcelo Andrade Feres⁵⁰ e Rubens Requião⁵¹.

Oscar Barreto Filho entende que o estabelecimento empresarial é uma universalidade de fato, haja vista que:

1.º, o estabelecimento, como centro de organização da atividade produtora, tem existência real, e não meramente fictícia; 2.º, o estabelecimento é criado pela vontade do homem, e só de modo mediato reconhecido pela lei como unidade; 3.º, o estabelecimento é constituído unicamente de bens

⁴⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p.134.

⁴⁸ LUCCA, Newton de. *Op. cit.*, p. 79.

⁴⁹ CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Op. cit.*, p. 120-121.

⁵⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 20.

⁵¹ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 276.

materiais ou imateriais, ou seja, elementos do ativo, não compreendendo, pois, indistintamente, as relações jurídicas ativas e passivas do titular.⁵²

Ora, pela leitura do art. 1.142 do Código Civil, percebe-se que o estabelecimento empresarial é um conjunto de bens, organizado voluntariamente pelo empresário para o exercício da empresa. É a vontade do empresário em reunir os bens necessários para o exercício da empresa que formam a unidade do estabelecimento empresarial, e não a determinação legal, razão pela qual o presente estudo entende ser o estabelecimento empresarial uma universalidade de fato.

2.4 Os Elementos do Estabelecimento Empresarial

2.4.1 Considerações Gerais

Para João Eunápio Borges, o estabelecimento é formado pelos seguintes elementos: capital, trabalho e organização⁵³.

O capital são as coisas corpóreas ou materiais, o trabalho seriam os serviços do proprietário e dos empregados e a organização seria a combinação dos dois elementos anteriores (capital e serviços), buscando a maior produtividade de ambos. O estabelecimento empresarial tem como ponto fundamental a maneira original pela qual o empresário aplica seus elementos, organizando o capital e os serviços para o exercício da empresa.⁵⁴

A maior parte da doutrina, tendo em vista a definição de estabelecimento empresarial contida no Código Civil, considera como elementos do estabelecimento todos os bens corpóreas e incorpóreas, móveis e imóveis necessários para o exercício da empresa.

Iacomini leciona que o complexo de bens mencionado no dispositivo legal deve ser entendido em sentido amplo, compreendendo não só as coisas e os bens imateriais, mas também os serviços necessários para a atividade empresarial. Afirma que, pelo conceito previsto no Código Civil, não seria correto incluir os serviços como elemento do estabelecimento. Contudo, não menos verdade é que

⁵² BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 107.

⁵³ BORGES, João Eunápio. *Op. cit.*, p. 189.

⁵⁴ CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Op. cit.*, p. 114.

não se pode conceber o estabelecimento sem essa característica dinâmica, caso contrário, estar-se-ia protegendo um aglomerado de bens sem função econômica.⁵⁵

Tal posição é corroborada por Oscar Barreto Filho, o qual afirma que:

Em síntese, com base nesses elementos, podemos fixar-nos na seguinte definição do estabelecimento, fundo ou fazenda comercial: complexo de bens *latu sensu* inclusive serviços organizados pelo empresário como instrumento para o exercício da atividade empresarial.⁵⁶

Dependendo da atividade empresarial exercida, os serviços podem constituir o principal elemento do estabelecimento.

Não se pode, de modo abstrato e absoluto, proceder à elaboração de um rol taxativo dos elementos comuns a todo e qualquer estabelecimento. Ao contrário, são as características da atividade que determina os elementos a serem organizados pelo empresário.⁵⁷

Os bens integrantes do estabelecimento não precisam ser de propriedade do empresário, basta que este possua o direito de uso e gozo, decorrente de outro direito real ou contratual.⁵⁸

Não obstante receberem uma proteção unitária pela legislação, os elementos do estabelecimento não perdem a sua individualidade. Cada elemento componente do estabelecimento permanece sobre sua proteção legal específica, e pode ser destacado do conjunto sem comprometer a existência deste último. Assim, nos termos do art. 90 do Código Civil, cada bem pode ser objeto de relação jurídica autônoma. Nesse aspecto, precisa é a lição de Oscar Barreto Filho quando aduz que a extinção do estabelecimento somente se opera quando se verifica desagregação total dos fatores de produção, ou, em outras palavras, havendo aniquilamento do aviamento⁵⁹.

Abaixo, serão apresentados os elementos mais comuns da maioria dos estabelecimentos empresariais.

⁵⁵ IACOMINI, Marcello Pietro. *Op. cit.*, p. 47.

⁵⁶ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 147

⁵⁷ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 24.

⁵⁸ SARDINHA, Juliana Amaral. *O trespasse do estabelecimento empresarial da sociedade em recuperação judicial*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Programa de Pós-Graduação em Direito, Nova Lima.

⁵⁹ O aviamento é, em breve síntese, o sobrevalor pela organização dos bens de produção em detrimento de uma simples somatória dos bens individualmente considerados. Tal figura será oportunamente tratada no item 2.5. do presente estudo. (BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 149.)

2.4.2 Elementos Corpóreos

Os elementos corpóreos do estabelecimento empresarial são os bens materiais, palpáveis, que possuem existência física, tais como as instalações, mercadorias, vitrinas, máquinas, mostruário, móveis, utensílios, o imóvel onde está instalado o estabelecimento e produtos necessários para o exercício da empresa. Os elementos corpóreos do estabelecimento podem ser, assim, bens móveis ou bens imóveis⁶⁰.

A doutrina pátria não é uníssona sobre a possibilidade dos bens imóveis integrarem o estabelecimento empresarial.

Fran Martins acredita que os bens imóveis não devem ser excluídos do estabelecimento empresarial:

quando os imóveis pertencem ao comerciante, para o seu estabelecimento ou para um serviço necessário à empresa comercial – tais como armazéns para depósito de mercadorias, prédios apropriados para instalação de usinas, etc. – esses imóveis incorporam ao fundo de comércio e, ao ser vendido o estabelecimento comercial, figuram no mesmo, salvo se de modo diverso for deliberado pelos contratantes. Assume o imóvel o caráter de bem comercial pela sua destinação, do mesmo modo que um móvel de que o comerciante se utiliza para expor os seus produtos, se torna também elemento do fundo de comércio, muito embora se distinga da mercadoria, que é adquirida para revender.⁶¹

Marcelo Andrade Feres afirma que não apenas a doutrina atual adota a tese de que os imóveis compõem o estabelecimento empresarial, mas também a legislação, através do art. 978 do Código Civil:

“Art. 978. 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”.

Pois bem, sobre o tema, atente-se à expressão “os imóveis que integrem o patrimônio da empresa”. A mesma inteligência expendida por ALBERTO ASQUINI a propósito da empresa no Código Civil italiano presta-se a orientar a leitura do ditame brasileiro. Em lugar de patrimônio da empresa,

⁶⁰ Parte da doutrina defende que os bens imóveis não fazem parte do estabelecimento empresarial, dentre eles BORGES, João Eunápio. *Op. cit.*, p. 189. Por sua vez, a doutrina majoritária atual defende que os imóveis podem fazer parte do estabelecimento, dentre eles CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Op. cit.*, p. 116 e FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, 2007. p. 28-29. Não obstante entendimento doutrinário em sentido contrário, o presente estudo entendeu por bem incluir os bens imóveis como elementos corpóreos do estabelecimento empresarial.

⁶¹ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 449.

leia-se estabelecimento. A empresa, na norma transcrita, assume um perfil objetivo, ou seja, foi empregada pela lei querendo revelar, sem dúvida, a figura do estabelecimento.⁶²

Em sentido contrário, Requião, entende que os bens imóveis não poderiam integrar o estabelecimento empresarial, posto ser o estabelecimento empresarial um bem móvel, incorpóreo⁶³, razão pela qual não pode o bem imóvel ser um elemento do estabelecimento:

Ora, se considerarmos o estabelecimento, na sua unidade, uma coisa móvel, claro está, desde logo, que o elemento imóvel não o pode constituir. É preciso, e é de bom aviso aqui frisar, que não se deve confundir fundo de comércio com patrimônio. O fundo de comércio não constitui todo o patrimônio, é parte ou parcela do patrimônio do empresário. A empresa, que é o exercício da atividade organizada pelo empresário, conta com vários outros elementos patrimoniais, por este organizados, para a produção ou troca de bens ou serviços que não integram o estabelecimento comercial. O imóvel pode ser um elemento da empresa, não o é do fundo de comércio.⁶⁴

Não há, no entender desse estudo, razões plausíveis para excluir o bem imóvel dos elementos do estabelecimento, razão pela qual será considerado como integrante da azienda.

2.4.3 Elementos Incorpóreos

Os elementos incorpóreos são os bens que não possuem existência física, mas podem ser valorados economicamente e são utilizados pelo empresário para o exercício da empresa. Dentre os principais elementos incorpóreos estão (i) o nome empresarial, (ii) o ponto empresarial, (iii) o título de domínio e (iv) as marcas, patentes de invenção, modelos de utilidade e desenhos industriais, os quais serão tratados nos itens abaixo.

⁶² FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 29.

⁶³ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 282. O Autor acredita que o estabelecimento empresarial é um bem incorpóreo, formado por um complexo de bens que não se fundem, mas mantém unitariamente sua individualidade própria. Assim, o estabelecimento seria um bem móvel, transcendendo às unidades de coisas que o compõem, e são mantidas unidas pela destinação que lhes dá o empresário.

⁶⁴ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 290.

2.4.3.1 Nome Empresarial

Por se tratar de um bem empregado pelo empresário no exercício de sua atividade, o nome empresarial é um elemento incorpóreo do estabelecimento. O nome identifica o sujeito de direito, ou seja, o empresário ou a sociedade empresária. É um sinal distintivo. O nome empresarial é o gênero de que são espécies: a) as firmas ou razões individuais; b) as firmas ou razões sociais; e c) as denominações sociais.

As firmas ou razões individuais foram tratadas pelo artigo 1.156 do Código Civil, o qual dispõe que o empresário opera sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado, aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero da atividade.

Sobre a firma individual, assim ensina a professora Moema Augusta Soares de Castro:

Firma individual é o nome do empresário que exerce a atividade empresarial por conta e riscos próprios e, ao mesmo tempo, a maneira de ele, empresário individual, se obrigar. Adotará sempre como uma firma individual constituída por seu nome completo ou abreviado, facultado a ele acrescentar designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero da atividade que exerce.⁶⁵

A firma social é o nome empresarial das sociedades empresárias regulares que possuem sócios de responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais. Nos termos do artigo 1.157 do Código Civil ficam solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações contraídas sob a firma social os sócios que, por meio de seus nomes, figurarem na firma da sociedade.⁶⁶

Em sociedade empresária com sócios de responsabilidade limitada pelas obrigações sociais, esta deverá utilizar a denominação social como nome empresarial. A denominação deverá designar o objeto social e ser sempre acrescida de palavras designativas do tipo de sociedade.

O nome empresarial é regido pelo princípio da novidade e veracidade. O princípio da novidade está estampado no art. 1.163 do Código Civil⁶⁷. Já o princípio

⁶⁵ CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Op. cit.*, p. 134.

⁶⁶ CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Op. cit.*, p. 135.

⁶⁷ Art. 1.163. O nome de empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro.

da veracidade determina que o nome deve representar uma situação fática verdadeira do empresário⁶⁸.

O artigo 1.164 do Código Civil dispõe que “o nome empresarial não pode ser objeto de alienação”. No entanto, em seu parágrafo único, permite o uso do nome empresarial desde que tenha ocorrido o trespasse do estabelecimento. Nesse caso, o trespasário poderá valer-se do nome de seu antecessor (alienante), precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor.⁶⁹

2.4.3.2 Ponto Empresarial

O ponto empresarial é o local onde o empresário exerce a atividade empresarial. Ressalte-se que o ponto empresarial, elemento incorpóreo, não pode ser confundido com o bem imóvel, e corpóreo, onde está instalado.

Caso o empresário seja proprietário do bem imóvel, integrarão o estabelecimento, além do imóvel, bem corpóreo, o ponto empresarial, elemento incorpóreo. Já se o empresário apenas possui a posse do imóvel, através de contrato de locação, apenas o ponto integrará o conjunto de bens que constituem o estabelecimento.

Na legislação brasileira, o ponto empresarial é tutelado através da ação renovatória de alugueis prevista no artigo 51 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei das Locações)⁷⁰. E tal proteção se deve em virtude de o empresário investir na

Parágrafo único. Se o empresário tiver nome idêntico ao de outros já inscritos, deverá acrescentar designação que o distinga.

⁶⁸ IACOMINI, Marcello Pietro. *Op. cit.*, p. 49.

⁶⁹ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 27.

⁷⁰ Art. 51. 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.

§ 1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito à renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.

§ 2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer ao fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade.

§ 3º Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub-rogado no direito à renovação, desde que continue no mesmo ramo.

conformação do imóvel às suas necessidades; formar clientela tendo em vista a localização de seu negócio; e articular fornecedores para redução de custos. Tudo isso é considerado pelo Direito, que busca assegurar a continuidade da locação.⁷¹

Para que tenha lugar a ação renovatória, devem estar presentes os requisitos expressamente elencados no referido art. 51 da Lei de Locações, quais sejam: (i) o contrato tem que ter sido celebrado por escrito e por 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.

A ação renovatória será melhor tratada no presente estudo, quando da análise sobre a possibilidade de renovação dos alugueis em caso de arrendamento do estabelecimento empresarial.

2.4.3.3 Título do Estabelecimento

O título do estabelecimento identifica o ponto empresarial. É o sinal distintivo que identifica o local de exercício da atividade empresária, atraindo e fidelizando a clientela.

Normalmente, a clientela conhece o estabelecimento empresarial pelo título do estabelecimento, razão pela qual tal elemento possui significativo valor econômico, integrando, assim, o estabelecimento.

Apesar do título do estabelecimento não ser registrável, ele é tutelado pelo artigo 195 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da Propriedade Industrial), a qual dispõe que comete crime de concorrência desleal “quem 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”.⁷²

§ 4º O direito à renovação do contrato estende - se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo.

§ 5º Do direito à renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

⁷¹ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 30.

⁷² Art. 195. 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;

Se registrado juntamente com o nome comercial na junta comercial, o título do estabelecimento poderá ser comprovante da anterioridade do uso, nos termos do art. 1.166⁷³ do Código Civil.

2.4.3.4 Propriedade Industrial

São considerados, ainda, elementos incorpóreos do estabelecimento empresarial os bens de propriedade industrial regulados pela Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, a qual disciplina, basicamente, quatro categorias: a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca.

A invenção não possui conceituação legal. Segundo Fran Martins entende-se por invenção a criação ou concepção de um processo, produto, instrumento, ou meio novo que possa ser aplicado à indústria, com a finalidade de melhorá-la⁷⁴.

É patenteável a invenção que atenda, cumulativamente, aos requisitos da novidade, atividade inventiva e da aplicação industrial, nos termos do artigo 8.º da Lei da Propriedade Industrial⁷⁵.

A patente deve ser obtida junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Em sendo concedida a patente, o titular tem o direito de exploração exclusiva por um prazo de vinte anos, contados da data do depósito⁷⁶.

Os modelos de utilidades são pequenas invenções, podendo ser qualquer inovação, forma ou modificação em um produto já existente que resultem em melhoria no uso ou na fabricação. Assim como a invenção, o modelo de utilidade é patenteável, nos termos do artigo 9.º da Lei da Propriedade Industrial⁷⁷. Concedida a patente, o titular tem o direito de exploração exclusiva por um prazo de quinze anos, contados da data do depósito.

⁷³ Art. 1.166. 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.

⁷⁴ MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 431.

⁷⁵ Art. 8º. É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

⁷⁶ IACOMINI, Marcello Pietro. *Op. cit.*, p. 50.

⁷⁷ Art. 9º 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.

O desenho industrial, comumente denominado *design*, foi conceituado pelo artigo 95 da Lei 9.279/96⁷⁸ como “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”. Pode ser registrado junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial. O Registro protege o desenho por dez anos, contados do depósito, prorrogável por três períodos sucessivos de cinco anos cada.

A marca, nos termos do artigo 122 da Lei 9.279/96⁷⁹, são os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. As marcas podem ser: (a) de produto ou serviço; (b) de certificação e (c) coletiva.

O artigo 123 da Lei de Propriedade Industrial conceitua expressamente os três tipos:

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e

III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

Para serem tuteladas pelo ordenamento jurídico, as marcas devem ser registradas junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial e podem ser exploradas, exclusivamente, por um período de dez anos, contados da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

As propriedades industriais são de extrema relevância para o bom exercício da empresa. Isso porque fomentam o desenvolvimento industrial e tecnológico, representando valores econômicos relevantes na formação do conjunto de bens organizado que vem a ser o estabelecimento.⁸⁰

⁷⁸ Art. 95. 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.

⁷⁹ Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

⁸⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 28.

2.5 Aviamento

Conforme afirmado anteriormente, o estabelecimento empresarial é um complexo de bens corpóreos e incorpóreos, valorados economicamente, que são organizados pelo empresário para o exercício da atividade econômica.

Em virtude da organização dos bens, o estabelecimento empresarial possui uma aptidão funcional diversa daquelas dos bens singularmente considerados. Quanto maior o nível de organização, maior também é a aptidão do estabelecimento para gerar lucro. Ao sobrevalor decorrente dessa aptidão, dá-se o nome de aviamento.

Sobre o aviamento, assim dispõe Chinaglia, *in verbis*:

Esse complexo de meios, considerado no seu conjunto, consubstancia-se em um objeto unitário de direitos, com valor econômico próprio, que é tanto maior quanto maior for sua aptidão para gerar lucros; vale dizer, quanto maior for o seu aviamento. O valor do estabelecimento empresarial representa, nesse sentido, a soma dos valores individuais de cada um dos bens, corpóreos e incorpóreos, que o compõem, acrescida de uma mais-valia, atribuída ao aviamento.⁸¹

Chinaglia apresenta, ainda, um interessante conceito econômico sobre o aviamento:

Em termos econômicos, o aviamento expressa o valor-utilidade de todos os elementos integrantes do estabelecimento, considerados como um conjunto sinérgico para consecução dos fins da empresa, ou seja, o lucro; a sua expressão monetária, portanto, nada mais é do que o valor presente desse lucro.⁸²

O aviamento possui dois aspectos distintos: o objetivo e subjetivo⁸³. O aspecto objetivo é ligado à aptidão em gerar lucros decorrentes da organização dos elementos do estabelecimento. Já o subjetivo decorre das características pessoais do empresário.

O aviamento é um atributo e não um elemento estabelecimento. Isso porque o aviamento não existe de forma, autônoma, independente do estabelecimento.⁸⁴

⁸¹ CHINAGLIA, Olavo Zago. *Op. cit.*, p. 44.

⁸² *Ibidem*, p. 44.

⁸³ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 176.

⁸⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 171.

Apesar de não ser um elemento, o aviamento ganha significativa importância nos negócios incidentes sobre o estabelecimento, tendo em vista ser um fator determinante do valor atribuído para a celebração do negócio.⁸⁵

Nesse sentido, o parágrafo único, III do artigo 1.187, do Código Civil permitiu que o aviamento figurasse entre os valores do ativo, no caso de trespasse.⁸⁶

2.6 Clientela

Clientela é o conjunto de pessoas que habitualmente se servem habitualmente do mesmo estabelecimento, no intuito de adquirir os seus produtos ou serviços.

Marcelo Andrade Feres, citando José Maria Rocha Filho, afirma que a clientela pode ser classificada em três tipos: a) constituída por transeuntes; b) em função da fama do estabelecimento; c) a que é amiga ou tem confiança no empresário, gerente ou empregado e d) cliente de marca.⁸⁷

Carvalho de Mendonça apresenta interessante diferenciação entre clientela e freguesia, a saber:

⁸⁵ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 36.

⁸⁶ Art. 1.187. Na coleta dos elementos para o inventário serão observados os critérios de avaliação a seguir determinados:

I - os bens destinados à exploração da atividade serão avaliados pelo custo de aquisição, devendo, na avaliação dos que se desgastam ou depreciam com o uso, pela ação do tempo ou outros fatores, atender-se à desvalorização respectiva, criando-se fundos de amortização para assegurar-lhes a substituição ou a conservação do valor;

II - os valores mobiliários, matéria-prima, bens destinados à alienação, ou que constituem produtos ou artigos da indústria ou comércio da empresa, podem ser estimados pelo custo de aquisição ou de fabricação, ou pelo preço corrente, sempre que este for inferior ao preço de custo, e quando o preço corrente ou venal estiver acima do valor do custo de aquisição, ou fabricação, e os bens forem avaliados pelo preço corrente, a diferença entre este e o preço de custo não será levada em conta para a distribuição de lucros, nem para as percentagens referentes a fundos de reserva;

III - o valor das ações e dos títulos de renda fixa pode ser determinado com base na respectiva cotação da Bolsa de Valores; os não cotados e as participações não acionárias serão considerados pelo seu valor de aquisição;

IV - os créditos serão considerados de conformidade com o presumível valor de realização, não se levando em conta os prescritos ou de difícil liquidação, salvo se houver, quanto aos últimos, previsão equivalente.

Parágrafo único. Entre os valores do ativo podem figurar, desde que se preceda, anualmente, à sua amortização:

I - as despesas de instalação da sociedade, até o limite correspondente a dez por cento do capital social;

II - os juros pagos aos acionistas da sociedade anônima, no período antecedente ao início das operações sociais, à taxa não superior a doze por cento ao ano, fixada no estatuto;

III - a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade.

⁸⁷ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 38.

Muitos consideram a expressão clientela como sinônimo de freguesia, aplicando-as indistintamente. Contudo, existe sensível diferença entre elas. A clientela se traduz pelo elemento subjetivo da ação do empresário que se esforça com o emprego de técnicas para conquistá-la. O conjunto dessas qualidades subjetivas do titular do estabelecimento é que atrai o grupamento de pessoas que, de forma costumeira, realizam as aquisições de produto ou serviços de que necessitam, criando uma certa fidelidade. A freguesia já possui um conceito desprendido da qualidade subjetiva do empresário, sendo seu ponto catalisador, de ligação do grupamento de pessoas ao estabelecimento, fatores outros de natureza objetiva, como a localização do estabelecimento.⁸⁸

A fidelidade ou não da clientela interfere diretamente na capacidade do estabelecimento em gerar lucro e, conseqüentemente, no aviamento. Quanto maior a clientela, maior é a probabilidade do estabelecimento ser lucrativo. Assim, a análise da clientela é determinante para se mensurar a mais-valia do estabelecimento e, conseqüentemente, fixar o preço para realização dos respectivos negócios jurídicos.

A clientela, assim, como o aviamento, não é um elemento do estabelecimento, mas sim seu atributo. Nesse sentido, Fábio Ulhoa afirma que “a noção de clientela como objeto de domínio do empresário é imprópria, porque cuida de um conjunto de pessoas insuscetíveis de apropriação para o direito em vigor.”⁸⁹ Assim, a clientela não pode ser objeto de direito ou de negócio jurídico autônomo.

A tutela da clientela é feita pelo ordenamento jurídico brasileiro no que concerne ao dever de não concorrência do cedente, em caso de transferência do estabelecimento empresarial, (artigo 1.147 do Código Civil)⁹⁰ e ao cometimento de crime de concorrência desleal⁹¹.

2.7 Estabelecimento Digital

⁸⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 1, Campinas, Bookseller, 2000, pp.23-598.

⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 96.

⁹⁰ Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.

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

⁹¹ “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

[...]

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;”

O surgimento da informática, e principalmente da internet, promoveu profundas alterações nas relações comerciais, com o surgimento, desenvolvimento e incontrolável expansão da celebração de negócios jurídicos em ambiente virtual, seja a venda de produtos ou a prestação de serviços, é o designado *e-commerce*.

Essa realidade fez o empresariado investir agressivamente no desenvolvimento da tecnologia virtual para alcançar novos mercados, e, com o surgimento dos negócios jurídicos virtuais, houve a necessidade de organizar bens para o exercício da atividade empresarial, gerando, assim, o estabelecimento empresarial virtual.

Sobre o estabelecimento empresarial, assim dispõe Fábio Ulhoa Coelho:

Antes do aparecimento do comércio eletrônico, o estabelecimento empresarial era sempre físico, ou seja, a empresa encontrava-se instalada em imóvel fisicamente acessível ao consumidor ou adquirente. Com o comércio eletrônico, surge uma nova espécie de estabelecimento, fisicamente inacessível: o consumidor ou adquirente devem manifestar a aceitação por meio de transmissão eletrônica de dados. É o estabelecimento virtual.⁹²

Para alguns doutrinadores, o estabelecimento empresarial virtual seria autônomo, distinto do físico. Nesse sentido, está Modesto Carvalho, o qual afirma que “o site da Internet, por meio do qual são disponibilizados os produtos e serviços, pode ser considerado um estabelecimento autônomo e, como não poderia deixar de ser, virtual”.⁹³

Contudo, não se pode concordar com tal teoria. Isso porque a única diferença entre o estabelecimento empresarial físico para o virtual é que enquanto o físico possui, entre seus elementos, o bem incorpóreo onde ele exerce a atividade, o ponto empresarial, o estabelecimento virtual possui o nome de domínio.

Alguns estabelecimentos podem possuir, ainda, tanto o ponto empresarial quanto o nome de domínio, caso a atividade empresária seja exercida tanto em local físico quanto no virtual. O estabelecimento, reitera-se, é o conjunto de bens necessários para o exercício da atividade empresária. Ora, o nome de domínio, nada mais é que o elemento necessário para que o empresário exerça o *e-commerce*.

⁹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 34.

⁹³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13, p. 625.

Nomes de domínio são endereços eletrônicos dotados de letras e algarismos, portanto alfanuméricos, cuja função é localizar sítios na Internet. Sobre os nomes de domínio, assim leciona Marcelo Andrade Feres:

O nome de domínio é nada mais nada menos do que o endereço utilizado pelo empresário no mundo da internet. São os conhecidos sites, por meio dos quais o exercente de atividade econômica coloca produtos e serviços ao alcance de todos os internautas.⁹⁴

Assim, o nome de domínio nada mais é que um elemento incorpóreo do estabelecimento empresarial que realiza *e-commerce*.

Ainda sobre o estabelecimento, mister trazer o ensinamento de Felipe Falcone Perruci:

Sendo assim, tem-se que os elementos integrantes do estabelecimento virtual são, na verdade, partes integrantes do estabelecimento clássico. Nessa ordem de idéias, a virtualidade no acesso dos consumidores aos produtos oferecidos ao mercado é, na verdade, apenas a exteriorização de um dos elementos da concepção tradicional de estabelecimento: a organização.

Com efeito, esse novo tipo de acesso ofertado pelo empresário é resultado do alto grau de organização dos fatores de produção da empresa, em função do atual estágio de desenvolvimento tecnológico. Nesse contexto, a expressão digital de uma atividade empresarial, operacionalizada pela virtualidade do acesso é, portanto, o que Hernani Estrella já chamava de “bom aviamento”.⁹⁵

Analisados as principais características e elementos do estabelecimento empresarial, passa-se para a avaliação dos principais negócios jurídicos que possuem como objeto tal universalidade.

⁹⁴ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 32.

⁹⁵ PERRUCCI, Felipe Falcone. Existe um estabelecimento empresarial virtual? *Revista da Faculdade de Direito da Milton Campos*, p. 421-437, 2006.

3 DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS REFERENTES AO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

3.1 Introdução

O artigo 1.143 do Código Civil⁹⁶ dispõe que pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, *inter vivos* ou *causa mortis*, que sejam compatíveis com a sua natureza.

O estabelecimento pode ser objeto tanto de negócios jurídicos onerosos, tais como o arrendamento e o trespasse, como de negócios jurídicos gratuitos, tais como doação, comodato e usufruto. A azienda pode, ainda, servir de garantia em negócio jurídico real de penhor, ou mesmo como penhora judicial.⁹⁷

Os negócios jurídicos que tem como objeto o estabelecimento empresarial visam mais que a simples transmissão do conjunto de bens, mas verdadeiramente a transferência do complexo funcionalmente organizado. “O interesse do cessionário não está simplesmente na reunião dos bens, mas na reunião organizada e dinâmica, voltada para a efetiva produção econômica.”⁹⁸

Tanto isso é verdade que, na composição do preço pago pelo cessionário, não há apenas o valor individual de cada bem, mas também o valor do aviamento, que, como afirmado anteriormente, é o sobrevalor decorrente da organização do complexo de bens.

Ressalte-se, ainda, que a opção por celebrar um negócio jurídico que tenha o estabelecimento como objeto possui seus riscos. Isso porque, tais negócios ensejam a continuação da empresa (atividade) nas mãos do cessionário.⁹⁹ Assim, há alguns efeitos obrigacionais, os quais serão mais profundamente analisados no decorrer desse estudo.

⁹⁶ Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

⁹⁷ MARIANO, Álvaro Augusto Camilo. *Op. cit.* p. 53

⁹⁸ *Ibidem*, p. 47.

⁹⁹ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 45.

Há, ainda, certos negócios jurídicos que, por sua disciplina, não comportam por objeto o estabelecimento empresarial. O próprio artigo 1.143 afirma que há negócios jurídicos incompatíveis com a natureza do estabelecimento. Como exemplo, não pode ser celebrado contrato de compra e venda da azienda, haja vista que, nos termos do artigo 481 do Código Civil¹⁰⁰, tal negócio jurídico só pode ter como objeto bens corpóreos e a universalidade, como é cediço, é incorpórea.¹⁰¹

É impossível, ainda, a transferência do domínio sobre o estabelecimento, já que, conforme será melhor demonstrado mais à frente, inexistente propriedade do empresário sobre a azienda.¹⁰²

Dentre os negócios jurídicos que possuem como objeto o estabelecimento empresarial, merecem destaque aqueles que são referidos no artigo 1.144¹⁰³, quais sejam: a alienação (*traspasse*), o arrendamento e o usufruto.

O presente estudo tem como objetivo a análise do arrendamento do estabelecimento empresarial. Contudo, para melhor entendimento desse negócio jurídico, serão apresentados também os outros dois negócios jurídicos trazidos pelo art. 1.144 do Código Civil.

A seguir, serão tratadas algumas questões comuns a celebração de qualquer negócio jurídico cujo objeto seja o estabelecimento empresarial.

3.2 Titularidade do estabelecimento empresarial

Quando da celebração de um dos negócios jurídicos previstos no artigo 1.144 do Código Civil, ocorre a transferência de titularidade do estabelecimento (*traspasse*), ou, apenas do direito de uso e gozo a outro (arrendamento e usufruto). Isso porque, o empresário é titular da azienda, e não proprietário. Sobre a natureza da relação que vincula o empresário ao estabelecimento empresarial, assim afirma Oscar Barreto Filho:

¹⁰⁰ Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

¹⁰¹ MARIANO, Álvaro Augusto Camilo. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁰² O empresário possui titularidade sobre o estabelecimento empresarial, e não propriedade.

¹⁰³ 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.

Composto, como é, de elementos heterogêneos quanto à natureza, quanto à origem e quanto ao regime jurídico, o estabelecimento constitui uma unidade complexa definida como *universitas facti*. É certo que, como universalidade de fato, o estabelecimento é objeto de direito; mas esse direito não se analisa como direito de propriedade. O estabelecimento integra-se no patrimônio do comerciante, que dele detém a titularidade; mas essa relação de pertinência subjetiva não se reveste do caráter de propriedade ou de outro direito real. [...] A palavra titularidade, em sua acepção genérica, se refere a todos os direitos subjetivos, qualquer que seja a sua natureza, e, portanto, é o mais adequado para exprimir a relação de pertinência que existe entre o estabelecimento e o empresário.¹⁰⁴

Assim, sobre a universalidade que compõem o estabelecimento, percebida como uma unidade, o empresário possui apenas a titularidade da azienda, distinta da propriedade dos bens singularmente considerados, até porque, como afirmado anteriormente, não é necessário que o empresário seja proprietário dos bens que integram o estabelecimento, bastando ter direito de uso e gozo em virtude de um direito real ou contratual.

Oscar Barreto Filho¹⁰⁵ dividiu a titularidade em primária e secundária. A primária é a titularidade indireta, o empresário permaneceria titular do estabelecimento, mas não teria o direito de explorá-lo. A secundária decorreria do direito ao uso e gozo o estabelecimento, e seria derivada de um negócio jurídico que possibilitaria apenas a utilização do estabelecimento, com a obrigação de restituí-lo.

A distinção supra é necessária para a diferenciação entre os negócios jurídicos translativos e constitutivos, pois, nos negócios jurídicos translativos há a transferência da chamada titularidade primária, e nos negócios jurídicos constitutivos transfere-se a simples exploração do estabelecimento empresarial, ou seja, a titularidade secundária.

3.3 Características do estabelecimento empresarial como objeto de negócios jurídicos

Conforme afirmado anteriormente, o artigo 1.143 do Código Civil dispõe que o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, desde que sejam compatíveis com a sua natureza.

Conforme referido alhures, o estabelecimento empresarial é um complexo de bens heterogêneos, com naturezas absolutamente distintas.

¹⁰⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 139-140.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 196.

Tendo em vista essa diversidade de bens que compõem o estabelecimento empresarial, e a possibilidade da azienda de ser objeto unitário de negócios jurídicos, qual norma (ou normas) no ordenamento jurídico brasileiro regulariam tal negócio?

Essa questão poderá ser abordada de duas formas. A primeira é a consideração de cada um dos bens, para fins de verificação da norma que será aplicável. Essa é a ideia proposta por Paula Castello Miguel¹⁰⁶, segundo a qual não se pode classificar esse conjunto de bens como móvel ou imóvel, sendo que essa classificação deverá ser feita aos bens individualmente considerados.

Para esclarecer melhor essa questão, mister seja apresentado um exemplo. Suponha-se um estabelecimento empresarial de uma sociedade do setor de tecnologia que é formado por bens móveis corpóreos (ferramentas, hardwares e equipamentos em geral), bens imóveis (edificação e instalações) e bens móveis incorpóreos (*softwares*).

Imagine-se, então, a celebração de arrendamento de tal estabelecimento. Adotando-se a teoria dos bens individualmente considerados, teríamos a seguinte resposta para a questão: para os bens móveis corpóreos seriam aplicadas as regras referentes às locações de coisas, disciplinadas no Código Civil, nos artigos 565 a 578; para os bens imóveis seriam aplicadas as normas da Lei 8.245/91¹⁰⁷ (Lei das Locações); e para os *softwares* as normas da Lei 9.609/98, (Lei dos *Softwares*).

A segunda forma de abordar essa questão seria buscar uma caracterização global e unitária a esse complexo de bens. Tal solução, além de estar em consonância com o disposto no artigo 1.143 do Código Civil (o estabelecimento é um objeto unitário de direitos), ainda traz mais simplicidade aos negócios jurídicos, haja vista que a necessidade de utilizar vários regulamentos distintos, de acordo

¹⁰⁶ MIGUEL, Paula Castello. O Estabelecimento Comercial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 118, p. 32, 2000.

¹⁰⁷ Lei das Locações - Art. 1º A locação de imóvel urbano regula - se pelo disposto nesta lei: Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações:

1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas;
 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos;
 3. de espaços destinados à publicidade;
 4. em apart- hotéis, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar;
- b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades

com cada bem singularmente considerado, levaria, certamente, à inviabilização do negócio.

Quando da celebração de um negócio jurídico que tenha por objeto o estabelecimento, o mesmo deve ser considerado de forma unitária. Nesse sentido, assim dispõe Marino Luiz Postiglione: “[...] o direito garante a negociação do estabelecimento como um todo – uma unidade -, preservando seu valor econômico, representado pela unidade econômica, que corresponde a uma unidade jurídica negocial.”¹⁰⁸

Assim, admite-se a manutenção do estabelecimento como uma unidade, ensejando ser objeto de negócio jurídico único, que, naturalmente, acarretará uma disciplina única de tal transmissão, haja vista que, o que se objetiva transferir é o todo organizado com seus múltiplos elementos.

Admitir a primeira hipótese, não é realizar negócio com o estabelecimento, mas verdadeiramente com seus bens singularmente considerados.

Ressalte-se, ainda, que admitir a negociação unitária do estabelecimento não significa se furtar à disposições legais que condicionem alguns elementos da *azienda* a determinados requisitos de forma ou de consentimento.

Resta saber, ainda, se o estabelecimento deve ser considerado como bem móvel ou imóvel.

Sobre tal caracterização, é importante observar a lição do professor Rubens Requião, segundo o qual o estabelecimento empresarial “pertence à categoria dos bens móveis, transcendendo às unidades de coisas que o compõem e são mantidas unidas pela destinação que lhes dá o empresário, formando em decorrência dessa unidade um patrimônio comercial, que deve ser classificado como incorpóreo”¹⁰⁹.

No ordenamento jurídico pátrio os bens imóveis estão taxativamente enumerados nos artigos 79 e 80 do Código Civil¹¹⁰. As universalidades não foram contempladas no rol legal, razão pela qual consideram-se bens móveis.

¹⁰⁸ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. Barueri: Manole, 2006. p. 112.

¹⁰⁹ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 276. Importante observar que o professor Rubens Requião não considera possível que os bens imóveis integrem o estabelecimento empresarial.

¹¹⁰ Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Assim, o estabelecimento empresarial, enquanto universalidade, é um bem móvel e incorpóreo, mesmo que possua entre seus elementos bens corpóreos e bens imóveis.

O contrato que verse sobre negócio jurídico que tenha por objeto o estabelecimento empresarial deve, nos termos do artigo 1.144 do Código Civil¹¹¹, ser averbado às margens da inscrição do empresário ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e ter publicação na imprensa oficial para ter validade perante terceiros. Em virtude da necessidade da averbação do instrumento, entende ser a forma escrita mandatária.

3.4 Negócios Jurídicos Translativos

3.4.1 Introdução

Conforme afirmado anteriormente, o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.143, que o estabelecimento empresarial pode ser objeto unitário de negócios jurídicos que sejam compatíveis com a sua natureza. Tais negócios classificam-se em translativos e constitutivos.

Negócios Jurídicos translativos são aqueles que visam a transferência da titularidade primária do estabelecimento empresarial.

Sobre os negócios jurídicos translativos, interessante trazer o ensinamento de Álvaro Mariano:

Nesse caso, essa transferência dos 'direitos' sobre os bens organizados para o exercício da atividade é completa e definitiva. Nisto consiste a 'prestação' do cedente – de modo que, uma vez concluída essa transferência, nada lhe restará senão a pretensão à contraprestação, se for o caso. Não remanescerá entre cedente e estabelecimento ligação alguma, haja vista ele ter se desvinculado da titularidade.¹¹²

¹¹¹ 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.

¹¹² MARIANO, Álvaro Augusto Camilo. *Op. cit.*, p.57

Vários são os negócios jurídicos translativos que podem ter como objetivo a transferência da titularidade do estabelecimento empresarial. Como exemplo estão a doação¹¹³ e a dação em pagamento¹¹⁴, dentre outros.

A forma mais comum de transferência de titularidade do estabelecimento empresarial é a alienação¹¹⁵, a qual é denominada de *trespasse*¹¹⁶ pela doutrina pátria, que, devido à sua relevância e frequência, será estudado a seguir.

3.4.2 *Trespasse*

Segundo Waldemar Ferreira “trespasso é o ato de trespassar, passar além, passar a outrem, dar, ceder, alheiar, a título oneroso ou gratuito.”¹¹⁷ O termo *trespasse*, na lei portuguesa, refere-se a qualquer transmissão do estabelecimento.¹¹⁸

No Brasil, o *trespasse* é o negócio jurídico através do qual o empresário aliena, a título oneroso, a titularidade primária do estabelecimento. Assim, através desse negócio, tanto a titularidade do estabelecimento como o direito à sua exploração são transferidos ao *trespassário*.¹¹⁹

Para ser configurado o *trespasse* mister a transferência de todos os elementos do estabelecimento, corpóreos e incorpóreos. Se o objeto da alienação não for o complexo de bens organizado, mas apenas um ou mais de um de seus bens singularmente considerados, o negócio deixará de ser um *trespasse* para ser uma compra e venda se a alienação for dos bens corpóreos ou cessão, se forem transferidos apenas direitos.¹²⁰

Geraldo Magela Leite, a respeito do tema, dispõe que:

¹¹³ Art. 538 do Código Civil: Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

¹¹⁴ Art. 536 do Código Civil: O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

¹¹⁵ Vocábulo utilizado pelo Art. 1.144 do Código Civil.

¹¹⁶ “No direito brasileiro, contudo, chama-se *trespasse* ou *trespasso* especificamente a transferência do estabelecimento que se opera por efeito de venda ou de cessão.” BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 208.

¹¹⁷ FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial: o estatuto do estabelecimento comercial*. 5. ed. São Paulo: Max Limonand, 1965. v. 2, p. 451.

¹¹⁸ MAGALHÃES, Barbosa de. *Do estabelecimento comercial*. 2. ed. Lisboa: Ártica, 1964. p. 211.

¹¹⁹ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 46.

¹²⁰ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 115.

a transferência do estabelecimento comercial, além dos bens móveis e imóveis de propriedade do titular e por ele aplicados no estabelecimento, que poderão considerar-se objeto de direito real unitário compreende direitos de outra natureza como direito ao uso exclusivo de nome comercial, de marca, direito relativo ao gozo temporário de bens de outrem (arrendamento de locais para o exercício do comércio), à prestação de serviços (contratos de trabalho do pessoal), ao fornecimento de freguesia (contratos de fornecimento), e, ainda, relações de mero fato, como a existente com fornecedores e fregueses não ligados por vínculos contratualmente estáveis, a fama adquirida no ambiente comercial e outros: elementos que não podem agrupar-se no conceito de universalidade de coisas, mas que devem conter-se na transferência do estabelecimento, se quer conseguir-se o intento econômico desejado, que é a continuação do exercício, desfrutando a situação econômica já adquirida.¹²¹

O trespasse, necessariamente, implica a manutenção do complexo unitário de bens instrumentalmente aptos para o exercício da atividade empresarial.

Em relação ao contrato de trespasse pode-se dizer que é um contrato atípico, tendo em vista que apesar de o Código Civil prever expressamente a possibilidade de celebração desse negócio jurídico, seu instrumento contratual não foi regulado pela legislação pátria, tão pouco os direitos e obrigações dos contratantes, razão pela qual não há que se falar em tipicidade legal do contrato de trespasse.

No que se refere à natureza jurídica do contrato de trespasse, pode-se dizer que é um contrato consensual, bilateral, oneroso e comutativo. Consensual porque decorre da vontade do trespasante e do trespasário em realizar o negócio jurídico; bilateral porque há obrigações para ambas as partes; como ambas os contratantes transferem direitos, é um contrato oneroso e, finalmente, comutativo já que as prestações são equivalentes.

3.5 Negócios Jurídicos Constitutivos

3.5.1 Introdução

Quando o negócio jurídico celebrado com o estabelecimento visa apenas a transferência da titularidade secundária, ou seja, do direito à exploração da azienda, diz-se que o negócio jurídico é constitutivo. Segundo Álvaro Mariano:

Trata-se de um conjunto de posições jurídicas subjetivas aptas ao exercício da atividade empresarial, mas juridicamente dependentes da titularidade

¹²¹ LEITE, Geraldo Magela. *A freguesia: aspectos jurídicos*. 1975. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo. p. 20.

primária e subsistente apenas durante o período de vigência do negócio jurídico celebrado – ao cabo que devem restituir tais direitos ao titular original.¹²²

A titularidade primária continua em poder do cedente, sendo que o cessionário apenas detém a titularidade secundária, que lhe possibilita o exercício da empresa pela posse dos bens instrumentais.¹²³

Segundo Barreto Filho, os negócios jurídicos constitutivos teriam “como característica comum a de importarem a substituição temporária da titularidade da própria empresa”.¹²⁴

Assim como os negócios jurídicos translativos, os negócios jurídicos constitutivos possuem como objeto o direito à exploração de todos os elementos necessários para exercício da empresa. Caso alguma parcela de bens permaneça com o cedente, a mesma deve ser inapta para o exercício da atividade empresarial.

Nesse sentido, Ascarelli afirma que:

Embora se trate de negócio misto, dada a diversidade das prestações que dele derivam, o negócio jurídico constitutivo é único, porque tem por objeto exatamente o estabelecimento – complexo de bens unitariamente considerados – ao qual se refere a obrigação de conservação de quem tenha a fruição, cuja inobservância justificará a extinção da relação de gozo.¹²⁵

Os exemplos mais comuns de negócios constitutivos do estabelecimento empresarial são o arrendamento e o usufruto, os quais passam a ser analisados pelo presente estudo.

3.5.2 Arrendamento

O arrendamento do estabelecimento empresarial é o negócio jurídico através do qual o titular da azienda, mediante contraprestação, concede a outro a titularidade secundária do estabelecimento, para que este possa exercer a atividade econômica .

¹²² MARIANO, Álvaro Augusto Camilo. *Op. cit.*, p. 57-58.

¹²³ IACOMINI, Marcello Pietro. *Op. cit.*, p. 128.

¹²⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 258.

¹²⁵ ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale, introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1962. p. 355.

Conforme sobejamente afirmado anteriormente, este negócio jurídico constitutivo é o objeto do presente estudo, razão pela qual será amplamente analisado no Capítulo IV da presente dissertação.

3.5.3 *Usufruto*

No usufruto do estabelecimento empresarial, o usufrutuário possui a o direito de exploração da azienda, para usar e gozar dos frutos de tal exploração, desde que conserve a substância do complexo de bens, dentro dos limites de sua destinação econômica, qual seja, o exercício da atividade empresarial.

No usufruto, o nu-proprietário possui a titularidade primária, enquanto o usufrutuário possui a titularidade secundária.

Não existe, no ordenamento pátrio, normas específicas que regulamentem o usufruto do estabelecimento empresarial. Contudo, o direito real de usufruto está expressamente disciplinado nos artigos 1.390 a 1.411 do Código Civil, devendo ser aplicado ao usufruto da azienda todas as normas não contraditórias com as especificidades desse negócio jurídico, sem prejuízo dos preceitos esculpidos nos artigos 1.143 e seguintes do mesmo diploma legal.

O usufruto do estabelecimento foi disciplinado de forma mais detalhada na Itália, através do artigo 2.561 do *Codice Civile* de 1942.¹²⁶

¹²⁶ Art. 2561 *Usufrutto dell'azienda*

L'usufruttuario dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue.

Egli deve gestire l'azienda senza modificarne la destinazione (985) e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti (997) e le normali dotazioni di scorte.

Se non adempie a tale obbligo o cessa arbitrariamente dalla gestione dell'azienda, si applica l'art. 1015.

La differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto (2112).

4 DA LOCAÇÃO

4.1 Locação e Arrendamento

Inicialmente, necessário transcorrer a respeito da terminologia adotada pelo Código Civil em seus artigos 1.144¹²⁷ e 1.147¹²⁸ para nomear a cessão, mediante contraprestação, da titularidade secundária do estabelecimento empresarial para outro para que este possa exercer a empresa.

O código chamou tal negócio jurídico de arrendamento, e não locação, como normalmente é tratada a cessão de bens corpóreos móveis¹²⁹ e imóveis¹³⁰ na legislação pátria.

Sobre a diferença entre o arrendamento e a locação, antes mesmo da opção legislativa pelo uso do termo arrendamento, Oscar Barreto Filho trouxe a necessidade de diferenciação de ambos os negócios jurídicos:

Não se conhece, em nosso direito, a distinção que existe, no direito italiano, entre locação de coisa corpórea e arrendamento (*affitto*) de bem produtivo (móvel ou imóvel), que se caracteriza pela obrigação de o arrendatário cuidar da gestão da coisa de acordo com a sua destinação econômica e o interesse da produção (código civil italiano, art. 1615). Pode-se, portanto, entre nós, falar-se indiferentemente de locação ou arrendamento do estabelecimento; mas seria preferível que, adotando terminologia mais rigorosa, se reservasse um termo especial – que poderia ser arrendamento – para designar o negócio jurídico que tem por objeto a fruição do complexo de bens produtivos que integram o estabelecimento.¹³¹

O arrendamento e a locação possuem algumas características e consequências jurídicas importantes que os diferenciam, não sendo a designação a

¹²⁷ 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.

¹²⁸ Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.
Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

¹²⁹ Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

¹³⁰ A locação de bens imóveis é tratada por regulamentação específica, qual seja, a Lei 8.249/96, ou Lei das Locações, bem como pela Lei n.º 4.504/64 (Estatuto da terra).

¹³¹ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 258.

principal distinção dos dois negócios jurídicos. Referências importantes sobre a diferenciação dos dois institutos são encontradas na Jurisprudência pátria.

Nesse sentido, está o Recurso Especial n.º 685. 884/MG (2004/0113199-3) do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa é:

Contrato de Arrendamento de Estabelecimento Comercial. Aplicação do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90.

1 – Nos termos postos pelo acórdão analisando as cláusulas contratuais não se cuida de contrato de locação, mas sim de verdadeiro contrato de arrendamento para de art. 3º, VII, da Lei 8.009/90.

2 – Recurso Especial conhecido, mas provido.¹³²

Analisando a decisão supra, Newton de Lucca e Alexandra de Azevedo Domingues afirmaram que:

Na tentativa de evitar a sucessão nas dívidas, em destaque dívidas trabalhistas, as partes firmaram contrato de locação do bem imóvel. No entanto, o suposto locatário não se utilizava o imóvel com o nome comercial, a marca do estabelecimento, por isso, apesar do nome dado ao contrato, a relação foi reconhecida como cessão de estabelecimento. É o que se extrai da leitura do voto do Ministro Relator. A decisão foi correta, pois não é a nomenclatura que define o tipo contratual, mas seu objeto e as obrigações e os deveres nele contidos.¹³³

O extinto Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio Grande do Sul¹³⁴, não obstante a confusão e forçosa caracterização como contrato de locação, reconheceu a existência do negócio jurídico de arrendamento do estabelecimento empresarial:

Locação. Contrato. Cessão de uso e gozo de partes de imóvel e móveis, com direito à exploração de serviço de restaurante e lancheria de entidade social, mediante retribuição pecuniária mensal. Irrelevância do nomen juris dado ao ajuste. Avença ex locato caracterizada. Aplicação do art. 1.188 do C.C.

Ora, o arrendamento é o negócio jurídico que visa a transferência da titularidade secundária do estabelecimento empresarial, e, como será oportunamente demonstrado no Capítulo IV do presente estudo, implica na sucessão das obrigações, sub-rogação nos contratos e cessão dos créditos.

¹³² Decisão colacionada por Lucca, Newton de; Domingues, Alexandra de Azevedo. Análise Crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial. In: Finkelstein, Maria Eugênia Reis; Proença, José Marcelo Martins (Coord.). *Direito Societário*. São Paulo: Série GV Law, 2009. p. 3-77.

¹³³ *Ibidem*, p. 3-77.

¹³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada do Estado. *RT*, v. 647, p. 187.

Contudo, deve ser objeto do negócio jurídico o complexo de bens organizado, necessário para o exercício da empresa. Assim, além dos bens, deve ser objeto do negócio jurídico a organização necessária para atividade empresarial, ou seja, o aviamento. O objetivo do arrendatário é continuar o exercício da empresa.

Caso o objeto não seja o complexo de bens, mas bens singularmente considerados não há celebração de arrendamento, mas verdadeiramente de locação. Para os bens móveis corpóreos são aplicadas as regras referentes às locações de coisas, disciplinadas no Código Civil, nos artigos 565 a 578; para os bens imóveis são aplicadas as normas da Lei 8.245/91 (“Lei das Locações”).

Em se tratando de locação, as consequências jurídicas não são as mesmas do arrendamento, não ocorrendo sucessão das obrigações, sub-rogação nos contratos e cessão dos créditos.

Necessário, ainda, diferenciarmos o arrendamento do estabelecimento do arrendamento mercantil.

O arrendamento mercantil “é uma operação em que o proprietário (arrendador, empresa de arrendamento mercantil) de um bem móvel ou imóvel cede a terceiro (arrendatário, cliente, comprador) o uso desse bem por prazo determinado, recebendo em troca uma contraprestação”¹³⁵, tendo, o arrendatário, ao final do contrato de arrendamento, a opção de compra do bem arrendado, bastando, para tanto, efetuar o pagamento do valor residual necessário.

Sobre a natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil, assim leciona Fábio Bellote Gomes:

O arrendamento mercantil é de natureza complexa, compreendendo uma locação, uma promessa unilateral de venda (em virtude de dar o arrendador opção de aquisição do bem pelo arrendatário) e, às vezes, um mandato, quando é o próprio arrendatário quem trata com o vendedor na escolha do bem. Cada um desses atos e contratos dá origem a obrigações: pela locação, o arrendatário é obrigado a pagar as prestações, enquanto que o arrendante é obrigado a entregar a coisa para que o arrendatário dela use; pela promessa unilateral do arrendador, aceita pelo arrendatário, aquele se obriga irrevogavelmente a vender a coisa pelo valor residual, findo o contrato; pelo mandato, o arrendador, no caso mandante, responde pelos atos praticados pelo arrendatário, adquirindo a coisa por este escolhida e pagando ao vendedor o preço convencionado.¹³⁶

¹³⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. *Banco Central do Brasil*. Brasília/DF, maio 2008. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/leasing.asp>. Acesso em: 20 fev. 2009.

¹³⁶ GOMES, Fábio Bellote. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Manole, 2003. p. 231.

O contrato de arrendamento mercantil ou *leasing* é utilizado pelo mercado financeiro brasileiro como uma espécie de financiamento, que utiliza o próprio bem arrendado como garantia e que pode ser amortizado num determinado número de "aluguéis" (prestações) periódicos, acrescidos do valor residual garantido pela opção de compra.

Ao final do contrato de arrendamento mercantil, o arrendatário tem as seguintes opções: (a) comprar o bem por valor previamente contratado; (b) renovar o contrato por um novo prazo, tendo como principal o valor residual; e (c) devolver o bem ao arrendador.

Como dito anteriormente, o contrato de arrendamento mercantil assemelha-se muito mais a um contrato bancário que efetivamente um contrato de locação, razão pela qual não será mais analisado pelo presente estudo.

Para melhor distinção da locação e do arrendamento do estabelecimento empresarial, será analisado, a seguir, a locação no ordenamento jurídico pátrio.

Após, no Capítulo IV, será tratado o arrendamento do estabelecimento empresarial.

4.2 Generalidades

O Direito romano dividia a locação em três diferentes modalidades: a *locatio conductio rerum*, locação de coisas (bens móveis e imóveis), pela qual o locador cedia ao locatário o uso de um bem mediante contraprestação; a *locatium operarum*, locação de serviços, pela qual um sujeito se comprometia a prestar serviços a outro, mediante pagamento, e a *locatio conductio operarum*, locação de obra ou empreitada, através da qual um sujeito se comprometia a executar uma obra mediante contraprestação.¹³⁷

O direito moderno não mais considera o trabalho humano como passível de ser objeto de locação, sendo uma forma de prestação de serviços.

A prestação de serviço contínua, com relação de subordinação e dependência econômica é disciplinada pela legislação trabalhista, e instrumentalizada através de um contrato de trabalho.

¹³⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1945. p. 125.

Para a prestação de serviços regulada no artigo 593 do Código Civil¹³⁸, foram destinadas as hipóteses residuais, que não caracterizem o contrato de trabalho e que não estejam reguladas por leis especiais.

A empreitada, assim como a prestação de serviços, deixou de ser uma forma de locação, e passou a ser disciplinada de forma autônoma pela legislação pátria (arts. 610 a 626 do Código Civil brasileiro).

Empreitada é o contrato em que o empreiteiro se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para o dono da obra, com material próprio ou por esse fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado.¹³⁹

Pela legislação civilista pátria, a empreitada se aproxima mais da prestação de serviços que da locação. A diferença entre os dois contratos é que, na empreitada o objeto é o resultado final, a obra executada, enquanto que no contrato de prestação de serviços o objeto é a atividade.

O ordenamento jurídico pátrio disciplina como locação, a *locatio conductio rerum*, ou a locação de coisas (bens móveis e imóveis), a qual será tratada a seguir.

4.3 Locação de Coisas

A locação é o negócio jurídico no qual o locatário se compromete, mediante contraprestação (denominada aluguel), a ceder a outro, por certo tempo¹⁴⁰, o uso e gozo de uma coisa não fungível, cabendo ao locatário, restituí-la ao locador uma vez findo o contrato de locação.

A locação de coisas pode ter como objeto bens móveis e imóveis. A locação de bens móveis é disciplinada no Código Civil, nos artigos 565 a 578, enquanto que para a locação de bens imóveis são aplicadas as normas da Lei 8.245/91 (“Lei das Locações”) ou da Lei n.º 4.504/64 (Estatuto da terra).

¹³⁸ Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3, p. 315.

¹⁴⁰ Mesmo que por prazo indeterminado o contrato não perde a característica de temporário. GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 282.

4.3.1 Do contrato de locação de coisas

Locação de coisa é o contrato por meio do qual o locador transfere provisoriamente o uso e gozo de um bem móvel infungível para o locatário, mediante pagamento de uma remuneração periódica.

No que se refere às características jurídicas do contrato de locação, pode-se dizer que o mesmo é típico, consensual, bilateral, oneroso e de execução sucessiva.

O contrato de locação é típico, haja vista que suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa na legislação pátria¹⁴¹, ou seja, há tipicidade legal.

É um contrato consensual já que se forma exclusivamente pela vontade das partes, não sendo necessária a tradição da coisa.

É bilateral uma vez que as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor um do outro.

É oneroso, pois proporciona vantagens e benefícios para os ambos contratantes, os quais têm direito à respectiva prestação.

Por fim, é de execução sucessiva, tendo em vista a persistência da obrigação, já que o contrato não se extingue com o pagamento, que tem apenas o efeito de solver o débito relativo a cada período.

Em relação aos elementos do contrato de locação, pode-se elencar a coisa, o preço, o consentimento, o prazo e a forma.

Qualquer coisa corpórea móvel e infungível pode ser objeto do contrato de locação de coisa. A não fungibilidade é essencial, haja vista que é da natureza do contrato de locação que a coisa locada seja restituída ao locador no estado em que o locatário a recebeu, salvo as deteriorações naturais do uso regular.¹⁴²

O segundo elemento essencial da locação é o preço, que é a remuneração que o locatário paga pelo uso da coisa, ou a contraprestação a que se obriga¹⁴³. No contrato de locação, o preço é chamado aluguel. O pagamento deve ser pontualmente realizado pelo locatário, nos termos do art. 569, inciso II do Código

¹⁴¹ A locação de bens móveis é disciplinada no Código Civil, nos artigos 565 a 578.

¹⁴² Art. 569, inciso IV, do Código Civil

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 278.

Civil.¹⁴⁴ O valor do aluguel deve constituir uma obrigação correlata à obrigação de ceder o uso e gozo da coisa.

O consentimento é o elemento anímico da locação, gerador do vínculo jurídico. Como em qualquer contrato, subordina-se à capacidade das partes, e pode ser viciada dos mesmos defeitos que atingem todos os negócios jurídicos.¹⁴⁵

A capacidade necessária ao contrato de locação é contemporânea a este. Se, na sua pendência, sobrevier alterações, subsistirá o ato. Motivos supervenientes não atingem, portanto, a sua validade.

No que se refere ao prazo, as partes podem estipular contrato de locação por prazo determinado ou indeterminado.

No contrato de locação por prazo determinado, tanto o locador quanto o locatário devem cumprir com o prazo estipulado. Caso o locador deseje reaver a coisa antes de findo o prazo de duração do contrato, deverá ressarcir ao locatário pelas perdas e danos resultantes, cabendo ao locatário direito de retenção até que efetivamente receba a indenização. Lado outro, caso seja a vontade do locatário devolver o imóvel antes de findo o prazo contratual, deverá pagar ao locador, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.¹⁴⁶

A locação por prazo determinado finda com o advento do seu termo final, independente de aviso ou notificação.¹⁴⁷

Se o locatário continuar na posse da coisa sem oposição do locador, apesar de vencido o prazo contratual, haverá a presunção da prorrogação automática da locação, adotando-se o mesmo valor de aluguel, contudo, o prazo passa a ser indeterminado.¹⁴⁸

Por sua vez, se o contrato for por prazo indeterminado¹⁴⁹, qualquer das partes poderá denunciar a locação mediante aviso prévio, por escrito, à outra parte. Se, com a notificação, o locatário não restituir a coisa ao locador, aquele deverá arcar com aluguel a ser arbitrado por este, sem prejuízo de eventuais perdas e danos,

¹⁴⁴ “Art. 569. O locatário é obrigado:

[...]

II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;”

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 281.

¹⁴⁶ Art. 571 do Código Civil.

¹⁴⁷ Art. 573 do Código Civil.

¹⁴⁸ Art. 574 do Código Civil.

¹⁴⁹ O contrato pode ter sido tanto inicialmente estipulado com prazo indeterminado, bem como pode ser um contrato por prazo determinado em que, findo o prazo contratual, o locatário manteve-se na posse do bem sem oposição do locador.

ainda que motivados por caso fortuito. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.¹⁵⁰

O último elemento do contrato de locação é a forma. Nesse caso, não há uma forma prescrita em lei, podendo ser por instrumento público ou particular. Na verdade, pode mesmo ser dispensada a forma escrita, sendo suficiente o contrato celebrado verbalmente.

Apresentados os elementos do contrato de locação serão, a seguir, colacionadas as principais obrigações do locador e do locatário.

4.3.1.1 Das obrigações do Locador

Na locação de coisa, são obrigações do locador, segundo Roberto Senise¹⁵¹:

- 1) Entregar a coisa ao locatário.
- 2) Garantir o uso pacífico do bem em favor do locatário, durante o período de vigência do contrato de locação.
- 3) Resguardar o locatário dos embaraços e turbações de terceiros sobre o bem locado.
- 4) Promover todos os meios para possibilitar a manutenção da coisa anterior ao início da locação.
- 5) Responder por vício ou defeito da coisa anterior ao início da locação.
- 6) Indenizar o locatário por benfeitorias úteis e necessárias implementadas na coisa.
- 7) Dar preferência ao locatário para aquisição do bem, nas mesmas condições oferecidas à terceiros.

4.3.1.2 Das obrigações do Locatário

Ainda segundo Senise, são obrigações do locatário nos contratos de locação de coisas¹⁵²:

¹⁵⁰ Art. 575 do Código Civil

¹⁵¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 274-275.

¹⁵² *Ibidem*, p. 274-275.

- 1) Conservar a coisa como se fosse sua, arcando com todos os custos de manutenção regular e normal da coisa, durante o período de vigência da locação.
- 2) Dar à coisa locada a finalidade para a qual ele contratualmente ou por natureza de destina. Se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos.
- 3) Pagar pontualmente o aluguel.
- 4) Comunicar imediatamente ao locador eventual turbação ao bem, por parte de terceiro.
- 5) Restituir a coisa no estado em que a recebeu, findo o prazo do contrato, ressalvado o desgaste natural devido ao uso regular do bem.

4.3.1.3 Extinção do contrato

Inicialmente, útil esclarecer que o Código Civil de 2002 destacou um capítulo especial para a extinção do contratos¹⁵³.

Por extinção dos contratos entende-se os modos pelos quais o contrato deixa de existir. No ordenamento jurídico pátrio, podem-se relacionar três formas de extinção: a rescisão, a resolução e a rescisão.

A rescisão é a extinção do contrato quando constatada a inexistência, a nulidade ou a anulação do negócio jurídico, causas que o Código Civil denomina de “invalidade do negócio jurídico”¹⁵⁴.

Resolução é o meio de dissolução do contrato em caso de inadimplemento culposo ou fortuito. Por fim, a rescisão é o desfazimento de um contrato por simples manifestação de vontade, de uma (rescisão unilateral ou denúncia¹⁵⁵) ou de ambas as partes (resolução bilateral ou distrato¹⁵⁶).

O contrato de locação é extinto pelos mesmos motivos que os contratos em geral, podendo ser resolvido, rescilido ou rescindido.

¹⁵³ Capítulo II do Título IV do Livro III da Parte Especial.

¹⁵⁴ Capítulo V do Título I do Livro III da Parte Especial

¹⁵⁵ Art. 473 do Código Civil.

¹⁵⁶ Art. 472 do Código Civil.

Quando do vencimento, o contrato de locação por prazo determinado cessa de pleno direito, independentemente de notificação ou aviso, nos termos do artigo 573 do Código Civil¹⁵⁷.

Poderá, ainda, o locatário resolver o contrato de locação se a coisa alugada deteriorar e não mais servir para o fim a que se destinava a locação.¹⁵⁸

Por sua vez, locador poderá resolver o contrato se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado ou se ela se danificar por abuso do locatário, sendo exigível, ainda, perdas e danos¹⁵⁹, bem como caso o locatário não pague o aluguel pactuado.

No que tange à rescisão, quando celebrado por prazo indeterminado, o contrato de locação poderá ser denunciado, a qualquer tempo, mediante notificação com prazo de trinta dias.

Avaliado o contrato de locação dos bens móveis será, a seguir, analisada a locação dos bens imóveis.

4.4 Da locação dos bens imóveis

A Lei 8.245/91, também chamada Lei de Locações, a qual não foi revogada pelo Código Civil¹⁶⁰, disciplina a locação de prédios urbanos para fins residenciais e não residenciais, incluindo-se, nestes, os destinados ao comércio, ao exercício da empresa. No parágrafo único consta, expressamente, a exclusão dos seguintes imóveis, que são regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

Art. 1º A locação de imóvel urbano regula - se pelo disposto nesta lei:
Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:
a) as locações:
1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas;
2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos;
3. de espaços destinados à publicidade;
4. em apart- hotéis, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar;

¹⁵⁷ Art. 573. A locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

¹⁵⁸ Art. 567 do Código Civil

¹⁵⁹ Art. 570 do Código Civil

¹⁶⁰ Art. 2.036 do Código Civil: A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida

b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades.
[...]"

4.4.1 Contrato de Locação de Bens Imóveis

Assim como o contrato de locação de bens móveis, o contrato de locação de bens imóveis é típico, consensual, bilateral, oneroso e de execução sucessiva, e seus elementos também são a coisa, o prazo, o preço, o consentimento e a forma.

As características jurídicas do contrato de locação não serão novamente descritas, tendo em vista já ter sido tal assunto objeto de tópico anterior.

Em relação aos elementos, há algumas características singulares nos contratos de locação de bens imóveis, razão pela qual passa-se a análise dos mesmo.

No que tange à coisa, é objeto do contrato de locação regido pela Lei 8.245/91, o bem imóvel urbano.

Sobre o conceito de bem imóvel urbano, assim ensina Arnaldo Rizzardo: “O tipo de imóvel há de ser urbano. No conceito de urbano, deve-se ter em conta a destinação. Mesmo que localizado o prédio em zona rural, desde, porém, que a finalidade seja a residência ou o comércio, há incidência da Lei nº 8.245.”¹⁶¹

No que tange ao prazo, a locação de imóvel urbano pode ser ajustada por qualquer prazo, nos termos do disposto no art. 3.º da Lei 8.245/91.¹⁶² Este mesmo artigo, dispõe que, para contratos com prazo igual ou superior a dez anos, deverá haver outorga conjugal.

Na locação residencial, se o contrato for celebrado por escrito, e o prazo for igual ou superior a trinta meses, tem o locador, após seu termo final, denúncia vazia contra o locatário. Caso prefira manter a locação, esta se prorrogará por tempo indeterminado, independentemente de qualquer convenção expressa das partes, sendo reservado ao locador denunciar o contrato a qualquer tempo, concedendo ao locatário o prazo mínimo de trinta dias para a desocupação.¹⁶³

Na hipótese de contrato verbal, ou mesmo por escrito com prazo inferior a trinta meses, o termo final do prazo ajustado não põe fim ao contrato, tendo em vista

¹⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 473.

¹⁶² Art. 3º O contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo, dependendo de vênica conjugal, se igual ou superior a dez anos.
Parágrafo único. Ausente a vênica conjugal, o cônjuge não estará obrigado a observar o prazo excedente.

¹⁶³ Art. 46 da Lei 8.245/91

que a Lei o prorroga automaticamente por prazo indeterminado até um máximo de cinco anos, caso ocorra uma das hipóteses previstas no artigo 47 da Lei de Locações¹⁶⁴.

Lado outro, caso seja a vontade do locatário devolver o imóvel antes de findo o prazo contratual, deverá pagar ao locador, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.¹⁶⁵

Se o contrato for por prazo indeterminado, qualquer das partes poderá denunciar a locação mediante aviso por escrito à outra parte, com antecedência mínima de trinta dias.¹⁶⁶

Nas locações não residenciais, o princípio é de que findo o prazo contratual, o locador está autorizado a exigir a restituição do imóvel, independente de notificação ou aviso¹⁶⁷. A Lei concede, no entanto, ao locatário, em algumas hipóteses, o direito de exigir a renovação do contrato, através de competente ação renovatória, a qual será tratada no tópico seguinte.

Se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, haverá a renovação do contrato, o qual passará a vigor por prazo indeterminado. E, como já informado anteriormente, o contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga - se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel:

I - Nos casos do art. 9º;

II - em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relacionada com o seu emprego;

III - se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio;

IV - se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento;

V - se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos.

§ 1º Na hipótese do inciso III, a necessidade deverá ser judicialmente demonstrada, se:

a) O retomante, alegando necessidade de usar o imóvel, estiver ocupando, com a mesma finalidade, outro de sua propriedade situado nas mesma localidade ou, residindo ou utilizando imóvel alheio, já tiver retomado o imóvel anteriormente;

b) o ascendente ou descendente, beneficiário da retomada, residir em imóvel próprio.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos III e IV, o retomante deverá comprovar ser proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.

¹⁶⁵ Art. 4º da Lei 8.245/91

¹⁶⁶ Art. 6º da Lei 8.245/91

¹⁶⁷ Art. 56 da Lei 8.245/91.

¹⁶⁸ Art. 57 da Lei 8.245/91.

No que tange ao preço, o artigo 17 da Lei de Locações estabelece que “É livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário-mínimo”.

Para as locações residenciais os reajustes deverão seguir os critérios estabelecidos na legislação específica, devendo o indexador ser oficial.¹⁶⁹

A cada período de três anos é assegurada a revisão judicial do aluguel, se não houver acordo, com o fim de ajustá-lo ao preço de mercado.¹⁷⁰

No que tange à forma, assim como no contrato de locação de bens móveis, não há uma forma prescrita em lei, podendo ser por instrumento público ou particular. Contudo, é visível a predileção da lei pela forma escrita, sendo garantidos alguns instrumentos de tutela apenas para os contratos celebrados com tal formalidade, como, por exemplo, a ação rescisória¹⁷¹ e a ação de despejo¹⁷².

Apresentados os elementos do contrato de locação de bens imóveis serão, a seguir, trazidas as principais obrigações do locador e do locatário.

4.4.1.1 Obrigações do Locador

As obrigações do locador estão expressamente previstas no artigo 22 da Lei 8.245/91, o qual dispõe:

Art. 22. O locador é obrigado a:

- I - entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina;
- II - garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado;
- III - manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel;
- IV - responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação;
- V - fornecer ao locatário, caso este solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando de sua entrega, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes;
- VI - fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias por este pagas, vedada a quitação genérica;
- VII - pagar as taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador;
- VIII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato;
- IX - exibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas;

¹⁶⁹ Parágrafo único do art. 17 da Lei 8.245/91.

¹⁷⁰ Art. 19 da Lei 8.245/91

¹⁷¹ Inciso I do art. 51 da Lei 8.245/91.

¹⁷² Inciso I, § 1º do art. 59 a Lei 8.245/91.

X - pagar as despesas extraordinárias de condomínio.

Parágrafo único. Por despesas extraordinárias de condomínio se entendem aquelas que não se refiram aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, especialmente: a) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel;

b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas;

c) obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício;

d) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação;

e) instalação de equipamento de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer;

f) despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum;

g) constituição de fundo de reserva.

4.4.1.2 Obrigações do Locatário

Quanto ao locatário, não é menos extenso o rol das obrigações, como discrimina o artigo 23 da Lei 8.345/91:

Art. 23. O locatário é obrigado a:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

II - servir - se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá - lo com o mesmo cuidado como se fosse seu;

III - restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal;

IV - levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros;

V - realizar a imediata reparação dos danos verificados no imóvel, ou nas suas instalações, provocadas por si, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos; VI - não modificar a forma interna ou externa do imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador;

VII - entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como qualquer intimação, multa ou exigência de autoridade pública, ainda que dirigida a ele, locatário;

VIII - pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto; IX - permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros, na hipótese prevista no art. 27;

X - cumprir integralmente a convenção de condomínio e os regulamentos internos;

XI - pagar o prêmio do seguro de fiança;

XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.

1º Por despesas ordinárias de condomínio se entendem as necessárias à administração respectiva, especialmente

a) salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio;

b) consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum;

c) limpeza, conservação e pintura das instalações e dependências de uso comum;

- d) manutenção e conservação das instalações e equipamentos hidráulicos, elétricos, mecânicos e de segurança, de uso comum;
 - e) manutenção e conservação das instalações e equipamentos de uso comum destinados à prática de esportes e lazer;
 - f) manutenção e conservação de elevadores, porteiro eletrônico e antenas coletivas;
 - g) pequenos reparos nas dependências e instalações elétricas e hidráulicas de uso comum;
 - h) rateios de saldo devedor, salvo se referentes a período anterior ao início da locação;
 - i) reposição do fundo de reserva, total ou parcialmente utilizado no custeio ou complementação das despesas referidas nas alíneas anteriores, salvo se referentes a período anterior ao início da locação.
- 2º O locatário fica obrigado ao pagamento das despesas referidas no parágrafo anterior, desde que comprovadas a previsão orçamentária e o rateio mensal, podendo exigir a qualquer tempo a comprovação das mesmas.
- 3º No edifício constituído por unidades imobiliárias autônomas, de propriedade da mesma pessoa, os locatários ficam obrigados ao pagamento das despesas referidas no § 1º deste artigo, desde que comprovadas.

4.4.1.3 Extinção da Locação

Além das hipóteses já trazidas acima, quando da análise da extinção do contrato de locação de coisas, a Lei 8.245/91 trouxe outras possibilidades de extinção do contrato de locação dos bens imóveis.

A alienação do imóvel pode ser considerada causa de extinção do contrato, nos termos do disposto no art. 8º, Lei de Locações:

Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.

Veja-se que a denúncia mencionada dar-se-á no prazo de noventa dias a contar do registro da venda ou do compromisso, presumindo-se, após esse prazo, a concordância na manutenção da locação¹⁷³.

Rescinde-se, ainda, o contrato de locação de bens imóveis a extinção do usufruto ou de fideicomisso, em locação celebrada pelo usufrutuário ou fiduciário. Impõe-se, antes, a notificação dando-se o prazo de trinta dias para desocupação. Não há rescisão se manifestada aquiescência escrita do nu-proprietário ou do

¹⁷³ Art. 8º, § 2º da Lei 8.245/91.

fideicomissário, ou se a propriedade estiver consolidada em mãos do usufrutuário ou do fiduciário¹⁷⁴.

Em se tratando de um contrato de locação residencial ajustado verbalmente ou por escrito e com prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, é prorrogada automaticamente a locação por prazo indeterminado, e o contrato poderá ser extinto, podendo ser retomado o imóvel nas hipóteses do art. 47 da Lei 8.245/91:

Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga - se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel:

I - Nos casos do art. 9º;

II - em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relacionada com o seu emprego;

III - se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio;

IV - se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento;

V - se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos.

§ 1º Na hipótese do inciso III, a necessidade deverá ser judicialmente demonstrada, se:

a) O retomante, alegando necessidade de usar o imóvel, estiver ocupando, com a mesma finalidade, outro de sua propriedade situado nas mesma localidade ou, residindo ou utilizando imóvel alheio, já tiver retomado o imóvel anteriormente;

b) o ascendente ou descendente, beneficiário da retomada, residir em imóvel próprio.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos III e IV, o retomante deverá comprovar ser proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.

A mesma Lei de Locações previu, em seu artigo 5º, que seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo:

Art. 5º Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica se a locação termina em decorrência de desapropriação, com a imissão do expropriante na posse do imóvel.

Assim, caso haja recusa do locatário em entregar o imóvel objeto da locação, e atendendo-se aos requisitos legais, deverá o locador manejar competente ação de

¹⁷⁴ Art. 7º da Lei 8.245/91.

despejo, a qual está pormenorizadamente disciplinada pelos artigos 59 a 66 da Lei 8.245/91.

Em alguns casos e atendendo a requisitos expressos em lei, o locatário tem direito à renovação da locação, não podendo o locador retomar o bem imóvel. Tal assunto será tratado a seguir.

4.4.2 Renovação da Locação

Para falar em ação renovatória, mister ser lembrado o conceito de ponto empresarial, que é o local onde é exercida a empresa.

Em sendo o empresário proprietário do imóvel onde está estabelecido o ponto empresarial, este está resguardado pelas normas do direito civil o qual trata do direito de propriedade.

Contudo, por diversas vezes o empresário não é proprietário do imóvel onde exerce sua atividade empresarial, e, assim, torna-se necessário constituir um ponto empresarial através da locação de um imóvel.

Tal tarefa não é fácil, tendo em vista que o empresário despenderá tempo e custo na implantação e implementação de ponto empresarial em um imóvel que não é de sua propriedade, caracterizando um risco para sua atividade, pois, é certo que o ponto empresarial se vinculará ao empresário de tal modo que se torna referência deste, e poderá ser fator preponderante de seu sucesso ou de seu fracasso.

E o ponto empresarial tem interferência direta na valorização do imóvel, em razão da atividade nele exercida pelo locatário. Quanto maior for o êxito da empresa, maior tende a ser o valor do aluguel, uma vez que o ponto empresarial torna-se conhecido do público, de sua clientela fidelizada.

Assim, a locação empresarial gera, comumente, dois interesses conflitantes: 1) o do locador, que pretende retomar o imóvel, já valorizado pela atividade do empresário, para aproveitar-se dessa valorização, por exemplo, alugando-o a um terceiro por preço superior; e 2) o interesse do locatário de conservar seu estabelecimento no mesmo local, com o qual sua clientela já está habituada.¹⁷⁵

¹⁷⁵ PARENTONI, Leonardo Netto. *Locação empresarial, estabelecimento fechado e renovação compulsória*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422135409.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2013.

Visando harmonizar esses interesses, e diante de todo o investimento despendido pelo empresário é que se revela a importância de uma proteção jurídica, de modo que um possível término de contrato de aluguel não leve o empresário a ter perdas tão importantes que venham, inclusive, a comprometer todo o seu investimento empresarial.

Assim, tal proteção se deve em virtude de o empresário investir na conformação do imóvel às suas necessidades; formar clientela tendo em vista à localização de seu negócio; e articular fornecedores para redução de custos. Tudo isso é considerado pelo Direito, que busca assegurar a continuidade da locação.¹⁷⁶

Sobre a necessidade de proteção do ponto empresarial A. Buzaid¹⁷⁷ aduz que:

O locatário que, fundando ou mantendo um estabelecimento comercial ou industrial em imóvel alheio, torna conhecido o respectivo local, para ele atraindo vultosa clientela, à custa de pertinaz propaganda e de porfiados esforços, contribui em larga escala para sua valorização, para o aumento de seu valor locativo e próprio valor venal. A propriedade comercial, abrangendo todo esse conjunto de elementos materiais e imateriais, que formam o chamado fundo de comércio, é protegida em numerosos países contra o enriquecimento exagerado do proprietário, pois sem essa proteção legal perderia o locatário, vítima de novas luvas extorsivas no fim de cada período contratual, ou de expulsão sumária, todo o fruto desse seu ingente trabalho e esforçadíssima cooperação. A preferência do arrendatário à renovação do contrato de locação de imóvel ocupado por estabelecimento de comércio ou de indústria, é, pois, um direito que lhe deve ser reconhecido de modo expresso por amor aos princípios da mais elementar justificativa.

Corroborando tal posição, assim dispõe Marcelo Andrade Feres¹⁷⁸:

O ponto é, de maneira genérica, o local onde o empresário encontra-se com a sua clientela. A propósito, a clientela muitas vezes é atraída pela localização do estabelecimento. Assim, por exemplo, em se tratando de um comércio varejista de produtos especiais, pode o empresário ter âmbito de atuação em toda uma cidade ou, às vezes, até nacional. Já para um empreendimento cujo objeto é a negociação de bens comuns - lembre-se, a título ilustrativo, de uma banca de revistas e jornais -, a atividade se reduz significativamente a um pequeno espaço - imagine-se nos limites de um bairro. Quando o imóvel é de propriedade do empresário, ou mesmo ele estiver de posse do bem por força de outros direitos reais, a tutela se realiza em conformidade com o Direito Civil. Contudo, exercendo o sujeito posse sobre a coisa imóvel em virtude de contrato de locação, o ordenamento brasileiro prevê a ação renovatória do aluguel como o meio idôneo à

¹⁷⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁷ BUZAID, A. *Da ação renovatória e das demais ações decorrentes de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1, p. 129.

¹⁷⁸ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 47.

proteção do ponto. O empresário, por exemplo, investe na conformação do imóvel às suas necessidades; forma sua clientela tendo em vista a localização de seu negócio; e articula fornecedores em situação também estratégica, para reduzir custos. Tudo isso é considerado pelo Direito, que busca assegurar a continuidade da locação.

Com vistas nessa proteção jurídica, o ordenamento jurídico pátrio disciplinou a ação renovatória, conferindo ao empresário o direito de ter seu contrato de aluguel renovado nos casos em que não há consenso com o locador acerca da continuidade do contrato de locação do imóvel não residencial. Ou seja, a ação renovatória é o meio judicial de se renovar compulsoriamente o contrato de locação.

A ação renovatória de aluguéis tem por intuito proteger efetivamente o direito do empresário sobre o ponto empresarial, que é resultado da atividade ali desempenhada, garantindo ao empresário que, após anos de investimentos para consolidar seu ponto empresarial, possa prolongar sua atividade no local onde exerce a empresa, mantendo sua clientela fidelizada e atraindo novos clientes.

Ressalte-se que desde 1934 o ordenamento jurídico brasileiro tutela o direito de inerência ao ponto no caso de o empresário ser locatário, por meio do decreto 24.150, mais conhecido como "Lei de Luvas", através do qual aquele que locasse o imóvel por no mínimo cinco anos para exploração de sua atividade e se mantivesse na mesma atividade pelos três últimos anos poderia pleitear a renovação compulsória do vínculo locatício, renovação independente da vontade do locador.

Nos termos da atual legislação em vigor, para que tenha lugar a ação renovatória, devem estar presente os requisitos expressamente elencados no artigo 51 da Lei de Locações, quais sejam: (i) o contrato tem que ter sido celebrado por escrito e por 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.

Outro requisito que deve ser levado em consideração é a necessidade de ajuizamento da ação renovatória no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Lei 8.245/91, Art. 51, § 5º - Do direito a renovação decaí aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

Os requisitos legais supra elencados são cumulativos, ou seja, para que o locatário tenha direito à ação renovatória, mister que todos tenham sido atendidos de forma concomitante. Sobre esse assunto, Marcelo Andrade Feres ensina que “Não basta o aperfeiçoamento de apenas alguns itens da lei para ensejar a renovação, é imprescindível a reunião de todos os requisitos.”¹⁸⁰

Um ponto relevante sobre os requisitos acostados pelo artigo 51 da Lei 8.245/91 é a exigência de que o contrato seja celebrado pelo prazo mínimo de cinco anos, ou havendo pluralidade de avenças interruptas, a soma dos prazos seja igual ou superior a cinco anos.

Assim, percebe-se que lei exige expressamente que haja uma continuidade entre as diversas avenças, devendo o prazo igual ou superior a cinco anos ser ininterrupto. Não pode haver lapso temporal entre os contratos. Sobre esse assunto, assim afirma Fábio Ulhoa Coelho¹⁸¹:

Na lei de luvas, não havia sequer a previsão da *accessio*, de modo que se admitia a renovação do contrato, desde que o tempo de negociação tivesse sido curto (algo como 2 ou 3 meses). Este entendimento, contudo, não se coaduna com o texto da lei de 1991, que exige "prazos ininterruptos". No rigor do direito vigente, qualquer lapso temporal entre dois contratos escritos, ainda que diminuto, impede a soma dos respectivos prazos.

Obviamente, um locador de má-fé, tentando impedir o direito à ação renovatória de alugueis pelo locatário, poderia forjar contratos interrompidos da locação, apesar de a atividade estar sendo exercida de forma ininterrupta.

Para impedir situações como a acima descrita, o atual diploma legal prevê a possibilidade de indenização ao locatário, para ressarcimento de prejuízos advindos da rescisão da locação, com a consequente transferência de seu ponto, quando não ocorrer a renovação em virtude de algum expediente judicial não verdadeiro. Esses prejuízos, incluem a possível desvalorização do ponto empresarial e, também, as despesas ou prejuízos experimentados.¹⁸²

Preenchidos os requisitos para propor a ação renovatória, o locatário poderá ter o seu contrato renovado, salvo se o locador tiver justa causa que impossibilite sua renovação, quais, sejam, os expressamente arrolados no artigo 52 e 72 da Lei 8.245/01:

¹⁸⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 105.

¹⁸² POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 105.

Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se:

I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem 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

1º Na hipótese do inciso II, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences.

2º Nas locações de espaço em shopping centers, o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo.

3º O locatário terá direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver que arcar com mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar.

[...]

Art. 72. 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).

Qualquer cláusula aposta no contrato de locação que tenha por finalidade elidir o direito de renovação do locatário é considerada nula de pleno direito. Trata-se, conforme anteriormente salientado, de medida judicial que visa a proteção de elemento essencial do estabelecimento empresarial e mesmo que o locatário tenha concordado com essa cláusula, nenhum efeito jurídico será extraído desta suposta renúncia. Portanto, tal preceito de ordem pública não pode ser afastado por convenção das partes.¹⁸³

O presente tópico objetivou a análise do contrato de locação dos bens móveis e imóveis. Tal avaliação é necessária pois, tendo em vista a ausência de tipicidade do arrendamento do estabelecimento empresarial, aplicar-se-á a este negócio jurídico, em sendo silente a disciplina específica, as normas previstas para a locação, naquilo que couber.

A seguir, será tratado o arrendamento do estabelecimento empresarial.

¹⁸³ Art. 45 da Lei 8.245/91. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

5 DO ARRENDAMENTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

5.1 Considerações Gerais

O presente estudo visa a análise do negócio jurídico constitutivo do arrendamento do estabelecimento empresarial, através do qual o titular da azienda, mediante contraprestação, concede a outro a titularidade secundária do estabelecimento, para que este possa exercer a empresa.

O estabelecimento empresarial pode ser objeto unitário de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, *inter vivos* ou *causa mortis*, que sejam compatíveis com a sua natureza¹⁸⁴.

Com o desenvolvimento das atividades empresariais, houve a necessidade de novas estruturas legais que satisfizessem as necessidades daquele empresário que, não podendo ou não querendo se utilizar do conjunto de bens organizado para o exercício da empresa, pudesse transferi-lo a outro.

É dessa necessidade que surgem os negócios jurídicos objetivando a circulação do estabelecimento.

Mendes de Almeida afirma que “esta forma de negociação de empresa como um todo surgiu pela primeira vez na França, em meados do século XIX, embora só no século XX (meados dos anos de 1940) tenha vindo a ser objeto de regulamentação jurídica”.¹⁸⁵

Gérard Azéma esclarece que o desenvolvimento desse negócio jurídico teve especial progresso com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945. Nesse período, um grande número de pessoas adquiriu estabelecimentos ou com a finalidade de explorar pessoalmente ou para alugar a outrem¹⁸⁶. O número de operações envolvendo a circulação do estabelecimento foi tão expressiva, que ensejou regulação legislativa específica, a *location-gérance*, prevista no Código Civil francês, no Capítulo IV, art. 144-1.

Sobre a importância do surgimento desse negócio jurídico para o exercício da atividade empresarial, mister trazer valiosa lição de Hernani Estrella:

¹⁸⁴ Art. 1.143 do Código Civil

¹⁸⁵ CUNHA, Amândio; ALMEIDA, José Augusto Mendes de. *Negociação e reivindicação do estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 26.

¹⁸⁶ ÁZEMA, Gérard. *La gérance du fonds de commerce*. Paris: Delmas, 1993. p. 19.

Houve época em que o termo de vida do estabelecimento comercial esteve condicionado, quase sempre, à permanência à testa dele do respectivo criador. Com o afastamento deste, pela superveniência da morte, geralmente, a sua casa de negócio passava aos herdeiros ou liquidava-se. Mesmo se o fundador desejava ou necessitava retirar-se, ainda que temporariamente, entrevendo a possibilidade de retomar à faina comercial, isso não era fácil. A solução mais comum era continuar juridicamente responsável pelo negócio, embora o confiando à gestão de mandatário.

Por certo que, às vezes, tal solução ou se apresentava difícil, ou não era a que melhor convinha ao interessado. O alvitre extremo, da venda ou liquidação do estabelecimento, era o que com mais frequência se adotava, em face das dificuldades acima mencionadas. Disso advinham sérios prejuízos, não só para o dono do estabelecimento, como para a coletividade. De feito, com extinguir-se este, extinto ficava aquele valioso tecido de relações, urdido, não raro a custo, e no decurso de muitos anos: cessava o emprego do pessoal mais ou menos numeroso, que ali prestava serviço da mais variada espécie; diluíam-se aqueles bens imateriais, que só têm existência e valia em função do estabelecimento a que se ligam; rompia-se a cadeia de fornecedores com a perda, para estes, de uma fonte de absorção de produtos; dispersava-se a clientela. Tão prejudiciais consequências se faziam sentir, tanto sobre o patrimônio do sujeito comerciante, quanto na economia social. Para obviar tais inconvenientes, o remédio conhecido era o *trespasse* ou venda da casa comercial a outrem. Solução que nem sempre se podia adotar, porque, ou faltava pretendente à aquisição, ou, então, só a faria, em condições não desejadas pelo transmitente.

E prossegue, dando motivação relevante a esse negócio jurídico específico:

O progresso contínuo transformava completamente a armadura e feição das casas comerciais, principalmente no ramo lojista. Para acompanhar a concorrência e para responder às exigências da freguesia, as casas de comércio tinham de melhorar cada vez mais suas aparelhagens e instalações, fazendo as inversões para isto necessárias e, portanto, aumentando-lhes o valor econômico. Este fato se constituía, bastas vezes, num obstáculo invencível, dado não haver comprador que quisesse ou pudesse pagar o alto preço, legitimamente exigido pelo vendedor. Foi, então, que surgiu e fez carreira a prática de arrendar ou locar o estabelecimento.¹⁸⁷

O arrendamento do estabelecimento empresarial permite o desmembramento entre a titularidade primária e a titularidade secundária, cabendo ao arrendatário o direito à exploração da azienda e conseqüente aferição de lucro pelo exercício da atividade empresarial, assumindo este, contudo, os riscos da atividade, bem como todos os direitos e obrigações inerentes.

Ao arrendador cabe o valor mensal a ser pago pelo arrendatário, e, ao término do contrato, o estabelecimento restituído nas mesmas condições em que foi entregue para arrendamento.

¹⁸⁷ ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Konfino, 1973. p. 258.

Sobre a conveniência da utilização desse negócio jurídico, Marino Luiz Postiglione afirma que:

Em muitos casos será de conveniência o uso dessa solução jurídica, porque mais adequada ao instituidor – que conservará a titularidade de seu estabelecimento, transferindo apenas, e temporariamente, a exploração – e àquele que o receberá, o qual não terá de arcar com os grandes investimentos necessários para se constituir uma empresa, economizando inclusive os esforços iniciais para dotá-la de aviamento, visto que entrará de imediato no mercado com um negócio já pronto e apto à persecução do lucro.¹⁸⁸

Percebe-se, assim, que o arrendamento do estabelecimento empresarial é um negócio jurídico benéfico para ambas as partes. Isso porque, o arrendador, além de não perder a titularidade sobre o conjunto de bens, continua aferindo remuneração mensal, através do aluguel pago pelo arrendatário, sem correr os riscos inerentes ao exercício da atividade empresarial.

O arrendatário, por sua vez, envida menores esforços para o início do exercício da atividade empresária, tendo em vista que já arrenda um conjunto de bens dotados de organização, elemento essencial para o exercício da empresa.

Apesar dos enormes benefícios para a vida empresarial, o legislador pátrio não se preocupou em regulamentar o arrendamento do estabelecimento empresarial.

Nota-se da leitura dos artigos 1.143 a 1.149 que o Código Civil não disciplina as regras de transferência da titularidade secundária do complexo de bens organizado. Preferiu, o legislador, traçar preceitos integrativos aplicáveis não a certas categorias de negócios jurídicos, mas a todos aqueles que identificados por seu objeto.

Nesse sentido, assim preleciona Álvaro A. C. Mariano:

Portanto, a hipótese legal de incidência das normas veiculadas pelos artigos 1.143 a 1.149 do Código Civil é a celebração de negócio jurídico (qualquer que seja: típico, atípico, misto) cujo objeto seja a transferência da titularidade ou da simples exploração do estabelecimento empresarial. Uma vez verificado esse suporte, aplica-se o preceito – consistente na agregação, ao negócio jurídico, de normas específicas da disciplina da circulação do estabelecimento jurídico.¹⁸⁹

¹⁸⁸ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 144.

¹⁸⁹ MARIANO, Álvaro Augusto Camilo. *Op. cit.*, p. 52.

Nesse caso, são aplicáveis as normas próprias do capítulo em comento (CC: art. 1.143 a 1.149), as quais, em caso de conflito, sobrepõem-se àquelas decorrentes do regime jurídico da categoria negocial. Essa conclusão decorre do princípio da especialidade e é reconhecido pela doutrina em geral¹⁹⁰, em que pese a complexidade do concurso de normas incidentes sobre o mesmo negócio.

Além da legislação pátria, deve-se ainda aplicar, para a construção desse negócio jurídico, o disposto na legislação estrangeira.

Vários ordenamentos jurídicos disciplinam o arrendamento do estabelecimento empresarial, como a *location-gérance*, *location du fonds de commerce*, na França; *locazione di azienda*, *affitto dell'azienda*, na Itália; *arrendamiento de hacienda*, *arrendamiento de negocio*, *arrendamiento de industria*, na Espanha; cessão de exploração de estabelecimento comercial em Portugal; *location du fonds de commerce* na Bélgica, *Verpachtung eines Handelsgeschäfts*, *Unternelznmenspacht*, *Pacht eines Gewerbebetriebs*, *Pacht eines Handelsgeschäfts*, *Pacht eines Unternelznmenspacht*, *Pacht eines Handeisgewerbebetriebs*, na Alemanha; e *location-gérance* no Principado de Mônaco.¹⁹¹

Os mais próximos do sistema brasileiro são o *affitto dell'azienda*, do Direito Italiano, a *location-gérance* do Direito Francês e a cessão de exploração de estabelecimento comercial do Direito Português.

Sobre o instituto italiano, previsto no art. 1.615 do Código Civil italiano¹⁹², assim ensina Oscar Barreto Filho:

No arrendamento (*affitto*) do estabelecimento, segundo o código civil italiano, o locador deve entrega-lo ao arrendatário, com seus acessórios e pertencas, em condições de servir à sua função produtiva (art. 1617). O arrendatário, de seu lado, está obrigado a mantê-lo em estado de produtividade; assim, o locador pode pleitear a resolução do contrato, se o arrendatário não destina ao serviço do estabelecimento os meios necessários à sua gestão, se não observa as regras da boa técnica, ou então, se muda de modo duradouro sua destinação econômica (art. 1.618). Para este fim, assiste ao locador o direito de fiscalizar, com acesso ao lugar, se o arrendatário observa as obrigações que lhe cabem (art.1619).

¹⁹⁰ FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. 3. ed. Torino: Unione Tipografico- Editrice Toriense, 1993. p. 703.

¹⁹¹ CARDOSO, Fernando. *Reflexões sobre o estabelecimento comercial ou industrial e respectivo contrato de aluguer*. Lisboa: Portugualmundo, 1991. p. 142.

¹⁹² Art. 1615 *Gestione e godimento della cosa produttiva*
Quando la locazione ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile, l'affittuario deve curarne la gestione in conformità della destinazione economica della cosa e dell'interesse della produzione. A lui spettano i frutti (821) e le altre utilità della cosa.

Outras normas disciplinando os arrendamentos em geral, mas aplicáveis ao estabelecimento, vêm previstas nos arts. 1.620 a 1.627 do texto italiano.¹⁹³

A *location-gérance* do Direito Francês é o negócio pelo qual o proprietário do estabelecimento o arrenda a um administrador, que o explora por sua conta e risco. Tal instituto está expressamente regulado pelo *Décret* nº53-963, de 30 de setembro de 1953. Sobre esse instituto, assim ensina Osmar Barreto Filho:

Repousa o instituto na concepção de que o fundo de comércio é um bem, objeto de propriedade, permitindo, mediante a locação, o desmembramento entre a propriedade do fundo e a sua exploração. O locatário, chamado de “gerente livre” (para distinguir-se de gerente preposto) explora em seu nome e por conta própria o estabelecimento, aufero o lucro da exploração, paga uma retribuição ao proprietário, e, ao termo do contrato, lhe restitui o fundo.¹⁹⁴

Por fim, merece análise, ainda, a locação de estabelecimento comercial do Direito Português.

Tal negócio foi inicialmente previsto pelo artigo 111¹⁹⁵ do Decreto-lei n. 321-B/90, ou Regime de Arrendamento Urbano (RAU). Tal negócio jurídico era denominado cessão de exploração do estabelecimento comercial.

O RAU foi alterado pelo NRAU, Novo Regime de Arrendamento Urbano, Lei n. 6/2006, de 27 de fevereiro, o qual deixou de designar tal negócio jurídico de cessão de exploração do estabelecimento comercial e passou a denominá-lo locação de estabelecimento comercial.

O conceito do instituto, porém, não se modificou. Trata-se de negócio temporário e oneroso, que tem por objeto um estabelecimento empresarial.

O art. 1109º CC, NRAU determina que a locação de estabelecimento se rege “pelas regras da presente subsecção, com as necessárias adaptações”. A mencionada subsecção dispõe, essencialmente, sobre a matéria do arrendamento comercial (inclui, ainda, o arrendamento para o exercício de profissão liberal), sem

¹⁹³ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 266

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 266.

¹⁹⁵ Art. 111. Cessão de exploração do estabelecimento comercial

1 - Não é havido como arrendamento de prédio urbano ou rústico o contrato pelo qual alguém transfere temporária e onerosamente para outrem, juntamente com o gozo do prédio, a exploração de um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado.

2 - Se, porém, ocorrer alguma das circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 115.º, o contrato passa a ser havido como arrendamento do prédio.”

descurar do regime aplicável quando ocorre a “cessão de exploração” de estabelecimento comercial.¹⁹⁶

O arrendamento urbano português passou por recente reforma, qual seja, a Lei n. 31/2012 de 14 de agosto de 2012, o qual revisou o regime jurídico do arrendamento urbano, alterando o Código Civil, o Código de Processo Civil e a Lei n. 6/2006, de 27 de fevereiro.

Analizadas as características gerais do arrendamento do estabelecimento empresarial, passa-se à análise da classificação do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial.

5.1.1 *Classificação do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial*

Conforme já afirmado anteriormente, o estabelecimento é um conjunto de bens economicamente reunidos por seu titular para desempenhar a atividade empresária. Assim, é uma universalidade de fato formada por bens diversos, heterogêneos, corpóreos e incorpóreos.

Em função de sua heterogeneidade, advêm numerosos problemas do contrato de arrendamento do estabelecimento: desde sua formação, os elementos do contrato, as obrigações dele derivadas e demais questões, tanto para o arrendador quanto para o arrendatário.¹⁹⁷

Além disso, em virtude das peculiaridades do negócio jurídico, uma série de questões precisam necessariamente ser tratadas no instrumento contratual, tais como a determinação do valor da prestação periódica, a fixação dos direitos e obrigações das partes, o fiel inventário dos elementos do estabelecimento, a avaliação dos mesmos, bem como a valoração dos atributos do estabelecimento, tais como a clientela e o aviamento. Isso porque, repita-se, o valor do estabelecimento não é a soma dos seus bens singularmente considerados, eis que os seus atributos possuem grande importância econômica e negocial.

Sem a disciplina das questões supra citadas, o negócio jurídico está fadado ao fracasso.

¹⁹⁶ MORAIS, Fernando de Gravato. *Novo regime do arrendamento comercial*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 351.

¹⁹⁷ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 108.

O contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é um contrato atípico, misto, bilateral, consensual, oneroso, comutativo, de execução continuada e não solene.

O contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é atípico, tendo em vista a ausência de regulamentação legal sobre tal negócio jurídico, considerando-se que foi tão somente previsto no artigo 1.144 do Código Civil¹⁹⁸.

Sobre a diferenciação entre previsão e regulamentação legal, mister trazer o ensinamento de Mariano Luiz Postiglione:

O fato de a lei designar ou referir um contrato não é, por si só, suficiente para o considerarmos nominado: por outro lado se a lei previr ou regular um contrato, ele será nominado, ainda que não lhe dê um nome.

O interesse de distinguir contratos nominados de inominados reside em que aqueles têm disciplina ou regulamentação legal própria, enquanto estes, porque não a têm, hão de ser regidos, para além das estipulações das partes, pelas normas gerais das obrigações ou dos contratos em geral e pelas normas não excepcionais dos contratos nominados que com eles mais se assemelhem ou apresentem maior analogia.

É dessas esparsas disposições, devidamente interpretadas, que, em um esforço de adequação sistemática, há de se denotar regulamentação própria.¹⁹⁹

Assim, o fato de estar prevista em lei a possibilidade de celebração do negócio jurídico de arrendamento do estabelecimento empresarial não retira a atipicidade do contrato, tendo em vista não existir, na regulamentação pátria, disciplina jurídica sobre o mesmo.

Aos esparsos e incompletos diplomas legais existentes sobre o contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial, deve-se aplicar, no que for possível, a legislação sobre o nominado contrato de locação (supra analisado), bem como as normas gerais das obrigações e dos contratos em geral.

A segunda classificação do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é que ele é um contrato misto.

Segundo Orlando Gomes, “contrato misto é o que resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não esquematizada na lei.”²⁰⁰

¹⁹⁸ 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

¹⁹⁹ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 108.

²⁰⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 104.

Assim, os contratos mistos são aqueles que reúnem, no mesmo pacto, regras de dois ou mais negócios, ou seja, é o instrumento que funde dois ou mais contratos. E o contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é um contrato misto tendo em vista a heterogeneidade dos bens que integram o estabelecimento.

Sobre a classificação do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial como um contrato misto, assim assevera Marino Luiz Postiglione:

A precariedade da tese do contrato misto e, por maioria de razão, da equiparação a outros contratos não reside apenas na manifesta insuficiência de sua estrutura típica para assimilar todas as atribuições patrimoniais a cargo do titular ou cedente do estabelecimento, mas também a inaptidão delas para definir o caráter funcional da nova figura contratual.²⁰¹

Ora, para cumprir a sua função, qual seja, efetivar a celebração do arrendamento do estabelecimento empresarial, o contrato deve conter regras de locação de coisas, locação de imóveis, uso de *software*, dentre outros que a pluralidade de elementos do estabelecimento assim o exigir. Logo, o contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é um contrato misto.

O contrato de arrendamento é, ainda, um contrato bilateral, tendo em vista que da celebração do aludido instrumento emergem obrigações para ambas as partes, as quais serão melhor analisadas no item 5.3.

É, ainda, um contrato consensual, já que o arrendamento do estabelecimento, como acordo de vontades, exige sempre o consentimentos de ambas as partes para que possa existir.

Outra característica do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é a onerosidade: as vantagens e benefícios são para ambos os contratantes. O arrendador beneficia-se da retribuição mensal paga pelo arrendatário, enquanto este se beneficia da exploração do estabelecimento.

O contrato de arrendamento do estabelecimento é comutativo, já que as prestações são equivalentes, tendo em vista que a retribuição mensal deve ser compatível com o lucro aferido pela exploração do estabelecimento.

É um contrato de execução continuada, já que as prestações projetam-se no tempo, uma vez que o arrendador tem a obrigação de assegurar ao arrendatário o

²⁰¹ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 199.

uso e a fruição do estabelecimento durante a vigência do contrato, cabendo a este, por sua vez, a obrigação de pagar àquele a retribuição mensal.

O contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é, ainda, um contrato não solene. Isso porque não se exige nenhuma solenidade para a celebração do contrato em comento, podendo o mesmo se efetivar por instrumento público ou particular.

Sobre esse assunto, assim dispõe Waldemar Ferreira para o contrato de trespasse, regra esta que aplica-se também ao arrendamento do estabelecimento empresarial:

A publicidade do trespasse dá-se, costumeiramente, não, porém, por imposição legal, visto que a lei não disciplinou, especificamente, o contrato, Rege-se ele, portanto, pelas regras de 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 se dá quanto aos seus efeitos.²⁰²

Apenas em atenção à conveniência de dar maior segurança ao negócio jurídico, o artigo 1.144 do Código Civil²⁰³ afirma que o contrato que tenha por objeto o arrendamento do estabelecimento empresarial 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.

Assim, apesar de ser um contrato não solene, há exigência de registro para operar efeitos perante terceiros.

Conforme é cediço, o arrendamento do estabelecimento empresarial é negócio jurídico e subsume-se às prescrições do art.104 do Código Civil²⁰⁴, devendo externar três condições essenciais para a sua validade, quais sejam, capacidade objeto e forma.

²⁰² FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.*, p. 208.

²⁰³ 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.

²⁰⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

5.1.2 Capacidade

Conforme já afirmado anteriormente, o estabelecimento empresarial é o conjunto de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa. E, nos termos do artigo 966 do Código Civil²⁰⁵ “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”, ou seja, aquele que exerce a empresa. Assim, apenas pode ser titular do estabelecimento empresarial o empresário individual ou coletivo.

O arrendamento do estabelecimento empresarial é o negócio jurídico através do qual o titular da azienda, mediante contraprestação, concede a outro a titularidade secundária do estabelecimento, para que este possa exercer a empresa. Ora, um dos propósitos do arrendamento do estabelecimento empresarial é que o novo titular utilize a azienda para o exercício da empresa. Assim, tanto o arrendador quanto o arrendatário devem ser empresários.

E, nos termos do artigo 972 do Código Civil²⁰⁶, podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

Dessa forma, para celebrar o contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial, mister que ambas as partes sejam empresários, o que já presume-se capacidade para a prática dos atos civis, nos termos do disposto na legislação pátria.

5.1.3 Objeto

O objeto do contrato de arrendamento é a transferência da titularidade secundária do estabelecimento empresarial, ou seja, do conjunto de bens organizado para o exercício da empresa, qualquer que seja seu ramo de atividade.

²⁰⁵ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

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

²⁰⁶ Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

O objeto contratual é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos organizado para o exercício da atividade empresarial, sendo, conforme já afirmado anteriormente, distinto dos elementos singulares considerados.

Obviamente, até em virtude da liberdade de contratar, a delimitação do objeto do contrato de arrendamento deve ser feito entre as partes contratantes, contudo, tal objeto deve refletir características essenciais do próprio estabelecimento empresarial, bem como o negócio jurídico que está sendo celebrado.

A primeira característica que deve necessariamente estar refletida no objeto do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é a heterogeneidade dos bens que compõe o estabelecimento.

Ora, apesar da universalidade ser distinta dos bens singularmente considerados, o contrato deve reger essa heterogeneidade, inserindo disposições necessárias de acordo com os bens que compõe o estabelecimento. As condições contratuais serão alteradas conforme sejam os bens que constituem o estabelecimento.

Outra característica é o dinamismo de uma administração empresarial temporária, já que o arrendador cede para o arrendatário o uso e gozo do estabelecimento por um determinado período de tempo. O contrato deve possibilitar tal transferência, sobre pena de se inviabilizar completamente o negócio jurídico que está sendo realizado.

Outro ponto que deve necessariamente ser objeto do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é a necessária manutenção do aviamento preestabelecido. Assim, não pode o arrendatário modificar a substância da coisa, a identidade do estabelecimento.

Tal identidade se revela principalmente pela sua destinação a determinada atividade empresarial. Para manter a forma atual do estabelecimento, com o modo de ser e as qualidades inerentes ao tempo da constituição do arrendamento, o contrato deve impor ao arrendatário a obrigação principal de continuar a exploração do negócio durante todo o tempo de duração do negócio.

E o dever de manter a destinação econômica do estabelecimento reflete, ainda, no dever do arrendatário em restituir o estabelecimento ao arrendador no mesmo estado em que recebeu, mantendo a identidade física da azienda, traduzida como a conservação do aviamento e a funcionalidade do complexo empresarial. Nesse sentido, assim ensina Marino Luiz Postiglione:

Realmente, a obrigação de administrar a empresa é do empresário, como determina o art. 966 do Código Civil, mas tal administração pode ser transmitida, inclusive para o exercício do empreendimento. Assim, é imprescindível a manutenção da identidade física, como importante obrigação do vínculo, que não é faculdade, mas obrigação. O empresário-cessionário que recebeu a administração de um empreendimento em funcionamento terá uma dupla limitação como consequência da temporariedade de seus direitos: obrigação de não comprometer o aviamento e impossibilidade de usar outro nome, devendo operar com os mesmos designativos.²⁰⁷

Deve, outrossim, o titular secundário respeitar a destinação econômica do estabelecimento, abstendo-se de mudar o ramo de atividade ou a sua localização, ou ainda introduzir qualquer inovação substancial que altere a finalidade atual.²⁰⁸

O respeito à destinação da vocação do estabelecimento foi expressamente trazido pela legislação civil italiana, a qual prevê, em seu artigo 2.561 a necessidade do usufrutuário em praticar, na vigência do contrato, a atividade com os elementos de identificação originais.

“Terá que administrar sem modificar sua destinação, de forma a preservar a eficiência da organização.”²⁰⁹

O artigo 2.562 do mesmo diploma afirma que o disposto no artigo supra transcrito aplica-se não apenas ao usufruto, mas também ao *affitto dell'azienda*, ou na melhor tradução, arrendamento do estabelecimento empresarial.²¹⁰

Assim, em se tratando de contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial, o nome empresarial e os demais elementos de referência para a clientela deverão ser mantidos e usados pelo arrendatário com vistas à continuação do empreendimento, tendo como motivo a conservação da clientela²¹¹ e atendendo ao disposto no artigo 1.164 do Código Civil brasileiro, o qual dispõe:

²⁰⁷ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 147.

²⁰⁸ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 259.

²⁰⁹ Art. 2561 Usufrutto dell'azienda

L'usufruttuario dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue.

Egli deve gestire l'azienda senza modificarne la destinazione (985) e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti (997) e le normali dotazioni di scorte.

Se non adempie a tale obbligo o cessa arbitrariamente dalla gestione dell'azienda, si applica l'art. 1015.

La differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto (2112).

²¹⁰ Art. 2562 Affitto dell'azienda

Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso di affitto dell'azienda (1615 e seguenti).

²¹¹ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 160.

Art. 1.164. O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.
Parágrafo único. O adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor.

Como o arrendamento do estabelecimento não significa a transferência da propriedade, mas apenas a cessão temporária da titularidade secundária, ou seja, do direito de uso e gozo, automaticamente estará licenciado o arrendatário quanto a usar os elementos distintivos da empresa para a atividade cedida.

Deve, ainda, ser objeto do estabelecimento a clientela e o aviamento. Isso porque, a ausência dos atributos do estabelecimento descaracterizariam a celebração de um contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial, restando celebrado um contrato de locação dos bens, posto que estaria ausente uma dos requisitos essenciais do estabelecimento: a organização para o exercício da empresa.

Sem a clientela e o aviamento, não há exercício da atividade empresarial e, conseqüentemente, não há estabelecimento.

5.1.4 Forma

O contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é um contrato não solene, ou seja, inexistente prescrição formal para a celebração de tal instrumento²¹², podendo o mesmo se efetivar por instrumento público ou particular.

Ocorre que, como é cediço, o estabelecimento empresarial é uma universalidade formada por um complexo de bens heterogêneos. A caracterização da universalidade não aniquila a individualidade dos bens singularmente considerados.

Em virtude de ser uma universalidade, o contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial é um contrato misto, ou seja, sua unidade emerge da combinação de diversas outras avenças, reúne elementos dos mais variados contratos, traçando um esquema único distinto da mera soma dos pactos referentes aos bens individualizados.²¹³

Apesar de o estabelecimento ser objeto unitário de direitos, deve-se respeitar a individualidade de cada bem. Assim, visando uma maior segurança ao negócio

²¹² Código Civil: Art. 104, III, c/c art. 107

²¹³ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 46.

jurídico, deve-se dar a publicidade ao contrato de arrendamento de acordo com os bens que o integram.

Assim, existindo bens imóveis, o contrato será veiculado por instrumento público, para que possa ser levado ao Registro Imobiliário. Se integram o estabelecimento marcas ou patentes, deve ser averbado junto ao INPI.

A necessidade da correta publicidade ao contrato de arrendamento é expressamente disposta no artigo 1.144 do Código Civil²¹⁴, o qual afirma que o contrato que tenha por objeto o arrendamento do estabelecimento empresarial 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.

Assim, o contrato de arrendamento do estabelecimento deve ser averbado no Registro Público de Empresas, bem como nos demais órgãos necessários em virtude dos bens que integram a azienda.

5.2 Obrigações

5.2.1 Obrigações do arrendatário

No contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial, o arrendatário possui algumas obrigações fundamentais²¹⁵:

- (i) Pagar a contraprestação: O arrendatário obriga-se a pagar pontualmente ao arrendador a remuneração pelo direito de uso e gozo do estabelecimento empresarial.
- (ii) Bem administrar o estabelecimento: o arrendatário deverá administrar o estabelecimento como se seu fosse, não podendo desviá-lo de sua destinação, sob pena de rescisão do negócio jurídico celebrado.
- (iii) Restituir ao arrendador o estabelecimento. É obrigação do arrendatário em devolver o estabelecimento ao arrendador no mesmo estado em que

²¹⁴ 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.

²¹⁵ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 220-223.

o encontrou. Assim, deve o arrendatário bem administrar o estabelecimento tanto com o objetivo de não reduzir o seu valor, mantendo a sua destinação, quanto o dever de restituí-lo ao arrendador.

O artigo 2.561²¹⁶ do *Codice Civile* italiano traz expressa previsão nesse sentido, afirmando que deverá o arrendatário gerir o estabelecimento sem modificar a sua destinação.

- (iv) Explorar o estabelecimento por sua conta e risco, pagando por todas as dívidas contraídas nessa exploração.
- (v) Cumprir com as obrigações assumidas. No arrendamento do estabelecimento empresarial o arrendador transfere ao arrendatário o direito de uso de gozo do conjunto de bens organizado para o exercício da empresa.

Se para o exercício dessa empresa, objeto de arrendamento, já existem obrigações assumidas, deve o arrendatário continuar a execução dessas obrigações.

Assim, é obrigação do arrendatário continuar com a execução dos contratos em andamento, seja com fornecedores, clientes, ou mesmo contratos de trabalho.

- (vi) Obrigação de não-disponibilidade ou transferência do estabelecimento. O arrendatário não tem a disponibilidade do estabelecimento, haja vista não deter a titularidade primária, portanto, não poderá realizar nenhum ato de disposição.
- (vii) Não transferir o arrendamento a terceiro. O arrendatário não pode proporcionar a outrem o uso ou fruição do estabelecimento, a que título for, sem autorização do titular primário.

5.2.2 Obrigações do arrendador

São obrigações do arrendador:

²¹⁶ Art. 2561: *Egli deve gestire l'azienda senza modificarne la destinazione.*

- (i) Entregar ao arrendatário o estabelecimento arrendado com todos os elementos que o compõem, assegurando-lhe, durante a vigência do contrato, o uso e gozo desses elementos organizados para o exercício da empresa.
- (ii) Não concorrer com o arrendatário, abstando-se, pelo tempo de vigência do contrato, de iniciar novo estabelecimento que, pelo objeto, localização ou outra circunstância seja apto a desviar a clientela do estabelecimento arrendado²¹⁷.
- (iii) Responder pelos vícios ocultos que causem redução ou privação do uso e gozo do estabelecimento pelo arrendatário.
- (iv) É facultado ao arrendador dispor do estabelecimento cedido, quer por ato *inter vivos*, quer *causa mortis*. Contudo, cabe ao arrendatário o direito de preferência em caso de trespasse do estabelecimento arrendado. Tal faculdade é extraída do art. 27 e seguintes da Lei 8.245/91, ou Lei de Locações, pois, devem ser aplicados ao arrendamento do estabelecimento, todos os dispositivos legais da locação que sejam compatíveis com o arrendamento, tendo em vista a similaridade dos institutos e a atipicidade do contrato de em comento.

É também direito do arrendatário a legitimidade processual sobre o estabelecimento, naquilo que diz respeito à violação ao seu direito de uso e gozo, na ocorrência de qualquer das previsões legais visando a manutenção e reintegração da posse, contidas nas regras dos arts. 926 e seguintes do Código de Processo Civil, inclusive contra o titular primário do estabelecimento.²¹⁸

²¹⁷ O dever de não concorrência é expressamente previsto pelo artigo 1.147 do Código Civil, o qual dispõe:

“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.”

O dever de não concorrência será oportunamente estudado em tópico próprio do presente estudo.

²¹⁸ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 226.

5.3 Efeitos Obrigacionais do Arrendamento do Estabelecimento

O estabelecimento empresarial é, repita-se, uma universalidade de fato, ou seja, um conjunto de bens heterogêneos, não compreendendo as relações obrigacionais.

Sobre os efeitos obrigacionais de um estabelecimento, assim ensina Marcelo Andrade Feres:

No Brasil, o estabelecimento não é sujeito de direito. Não se lhe imputam créditos, contratos e dívidas. Ao contrário, o titular dessas manifestações obrigacionais é o empresário (sujeito), que, em regra, também titulariza o estabelecimento.

Nesse passo, é importante perceber que, muitas vezes, há na azienda elementos que não são de propriedade do empresário. Esses elementos ali se encontram em virtude de relações obrigacionais.²¹⁹

Apesar de as obrigações não serem elementos do estabelecimento, elas mantêm pertinência econômica com o próprio. Neste sentido, valiosa a lição de Giorgio Ferrari: “A inerência todavia deve ser entendida como relação puramente econômica que se torna juridicamente relevante somente no caso de transferência (da titularidade ou do gozo) do estabelecimento”.²²⁰

As obrigações são tão relevantes para a celebração dos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento, que o Código Civil de 2002 ocupou a maior parte dos dispositivos legais que versavam sobre a circulação do estabelecimento para disciplinar a transmissão das obrigações.

Ressalte-se que a sistemática jurídica trazida pelo Código Civil é baseada em dois principais valores: o da continuidade da empresa e da proteção dos credores.

Embora implicitamente demarcado na Constituição Federal de 1988, que inaugurou, nos termos do seu art. 170, caput²²¹, uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano²²² (o que demonstra,

²¹⁹ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 56.

²²⁰ No original: *L'inerenza tuttavia deve intendersi come relazione puramente economica che diviene giuridicamente rilevante solo in occasione del trasferimento (della titolarità o del godimento) dell'azienda*. FERRARI, G. *Diritto privato*. In: *Enciclopédia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1959. v. 4, p. 716.

²²¹ Constituição Federal de 1988: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]"

²²² Juntamente com a dignidade da pessoa humana, esses dois pilares que orientam a ordem econômica (associados, ainda, à função social da propriedade, à livre concorrência e à busca do pleno emprego) conferem relevância constitucional ao princípio da preservação da empresa. São, também, fundamentos da República expressos no art. 1º da Constituição Federal de 1988: "Art. 1º

nitidamente, a importância da conservação da empresa) –, o princípio da continuação da empresa ganhou contornos materiais e procedimentais para prosperar, com a sua previsão expressa no art. 47 da Lei 11.101/05:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Basicamente, o dispositivo em questão estabelece o principal objetivo da preservação da empresa, qual seja: manter a unidade produtora. Evidentemente, disso decorre o estímulo ao exercício das atividades empresariais, com vistas à promoção de sua função social, de maneira que o princípio da preservação da empresa assume, assim, uma feição pública de relevante interesse social. Nesse sentido, oportunas são as palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

[...] no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; [...]²²³

O princípio da proteção aos credores é encontrado em diversos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio, sendo encontrado no Código Civil, no Código de Processo Civil, na Lei de Falências (Lei 11.101/05) dentre tantos outros. Tal princípio visa garantir o cumprimento das obrigações celebradas e evitar o esvaziamento das garantias dos credores.

Tais princípios, apesar de aparentemente conflitantes, devem subsistir de forma equilibrada, tendo em vista que a existência de ambos é essencial para a manutenção da segurança jurídica do ordenamento pátrio. O supra citado artigo 47 da Lei 11.101/05 dispõe que a coexistência de ambos os princípios é essencial para a recuperação judicial das empresas.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

²²³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13.

Não se pode permitir o esfacelamento dos bens das empresas, e conseqüente extinção dessas, objetivando o cumprimento das obrigações assumidas com os credores. Ao mesmo tempo, não se pode permitir o inadimplemento generalizado em nome da preservação da empresa, sob pena de colapso da segurança jurídica.

Visando o cumprimento dos dois princípios supra, os contratos, débitos e créditos do estabelecimento, em caso de circulação dos mesmos, devem ser transferidos para o novo titular, conforme se infere da leitura dos artigos 1.146²²⁴, 1.148²²⁵ e 1.149²²⁶ do Código Civil.

Pela leitura dos artigos supracitados, percebe-se que a legislação pátria, ao tratar na transferência das obrigações, refere-se sempre a “adquirente” do estabelecimento.

Assim, é clara a aplicação dos aludidos dispositivos legais no caso de trespasse da azienda.

E diferente disto não poderia ser. Isso porque, no caso de traspasse, a titularidade primária do estabelecimento passa a ser do trespasário ou adquirente, ou seja, a titularidade sobre os bens que integram o estabelecimento é do adquirente, tendo este, inclusive, direito de dispor dos mesmos, como bem entender.

A legislação, nesse caso, segue a orientação geral de que os bens componentes da azienda constituem a garantia dos credores e, assim, acaba por transferi-las ao adquirente.

Todavia, esta não é a realidade do arrendatário. No arrendamento, conforme afirmado anteriormente, é transferida a titularidade secundária do estabelecimento, ou seja, apenas o direito ao uso e gozo do conjunto de bens organizados para o exercício da empresa.

Contudo, o exercício da atividade empresária passa a ser do arrendatário, aferindo, este, todo o lucro advindo da exploração da atividade. Ora, não se pode

²²⁴ 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.

²²⁵ 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.

²²⁶ 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.

admitir que as obrigações não sejam transmitidas, até porque tais obrigações foram contraídas para o exercício da atividade empresária que agora é cedida a outrem.

E é apenas com a continuidade da atividade que as obrigações contraídas podem ser honradas, o que explica, sobremaneira, a necessidade de transferência das obrigações também no arrendamento do estabelecimento.

Os dispositivos legais existentes serão o ponto de partida do presente estudo para se analisar, no caso de arrendamento do estabelecimento empresarial, como se dá a transferência das obrigações.

Serão feitos, obviamente, os ajustes necessários em virtude do negócio jurídico celebrado, tendo em vista não se tratar de um trespasse, mas sim de arrendamento do estabelecimento empresarial.

5.3.1 Sucessão nas Obrigações Relativas ao Estabelecimento

Inicialmente, reitere-se que, sendo o estabelecimento uma universalidade de fato, os débitos e créditos não integram a universalidade, assim, não deveriam ser transmitidas quando da circulação.

Ocorre que tal situação gera inúmeros inconvenientes aos credores, tendo em vista que a transferência da titularidade do estabelecimento, e consequente transmissão do exercício da atividade empresária a outrem, passará a auferir todo o lucro proveniente da atividade, o que levará, certamente, ao não pagamento dos credores.

Para evitar tal situação e em respeito ao princípio da proteção aos credores, o Código Civil brasileiro trouxe, em seu artigo 1.146:

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.

O dispositivo pátrio inspirou-se claramente no art 2.560 do *Codice Civile* italiano²²⁷.

²²⁷ Art 2560. L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anterior al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale (2195) risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori (2212 e seguenti).

A regra esculpida, tanto no diploma italiano como no nosso, é um dispositivo de proteção aos credores e, por conseguinte, visa ofertar segurança jurídica aos agentes econômicos que negociam entre si quando da celebração de um negócio que visa a circulação do estabelecimento empresarial. A *mens legis* foi esclarecer a solidariedade entre o alienante e o adquirente do estabelecimento empresarial e resguardar os interesses dos credores, e não incluir os débitos dentre os bens da *azienda*²²⁸.

Nesse sentido se manifestou Tullio Ascarelli²²⁹, afirmando que a sucessão *ex lege*, prevista no art. 2560 do diploma peninsular não autorizava o intérprete a compreender que os débitos deveriam ser considerados elementos do estabelecimento. Ademais, assevera Ascarelli que a regra era apenas para assegurar uma garantia aos credores, impondo uma solidariedade entre o trespassante e o trespassário.

Contudo, essa solidariedade não se estende a todos os débitos do estabelecimento. Em se tratando de débitos anteriores à celebração do negócio jurídico, responde o adquirente apenas pelos débitos regularmente contabilizados.

O requisito legal da contabilização do débito dá-se por dois principais motivos: (i) as dívidas assumidas pelo cessionário devem ter ligação com o exercício da atividade empresarial e (ii) o cessionário não fica obrigado a débitos não declarados, ou seja, débitos ocultos.

Pela leitura do art. 1.146, depreende-se a solidariedade entre o trespassante e o trespassário dos débitos que forem transferidos ao trespassário em virtude da celebração do negócio jurídico.

Contudo, existe um limite temporal para que o cedente possa ser solidariamente responsável pelos débitos. Se a dívida já estiver vencida quando da alienação, o trespassante será solidariamente responsável pelo prazo de um ano contado da publicação²³⁰; se o débito ainda não estiver vencido quando da circulação do estabelecimento, o prazo será de um ano do dia do vencimento.

²²⁸ IACOMINI, Marcello Pietro. *Op. cit.*, p. 112.

²²⁹ ASCARELLI, Tullio. *Op. cit.*, p. 352.

²³⁰ Código Civil: 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.

Uma vez consumado o prazo assinalado na lei, sem manifestação do credor, sua pretensão queda-se prescrita com relação ao cedente²³¹, remanescendo, contudo, nos termos e condições próprios da natureza da dívida, a responsabilidade do cessionário.

Paralelamente à disciplina específica sobre a transmissão dos débitos em caso de cessão do estabelecimento empresarial, existem, no ordenamento jurídico pátrio, regras especiais em relação às dívidas trabalhistas e as dívidas tributárias.

No tocante as dívidas laborais, o código civil não disciplinou especificamente, a sucessão dos débitos trabalhistas. Contudo, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 10 dispõe que: “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”

Por alteração da estrutura jurídica, no âmbito do direito trabalhista, ressalte-se, entende-se qualquer reorganização societária, ou mesmo a cessão do estabelecimento.

Isso porque, conforme explica Amauri Mascaro Nascimento “empregador é, para fins da legislação trabalhista, nos termos do art. 2º da CLT, a empresa, e não os seus titulares.”²³²

A protecionista disciplina trabalhista entende, assim, que será o adquirente do estabelecimento responsável pelos débitos trabalhistas assumidos.

Sobre a responsabilidade dos créditos trabalhistas em caso de cessão do estabelecimento, assim assevera Euler da Cunha Peixoto:

Mas qual seria o limite de responsabilidade, relativamente ao direito do trabalho, do adquirente do fundo de comércio?

De conformidade com os arts. 10 e 448 da CLT estaria ele obrigado a respeitar os contratos, especialmente os direitos adquiridos dos empregados.

Qualquer infração ao contrato cometida pelo antigo proprietário do fundo de comércio seria de sua exclusiva responsabilidade, não se comunicando ao adquirente. E se isto é verdade relativamente aos empregados que permaneceram, com maior razão com respeito àqueles que à época da transferência não mais tinham vínculo com a empresa. Nesses casos, a questão se deslocaria da discussão sobre sucessão para se posicionar quanto à validade da venda em face de uma possível fraude a credores.

Entretanto, embora não concordemos com a amplitude que foi dada ao instituto, é hoje pacífico nos tribunais trabalhistas, ainda que anteriores à transação.²³³

²³¹ Código Civil: Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

²³² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 57.

²³³ PEIXOTO, Euler da Cunha. *Fundo de Comércio*. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina (Org.). *Atualidades jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v. 3, p. 130.

Previsão similar a da Consolidação das Leis do Trabalho pode ser encontrada no Código Tributário Nacional – CTN. Trata-se do art. 133²³⁴, que prescreve a responsabilidade do cessionário, a qualquer título, de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, pelos débitos tributários originados no fundo cedido, desde que o novo empreendedor prossiga na exploração da mesma atividade.

A responsabilidade do cessionário será integral pelo passivo tributário, se o cedente cessar suas atividades empresariais, nos termos do inciso I, do art. 133 do CTN. Se, contudo, houver continuidade do exercício de atividade pelo cedente ou reinício, em qualquer ramo de atividade, no prazo de até seis meses a contar da cessão do estabelecimento, a responsabilidade do cessionário será apenas subsidiária à do cedente, conforme inciso II, do art. 133 do CTN.

No que concerne ao requisito trazido pelo CTN de continuidade na exploração da atividade, outra sorte não resta ao arrendatário, pois, conforme afirmado anteriormente, o titular secundário deve respeitar a destinação econômica do estabelecimento, abstendo-se de mudar o ramo de atividade ou a sua localização, ou ainda introduzir qualquer inovação substancial que altere a finalidade.

Assim, necessariamente o arrendatário continuará a exercer a mesma atividade do arrendador, o que gera a sucessão dos débitos tributários.

²³⁴ Art. 133. 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;

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.

§ 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, consanguíneo 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.

§ 3º Em processo de falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.

Conforme já afirmado anteriormente, é clara a sucessão de débitos no caso de trespasse do estabelecimento. Contudo, qual seria a sucessão no caso de arrendamento do estabelecimento.

Convém lembrar que a sucessão dos débitos se dá, dentre outros motivos, pelo fato de que, sendo transferido a outrem o exercício da atividade empresarial, o titular secundário auferirá os lucros por tal execução, garantindo, assim, a proteção ao credor.

Contudo, no caso do arrendamento, não ficará o arrendador desprovido de renda para o pagamento de seus credores. Isso porque, apesar de não auferir lucro pelo exercício da atividade empresária, o arrendador recebe a contraprestação mensal do arrendatário em virtude do arrendamento do estabelecimento.

Por outro norte, a sucessão dos débitos para o arrendatário garante também o princípio da preservação da empresa. Isso porque, em não ocorrendo a sucessão do débito ao arrendatário, e em não sendo suficiente a contraprestação recebida pelo arrendador para arcar com todas as obrigações, os credores, obviamente, atacariam os elementos que constituem o estabelecimento empresarial, tendo em vista que a propriedade dos bens continua do arrendador.

Ora, a venda dos bens extinguiria o estabelecimento, sendo penosa para o arrendador, o qual perderia a disponibilidade de seus bens, bem como para o arrendatário, tendo em vista a extinção do contrato de arrendamento, em virtude de inexistência do objeto.

Pelo acima exposto, percebe-se benéfica a sucessão dos débitos para o arrendatário, respeitado o disposto no artigo 1.146 do Código Civil.

Deve ser avaliado, contudo, que no caso do arrendamento, ao contrário do trespasse, o arrendatário possui o direito de uso e gozo do estabelecimento por um prazo determinado, qual seja, o prazo do contrato de arrendamento.

Ora, não é justo que o arrendatário deixe de auferir o lucro com o exercício da atividade empresária em virtude de pagamento de débitos anteriores ao arrendamento, e continue arcando com o valor da contraprestação mensal.

Para parcial solução da questão supra, essencial que esteja previsto no contrato de arrendamento que o arrendatário poderá descontar da contraprestação mensal paga para o arrendador os valores pagos em virtude dos débitos transferidos.

Ressalte-se que tal direito decorre, inclusive, da solidariedade entre cedente (arrendador) e cessionário (arrendatário) pelo pagamento da obrigação. Tal desconto não passaria de compensação prevista no artigo 368 do Código Civil²³⁵.

5.3.2 *Sub-rogação nos Contratos*

Conforme já afirmado anteriormente, o estabelecimento empresarial é uma universalidade de fato e, assim, compõem o estabelecimento apenas os bens, excluindo-se quaisquer relações jurídicas.

Ocorre que, com o intuito de preservar a dinâmica da vida jurídica do estabelecimento cedido, é indispensável que a legislação confira ao cessionário a titularidade de algumas relações obrigacionais, sob pena de esvaziamento do contrato firmado entre as partes.

Isso porque os contratos são elementos fundamentais no desempenho da atividade empresarial, e sua transmissão ao novo titular é imprescindível para manutenção da idoneidade funcional do estabelecimento empresarial.

Sobre a importância dos contratos para o exercício da atividade empresarial, assim dispõe Marcelo Andrade Feres:

Nesse contexto, o papel econômico-social de uma empresa (atividade) é definido por suas avenças, seja com seus fornecedores, seja com os seus consumidores. A sua posição no mundo jurídico decorre da convergência de seus contratos. Sabe-se, desse modo, em que medida uma empresa (atividade) interfere no contexto social em que está inserida, por exemplo, partindo-se de suas manifestações negociais, podem ser conhecidas a qualidade e a quantidade de seus empregados, seus consumidores, seus fornecedores e seus parceiros.²³⁶

E continua o autor:

Os ordenamentos que imprimem relevância à continuação da empresa (atividade) sob a titularidade do adquirente da azienda devem regular a entrega de relações contratuais a este. A subtração dos contratos do âmbito de transferência do *traspasse*, no mais das vezes, torna desinteressante o negócio.

A sorte das avenças do alienante do estabelecimento também constitui fator decisivo do preço a ser atribuído ao *traspasse* e, em alguns episódios, pode se revelar como determinante para a sua consumação.²³⁷

²³⁵ Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

²³⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 63.

²³⁷ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 63-64.

O ordenamento jurídico pátrio, reconhecendo a relevância dos contratos para a continuação e sucesso do exercício da atividade empresarial, disciplinou, através do artigo 1.148 do Código Civil, a sub-rogação contratual em caso de transferência de titularidade do estabelecimento:

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 dos contratos prevista no dispositivo supra citado aplica-se tanto ao trespasse, quanto ao arrendamento ou mesmo usufruto do estabelecimento empresarial. Isso porque, a sub-rogação dos contratos é essencial para a continuação do exercício da atividade empresarial, ou seja, caso não haja sub-rogação, os negócios jurídicos objetivando a circulação do estabelecimento empresarial para uso e gozo deste tornam-se inócuos.

Assim, haverá sub-rogação também para o arrendamento do estabelecimento empresarial, que passa a ser analisado abaixo.

Pela leitura do dispositivo supra, percebe-se que haverá sub-rogação do adquirente nos contratos em caso de cessão do estabelecimento empresarial se: (i) não houver no contrato firmado entre as partes estipulação em contrário; (ii) tratarem-se de contratos exploracionais, ou seja, para exploração do estabelecimento; (iii) os contratos sejam impessoais, ou seja, não possuam caráter personalíssimo.

Contratos exploratórios são aqueles firmados pelo empresário com o objetivo de explorar a atividade objeto da empresa²³⁸. A classificação decorre do caráter funcional dos contratos, ou seja, todos aqueles contratos que se revestem de funcionalidade quanto à exploração do estabelecimento são considerados contratos exploratórios.

Sobre os contratos exploratórios, Giuseppe Ferri afirma sobre sobre a disposição italiana (art. 2558 do *Codice Civile*) similar à nossa disposição pátria:

²³⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 654.

Deve-se tratar de contratos em curso de execução, isto é, de contratos destinados a produzir ainda os seus efeitos característicos, e que sejam objetivamente inerentes ou, como preferem, pertinentes ao exercício da empresa. Compreendem-se assim tanto os atos em que se concretiza o exercício da atividade econômica como aqueles que se atêm à organização da empresa.²³⁹

Assim, em se tratando de estabelecimento empresarial, consideram-se exploracionais todos os contratos firmados para o fim do exercício da atividade empresarial, tais como o contrato de locação, franquia, de know-how, de consórcio, de transporte, de trabalho, de consumo, de compra e venda empresarial, etc.²⁴⁰

Pela leitura do supracitado artigo 1.148 do Código Civil, em caso de cessão do estabelecimento empresarial, não se aplica a sub-rogação aos contratos de caráter pessoal, ou personalíssimos. Isso porque os contratos *intuitu personae* são realizados levando-se em consideração a pessoa da parte contratada. Baseiam-se, geralmente, na confiança que o contratante tem no contratado. Não admite, portanto, adimplemento contratual por outra pessoa que não a que firmou a avença.

Também não haverá sub-rogação dos contratos nos casos em que o contratante, existindo justa causa, no prazo de noventa dias a contar da publicação de transferência, optar por não continuar a execução contratual.

Justa causa, segundo Modesto Carvalhosa, seria “uma razão objetivamente apreciável que lhe estimule a extinguir o vínculo obrigacional.”²⁴¹

Escrevendo sobre a justa causa, o doutrinador italiano Giuseppe Ferri afirma que:

Uma justa causa de recesso se determina cada vez que, por efeito da substituição do alienante pelo adquirente, se verifica uma mudança na situação objetiva tal que o contraente não teria estipulado o contrato ou o teria estipulado em condições diversas. Enquanto o caráter pessoal do contratado é intrínseco ao próprio contrato, a justa causa depende de elementos extrínsecos e precisamente de uma modificação da situação objetiva existente ao momento de sua conclusão.²⁴²

²³⁹ No texto original: *Si deve trattare di contratti in corso in esecuzione, e cioè di contratti destinati a produrre ancora il loro effetti caratteristici, e che siano obiettivamente inerenti o, come altri preferisce, pertinenti all'esercizio dell'impresa. Vi rientrano così tanto gli atti in cui si concreta l'esercizio dell'attività economica come quelli che attengono alla organizzazione dell'impresa.* (FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: UTET, 1993. p. 233)

²⁴⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 73.

²⁴¹ CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 657.

²⁴² Tradução livre de: *Una giusta causa di recesso si determina ogni volta che per effecto dela sostituzione dell'acquirente all'alienante, si verifica un mutamento nella situazione obbjetiva tale che il contraente non avrebbe addirittura stipulato il contratto o l'avrebbe stipulato a condizioni diverse. Mentre il carattere personale del contratto è intrinseco al contratto stesso, azione obbjetiva esistente al momento della sua conclusione* (FERRI, Giuseppe. *Op. cit.*, 1993. p. 233).

Assim, no caso de cessão do estabelecimento empresarial, sempre que a substituição do cedente pelo cessionário acarretar situação diversa da combinada ou mesmo das expectativas para as execuções pendentes, caberá a terceira parte a opção, pelo prazo de noventa dias, de não continuar com o contrato.

Tendo em vista a especificidade da relação bem como da legislação, passa-se a uma análise quanto à sub-rogação dos contratos de trabalho.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 448, determina que “a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”

Quando do estudo da transferência das obrigações trabalhistas, a mudança da titularidade, mesmo que secundária, é entendida como uma alteração na estrutura da empresa.

Desse modo, ocorrendo o arrendamento do estabelecimento empresarial e consequente transferência da titularidade secundária da azienda, os contratos de trabalho permanecem válidos e eficazes, assumindo o novo titular do estabelecimento o outro polo na relação de emprego.²⁴³

5.3.3 Cessão de Créditos

O artigo 1.149 do Código Civil prevê uma modalidade especial de cessão de crédito em caso de transmissão do estabelecimento empresarial, muito semelhante à disciplina do *Codice Civile* italiano (art. 2559²⁴⁴). Assim dispõe o artigo 1.149 do Código Civil brasileiro:

“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.”

²⁴³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *CLT Anotada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10.

²⁴⁴ Art. 2559. *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.*

Uma das principais divergências doutrinárias, tanto nacional como estrangeira, acerca da cessão de créditos referentes ao estabelecimento, é a sua ocorrência automática ou não em caso de circulação do estabelecimento.

Modesto Carvalhosa, a respeito da automaticidade, ou não, da cessão de crédito em caso de circulação do estabelecimento empresarial, afirmou que:

“Esses créditos referentes ao estabelecimento não são transferidos automaticamente ao seu novo titular, de modo a configurar uma hipótese de cessão legal ou necessária, antes prevista no art. 1.068 do Código Civil de 1916.”²⁴⁵

Em sentido inverso é a posição de Osmar Barreto Filho²⁴⁶. Tal autor, tecendo considerações sobre o art. 2559 do *Codice Civile* italiano, dispôs que a doutrina peninsular era propensa a considerar que a transmissão dos créditos ao adquirente da azienda ocorreria automaticamente com a realização do negócio jurídico.

Assim como na doutrina brasileira, a doutrina italiana também é dividida em relação à automaticidade da cessão dos créditos em caso de circulação do estabelecimento empresarial. A interpretação mais atual e mais preponderante é a transmissão automática dos créditos.

Marcelo Andrade Feres, afirma que de acordo com Niccolo Salanitro, existiriam dois argumentos para sustentar a automaticidade dos créditos na transmissão do estabelecimento:

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*.

Ora, o primeiro argumento de que seria uma contraprestação em virtude da assunção dos débitos, soa, no mínimo, justo. Se, por força do art. 1.146 do Código Civil, os débitos referentes ao estabelecimento empresarial são transferidos ao cessionário, desde que regularmente contabilizados, os créditos também deverão acompanhar o negócio em contrapartida.²⁴⁷

No mesmo sentido, assim afirma Marcelo Andrade Feres:

²⁴⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 12, p. 661

²⁴⁶ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 226.

²⁴⁷ IACOMINI, Marcello Pietro. *Op. cit.*, p. 120.

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 os créditos ao adquirente, no mínimo, preserva a possibilidade de solução dos débitos regularmente escriturados.²⁴⁸

Assim, a transmissão dos créditos deverá seguir as mesmas regras da os débitos, ou seja, transfere-se automaticamente desde que regularmente contabilizados.

Importante observar que o Código Civil, ao final do artigo 1.149, tutela o devedor de boa-fé, o qual, sem ter conhecimento da transferência do estabelecimento, efetua o pagamento ao cedente.

Ressalte-se que, nos termos do artigo 1.144 do Código Civil²⁴⁹, o contrato que visa à circulação do estabelecimento empresarial deve ser averbado às margens da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e publicação na imprensa oficial para ter validade perante terceiros.

Dessa forma, caso o credor efetue o pagamento, antes de tal averbação e publicação para o cedente, o pagamento liberará a obrigação.

Definida a cessão dos créditos em caso de transmissão do estabelecimento empresarial passa-se à análise de tal cessão em caso de arrendamento da azienda.

Aplicando-se o mesmo argumento já exposto acima, não parece justa a transmissão dos débitos e não dos créditos. Dessa forma, assim como os débitos são transferidos ao arrendatário em caso de arrendamento do estabelecimento, tal fato replica-se aos créditos, ou seja, em caso de arrendamento do estabelecimento empresarial, transmite-se ao arrendatário, os créditos e débitos da azienda.

Contudo, foi sugerido, quando da análise da transferência dos débitos, a possibilidade de desconto da contraprestação mensal a ser pago pelo arrendatário ao arrendador do montante equivalente aos débitos transferidos em virtude do arrendamento.

²⁴⁸ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 138.

²⁴⁹ 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.

Ora, por uma questão de equilíbrio contratual e equidade entre as partes, os créditos devem, também, fazer parte de tal conta, devendo ser realizado uma espécie de compensação de todas essas operações.

Reitere-se que tal situação não decorre da lei, devendo ser expressamente convencionada pelas partes quando da celebração do contrato de arrendamento.

Outra opção, que também deve ser objeto de regulamento contratual é a assunção, pelo arrendatário, de todos os débitos e créditos que venham a ser transferidos, mantendo a contraprestação do arrendador fixa. Nesse caso, o arrendatário assumiria integralmente os riscos, assim como assume, integralmente, os riscos pelo exercício da atividade empresária.

5.4 Dever de não concorrência

O dever de não concorrência encontra-se disciplinado no ordenamento jurídico pátrio, através do art. 1.147 do Código Civil:

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

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

Pela leitura do artigo supra transcrito, percebe-se que há a imposição de uma obrigação de não fazer ao transmitente do estabelecimento, qual seja, que ele não faça concorrência ao adquirente. Esta vedação de concorrência visa tutelar a clientela, consolidando-a nas mãos do novo titular da azienda.

Isso porque, a clientela não é um bem, não há uma titularidade sobre a clientela a ser transferida, não podendo, conseqüentemente, ser objeto de cessão.²⁵⁰

A vedação de concorrência, então, é a forma mais eficaz de garantir que o novo titular do estabelecimento possa exercer sua atividade empresarial com a clientela já conquistada, não sofrendo uma redução do aviamento pela perda da clientela.

²⁵⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 152.

Ressalte-se que a circulação do estabelecimento empresarial visa exatamente a transferência da azienda pronta para o exercício da atividade empresarial.

Ao adquirir ou arrendar um estabelecimento empresarial, o empresário não quer arcar com os grandes investimentos necessários para se constituir uma empresa, visando, inclusive, economizar nos esforços iniciais para dotá-la de aviamento, visto que entrará de imediato no mercado com um negócio já pronto e apto à persecução do lucro.

Se não houvesse tal tutela à clientela, com o dever de não concorrência, o negócio jurídico celebrado poderia perder completamente seu objetivo, tendo em vista a impossibilidade de se exercer a empresa sem tal atributo do estabelecimento.

Há grande discussão na doutrina nacional e estrangeira sobre os fundamentos justificantes da proibição do transmitente do estabelecimento se reestabelecer após a celebração do negócio jurídico.

Há uma diversidade de teorias para justificar tal vedação. No presente estudo, serão analisadas duas: a da boa-fé e a da concorrência qualificada.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da boa-fé está expresso no art. 422, *in verbis*:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

O cedente do estabelecimento, ao concorrer com o cessionário, viola o princípio da boa-fé haja vista que, ao exercer a mesma atividade que o cessionário, o cedente estaria, na verdade, retomando o estabelecimento transmitido²⁵¹.

Para Marcelo Andrade Feres, um defensor da teoria da boa-fé:

Caso inexistisse a disposição especial do art. 1147 do Código Civil, note-se, seria defeso ao alienante fazer concorrência ao adquirente da azienda, por força do ar. 422 da mesma lei, que estipula a probidade e a boa-fé como princípios diretivos dos contratos.

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

A outra teoria é a da concorrência qualificada, a qual foi exposta por Giorgio Ferrari²⁵². Segundo esse autor, o cedente da azienda exerceria uma concorrência

²⁵¹ CASANOVA, Mario. *Impresa e azienda*. Turim: Torinenese, [s.d]. p. 763-764

em virtude de uma periculosidade qualificada que o cedente oferece ao cessionário, tendo em vista as características específicas encontradas no âmbito de conhecimento do antigo titular da azienda. Este, facilmente, poderia operar em setores de mercado em que o cessionário é deficiente, provocando, assim, grandes prejuízos a este último, inclusive, levando-o à falência.

Pelo acima disposto, percebe-se que a teoria da boa-fé e da concorrência qualificada não são teorias excludentes, mas verdadeiramente se complementam para a correta compreensão do expresso no art. 1.147 do Código Civil.

Analisadas os fundamentos da vedação de concorrência, passa-se a analisar a disciplina legal da mesma. Pela leitura do art. 1.147 percebe-se que o legislador pátrio preocupou-se somente em estabelecer uma limitação temporal (5 anos no caso de trespasse ou no tempo do contrato em caso de usufruto e arrendamento) e pessoal (o alienante).

O legislador peninsular foi mais detalhista em sua regra de não concorrência. Assim dispõe o artigo 2.557 do *Codice Civile* italiano²⁵³.

Art. 2557 Não competição

Aquele que aliena o estabelecimento deve abster-se, pelo período de cinco anos a contar da transferência, de iniciar uma nova empresa que pelo objeto, local, ou outras circunstâncias é suscetível de induzir em erro a clientela da empresa alienada. (2125, 2596).

O pacto de não competição acordado com limites mais amplos do que os previsto no parágrafo anterior é válido, desde que não impeça o exercício da atividade profissional pelo alienante. Esse não pode exceder a duração de cinco anos da transferência.

No caso de usufruto ou arrendamento do estabelecimento, o dever de não concorrência disposto no primeiro parágrafo aplica-se em relação ao nu-proprietário ou ao arrendador pelo prazo de locação do usufruto ou arrendamento.

²⁵² FERRARI, G. Diritto privato. In: *Enciclopédia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1959. v. 4, p. 680-741

²⁵³ No original: *Art. 2557 Divieto di concorrenza*

Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta (2125, 2596).

Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento.

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.

Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto.

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.

As disposições deste artigo aplicam-se apenas aos estabelecimentos com atividades a eles relacionadas (2135), quando comparado com estes possível uso indevido da clientela.

O disposto supracitado impõe não apenas o limite temporal e pessoal, mas também impõe uma limitação espacial e material, haja vista que “quem aliena azienda deve abster-se, pelo período de cinco anos da transferência, de iniciar uma nova empresa (atividade) que, pelo objeto, localização ou outras circunstâncias, seja idônea a desviar a clientela da azienda cedida.

Assim, percebe-se que o legislador italiano foi mais detalhista quanto ao dever de não concorrência, enquanto que o brasileiro inseriu uma fórmula geral, qual seja, não pode fazer concorrência ao adquirente, restando ao contrato celebrado entre as partes, firmar os limites que não foram impostos pela lei.

Ressalte-se inclusive, que pela leitura do art. 1.147 do Código Civil, podem as partes, no aludido instrumento contratual, mediante autorização expressa, afastarem a vedação de concorrência.

No que tange à vedação de concorrência para o arrendamento do estabelecimento empresarial, o parágrafo único do art. 1.147 dispõe que nesse caso, a proibição persistirá durante o prazo do contrato.

Saliente-se, ainda, que mesmo no caso de arrendamento da azienda as partes podem afastar a proibição de concorrência, mediante autorização expressa.

5.5 Da Ação Renovatória

Conforme afirmado anteriormente, mais precisamente no item 1.4.3.2 do presente estudo, a tutela do ponto empresarial dá-se, no direito brasileiro, pela ação renovatória de alugueis prevista no artigo 51 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei das Locações).

Tal proteção se deve em virtude de o empresário investir na conformação do imóvel às suas necessidades; formar clientela tendo em vista à localização de seu negócio; e articular fornecedores para redução de custos. Tudo isso é considerado pelo Direito, que busca assegurar a continuidade da locação.²⁵⁴

Alfredo Buzaid sobre a necessidade de proteção do ponto empresarial aduz que:

²⁵⁴ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 30.

O locatário que, fundando ou mantendo um estabelecimento comercial ou industrial em imóvel alheio, torna conhecido o respectivo local, para ele atraindo vultosa clientela, à custa de pertinaz propaganda e de porfiados esforços, contribui em larga escala para sua valorização, para o aumento de seu valor locativo e próprio valor venal. A propriedade comercial, abrangendo todo esse conjunto de elementos materiais e imateriais, que formam o chamado fundo de comércio, é protegida em numerosos países contra o enriquecimento exagerado do proprietário, pois sem essa proteção legal perderia o locatário, vítima de novas luvas extorsivas no fim de cada período contratual, ou de expulsão sumária, todo o fruto desse seu ingente trabalho e esforçadíssima cooperação. A preferência do arrendatário à renovação do contrato de locação de imóvel ocupado por estabelecimento de comércio ou de indústria, é, pois, um direito que lhe deve ser reconhecido de modo expresso por amor aos princípios da mais elementar justificativa.²⁵⁵

A ação renovatória de aluguéis, assim, tem por intuito proteger efetivamente o direito do empresário sobre o ponto empresarial, que é resultado da atividade ali desempenhada, garantindo ao empresário que, após anos de investimentos para consolidar seu ponto empresarial, possa prolongar sua atividade no local onde exerce a empresa, mantendo sua clientela fidelizada e atraindo novos clientes.

Conforme também já afirmado anteriormente, o estabelecimento é um complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da atividade empresarial e, num arrendamento do estabelecimento empresarial, tal estabelecimento é cedido a outrem, para uso e gozo da azienda.

Também já restou demonstrado, ao longo desse estudo, a semelhança existente entre a locação e o arrendamento, restando a diferença de nomenclatura mais para distinguir a locação de um bem individualmente considerado e o arrendamento do estabelecimento.

Tendo em vista a similaridade dos dois institutos: locação e arrendamento, faz-se necessária a pergunta: se quando do arrendamento do estabelecimento empresarial um dos bens que integram o estabelecimento for um bem imóvel, terá o arrendatário direito à ação renovatória?

Isso porque, o arrendatário exerce sua atividade naquela localização, constituindo, assim, o ponto empresarial, o qual, conforme sobejamente demonstrado acima, é tutelado pela ação renovatória, tendo em vista a extrema importância para o exercício da atividade empresarial.

²⁵⁵ BUZAID, Alfredo. *Op. cit.*, p. 129.

Ocorre que, admitir a renovatória para o contrato de locação do estabelecimento empresarial é autorizar a prorrogação do arrendamento também para os bens móveis que integram o estabelecimento, inclusive os bens incorpóreos. Tal situação além de não possuir qualquer respaldo legal, nem no ordenamento jurídico pátrio, nem no estrangeiro, significa priorizar sobremaneira um elemento do estabelecimento em detrimento de todos os outros, o que é inaceitável.

Poderia, então, se considerar que a renovatória incidiria somente sobre o bem imóvel? Ora, a resposta a essa pergunta é clara: é inadmissível que a renovatória se aplique a apenas um elemento do estabelecimento. Isso porque o estabelecimento empresarial é objeto unitário de negócios jurídicos, não podendo ser destruído pela renovação da locação do imóvel.

Se o estabelecimento é um complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da atividade empresarial, considerar a possibilidade de renovação da locação apenas para o bem imóvel significa esfacelar tal universalidade, a qual não estaria mais apta ao exercício da empresa.

Além do acima exposto, admitir a renovatória apenas para o bem imóvel significa descumprir com uma das principais obrigações do arrendatário quando da celebração do arrendamento, qual seja, devolver o estabelecimento ao arrendador no mesmo estado em que encontrou, apto ao exercício da atividade empresária.

Osmar Barreto Filho, ao analisar a possibilidade de ação renovatória para o estabelecimento empresarial, sustenta que não admitir a renovação ao contrato de arrendamento, nem poderia significar uma violação ao direito ao ponto, tendo em vista que em um estabelecimento arrendado, o arrendatário já teria encontrado o estabelecimento pronto, inclusive com uma clientela consolidada, não fazendo jus, assim, a tutela concedida pelo ordenamento jurídico pátrio. Assim dispõe o autor:

Embora tenha a jurisprudência de nossos tribunais se orientado no sentido de reconhecer ao cessionário do estabelecimento o direito à renovação do contrato de locação do imóvel, não estendeu tal direito ao arrendatário do negócio.

Para tanto, partiu da afirmação de que não teria direito de pedir a renovação quem não é proprietário do fundo de comércio ou indústria; por outra, o direito à renovação só protege o locatário quando é o criador do fundo. O arrendatário do estabelecimento, embora explore o fundo em caráter pessoal, não o formou, recebendo-o em caráter derivado de seu titular; nestas condições não tem direito à renovatória.²⁵⁶

²⁵⁶ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 265.

Por tudo o acima exposto, percebe-se que não há direito à ação renovatória no caso de arrendamento do estabelecimento empresarial.

Necessário, ainda, analisar o disposto no artigo 51 da Lei de Locações:

Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

[...]

§ 2º **Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade.** [grifo nosso]

Pela leitura do artigo supra transcrito, percebe-se que legislação pátria autoriza a renovação da locação do imóvel, caso haja expressa autorização contratual para que tal imóvel seja utilizado para o exercício da atividade empresária, integrando, assim, o estabelecimento empresarial.

Contudo, há de se notar que a situação expressa em lei é um pouco distinta do que estava sendo analisado “a priori”.

Isso porque, inicialmente estava sendo analisado o direito à ação renovatória caso fosse arrendado um estabelecimento empresarial que tivesse, como um de seus elementos o bem imóvel.

Na hipótese descrita em lei trata-se de locação de um imóvel a fim de constituir um estabelecimento empresarial, ou seja, o empresário era detentor dos bens móveis necessários para o exercício da atividade empresarial, faltando-lhe, contudo, o bem imóvel, o qual será objeto de locação.

Percebe-se, assim, que a hipótese acostada pela Lei de Locações não é uma exceção ao entendimento de que não há que se falar em ação renovatória em caso de arrendamento do estabelecimento empresarial.

5.6 Da extinção do contrato de arrendamento

O contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial pode ser extinto pelas formas arroladas pelo Código Civil de 2002²⁵⁷ para extinção dos contratos; quais sejam: a rescisão, a resolução e a rescisão.

²⁵⁷ Capítulo II do Título IV do Livro III da Parte Especial.

Existem obrigações específicas do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial que, caso haja seu descumprimento, podem levar à resolução do contrato, são algumas delas: falta de pagamento da contraprestação ou de manutenção de garantia suficiente; alteração do ramo do negócio; práticas ilícitas, imorais ou desonestas no que concerne à gestão do negócio; deterioração considerável de algum elemento do estabelecimento; falta de exercício ou atividade permanente do estabelecimento, dentre tantas outras.²⁵⁸

Além do acima exposto, o contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial possui hipóteses de extinção muito similares aos contratos de locação.

Assim, poderá o contrato de arrendamento ser extinto por mútuo acordo entre as partes, nos termos do artigo 472 do Código Civil²⁵⁹, sendo exigido, para tanto, que o distrato seja realizado na mesma forma que o contrato.

Quando do vencimento, o contrato de arrendamento do estabelecimento cessa de pleno direito, independentemente de notificação ou aviso, nos termos do artigo 573 do Código Civil²⁶⁰.

Poderá, ainda, o arrendatário resolver o contrato de arrendamento se algum dos elementos do estabelecimento se deteriorar, a não ser em virtude de culpa ou dolo do arrendatário, e não mais servir para o exercício da atividade empresarial a que se destinava o estabelecimento.²⁶¹

Sobre esse assunto, mister transcrever ementa do julgamento do Recurso Especial n. 81579/SP²⁶², do Superior Tribunal de Justiça, o qual reconheceu a possibilidade de rescisão do contrato de arrendamento do estabelecimento empresarial em virtude de deterioração de um de seus elementos, no caso, o ponto onde estava instalada aazienda:

ARRENDAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. DEVOLUÇÃO DA COISA ANTES DO TERMO FINAL DO CONTRATO POR IMPOSSIBILIDADE DE PROSEGUIMENTO NA EXPLORAÇÃO COMERCIAL. RECUSA DA ARRENDADORA. CONDIÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. Adstrita a lide à pretensão de extinção da obrigação de devolver o bem, não é dado ao Julgador condicionar a extinção do contrato ao cumprimento de outras obrigações decorrentes da avença, mas estranhas ao pleito

²⁵⁸ POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Op. cit.*, p. 229.

²⁵⁹ Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

²⁶⁰ Art. 573. A locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

²⁶¹ Art. 567 do Código Civil

²⁶² Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 81579 / SP. Relator: Min. Barros Monteiro. DJ 19/11/2001 p. 276

formulado na inicial e à contrariedade oposta pela ré. Aplicação dos arts. 128 e 515 do CPC. Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

Por sua vez, poderá o arrendador resolver o contrato se o arrendatário empregar o estabelecimento em atividade empresarial distinta de seu uso ou se qualquer dos elementos se danificar por abuso do arrendatário, sendo exigível, ainda, perdas e danos²⁶³, bem como caso o arrendatário não pague com a contraprestação pactuada.

²⁶³ Art. 570 do Código Civil

6 DO ARRENDAMENTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESÁRIOS E DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

6.1 A Recuperação Judicial no Direito Brasileiro

A Lei 11.101/05 (“Lei de Falência e Recuperação de Empresas”) alterou o paradigma das normas empresariais relacionadas ao insucesso empresarial, uma vez que estabeleceu um procedimento legal voltado à tentativa de salvar os empresários e sociedades empresárias da crise econômico-financeira, com a minoração das perdas dos credores²⁶⁴.

Nessa nova lógica, inspirada no princípio da conservação da empresa, a recuperação judicial foi instituída no ordenamento jurídico pátrio, em substituição à concordata, prevista no Decreto-Lei 7.661/45.

Tal instituto está conceituado de forma bastante clara pelo art. 47 da Lei 11.101/2005, o qual dispõe, *in verbis*:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A recuperação judicial, assim, tem como objetivo viabilizar a superação de crise econômico-financeira temporária da empresa, com viabilidade econômica, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Segundo Eduardo Goulart Pimenta:

Trata-se de uma série de atos praticados sob a supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades financeiras temporárias. Não cabe ao Poder Judiciário a tarefa de reelaborar a atividade do empresário individual ou da sociedade empresária em crise. Cumpre ao Judiciário acompanhar e reger a aplicação, ao empresário em apuros financeiros, de uma série de procedimentos legalmente previstos como forma de se propiciar que a unidade produtiva viabilize sua recuperação econômica.

²⁶⁴ PACHECO, José da Silva. *Op. cit.*, p. 01.

Importante ressaltar que a recuperação de empresas não é um instituto destinado a todos os empresários em crise econômico-financeira. É uma solução legal aplicável apenas àqueles cujas empresas se mostrem temporariamente em dificuldades e, além disso, que se revelem economicamente viáveis.²⁶⁵

A recuperação judicial pode ser concedida não só para o devedor em estado de crise econômico-financeira com dificuldades temporárias do seu negócio, como também àquele com iliquidez, insolvência ou em situação patrimonial a merecer readequação planejada de sua atividade.

O processo de recuperação judicial se divide em três fases: postulatória, deliberativa e de execução.

Na primeira fase o devedor apresenta seu requerimento. Ela se inicia com a petição inicial e se encerra com o despacho que defere o processamento da recuperação judicial.

Poderá requerer o benefício da recuperação judicial o empresário devedor que exerça regularmente as suas atividades há mais de 02 anos, que atender expressamente os requisitos enumerados pelo art. 48 da Lei 11.101/05, quais sejam: (i) não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, a responsabilidade daí decorrentes; (ii) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial; (iii) não ter, há menos de oito anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial, ou seja, tratar-se de microempresa ou empresa de pequeno porte; (iv) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei de Falências e de Empresas.

Pode, ainda, postular a recuperação judicial o cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.²⁶⁶

Para solicitar a recuperação, a empresa deverá ingressar com a competente ação de recuperação judicial, instruindo a petição inicial com os documentos expressamente arrolados no artigo 51 da Lei 11.101/2005²⁶⁷.

²⁶⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 154, 2006.

²⁶⁶ Art. 48, §1º da Lei 11.101/2005.

²⁶⁷ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de

E, conforme dispõe o artigo 52 da Lei 11.101/2005²⁶⁸, estando em termos a documentação exigida no art. 51 da mesma Lei, o juiz deferirá o processamento da

resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

²⁶⁸ Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do caput deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores.

recuperação judicial, bem como determinará, entre outros, a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá: (i) o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; (ii) a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito e (iii) a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Na fase deliberativa discute-se e aprova-se o plano de recuperação. Tal fase tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se concluir com a decisão concessiva do benefício.

O plano de recuperação supra referido, deve conter as medidas que o devedor considera suficientes para recuperar a empresa. A Lei de Falências e Recuperação de Empresas estabelece, em seu art. 50, uma lista de modos de recuperação, *in verbis*:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

- I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
- II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
- III – alteração do controle societário;
- IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;
- V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;
- VI – aumento de capital social;
- VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;
- VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
- IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;
- X – constituição de sociedade de credores;
- XI – venda parcelar dos bens;
- XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;
- XIII – usufruto da empresa;
- XIV – administração compartilhada;
- XV – emissão de valores mobiliários;
- XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

O plano será encaminhado a juízo, e os credores serão chamados, por meio de edital, a se manifestar. Se não houver objeções, o plano é aprovado. Se houver, será convocada assembleia-geral dos credores, a qual pode ser requerida a qualquer tempo após o processamento da recuperação judicial, que deliberará sobre a sua aprovação, alteração (com anuência do devedor) ou rejeição.

Aprovado o plano em assembleia-geral o juiz concederá a recuperação judicial, caso contrário, será decretada a falência.

A Lei 11.101/2005 traz, em seu artigo 58²⁶⁹, a possibilidade de o juiz conceder a recuperação mesmo sem ter sido o plano aprovado pelos credores, desde que sejam preenchidos os requisitos arrolados pelo aludido dispositivo legal.

A assembleia-geral de credores, a qual poderá ser solicitada a qualquer tempo após o deferimento da recuperação judicial, nos termos do art. 41 da Lei 11.101/2005²⁷⁰, compõe-se das seguintes classes de credores: (i) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real e (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

À assembleia-geral de credores compete, na recuperação judicial: a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial; b) constituição do Comitê de Credores, a escolha ou substituição dos seus membros; c) a aprovação do pedido de desistência do devedor; d) a indicação do nome do gestor

²⁶⁹ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

²⁷⁰ Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

§ 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do caput deste artigo com o total de seu crédito, independentemente do valor.

§ 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do caput deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do caput deste artigo pelo restante do valor de seu crédito.

judicial, quando do afastamento do devedor; e) a deliberação sobre qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores²⁷¹.

Estão sujeitos aos efeitos da recuperação todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, sendo que os credores do devedor conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso²⁷².

E, nos termos do §3º do art. 49 da Lei 11.101/2005, os créditos decorrentes de (i) proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis; (ii) de arrendamento mercantil; (iii) proprietário ou promitente vendedor de imóvel, cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive incorporações imobiliárias; (iv) proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; (v) adiantamento de contrato de câmbio para exportação onde o recuperando seja devedor; e (vi) os créditos fiscais, não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.

A última etapa do processo de recuperação judicial é a de execução, que compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação e termina com a sentença de encerramento do processo²⁷³.

Homologado o plano de recuperação, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até dois anos depois da concessão da recuperação judicial.²⁷⁴

Durante os dois anos, o descumprimento do plano de recuperação implicará na convalidação da recuperação em falência²⁷⁵. Após o prazo, no caso de descumprimento, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência, com base no art. 94²⁷⁶ da Lei de Falências e Recuperação.²⁷⁷

²⁷¹ Art. 35 da Lei 11.101/2005

²⁷² Art. 49 da Lei 11.101/2005.

²⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 51.

²⁷⁴ Art. 61 da Lei 11.101/2005.

²⁷⁵ Art. 61, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005.

²⁷⁶ Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

Cumpridas as obrigações vencidas no prazo de dois anos, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial²⁷⁸.

6.2 O Arrendamento do Estabelecimento como forma de Recuperação da Empresa

Dentre as hipóteses sugeridas pelo legislador para recuperação judicial da empresa, está o arrendamento do estabelecimento empresarial.

Assim como o fez o Código Civil, a legislação falimentar se absteve de explanar a necessária literalidade da proposição em seu texto, ou seja, apenas indicou que o arrendamento do estabelecimento é forma de recuperação da empresa, sem, contudo, apresentar regulação que baliza as eventuais necessidades do empresário.

A previsão do arrendamento do estabelecimento como uma forma de recuperação traduz, na verdade, a alteração trazida pela Lei 11.101/2005 em detrimento do Decreto-Lei 7.661/45. Isso porque passa a ser priorizada a preservação da empresa e não a liquidação da mesma.

-
- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
 - b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
 - c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
 - d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
 - e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
 - f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
 - g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

§ 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo.

§ 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar.

§ 3º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

§ 4º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

§ 5º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

²⁷⁷ Art. 62 da Lei 11.101/2005.

²⁷⁸ Art. 63 da Lei 11.101/2005.

E a celebração de tal negócio jurídico realmente possibilita a continuação da empresa, sendo bastante interessante como forma de recuperação da mesma. Isso porque, se a empresa está em recuperação é porque o empresário não conseguiu exercer, a contento, a atividade empresarial. Com o arrendamento do estabelecimento, o uso e gozo dos bens organizados para o exercício para empresa é transferido a outrem, que pode ter mais talento para desempenho da atividade empresária e conseqüente pagamento dos credores.

Além da mudança de gestão, o arrendamento do estabelecimento representa, ao mesmo tempo, redução das despesas referentes à manutenção do estabelecimento arrendado, tendo em vista que tal custo é do arrendatário, bem como uma fonte de renda aos credores, tendo em vista a contraprestação mensal paga.

Aos benefícios já acima expostos, soma-se à preservação do patrimônio da empresa, já que a titularidade primária dos bens não é cedida, mas apenas a secundária.

Pelo acima exposto, percebe-se que o arrendamento do estabelecimento empresarial é de extrema relevância em casos de recuperação judicial, uma vez que tal negócio jurídico se apresenta como forma eficaz para a consecução dos principais objetivos da Lei de Recuperação de Empresas. A transferência da empresa viável para empresários com melhores condições de gestão, a certeza de aferimento de renda mensal (contraprestação) para divisão entre os credores e a manutenção do patrimônio da empresa, permitem a preservação da atividade empresarial, dos empregos dos trabalhadores e da fonte de arrecadação de impostos.

Além disso, o arrendamento possibilita a manutenção da aptidão e do potencial do estabelecimento para o exercício da empresa, tendo em vista a não cessação da atividade empresária.

A validade do arrendamento do estabelecimento empresarial está condicionada à aprovação do plano de recuperação pela maioria dos credores, conforme critérios quantitativos previstos nos artigos 45 e 58 da Lei 11.101/2005²⁷⁹, sendo o negócio jurídico válido e eficaz em relação aos credores dissidentes.

²⁷⁹ Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

Todavia, se no curso do processo de recuperação judicial surgir ao empresário uma proposta vantajosa para arrendar seu(s) estabelecimento(s), ainda que não haja previsão para tanto no projeto aprovado, o contrato pode ser celebrado mediante autorização do juiz da causa.

Pode-se argumentar que o arrendamento do estabelecimento sequer dependeria de aval judicial, vez que não implica em alienação ou ação que onere o ativo permanente da empresa. Contudo, como a medida pode ser interpretada como descumprimento do plano aprovado, cuja consequência seria a decretação da falência, nos termos do §1º do art. 61 da Lei 11.101/2005²⁸⁰ e em atenção aos princípios da boa-fé e transparência, é recomendável submeter a proposta à autorização judicial.

Ao contrário do ordenamento jurídico pátrio, o direito italiano, no art. 104-bis do Decreto 267/1942²⁸¹ (Lei Falimentar italiana), previu, expressamente, as normas do arrendamento do estabelecimento como forma de recuperação da empresa.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

²⁸⁰ Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

²⁸¹ Art. 104-bis.

Affitto dell'azienda o di rami dell'azienda.

Anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'articolo 104-ter su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa.

Nesse ordenamento, durante a recuperação judicial, o estabelecimento pode ser arrendado até a efetiva alienação do estabelecimento, e visando uma valoração de tal ativo. Assim, o arrendamento, em caso de recuperação judicial, nada mais é que uma solução provisória, visando a não desvalorização dos bens da empresa em virtude da cessação da atividade.

Ressalte-se, contudo, que o arrendatário, quando da venda do estabelecimento, terá preferência pela compra.

Por fim, tal normativo jurídico afirma que, em caso de convolação da recuperação judicial em falência, não responde o arrendatário pelos débitos anteriores à celebração do negócio jurídico.

6.3 Sucessão do Arrendatário nas Obrigações do Devedor

O artigo 1.146²⁸² do Código Civil dispõe que o adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores ao trespasse, desde que regulamente contabilizados. Viu-se, ainda, que tal sucessão aplica-se também nos casos de arrendamento do estabelecimento empresarial.

La scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore a norma dell'articolo 107, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. La scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali. Il contratto di affitto stipulato dal curatore nelle forme previste dall'articolo 2556 del codice civile deve prevedere il diritto del curatore di procedere alla ispezione della azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).

La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni.

Il diritto di prelazione a favore dell'affittuario può essere concesso convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. In tale caso, esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione.

La retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II.

²⁸² 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.

Contudo, de forma diversa está a legislação falimentar. Determina o art. 60²⁸³, da Lei 11.101/2005 que, caso o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus.

Assim, se o plano de recuperação aprovado prever o trespasse, o estabelecimento empresarial estará livre de qualquer ônus, ou seja, não responde o adquirente pelos débitos do trespasante.

A mesma disposição é trazida pelo art. 141, II²⁸⁴, da Lei 11.101/2005 para o processo concursal. Tal artigo dispõe que, no caso de alienação total ou parcial do estabelecimento empresarial, no curso do processo concursal, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão das obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidente de trabalho.

Ora, não é difícil entender as razões do legislador em excluir a responsabilidade do adquirente, nos caso da recuperação judicial.

A empresa em recuperação, apesar de possuir viabilidade econômica, passa por uma crise econômica-financeira, ou seja, não possui fluxo de caixa suficiente para arcar com suas obrigações.

Autorizar a sucessão dos débitos já existentes no estabelecimento, os quais, reitere-se, levou a mesma a uma situação de crise econômica-financeira, para o adquirente do mesmo seria cercear, completamente, a possibilidade de recuperação da empresa. Nesse sentido, assim assevera Álvaro A. C. Marino:

O objetivo da norma é, por evidente, o mesmo daquela prescrição aplicável à falência. Ao favorecer a valorização do ativo de titularidade do empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, o legislador espera

²⁸³ Art. 60. 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.

²⁸⁴ Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

[...]

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.

beneficiar a efetiva superação da crise econômica-financeira experimentada pelo agente econômico.²⁸⁵

Até porque, para que o adquirente oferte valor alto do estabelecimento objeto do trespasse, obsta-se a assunção por ele dos débitos vinculados à azienda. Sobre as razões da inserção da norma no ordenamento jurídico, vale citar trecho do Relatório do Senador Ramez Tebet:

Definiu-se que não haverá sucessão tributária para o adquirente, como forma de melhor garantir os direitos dos trabalhadores e do fisco e permitir maior eficiência econômica nesses processos. A razão é que a alienação da empresa em bloco, ou por unidades produtivas nos casos menos favoráveis, mantém a organicidade dessas estruturas e, por isso, preserva o patrimônio intangível.

Ao estabelecer oferta para a compra da empresa aos interessados evidentemente levam em consideração todos os fatores que possam diminuir o valor do negócio. Se a empresa leva consigo a carga das obrigações tributárias anteriores à venda, não pode haver dúvida de que o mercado não negligenciará essa informação e o valor oferecido naturalmente sofrerá a redução correspondente às obrigações transferidas ao arrematante. No entanto, como essas obrigações estão cercadas de incertezas quanto a seu valor, é bastante comum que a estimativa dessa dívida potencial seja superestimada. Com a venda de ativos, em conjunto ou separado, que garante os créditos trabalhistas e tributários, é do interesse do fisco e dos trabalhadores que o valor de venda seja maximizado. Assim, embora pareça contrário à intuição, a sucessão não traz vantagens aos cofres públicos ou aos trabalhadores.²⁸⁶

A Ministra Nancy Andrichi, analisando a extensão da aplicação do artigo 60 da Lei 11.101/95, entendeu, em seu voto proferido no julgamento do conflito de competência n. 118.183 – MG²⁸⁷, pela ausência de sucessão dos débitos da empresa em recuperação, não apenas em caso de alienação, mas também no caso de arrendamento:

Resta, por fim, analisar se o contrato de arrendamento firmado, na hipótese dos autos, pode ser enquadrado no amplo conceito de “alienação judicial de bens” regulado pelo art. 60 da LF.

A resposta só pode ser positiva. A Lei de Falências e Recuperações Judiciais, ao autorizar a venda de estabelecimento como medida de reerguimento econômico do devedor, na verdade apenas materializa mais uma medida inserida no amplo espectro do princípio da preservação da empresa. Esse princípio, portanto, tem de ser mantido como o norte para a interpretação de todos os dispositivos legais que tratam da matéria.

²⁸⁵ MARIANO, Álvaro Augusto Camilo. *Op. cit.*, p. 79-80.

²⁸⁶ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 371.

²⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Conflito de Competência n. 118183 / MG. Relator: Min. Nancy Andrichi. DJe 17/11/2011

A alienação de um estabelecimento industrial dificilmente se processa mediante pagamento a vista. Restringi-la a tais situações implicaria esvaziar sobremaneira o âmbito de aplicação do art. 60 da LF. O arrendamento do parque industrial é medida comum no ambiente empresarial, e seus efeitos devem ser equiparados ao da alienação, para os fins de recuperação da sociedade empresária. Se, dentro desse amplo sistema de alienação mediante arrendamento, as partes optam, com a autorização do juízo da recuperação, por constituir uma terceira empresa apenas para gerir aquele empreendimento, também não se afirmar, ao menos de plano, a existência de irregularidades no procedimento – sem prejuízo, naturalmente, da eventual juízo da recuperação judicial.

Vários ordenamentos jurídicos alienígenas também adotaram tal posição, qual seja, em caso de trespasse como forma de recuperação, não haverá sucessão dos débitos ao adquirente. O artigo n. 105 do Decreto 267/1942²⁸⁸ (Lei Falimentar italiana), com a redação que lhe emprestou o Decreto Legislativo 5/2006, dispõe que salvo disposição em contrário, não há responsabilidade do adquirente pelo débito relativo ao exercício do estabelecimento empresarial adquirido. Neste mesmo sentido está a legislação francesa (*Code de Commerce*, arts. L631-1²⁸⁹, L631-13²⁹⁰, L641-1²⁹¹).

²⁸⁸ Art. 105.

Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco.

La liquidazione dei singoli beni ai sensi degli articoli seguenti del presente capo è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori.

La vendita del complesso aziendale o di rami dello stesso è effettuata con le modalità di cui all'articolo 107, in conformità a quanto disposto dall'articolo 2556 del codice civile.

Nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti.

Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento.

Il curatore può procedere altresì alla cessione delle attività e delle passività dell'azienda o dei suoi rami, nonché di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, esclusa comunque la responsabilità dell'alienante prevista dall'articolo 2560 del codice civile.

La cessione dei crediti relativi alle aziende cedute, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, 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 al cedente.

I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestate o comunque esistenti a favore del cedente, conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario.

Il curatore può procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'articolo 2560 del codice civile ed osservate le disposizioni inderogabili contenute nella presente sezione. Sono salve le diverse disposizioni previste in leggi speciali.

Il pagamento del prezzo può essere effettuato mediante accollo di debiti da parte dell'acquirente solo se non viene alterata la graduazione dei crediti.

²⁸⁹ Article L631-1

Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les

Assim, a legislação falimentar traz uma exceção à regra instituída pelo Código Civil em seu artigo 1.146, prevendo, expressamente, que o objeto do trespasse deve estar livre de quaisquer ônus. E tal disposição estende-se, ainda, para os débitos tributários e trabalhistas.

O art. 133 do Código Tributário Nacional (CTN) determinava a sucessão do adquirente nos débitos tributários do estabelecimento alienado, desde que fossem mantidas a atividade empresarial.

A Lei Complementar 118, de 2005²⁹², veio estabelecer as necessárias modificações na legislação tributária a fim de compatibilizá-la com as inovações da Lei 11.101/2005.

*moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.
La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30.*

²⁹⁰ Article L631-13

Dès l'ouverture de la procédure, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, par une cession totale ou partielle de celle-ci selon les dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV.

²⁹¹ Article L641-1 - *Le tribunal peut, soit d'office, soit sur proposition du juge-commissaire ou à la demande du ministère public, procéder au remplacement du liquidateur, de l'expert ou de l'administrateur s'il en a été désigné en application de l'article L. 641-10 ou encore adjoindre un ou plusieurs liquidateurs ou administrateurs à ceux déjà nommés.*

Le liquidateur, l'administrateur ou un créancier nommé contrôleur peut demander au juge-commissaire de saisir à cette fin le tribunal.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève peut saisir le ministère public à cette même fin.

Le débiteur peut demander au juge-commissaire de saisir le tribunal aux fins de remplacer l'expert. Dans les mêmes conditions, tout créancier peut demander le remplacement du liquidateur.

Par dérogation aux alinéas qui précèdent, lorsque le liquidateur ou l'administrateur demande son remplacement, le président du tribunal, saisi à cette fin par le juge-commissaire, est compétent pour y procéder. Il statue par ordonnance.

Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ou, à défaut, les salariés de l'entreprise peuvent seuls procéder au remplacement du représentant des salariés.

²⁹² Art. 1º A Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 133.

§ 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, consanguíneo 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.

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo

Segundo o diploma legal, não haverá a responsabilidade do adquirente em caso de trespasse como forma de recuperação de empresa em crise. O legislador ainda consignou expressamente que ficará caracterizada a responsabilidade nas hipóteses de alienação judicial em falência ou recuperação judicial quando o adquirente for: a) sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; b) parente, em linha reta ou colateral até o quarto grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou c) identificação como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

Ao contrário da legislação tributária, que recepcionou a disposição contida no art. 141 da Lei 11.101/2005, a legislação trabalhista não foi alterada, razão pela qual iniciou-se grande discussão na doutrina acerca da sucessão dos débitos trabalhistas, em caso de trespasse como forma de recuperação da empresa.

Para alguns doutrinadores, em virtude da falta de menção legislativa expressa excluindo os débitos trabalhistas, estes deveriam acompanhar o estabelecimento empresarial, mesmo em caso de trespasse como forma de recuperação, sendo, assim, de responsabilidade do adquirente. Os mais radicais chegaram a defender que o art. 141, II, da Lei 11.101/2005 era inconstitucional²⁹³, por ferir direitos dos trabalhadores consagrados na Constituição Federal.

Contudo, a visão supra não merece prevalecer, tendo em vista que a legislação falimentar pátria foi clara ao determinar no parágrafo 1º do art. 141, que o “objeto da alienação estará livre de qualquer ônus”.

E ressalte-se, novamente, que tal dispositivo da legislação falimentar não viola o direito dos trabalhadores, muito pelo contrário, assegura-os. Isso porque, conforme já mencionado anteriormente, o trespasse ou o arrendamento do

de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.” (NR)

²⁹³ O partido democrático trabalhista chegou a propor ação direta de inconstitucionalidade em face dos arts. 60, parágrafo único e art. 141, II, da Lei 11.101/2005. (ADIN 3934/DF. Min. Ricardo Lewandowski 27/05/2009). Nessa ação entendeu o Ministro relator que o legislador teria optado por estabelecer que o adquirente de estabelecimento empresarial alienado judicialmente não assumiria os débitos trabalhistas, por sucessão, porquanto isso não ensejaria prejuízo aos trabalhadores, já que a exclusão da sucessão tornaria mais interessante a aquisição do estabelecimento e tenderia a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumentaria a garantia dos trabalhadores, em razão do valor pago ficar à disposição do juízo falimentar e ser utilizado para pagar posteriormente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco do estabelecimento possibilitaria a continuidade da atividade, preservando empregos. (Trecho extraído dos informativos do STF e STJ).

estabelecimento empresarial durante a recuperação da empresa protege a estrutura organizacional do estabelecimento empresarial, permitindo a conservação dos postos de trabalho e, conseqüentemente a manutenção da fonte de renda do trabalhador²⁹⁴. Além disso, o valor alcançado pelo trespasse do estabelecimento empresarial será superior a somatória da venda dos bens singularmente considerados, aumentando, assim, a satisfação de todos os débitos do devedor.

Além do acima exposto, vale lembrar que o dispositivo legal prevê, expressamente, que, para que não haja a sucessão das obrigações, mister que o trespasse esteja previsto no plano de recuperação aprovado.

A regra vedando a sucessão dos débitos em processo concursal comporta algumas exceções, as quais estão expressamente previstas no §1º do art. 141 da Lei 11.101/2005²⁹⁵.

Analisada a sucessão dos débitos para o trespasse do estabelecimento, passa-se à análise para o caso de arrendamento do estabelecimento.

A sucessão prevista pelo artigo 1.146, conforme afirmado anteriormente, aplica-se tanto no caso de trespasse como no caso do arrendamento do estabelecimento, com a diferença de que, no caso do arrendamento, o arrendatário poderia descontar da contraprestação mensal paga para o arrendador os valores pagos em virtude dos débitos transferidos.

Contudo, a regra vedando a sucessão dos débitos no processo de recuperação não pode ser aplicada com rigor no caso de arrendamento.

Isso porque, ao contrário do trespasse, não haverá a venda do ativo, ou seja, não haverá valor para satisfação dos débitos. O que garantirá a satisfação dos débitos é, além da contraprestação devida pelo arrendatário ao arrendador, o lucro aferido pela empresa em virtude do exercício da atividade empresária.

Ora, se o arrendatário não for responsável pelos débitos, a empresa jamais honrará com suas obrigações, ou levará um tempo inestimável para fazê-lo.

²⁹⁴ IACOMINI, Marcello Pietro. *Op. cit.*, p. 116.

²⁹⁵ Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

[...]

§ 1º 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, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

E a demora considerável para honrar os créditos desestimularia os credores a aceitar o plano de recuperação que envolvesse o arrendamento do estabelecimento empresarial, levando, assim, à falência da empresa, o que contraria tanto o princípio da preservação da empresa como o da proteção aos credores.

Assim, para que o arrendamento do estabelecimento empresarial seja possível para empresas em recuperação, mister que o arrendatário seja responsável pelos débitos anteriores existentes. Contudo, o pagamento de tais débitos (valor, ordem de preferência, etc) devem estar pormenorizados no plano de recuperação a ser apresentado para a assembleia de credores.

Aos débitos não contemplados no plano de recuperação, aplica-se o disposto no art.60 da Lei 11.101/2005.

Dessa forma, não há que se falar em ausência de sucessão dos débitos no caso de arrendamento de estabelecimento para empresa em recuperação judicial.

Juntamente com o plano de pagamento dos credores, deve-se estimar, ainda, a remuneração a ser paga ao devedor ou arrendador. Tal remuneração pode ser acrescida à medida que o arrendatário pague os credores, ou seja, parte ou mesmo todo o valor da contraprestação mensal devida pelo arrendatário ao arrendador pode ser utilizada para satisfação dos débitos já existentes.

7 CONCLUSÃO

O estabelecimento empresarial, que é o complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da atividade empresária, foi conceituado pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio através do Código Civil de 2002. Este mesmo diploma legal prevê que o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos translativos e constitutivos compatíveis com a sua natureza. Dentre esses negócios, o presente estudo visou a análise do arrendamento do estabelecimento empresarial.

O arrendamento do estabelecimento empresarial é o negócio jurídico que tem como objeto a cessão de uso e gozo do estabelecimento empresarial a outrem, o qual, apesar de não ser disciplinado pelo ordenamento jurídico pátrio, possui grande relevância para o exercício da atividade empresária.

Isso porque, tal negócio jurídico constitutivo, conserva a titularidade do estabelecimento (titularidade primária), transferindo apenas e temporariamente a exploração do estabelecimento, ou seja, seu uso e gozo para o exercício da atividade empresária.

Assim, ao celebrar um arrendamento do estabelecimento empresarial, o arrendador, além de não perder a titularidade primária do seu conjunto de bens organizado para o exercício da empresa e não correr o risco inerente a prática de atividades econômicas, continua aferindo remuneração mensal, através do aluguel que deve ser pago periodicamente pelo arrendatário.

O arrendatário, em contrapartida, envida menores esforços para o início do exercício da atividade empresária, tendo em vista que já arrenda todo o conjunto de bens necessários para o exercício da atividade empresarial, dotado, inclusive, de organização, elemento essencial para tanto.

O objeto do arrendamento do estabelecimento o complexo de bens organizado, necessário para o exercício da empresa. Assim, além dos bens, deve ser objeto do negócio jurídico a organização necessária para atividade empresarial, posto que o objetivo do arrendatário é continuar o exercício da empresa.

Caso o objeto não seja o complexo de bens, mas bens singularmente considerados não há celebração de arrendamento, mas verdadeiramente de locação.

E tais institutos são distintos, principalmente, no que se refere às questões obrigacionais. Quando da celebração de um arrendamento do estabelecimento, e não apenas de locação de um ou mais bens singularmente considerados, os contratos, débitos e créditos da azienda devem ser transferidos para o novo titular.

No que tange aos débitos, são transferidos ao arrendatário os débitos anteriores, desde que regularmente contabilizados, permanecendo o arrendante solidariamente responsável pelo prazo de um ano a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quantos aos outros, da data do vencimento.

Contudo, em virtude de ser o arrendamento um negócio jurídico com prazo determinado, no qual não é o arrendatário titular primário do estabelecimento, mister que possa o arrendatário descontar da contraprestação mensal paga pelo arrendante os valores pagos em virtude dos débitos transferidos. Para ser possível, tal estipulação deve ser expressa no contrato de arrendamento a ser firmado entre as partes.

Haverá a sub-rogação do arrendatário nos contratos em caso de arrendamento do estabelecimento empresarial se (i) não houver no contrato de arrendamento firmado estipulação em contrário; (ii) tratarem-se de contratos exploracionais e (iii) os contratos sejam impessoais.

No que concerne à transmissão dos créditos em caso de arrendamento do estabelecimento empresarial, tal se dá nos mesmos moldes da transferência dos débitos.

Outra distinção entre locação e arrendamento é a impossibilidade de ação renovatória. Isso porque, se o estabelecimento é um complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da atividade empresária, considerar a possibilidade de renovação da locação apenas para o bem imóvel significar esfacelar a universalidade, a qual não estaria mais apta ao exercício da empresa o que viola frontalmente uma das principais obrigações do arrendatário, qual seja, devolver o estabelecimento ao arrendador no mesmo estado em que o encontrou.

No que tange ao contrato de arrendamento do estabelecimento, o mesmo é atípico, misto, bilateral, consensual, oneroso, comutativo, de execução continuada e não solene.

Por fim, o estabelecimento empresarial é arrolado pelo art. 50 da Lei 11.101/2005, como uma das formas de recuperação judicial da empresa. Se utilizado corretamente, tal negócio jurídico pode se apresentar como uma forma

eficaz para a consecução dos objetivos da recuperação, pois o arrendamento leva a (i) continuidade do exercício da empresa e consequente preservação da atividade empresarial, dos empregos dos trabalhadores e da fonte de arrecadação de impostos; (ii) transferência da gestão da empresa para empresário com melhor condição de gestão; (iii) certeza de aferimento de renda mensal (contraprestação) para divisão entre os credores e (iv) manutenção do patrimônio da empresa, tendo em vista que cessão é apenas da titularidade secundária, e não da primária.

No que concerne às obrigações, afirma o artigo 60 da Lei 11.101/05 que, no caso de alienação do estabelecimento como forma de recuperação, a azienda estaria livre de quaisquer ônus, ou seja, não responde o adquirente pelos débitos do trespasante.

Contudo, a regra vedando a sucessão dos débitos no processo de recuperação não pode ser aplicada com rigor no caso de arrendamento.

Isso porque, ao contrário do trespasse, não haverá a venda do ativo, ou seja, não haverá valor para satisfação dos débitos. O que garantirá a satisfação dos débitos é, além da contraprestação devida pelo arrendatário ao arrendador, o lucro aferido pela empresa em virtude do exercício da atividade empresarial.

Ora, se o arrendatário não for responsável pelos débitos, a empresa jamais honrará com suas obrigações, ou levará um tempo inestimável para fazê-lo.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, João Pestanha de. *Nova lei das locações comentadas*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 1992.
- ALMEIDA, José Augusto Mendes de; CANHA, Amândio. *Negociação e reivindicação do estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina, 1993.
- ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale, introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1962.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista di Diritto Commerciale* V, XLI, Milano, Vallardi, 1943.
- ÁZEMA, Gérard. *La gérance du fonds de commerce*. Paris: Delmas, 1993.
- AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Avviamento. Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. IV, 1959.
- AUTUORI, Luiz. *Fundo de comércio – Locação Comercial*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- BARBI, Humberto Agrícola. *Das locações residenciais e comerciais: doutrina, prática e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BARBOSA, Mário Figueiredo. *Valor da clientela no fundo de comércio*. Belo Horizonte: RCJ Edições Jurídicas, 1999.
- BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. In *Obras Completas*, Prefácio de Francisco Moraes, vol. XL. Rio de Janeiro: [s.n.], 1948.
- BARBOSA DE MAGALHÃES, José Maria Vilhena. *Do estabelecimento comercial – Estudo de direito privado*. Lisboa: Ática, [s.d].
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: Arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BERNARDES, Ricardo. Comentários a artigos da Lei 11.101/2005, in Souza Junior, Francisco Satiro de Pitombo, Antonio Sergio A. de Moraes (coord.), *Comentários à lei de recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005*. São Paulo: RT, 2007.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Teoria Geral. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2003.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002 - Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 9 nov. 2013.

_____. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005 - Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 9 nov. 2013.

_____. *Lei nº 8.245*, de 18 de outubro de 1991 - Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 9 nov. 2013.

_____. *Lei nº 9.279*, de 14 de maio de 1996 - Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 9 nov. 2013.

_____. *Lei nº 9.609*, de 19 de fevereiro de 1998 - Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em: 9 nov. 2013.

_____. Ministério da Fazenda. *Banco Central do Brasil*. Brasília/DF, maio 2008. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/leasing.asp>. Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 52/094/SP. Relator: Min. Nilson Naves. *RSTJ*, n. 147, p. 223, nov. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 685884 / MG. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. *DJ 18/06/2007 p. 257*

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 81579 / SP. Relator: Min. Barros Monteiro. *DJ 19/11/2001 p. 276*

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Conflito de Competência n. 118183 / MG. Relator: Min. Nancy Andrighi. *DJe 17/11/2011*

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito Comercial*, 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Estabelecimento Comercial* (verbete), in Enciclopédia Saraiva de Direito, v.33. São Paulo: Atlas, 1979, pp. 374-387.

_____. *Sociedades Comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas; empresas e estabelecimento comercial: estudo das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresa e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, abordagem às sociedades civis e cooperativas*. 10.ed., São Paulo: Atlas, 2001.

BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações decorrentes de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.

CARDOSO, Fernando. *Reflexões sobre o estabelecimento comercial ou industrial e respectivo contrato de aluguer*. Lisboa: Portugualmundo, 1991.

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

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 1, Campinas, Bookseller, 2000, pp.23-598.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Do Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 12.

_____. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.

CASANOVA, Mario. *Impresa e azienda*. Turim: Torinenese, [s.d].

CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Manual de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CHINAGLIA, Olavo Zago. *Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COHEN, Albert. *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*. 2. ed. Paris: Sirey, 1948.

COLOMBO, Giovanni E. *L'azienda e il divieto di concorrenza dell' alienante*, in Giovanni E. Colombo Et Al., *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa in Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direito empresarial – Estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Função social da propriedade dos bens de produção*. In RDM 63/71 ss., 1983.

_____. *Sucessões Empresarias*, in Revista dos Tribunais, v. 747, pp. 793-799.

COPELAND, Tom; KOLLER, Tim; MURRIN, Jack. *Avaliação de empresas (valuation): calculando e gerenciando o valor das empresas*. 3 ed. São Paulo: Pearsan Education do Brasil, 2002.

CUNHA, Amândio; ALMEIDA, José Augusto Mendes de. *Negociação e reivindicação do estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA, Carolina; COSTA, Ricardo. *A simplificação formal do trespasse de estabelecimento comercial e o novo regime de arrendamento urbano*. Coimbra: Almedina, pp. 17-74.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de Imóveis Comentada*. 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Konfino, 1973.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *O reestabelecimento do alienante após a transferência do estabelecimento*, in Revista dos Tribunais, v. 756, pp. 133-141.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2.ed., São Paulo: Atlas, 2005.

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

FERRARA, Francesco. *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950.

FERREIRA, Waldermar. *Instituições de direito comercial: o estatuto do estabelecimento comercial*. 5. ed. São Paulo: Max Limonand, 1965. v. 2.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: UTET, 1993.

_____. *Manuale di Diritto Commerciale*. 3. ed. Torino: Unione Tipografico- Editrice Toriense, 1972.

FRANÇA, Arruda Pedro. *Contratos atípicos. Legislação, doutrina e jurisprudência*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREITAS, Paulo de. *Fundo de comércio e estabelecimento comercial*. RT, v.315, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 465-470, 1962.

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. *Alienação da empresa na falência e sucessão tributária*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 132, pp. 87-95

GOMES, Fábio Bellote. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Manole, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOSSON JORGE JR., Alberto. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUIMARÃES, Maria Celeste. *Recuperação judicial de empresas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

IACOMINI, Marcello Pietro. *Estabelecimento empresarial: negócios jurídicos pertinentes*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo.

LEITE, Geraldo Magela. *A freguesia: aspectos jurídicos*. 1975. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo Código Civil*. 2.ed. São Paulo: Método, 2004.

LUCCA, Newton de. Introdução aos Comentários ao Código Civil Brasileiro - Do Direito de Empresa - arts. 996 a 1087. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. (Org.). *Comentários ao Código Civil brasileiro – do direito de empresa - arts. 996 a 1087*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. IX.

LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alexandra de Azevedo. Análise Crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial. In: FINKELSTEIN, Mária Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coord.). *Direito Societário*. São Paulo: Série GV Law, 2009.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Problemas do direito mercantil*. São Paulo: Max Limond, 1970.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Do estabelecimento comercial*. 2. ed. Lisboa: Ártica, 1964.

MARIANO, Álvaro Augusto Camilo. *Estabelecimento empresarial: aspectos negociais e dever de não-concorrência*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Contratos: Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIGUEL, Paula Castello. O Estabelecimento Comercial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 118, 2000.

MONTEIRO, Franklin Delano do Rego. *Locação em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAES, Maria Antonieta Lynch. Notas sobre o tratamento do estabelecimento comercial no novo Código Civil. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 31, pp. 54-58, 2002.

MORAIS, Fernando de Gravato. *Novo regime do arrendamento comercial*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria dos contratos – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PACHECO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Locação empresarial, estabelecimento fechado e renovação compulsória*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422135409.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2013.

PEIXOTO, Euler da Cunha. Fundo de Comércio. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina (Org.). *Atualidades jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3

PERRUCCI, Felipe Falcone. Existe um estabelecimento empresarial virtual? *Revista da Faculdade de Direito da Milton Campos*, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *O estabelecimento*. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord.), *Direito de empresa no novo código civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Recuperação judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, 2006.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de Contrato*. São Paulo: Saraiva, 1995.

- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. V. XV, § 1799, 1956.
- POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. Barueri: Manole, 2006.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada do Estado. *RT*, v. 647.
- RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Campinas: Red Livros, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1
- ROTANDI, Mario. *Diritto Industriale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1965.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *CLT Anotada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *Estabelecimento: uma universalidade de fato ou de direito?* In *Revista do Advogado*, 71/73 e SS., 2003.
- SANTOS JÚNIOR, E.. *Sobre o Trespasse e a Cessão de Exploração do Estabelecimento Comercial*. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (Org.). *As operações Comerciais*, Coimbra: Almedina, 1988.
- SARDINHA, Juliana Amaral. *O trespasse do estabelecimento empresarial da sociedade em recuperação judicial*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Programa de Pós-Graduação em Direito, Nova Lima.
- SCHMIDT, Paulo; SANTOS, José Luiz. *Avaliação de ativos intangíveis*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SZWANIAWSKI, Elimar. *Indagações sobre o usufruto judicial do estabelecimento comercial*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora*, n. 14, p. 133-175, 1986.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Contratos: jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide, 1998. v. I.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Lei de falências – Alienação do Estabelecimento da Concordatária*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. CXXVIII, pp. 275 – 286.
- TOURINHO, José Basto. *Fundo de comércio – Origem – Evolução – Atualidade*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1954.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1945.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral do contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Bonfim. Estabelecimento (sucessão das obrigações). *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 33.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. V. 2, 5.ed., Milano: Vallardi, n. 517, 1929.

WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. XIV, coord, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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