

EXEGESE DO REGIME JURÍDICO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

INTEPRETATION OF THE LEGAL FRAMEWORK OF THE COMMERCIAL ENTITY

SÉRGIO MENDES BOTREL COUTINHO

Doutor em Direito Privado pela PUC-MG

Mestre em Direito de Empresa pela Faculdade Milton Campos

Professor dos cursos de Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade FUMEC

Advogado e Consultor empresarial

RESUMO

O Código Civil estabelece o regime jurídico do estabelecimento empresarial nos arts. 1.142 a 1.149. Decorridos pouco mais de dez anos desde o início de vigência deste conjunto de normas inúmeras questões jurídicas envolvendo o estabelecimento ainda carecem de uma adequada e harmônica solução. O alcance das normas postas pelos arts. 1.142 a 1.149 do Código Civil, e as lacunas deste regime jurídico, ainda geram desconforto àqueles que aconselham os empresários, gerando insegurança no meio jurídico-empresarial. Diante desta realidade, investigações técnico-jurídicas acerca da natureza, composição, e função do estabelecimento contribuem sobremaneira para a adequada interpretação e aplicação das normas que regem este instituto jurídico. É nesse contexto que o presente ensaio pretende conferir subsídios para uma adequada exegese do regime jurídico do estabelecimento, bem como abordar algumas questões polêmicas acerca deste instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Exegese; Regime Jurídico; Estabelecimento Empresarial.

ABSTRACT

The Civil Code sets forth the legal framework of the commercial entity in articles 1.142 to 1.149. After more than ten years since this legal framework became valid innumerable legal questions involving the commercial entity still need adequate and harmonic solutions. The legal reach of articles 1.142 to 1.149 of the Civil Code, as well as the legal gaps regarding this legal institute, still causes discomfort to legal advisors in this field, entailing legal uncertainty. Before this reality, legal investigations regarding the nature, the composition, and functions of the commercial entity add enormously to the adequate interpretation and application of the legal framework applicable to the commercial entity. In this context the present essay intends to add to the interpretation of the legal framework herein analysed and construe some polemic questions referring to the commercial entity.

KEY-WORDS: Interpretation; Legal Framework; Commercial Entity.

SUMÁRIO: 1. Conceito; 2. Natureza Jurídica; 2.1. Estabelecimento e patrimônio; 3. Estrutura e composição; 3.1. Bens Tangíveis; 3.2. Bens Intangíveis; 4. O estabelecimento como objeto unitário de negócios jurídicos; 4.1. Alienação do estabelecimento: Contrato de Trespasse; 4.1.1. Eficácia do contrato de trespasse; 4.1.2. Compreensão da pretensão concernente à ineficácia; 4.1.3. Sucessão empresarial; 4.1.3.1. Sucessão tributária; 4.1.3.2. Sucessão trabalhista; 4.1.3.3. Sucessão do adquirente no passivo contabilizado; 4.1.4. Proibição de competição (cláusula de não-concorrência); 4.2. Arrendamento do estabelecimento; 4.3. Usufruto do estabelecimento; 4.4. Elemento preponderante para a configuração de negócio jurídico que envolve o estabelecimento empresarial; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1. Conceito.

O complexo de bens corpóreos e incorpóreos organizado pelo empresário ou pela sociedade empresária para o desenvolvimento da empresa denomina-se *estabelecimento empresarial* ou simplesmente *estabelecimento*.

A rigor, em que pese a nomenclatura utilizada pelo legislador pátrio para referir-se ao instituto em voga, é comum a utilização das expressões “fundo de comércio” ou “azienda” para a sua identificação. Estas expressões, no entanto, consistem na tradução dos institutos correspondentes ao *estabelecimento empresarial* na França (*fonds de commerce*) e na Itália (*azienda*), os quais, apesar de terem servido de alicerce para o *estabelecimento* brasileiro com ele não se confundem, dadas as nuances do direito positivo pátrio.

É de se destacar que como toda a atividade econômica tem suas particularidades e necessidades a composição do *estabelecimento* variará consideravelmente. Não há qualquer tipo de enumeração legal quanto aos elementos que devem compor o *estabelecimento*, sendo certo que o fator preponderante para a existência do estabelecimento é a organização de bens (corpóreos ou incorpóreos) de maneira a possibilitar e otimizar a atividade exercida pelo empresário. Afinal, o estabelecimento é a “projeção patrimonial da empresa”¹.

No direito brasileiro o estabelecimento só veio receber um tratamento sistematizado em 2002, com a edição do Código Civil (Lei n. 10.406/02), o qual instituiu regras sobre o

¹ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 30.

estabelecimento nos artigos 1.142 a 1.149, as quais, por sua vez, refletem, em boa parte, aquilo que já vinha sendo exposto pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.

Neste contexto, importa elucidar a natureza do estabelecimento, sua composição, seu funcionamento e os negócios jurídicos que o têm como objeto.

2. Natureza jurídica.

Como já observara Oscar Barreto Filho o interesse prático na qualificação jurídica do estabelecimento reside na circunstância de que os problemas relativos aos negócios jurídicos que têm como objeto o estabelecimento dependem, quanto à forma de realização e quanto aos efeitos, da natureza de que o mesmo se revista perante a lei².

Com efeito, inúmeras teorias objetivaram esclarecer a natureza jurídica do estabelecimento³. Dentre elas, todavia, destaca-se o “embate” existente entre os chamados *atomistas* e os *universalistas*, e dentre estes últimos teóricos, os que advogam a tese de ser o estabelecimento um *universitas juris* (universalidade de direito) e aqueles que o concebem como um *universitas facti* (universalidade de fato).

Os *atomistas* não admitem a concepção do conjunto de bens organizados pelo empresário de modo unitário, como algo distinto dos bens individualmente considerados, enxergando no estabelecimento “a simples coexistência de direitos múltiplos, sem nenhuma unidade no seu confinamento jurídico”⁴.

Respeitadas as variações das diversas teorias universalistas, pode-se afirmar que os *universalistas* descrevem o estabelecimento como um bem único, o qual obedece a um regime jurídico próprio, distinto daqueles aplicáveis aos bens que o compõem, sendo que dentre estas teorias existem aquelas que vislumbram o estabelecimento como uma “universalidade de fato” e outras que o vêem como uma “universalidade de direito”.

O ordenamento jurídico define a “universalidade de fato” como a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária (CC, art. 90), podendo os bens que formam esta universalidade ser objeto de relações jurídicas próprias (CC, art. 90, p.ú.).

Já a “universalidade de direito” é constituída pelo complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico (CC, art. 91).

² BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial* (...), p. 78.

³ Um estudo pormenorizado destas teorias pode ser encontrado na obra de Oscar Barreto Filho (*Teoria do estabelecimento*. São Paulo: Saraiva).

⁴ FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1944, p. 21.

De fato, a conjugação do art. 1.142 com o art. 90, ambos do Código Civil, permitem afirmar, com segurança, que no ordenamento pátrio o estabelecimento é concebido como uma “universalidade de fato”, o que possibilita asseverar, outrossim, que o estabelecimento é objeto de direitos, cujo titular é o empresário ou a sociedade empresária (sujeitos de direito, titulares de personalidade jurídica), os quais, por outro lado, desenvolvem a empresa (atividade econômica organizada). Esta afirmação se confirma com a regra do art. 1.143, a qual prescreve que o estabelecimento pode ser objeto *unitário* de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos.

Sobre ser considerado uma universalidade de fato, o estabelecimento é descrito, ademais, como um bem móvel incorpóreo, consoante a observação de Rubens Requião, *verbis*:

Somos da opinião que o estabelecimento comercial pertence à categoria dos bens móveis, transcendendo às unidades de coisas que o compõem e são mantidas unidas pela destinação que lhes dá o empresário, formando de decorrência dessa unidade um patrimônio comercial, que deve ser classificado como incorpóreo. O estabelecimento comercial constitui, em nosso sentir, um bem incorpóreo, formado por um complexo de bens que não se fundem, mas que mantém unitariamente sua individualidade própria⁵.

A compreensão do estabelecimento como um bem móvel incorpóreo corresponde àquela desenvolvida na França, segundo a qual as propriedades incorpóreas que não se encontram previstas na classificação de bens do Código Civil francês são consideradas pela jurisprudência daquele país como bens móveis⁶.

No direito brasileiro parece correto compreender o estabelecimento como um bem móvel, em razão da norma do art. 978 do Código Civil, segundo a qual “o empresário casado pode, sem a 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”.

Deveras, o texto legal não é de boa técnica, na medida em que confunde empresa com estabelecimento. O que se deve compreender da norma em exame é que uma vez fixada a relação funcional do imóvel à atividade econômica desenvolvida pelo empresário este passa a compor o estabelecimento, o qual parece, de fato, ser concebido como bem móvel, dada a mencionada disposição legal que se refere à desnecessidade de outorga uxória para alienação do imóvel que vem a integrar o estabelecimento.

Impende concluir, neste sentido, que o estabelecimento recebe um tratamento legal diferente daquele conferido aos bens que o integram, o que confirma a tese de ser o

⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1 volume. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 284.

⁶ RIPERT, Georges et ROBLOT, René. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. Vol. I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963, p.260.

estabelecimento uma *universitas*. E mais: uma universalidade que só se pode enquadrar na categoria dos bens móveis, porquanto em caso contrário necessária seria a formalização da transferência do estabelecimento em escritura pública (o que a lei não exige), a teor do disposto no art. 108 do Código Civil, bem como seria indispensável a outorga uxória para a venda do estabelecimento empresarial (*ex vi* do art. 1.647 do Código Civil), o que não ocorre nem mesmo em relação aos bens imóveis que venham integrar o estabelecimento (CC, art. 978).

2.1. Estabelecimento e patrimônio.

Uma análise desatenta do instituto jurídico em estudo poderia levar à conclusão errônea de que o estabelecimento se confunde com o patrimônio do empresário ou da sociedade empresária. Deveras, o estabelecimento de titularidade do empresário faz parte do seu patrimônio, o qual, no entanto, pode não se resumir àquele. Isto porque o empresário pode ser titular de bens ou direitos que não são utilizados no desenvolvimento da atividade por ele organizada. E para que um bem seja considerado como elemento do estabelecimento é necessária a sua inserção na organização empresarial.

Já o patrimônio, como prescreve a doutrina⁷, é um complexo de relações jurídicas, apreciáveis em dinheiro, constituindo uma “universalidade de direito”, enquanto que o estabelecimento, como se viu, é uma universalidade de fato.

Com efeito, o que se afigura necessário é constatar que existem bens de propriedade do empresário que não têm relação funcional com a empresa (a exemplo do que ocorre com o bem de família), o que afasta a possibilidade de serem inseridos como elementos do estabelecimento, muito embora integrem o patrimônio daquele que desenvolve a atividade econômica organizada.

É o que ocorre, por exemplo, com as participações societárias do empresário (quotas ou ações), na medida em que estes bens não servem de instrumento à realização da empresa. Esta constatação possibilita afirmar, por conseguinte, que as chamadas “holdings puras” (sociedades cujo objeto social consiste unicamente em participar de outras sociedades) não são titulares de estabelecimento empresarial. Aliás, esta afirmação se confirma quando se constata que as referidas sociedades deverão ser classificadas como “sociedades simples” (salvo quando adotada a forma societária de sociedades anônimas, hipótese em que a natureza empresária decorre de previsão legal expressa) porquanto seus objetos sociais não

⁷ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1014.

contemplam a colocação de bens ou serviços no mercado ou para o mercado (seja mediante produção ou circulação), o que constitui elemento essencial para que uma sociedade possa ser classificada como empresária.

Destaque-se, no entanto, que não apenas os bens que integram o estabelecimento respondem pelas obrigações decorrentes do exercício da empresa, mas todos aqueles que compõem o patrimônio do empresário, excetuados os bens excluídos por lei, como ocorre com o bem de família, por determinação expressa da Lei n. 8.009/90.

É possível, outrossim, que os bens que compõem o estabelecimento não venham a servir de garantia para as obrigações contraídas no desenvolvimento da atividade que o tem como instrumento. É o que ocorre quando a empresa é desenvolvida em estabelecimento de titularidade de outrem⁸, a exemplo do que se passa quando um empresário arrenda o estabelecimento, ao invés de adquiri-lo ou formá-lo com recursos próprios.

Impende advertir que a discussão sobre a natureza poderia, à primeira vista, parecer eminentemente acadêmica, o que consiste em um engano. Isto porque os negócios jurídicos que têm o estabelecimento como objeto, e aqueles (negócios jurídicos) que recaem sobre os bens que o compõem recebem um tratamento diferenciado do ordenamento pátrio, conforme se verá à frente.

3. Estrutura e composição.

A afirmação de que um bem compõe o estabelecimento está subordinada à averiguação de sua relação funcional com o exercício da empresa. Uma vez inserido na organização empresarial o bem passa a compor o estabelecimento. Como a lei não impõe limitações, é correto afirmar que tanto os bens tangíveis como os intangíveis podem se inserir como elementos do estabelecimento.

3.1. Bens Tangíveis.

Dentre os tangíveis estão inclusos os veículos utilizados no desenvolvimento da atividade, as mercadorias, as máquinas, os móveis e instalações do empresário, o dinheiro

⁸ Aquele que arrenda o estabelecimento para o empresário pode ou não ser empresário. Como lembra Oscar Barreto Filho, “empresário comercial, ou comerciante, é quem exerce profissionalmente a atividade econômica utilizando como instrumento da exploração o estabelecimento, não quem apenas detém a titularidade do complexo de bens”. In: *Teoria do estabelecimento (...)*, ob. Cit., p. 140.

etc., existindo debate doutrinário acerca da inserção dos bens imóveis como elementos integrantes do estabelecimento⁹.

Os argumentos utilizados pela doutrina francesa¹⁰ coincidem, em boa medida, com aqueles utilizados pela doutrina brasileira¹¹ que pretende afastar a inserção dos bens imóveis como elementos integrantes do estabelecimento. Segundo esta vertente doutrinária o imóvel não poderia ser considerado como elemento do estabelecimento porque o sistema dos direitos imobiliários possui particularidades estranhas à regência dos estabelecimentos empresariais, em especial no que se refere à transferência da propriedade, a qual pressupõe o registro no órgão próprio.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa entende que a exclusão do imóvel como elemento integrante do estabelecimento se faz necessária

na medida em que a tutela do estabelecimento não abrange a tutela do imóvel no qual se localiza, mesmo que ele pertença ao empresário e não seja alugado. Neste caso, por exemplo, a venda do estabelecimento não pode ser objeto de um único instrumento contratual, devendo a transferência do imóvel ser feita por meio de contrato de compra e venda específico, reconhecendo-se a mudança do titular da propriedade imobiliária tão somente quando obedecidas as solenidades legais (escritura pública e registro em Cartório de Imóveis)¹².

Com a devida vênia, o simples fato de ser necessária a formalização da venda do imóvel em instrumento separado, observadas as formalidades legais não parece ser fundamento suficiente para excluir os bens imóveis do estabelecimento. Se assim fosse, as marcas, elementos que indubitavelmente integram o estabelecimento deveriam também estar fora desta *universitas*, dadas as formalidades necessárias à cessão do registro de marca (Lei n. 9.279/96, arts. 134 a 138).

Ora, se o estabelecimento é a parcela do patrimônio do empresário destinada à exploração da empresa, é inegável que diante da inexistência de vedação legal não há razão para excluir os bens imóveis como elementos integrantes do estabelecimento, em especial em face da regra do art. 978 do Código Civil, comentada acima. O bem imóvel de propriedade do empresário que é utilizado no desenvolvimento da empresa recebe tratamento diferenciado

⁹ Consoante lembrança de Sérgio Campinho (In: *O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 342) o debate em questão é profundamente inspirado na máxima de que os bens imóveis estariam fora do âmbito do Direito Comercial, ficando a cargo do Direito Civil a sua regência. Sobre o debate acerca da inserção dos imóveis no âmbito do Direito Comercial conferir BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 117-119.

¹⁰ DIDIER, Paul. *Le Droit Commercial*. Paris: Dalloz, 2001, p. 12.

¹¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 245.

¹² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso (...)*, ob. Cit., p. 245.

(prescinde da outorga uxória para sua oneração ou alienação quando o alienante for casado) porque passa a integrar o estabelecimento¹³.

De fato, como lembra Oscar Barreto Filho,

a estrutura material do estabelecimento varia grandemente, em consonância com o ramo de atividade a que se dedica o empresário.

Nos estabelecimentos industriais predominam os imóveis: terrenos, edifícios e construções destinadas às fábricas, usinas e armazéns, com tudo neles intencionalmente empregado em sua exploração, como as máquinas e equipamentos; além disso, os móveis: matérias-primas e produtos manufaturados ou semimanufaturados.

Nas atividades intermediárias (comércio em sentido estrito), sobressaem no estabelecimento, além dos imóveis (lojas e depósitos), as coisas móveis destinadas à circulação – as mercadorias em geral – e também as instalações, mobiliário e utensílios¹⁴.

Importa revelar, ainda, que o empresário terá um estabelecimento principal, sendo lícito, no entanto, “desmembrá-lo” para que a atividade venha a ser desenvolvida em outras localidades, ou mesmo em razão da não conveniência (de ordem econômica, financeira, física, ou mesmo jurídica) de serem exploradas determinadas atividades na mesma localidade. Para que seja reconhecida a existência de um estabelecimento, decorrente de seu “desmembramento”, é preciso que os bens organizados pelo empresário em outra localidade tenha autonomia funcional e econômica.

Ocorrendo o desmembramento do estabelecimento a identificação daquele considerado como *principal* (também chamado de matriz) é de grande importância em tema de falência e recuperação de empresas, haja vista a regra do art. 3º da Lei n. 11.101/05 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas), a qual estabelece ser competente para homologar o plano de recuperação judicial ou decretar a falência o juiz do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do País.

É de se ver que em se tratando de sociedade empresária nem sempre o estabelecimento principal coincidirá com a sede social (fixada no Contrato Social ou no Estatuto, conforme o caso). Deve ser considerado estabelecimento principal aquele onde se centralizam as decisões da empresa, onde são contabilizadas suas contas e, via de consequência, onde deve ser encontrada a escrituração contábil do empresário ou da sociedade empresária¹⁵.

¹³ Admitindo o bem imóvel como elemento do estabelecimento encontram-se: BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 190; BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria (...)*, ob. Cit., p. 155; MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 474.

¹⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria (...)*, ob. Cit., p. 155.

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso (...)*, ob. Cit., p. 285.

Os desmembramentos do estabelecimento são identificados como *filiais*, *sucursais*, *agências*, ou *dependências*. Apesar de não haver delimitação legal do papel, estrutura ou funcionamento destas modalidades de estabelecimento, a doutrina esclarece que a *sucursal* corresponde, geralmente, a estabelecimento secundário, cujo gerente (preposto que exerce cargo de chefia junto aos demais prepostos e empregados do empresário) tem certa autonomia, mas está vinculado ao estabelecimento principal, na medida em que dele recebe instruções sobre os negócios que extrapolam o cotidiano da empresa. Já a *filial* seria estabelecimento de maior dependência junto à matriz, não havendo qualquer tipo de autonomia por parte do gerente. As *agências* ou *dependências*, por sua vez, seriam designações intimamente ligadas às instituições financeiras.

Independentemente da nomenclatura utilizada para designar os desmembramentos do estabelecimento, é de relevo asseverar o seu caráter instrumental à atividade do empresário, assim como ocorre com o estabelecimento principal. É o empresário quem faz uso do estabelecimento e é ele quem responde pelos atos praticados no desenvolvimento da empresa, sejam estes atos praticados no estabelecimento principal ou em seus desmembramentos.

Importante, ainda, lembrar que o empresário que instituir sucursal, filial ou agência em Estado da Federação distinto daquele onde se inscreveu originariamente, neste também deverá inscrevê-la, com a prova da inscrição originária (CC, art. 969).

3.2. Bens Intangíveis.

Os bens intangíveis são aqueles imateriais como os contratos, o ponto empresarial, os direitos de propriedade intelectual e industrial (em especial marcas e patentes), os nomes de domínio etc. Esta enumeração, como aquela realizada acima, certamente não é exaustiva, mas meramente exemplificativa.

Dentro deste sub-item merece ser abordada uma questão que gera certa polêmica: o nome empresarial é um elemento incorpóreo do estabelecimento? Poder-se-ia imaginar que em razão da economicidade (i.e. da existência de valor econômico no mercado) do nome empresarial este poderia se enquadrar como elemento incorpóreo do estabelecimento. Esta sugestão, no entanto, encontra o óbice do art. 1.164 do Código Civil, o qual proíbe a alienação do nome empresarial. A partir do momento em que se constata a proibição de alienação do nome empresarial a sua inserção como elemento do estabelecimento mostra-se sem respaldo técnico-jurídico, porquanto seria inconcebível admitir que um bem que está fora do comércio seja considerado como integrante de um estabelecimento empresarial. O nome empresarial

está intimamente atrelado àquele que exerce a empresa (empresário ou sociedade empresária), consistindo em um verdadeiro direito de personalidade, de maneira a aplicar-se, no que couber, as regras dos arts. 11-21 do Código Civil.

A discussão envolvendo a inserção do aviamento e da clientela como elementos do estabelecimento também gera certa dissidência.

A eficiência da organização empresarial tem como consequência a aquisição de um potencial lucrativo da atividade econômica exercida no estabelecimento. Esta capacidade de dar lucros ao empresário e de produzir economicamente é compreendida como *aviamento*¹⁶, consistindo este na razão de ser da proteção conferida ao estabelecimento como objeto unitário de direito¹⁷.

Em pese já ter-se sugerido a compreensão do aviamento como um elemento do estabelecimento¹⁸, parece mais adequado compreendê-lo como uma qualidade ou atributo deste¹⁹, como o nível de eficiência da organização empresarial. E como a eficiência empresarial está relacionada à otimização dos resultados perseguidos, é correto afirmar que quanto maior o potencial lucrativo, maior o aviamento.

É esta a compreensão de João Eunápio Borges, para quem

o aviamento é em síntese uma resultante dos elementos organizados que compõem o estabelecimento. Ao mesmo tempo, constitui o aviamento verdadeira medida de valor de um estabelecimento comercial. Se a finalidade econômica deste é produzir e dar lucros e se o aviamento é precisamente a capacidade de produzir e dar lucros, a eficiência do estabelecimento é decorrência de seu aviamento²⁰.

O valor do aviamento é obtido pela diferença entre o valor da soma dos elementos do estabelecimento individualmente considerados e aquele obtido mediante a venda dos mesmos bens só que alienados de forma unitária, de maneira a possibilitar o desenvolvimento de uma atividade econômica lucrativa. Em suma, o valor do aviamento corresponde ao *ágio* que se paga pelo conjunto de bens devidamente organizado pelo empresário.

¹⁶ Esta compreensão de aviamento é extraída daquela sugerida por Alfredo Rocco, segundo o qual o estabelecimento é “a capacidade do estabelecimento, pela sua composição e pelo impulso dado à sua organização, de produzir economicamente e dar lucros ao empresário”. ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 311. A expressão aviamento é tomada emprestada da expressão italiana *avviamento*, à qual corresponde a expressão francesa *achalandage*, e à expressão inglesa *goodwill of trade*.

¹⁷ FILHO, Oscar Barreto. *Teoria (...)*, ob. Cit., p. 169.

¹⁸ Como observa Oscar Barreto Filho, há grande divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do aviamento, resumindo-se as opiniões doutrinárias de acordo com a seguinte classificação: a) o aviamento é um elemento incorpóreo do estabelecimento, constituindo objeto autônomo de direitos; b) o aviamento é o estabelecimento; c) o aviamento é uma qualidade ou atributo do estabelecimento; d) o aviamento é a resultante dos fatores do estabelecimento e da pessoa do seu titular. In: *Teoria (...)*, ob. Cit., p. 170.

¹⁹ Conferir, neste sentido, a opinião de ROCCO, Alfredo. *Princípios (...)*, ob. Cit., p. 310.

²⁰ BORGES, João Eunápio. *Curso (...)*, ob. Cit., p. 197.

O potencial lucrativo do estabelecimento pode ter como causa, todavia, não só a competência do empresário na organização dos fatores de produção, mas também outros fatores, como a localização do estabelecimento. Em decorrência desta constatação o aviamento classifica-se em *objetivo* ou *subjetivo*. O aviamento objetivo decorre das condições de localização do estabelecimento, enquanto o aviamento subjetivo advém da atuação competente do empresário²¹.

De se notar que a distinção em destaque (aviamento objetivo e subjetivo) tem relevância prática relacionada à concorrência desleal e aos negócios jurídicos que têm como objeto o estabelecimento. Consoante advertência de Oscar Barreto Filho,

somente se pode considerar como inerente ao estabelecimento, independentemente do titular, o aviamento objetivo, que, sendo um qualidade ou atributo do objeto do direito, com ele se transmite ao novo titular. Ao contrário, o aviamento subjetivo, que é imanente à pessoa do comerciante, não se transmite diretamente ao novo titular. Isto não obsta a que, de modo indireto, se possa beneficiar o novo titular com aviamento pessoal do seu criador, através de estipulação da cláusula de não restabelecimento do alienante²².

Em ambas as modalidades de aviamento é inegável, todavia, a íntima relação existente entre este atributo do estabelecimento e a *clientela* (compreendida como o conjunto de pessoas a quem se destina a atividade empresária e que potencialmente podem vir a contratar com o empresário, ou que com ele efetivamente contratam²³). Afinal, é a existência da clientela do empresário que reflete a existência do aviamento, havendo nítida ligação entre os resultados econômicos da atividade e a atração (ou potencial atração) daqueles a quem se destina a empresa. Deveras, como prelecionava Tullio Ascarelli, entre aviamento e clientela há verdadeira relação de causa e efeito²⁴.

Outrossim, questão de grande relevo relaciona-se com a possibilidade de a clientela ser objeto direto de proteção. Seria possível compreender a clientela como objeto de direitos do empresário? Caso positiva a resposta a clientela poderia ser considerada como elemento do patrimônio do empresário e, via de consequência, ser vendida, arrendada, oferecida em garantia etc., o que, por si só, já demonstra a inviabilidade desta sugestão. Isto porque a liberdade de os clientes poderem contratar com quem e onde quiserem impossibilita a clientela de ser considerada como objeto direto de tutela jurídica, porquanto na hipótese de se

²¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso (...)*, ob. Cit., p. 252.

²² FILHO, Oscar Barreto. *Teoria (...)*, ob. Cit., p. 176.

²³ Esta concepção de clientela se aproxima daquela sugeridas por Gladston Mamede, para quem a clientela corresponde “a toda pessoa que compõe, constante ou eventualmente, potencial ou concretamente, o universo de destinatários da atividade empresarial”. MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 250.

²⁴ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 208.

considerá-la como objeto de propriedade qualquer ato de concorrência seria ilícito, consoante argumentação de Tullio Ascarelli, o que seria inadmissível face ao reconhecimento constitucional da livre concorrência. O que se pode admitir em tema de proteção da clientela é que o direito discipline os “meios tendentes a atraí-la e conservá-la”²⁵, o que é feito, em certa medida, por meio da proibição do abuso de direito²⁶ (CC, art. 187), e mediante a institucionalização de condutas que são objetivamente consideradas como ilegítimas (Lei n. 8.884/94, art. 21).

Neste contexto, mesmo aqueles que admitem a cessão da clientela consignam que referido negócio jurídico se reduz a uma obrigação de não fazer, assumida pelo alienante (não fazer concorrência ao adquirente, nos termos da implícita ou explícita “cláusula de não restabelecimento”), dando lugar a uma relação jurídica meramente pessoal entre vendedor e comprador²⁷.

4. O estabelecimento como objeto unitário de negócios jurídicos.

Considerando que o estabelecimento é objeto de direitos do empresário o seu envolvimento em negócios jurídicos é medida de inegável legitimidade, desde que observadas as prescrições legais aplicáveis à espécie. Dentre estes negócios jurídicos destacam-se a alienação (trespasse), o arrendamento, e o usufruto, os quais serão objeto de análise nos itens seguintes.

4.1. Alienação do estabelecimento: Contrato de Trespasse.

Quando o estabelecimento é de titularidade do empresário a sua transmissão onerosa a terceiros (venda) constitui medida algumas vezes necessária à prevenção de um estado de insolvência, em outras um ato de disposição sem justificativa, ou mesmo a oportunidade de um grande negócio, quando o promissário adquirente demonstra precisar do estabelecimento para viabilizar sua sobrevivência no mercado ou para ampliar seus negócios.

Na atualidade, em razão do fenômeno da concentração empresarial, a aquisição de estabelecimentos, a constituição de grupos econômicos, a fusão de sociedades, a compra de participações societárias (quotas ou ações de sociedades), dentre outros negócios jurídicos que

²⁵ ASCARELLI, Tullio. *Panorama (...)*, ob. Cit., p. 207.

²⁶ A legitimidade do exercício da atividade econômica está subordinada, como já visto anteriormente, à principiologia constitucional e a princípios instrumentais como a boa fé, a função social da propriedade e dos contratos. É inegável que o empresário que não observa estes preceitos normativos está abusando do direito à livre iniciativa e, conseqüentemente, cometendo ato ilícito.

²⁷ BORGES, João Eunápio. *Curso (...)*, ob. Cit., p. 199.

envolvem a atividade econômica realizam-se com frequência e dinamicidade antes desconhecidas. Esta dinamicidade, todavia, é ponderada com a necessidade jurídica e econômica de se observar algumas formalidades.

No contrato de venda do estabelecimento, chamado de *traspasse*, o aperfeiçoamento do negócio jurídico é, normalmente, precedido de uma diligência (*due diligence*), levada a efeito por auditores contratados pelo adquirente, com o objetivo de apurar a composição e valor do estabelecimento, o que se faz por meio da análise da contabilidade do empresário, seus contratos, seu *modus operandi* etc. Apesar de ser aconselhável, esta medida preventiva não encontra exigência legal.

O que encontra respaldo jurídico é a observância ao *princípio da boa fé objetiva* (CC, art. 422) em todas as fases de formação do vínculo contratual, de maneira que se impõe aos negociantes o dever de diligência e probidade. Na fase pré-contratual a boa fé objetiva prescreve o *dever de informação* ampla e exauriente (enquanto que na fase contratual o dever é de colaboração, e na fase pós-contratual o de assistência).

Aliás, a aplicação deste princípio neste momento da relação jurídica (fase pré-contratual) produz basicamente dois efeitos: a) a necessidade de o promissário adquirente, e todos aqueles a ele relacionados, manter sigilo das informações que obtiver no curso da *due diligence*, independentemente de termo de confidencialidade²⁸; b) a necessidade de o alienante contribuir para que a informação colhida pelo adquirente seja a mais fidedigna possível, informando, em especial, ocorrências e contingências não contabilizadas. A rigor, só se pode afirmar que a decisão de contratar é uma decisão livre e acertada quando precedida de informação a mais ampla possível.

Observadas as exigências noticiadas, e aquelas relacionadas à validade dos negócios jurídicos de uma maneira geral (CC, art. 104), a contratação passa a ter eficácia entre as partes após a manifestação do consenso, o qual poderá ocorrer por qualquer meio, porquanto não havendo exigência legal quanto à forma esta é livre. Mostra-se aconselhável, todavia, formalizar o contrato em instrumento público ou particular, a fim de conferir maior segurança às partes, em especial no que respeita à prova da contratação e os seus termos²⁹.

É relevante salientar, todavia, que a análise da validade de um contrato não se confunde com a o exame de sua eficácia. A distinção entre *eficácia* e *validade* é de

²⁸ O termo de confidencialidade é um documento em que os negociantes se comprometem a manter sigilo dos termos das negociações e das informações obtidas no curso da transação.

²⁹ No que se refere à prova do contrato de *traspasse*, há de se lembrar da disposição do art. 227 do Código Civil, segundo a qual a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

importância ímpar para que se possa estabelecer uma interpretação adequada das normas que regem os negócios jurídicos que têm como objeto o estabelecimento.

Sobre a distinção entre invalidade e ineficácia, as lições de Emilio Betti são esclarecedoras, *verbis*:

A invalidade é aquela falta de idoneidade para produzir, por forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo (§30), que provém da lógica correlação estabelecida entre requisitos e efeitos, no mecanismo da norma jurídica (Cap. intr., §1), e é, ao mesmo tempo, sanção do ônus imposto à autonomia privada de escolher meios idôneos para atingir os seus escopos de regulamentação dos interesses (§8º). Qualifica-se, pelo contrário, como simplesmente ineficaz, o negócio em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fatos a ele extrínseca³⁰.

4.1.1. Eficácia do contrato de trespasse.

A eficácia do contrato de trespasse perante terceiros está subordinada à observância de alguns requisitos. Note-se que o não cumprimento destes requisitos em nada prejudica a *validade* do negócio jurídico, de modo que os contratantes não poderão deixar de cumprir as obrigações assumidas sob o argumento de que não teriam sido respeitados requisitos legais relacionados à *eficácia*. Entre os contratantes devem ser examinados os requisitos de validade (agente capaz; objeto lícito, possível e determinável; forma prescrita ou não defesa em lei; inexistência de vícios de consentimento ou vícios sociais (simulação ou fraude contra credores)), enquanto que aos terceiros abre-se a oportunidade de discutirem, também, a *eficácia* do ato. É de bom alvitre esclarecer que os requisitos de eficácia do contrato de alienação do estabelecimento objetivam torná-lo oponível *erga omnes*.

Assim, um contrato que contenha os requisitos de validade, sem, contudo, observar as exigências referentes à eficácia poderá gerar efeitos plenos entre as partes (de maneira a ser exigível tudo aquilo que foi contratado), mas a sua existência e seus termos não poderão ser opostos àqueles que não participaram do negócio jurídico.

Relativamente ao contrato de trespasse, o Código Civil estabelece três exigências para que o negócio jurídico adquira oponibilidade *erga omnes*. A primeira delas refere-se à necessidade de o contrato ser averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis. Em suma, compete ao empresário arquivar o instrumento contratual na Junta Comercial do Estado onde tem inscrição. É notório o propósito desta exigência legal, qual seja conferir publicidade ao ato.

³⁰ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo III. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 3-4.

Com efeito, em razão da exigência em comento parece correto afirmar que a venda de estabelecimento de titularidade de empresário irregular, ou de sociedade em comum³¹, sempre serão ineficazes perante terceiros. Esta constatação gera verdadeira insegurança para o adquirente do estabelecimento, o qual poderá ser surpreendido com pretensões (de terceiros) que tenham como objeto o estabelecimento.

A segunda condição de eficácia elencada na lei é a necessidade de o ato de alienação ser publicado na imprensa oficial. Com efeito, em razão de a publicação ter que ser realizada na imprensa oficial, e não em jornal de grande circulação, conclusão inegável é a de que o objetivo da norma é conferir fidelidade (em razão da fé pública de que se reveste este tipo de publicação) quanto à data de realização e publicação do ato, e com isso fixar o termo inicial do prazo prescricional de pretensões que envolvam a situação relatada nos documentos arquivados e publicados³².

Por fim, quando não restarem bens suficientes para solver o passivo, compete ao empresário notificar seus credores para, no prazo de trinta dias, se manifestarem quanto à venda do estabelecimento. Como a lei não estabelece forma específica para a notificação, esta é livre, aconselhando-se, no entanto, que se faça a notificação pelo Cartório de Títulos e Documentos, a fim de conferir maior fidelidade ao ato. É de se registrar que o silêncio dos credores importa anuência tácita quanto ao trespasse, de maneira que observados os demais requisitos acima elencados, o negócio jurídico terá eficácia *erga omnes*.

A rigor, a comunicação da venda do estabelecimento aos credores extrapola a análise de eficácia do negócio jurídico. Isto porque não restando bens para garantirem as dívidas, e havendo a alienação do estabelecimento sem a prévia comunicação aos credores, presente está a *fattispecie* do art. 94, inc. III, alínea “c”, da Lei Falimentar (Lei n. 11.101/05). Como se infere do texto da norma referida, constitui ato falimentar a venda do estabelecimento sem a anuência dos credores (ainda que tácita), quando não restam bens para a satisfação das dívidas.

Com efeito, os referidos requisitos de eficácia da venda do estabelecimento são cumulativos, de maneira a inobservância a um deles poderia conduzir à conclusão de sua ineficácia. Em princípio esta premissa seria adequada, devendo ser levado em conta, no

³¹ A *sociedade em comum* é aquela cujo ato constitutivo não foi levado a registro. Tecnicamente, não se pode afirmar que a *sociedade em comum* seja titular do estabelecimento, porquanto em razão de não possuir personalidade jurídica carece-lhe a capacidade contratual. Neste tipo de sociedade os contratos são realizados em nome dos sócios, os quais detêm e exercem, em nome próprio, a titularidade dos direitos que têm como objeto o estabelecimento. Desta forma, o que se pretende afirmar é que a venda do estabelecimento onde são desenvolvidas as atividades de uma sociedade em comum será ineficaz perante terceiros.

³² Neste sentido são as lições de CARVALHOSA, Modesto. *Comentários (...)*, ob. Cit., p. 686 e 689.

entanto, o objetivo das imposições legais sob interpretação: conferir publicidade e fidelidade (quanto à data de realização) ao negócio jurídico.

Neste contexto, questiona-se: seria legítimo que um credor devidamente notificado quanto aos termos do trespasse viesse a se insurgir quanto à (in)eficácia da venda porque o instrumento contratual não foi arquivado na Junta Comercial, ou porque não houve sua publicação na imprensa?

A resposta parece ser negativa. Isto porque quando a formalidade prevista em lei não é da *essência* do ato, e os efeitos da exigência legal são atingidos por outro meio (como é o caso da notificação pessoal, em que se revela os termos da contratação), sem prejuízo ao terceiro irresignado, a tentativa de ver declarada a contaminação do negócio jurídico se mostra como verdadeiro abuso de direito.

De mais a mais, aplica-se à espécie a norma do art. 1.154 do CC, no sentido de que havendo prova de que o terceiro conhecia o ato sujeito a registro, este não poderá argüir a ineficácia do ato, ainda que não seja cumprida a formalidade registral.

4.1.2. Compreensão da pretensão concernente à ineficácia.

É preciso compreender que o ato ineficaz simplesmente não gera efeitos em relação a terceiros. Assim, verificada a ineficácia do trespasse por ausência de algum dos requisitos elencados na lei, o credor poderá continuar agindo contra o titular originário e sobre o seu patrimônio (inclusive os bens integrantes do estabelecimento objeto da alienação), como se venda não tivesse havido, motivo pelo qual não há necessidade de ajuizamento de ação judicial com o escopo único de declarar a ineficácia. Esta poderá ser declarada, incidentalmente, no curso de processo em que o credor endereça sua pretensão contra o empresário alienante.

4.1.3. Sucessão empresarial.

Antes da sistematização das regras sobre estabelecimento e os negócios jurídicos que o têm como objeto (ocorrida, como se viu, por meio da edição do Código Civil) era corrente o questionamento sobre a transferência do passivo (dívidas e obrigações) ao adquirente do estabelecimento. Questionava-se, em suma, se haveria “sucessão empresarial” (compreendida como a transferência das obrigações do empresário para aquele que assume a sua atividade).

4.1.3.1. Sucessão tributária.

Em se tratando de obrigação de natureza fiscal relacionada ao estabelecimento, o CTN (Código Tributário Nacional) já estabelecia (e continua estabelecendo) a regra da sucessão tributária quando da aquisição do estabelecimento. Segundo o art. 133 do CTN o adquirente do estabelecimento que continue desenvolvendo a empresa responde pelos tributos relativos ao estabelecimento até a data da formalização da venda, observados os seguintes parâmetros: a) responde integralmente, se o alienante cessar a exploração da atividade empresarial; b) responde subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar, dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo em ramo diferente³³.

4.1.3.2. Sucessão trabalhista.

No mesmo sentido, a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) já dispunha (e também continua dispondo), em seu art. 448, que a “mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”³⁴. Esta regra, de enorme generalidade, tem servido de base para interpretações que se afiguram verdadeiramente exageradas e ilegítimas, ocasionando verdadeira insegurança na aquisição de ativos do empresário. Segundo a doutrina do Direito do Trabalho, a referida generalidade da regra do art. 448 da CLT

permite concluir que o conceito de sucessão é amplo, abrangendo qualquer forma de alteração na propriedade da empresa, não se limitando a um determinado tipo de aquisição. Qualquer que venha a ser a forma de alienação de bens, como fusão, incorporação, absorção, desapropriação ou simples compra e venda de ativos, pode enquadrar-se no tipo descrito no art. 448 da CLT e autorizar a Justiça do Trabalho a concluir que está caracterizada a sucessão (...)³⁵.

A rigor, parece haver verdadeira confusão técnico-terminológica no entendimento de parte da doutrina trabalhista, que infelizmente constitui o entendimento da jurisprudência dominante da Justiça do Trabalho.

Na verdade, a confusão mencionada talvez tenha como causa a redação falha do art. 448 da CLT, e a utilização do termo *empresa* de maneira não muito clara pela legislação do

³³ O §1 do art. 133 do CTN estabelece exceção à regra da sucessão tributária quando da aquisição do estabelecimento em hasta pública decorrente de processo de falência ou quando da aquisição de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. Esta regra de exceção foi editada para harmonizar-se o disposto no art. 141, inc. II, da Lei n. 11.101/05 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas).

³⁴ O art. 10 da CLT prescreve norma semelhante à do art. 448, *verbis*: “Art. 10

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 498-499.

trabalho, que ora o emprega como sujeito de direito³⁶, ora como patrimônio. Consoante a clássica lição de Asquini³⁷ a empresa pode assumir basicamente quatro *perfis*, quais sejam o *subjetivo* (a empresa como empresário), o *funcional* (a empresa como atividade), o *patrimonial/objetivo* (a empresa como patrimônio “aziendal”) e o *corporativo* (a empresa como instituição).

O dispositivo legal em exame (art. 448 da CLT) utiliza o termo empresa em suas conotações *subjetiva* e *patrimonial/objetiva*. Assim, quando a lei menciona que a mudança na ‘propriedade da empresa’ não afetará os contratos de trabalho o perfil patrimonial/objetivo é aquele utilizado, porquanto é esta a única acepção da empresa em que ela é objeto de propriedade. E a empresa em seu perfil patrimonial/objetivo é o estabelecimento, o qual certamente não se confunde com os bens que o compõem. Como se viu alhures, o estabelecimento é uma universalidade de fato, um conjunto de bens organizado pelo empresário para a exploração da atividade econômica. Daí a razão pela qual só se poderá admitir a sucessão trabalhista do adquirente do estabelecimento, e não daquele que compra bens que o compõem. O critério que deve ser levado em consideração para afirmar se houve venda do estabelecimento, e não dos bens que o compõem, é aquele examinado no item 4.4 abaixo.

Já a mudança na ‘estrutura da empresa’ refere-se a operações societárias como a incorporação, a fusão ou venda do controle da “empresa”, aqui compreendida como sujeito de direito, na modalidade sociedade (chamada pela CLT de *empresa coletiva*). Nestas hipóteses é inegável a existência da sucessão trabalhista.

4.1.3.3. Sucessão do adquirente no passivo contabilizado.

De modo a colocar um fim ao questionamento sobre a aquisição do passivo na compra do estabelecimento o Código Civil estabelece que o adquirente responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados (CC, art. 1.146). Na omissão do contrato, o passivo não contabilizado continuará sendo de responsabilidade do alienante.

O mesmo dispositivo legal estabelece que o alienante (devedor primitivo) continua solidariamente responsável pelo passivo existente à época da venda pelo prazo de um ano. Em

³⁶ O art. 2 da CLT faz uso do termo empresa identificando-a como verdadeiro sujeito de direito, *verbis*: “Art. 2. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviço”.

³⁷ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*. n. 104, p. 109.

relação aos créditos vencidos este prazo tem início quando da publicação do ato (venda do estabelecimento) na imprensa oficial, enquanto que relativamente aos vincendos o *dies a quo* é a data do vencimento.

Independentemente da natureza da obrigação transferida por lei ao adquirente do estabelecimento, nada impede que entre os contratantes se estabeleça a distribuição dos débitos. É que muitas vezes a existência de um passivo elevado poderá inviabilizar o negócio. Nestes casos, é comum estabelecer uma cláusula contratual prevendo o direito de regresso em decorrência do pagamento das obrigações que negocialmente ficaram a cargo do outro contratante. Estas estipulações contratuais, logicamente, só terão efeitos entre as partes contratantes (*princípio da relatividade dos ajustes*), sendo aconselhável o estabelecimento de garantias (reais e/ou fidejussórias) para o exercício do direito de regresso.

4.1.4. Proibição de competição (cláusula de não-concorrência).

Com efeito, salvo disposição contratual expressa em contrário, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente nos cinco anos subseqüentes à transferência, como preceitua o art. 1.147 do CC.

Antes de investigar o fundamento deste dispositivo legal, insta revelar a margem de negociação conferida às partes, seja para diminuir, majorar, ou simplesmente tornar sem efeito a vedação legal. Em razão da ressalva contida no art. 1.147 do CC podem os contratantes convencionar a faculdade de o alienante fazer concorrência ao adquirente, do mesmo modo que pode restar contratado que o prazo de proibição de competição será aumentado ou reduzido etc., sendo lícita, ainda, a previsão de competição em parte das operações negociais que são originadas do estabelecimento objeto da venda.

É de se alertar que infringe a vedação legal aquele que, por interposta pessoa, seja pessoa natural ou jurídica, passa a competir com o adquirente. O que objetiva a lei é impedir que o alienante desvie a clientela que se direciona ao estabelecimento para adquirir bens ou serviços, o que pode ocorrer ainda que o alienante não aja em nome próprio.

Por outro lado, considerando que a interdição legal se refere à concorrência, obviamente não há nada que impeça que o alienante passe a explorar atividade econômica em ramo distinto daquele que exercia mediante a utilização do estabelecimento alienado.

Note-se, ainda, que em que pese não haver delimitação territorial da proibição de fazer concorrência, é importante não perder de vista que por ser intenção da norma jurídica

proibir o desvio de clientela, o âmbito territorial da proibição de concorrência é, salvo ajuste em contrário das partes, o “raio de atração” do estabelecimento.

Insta revelar, outrossim, que a norma jurídica sob exame se funda no fato de que quem adquire um estabelecimento adquire não só os bens que o compõem, mas também o seu potencial lucrativo. Este, por sua vez, se manifesta na clientela atraída pela organização dos bens de produção que compõem o estabelecimento. Desse modo, se o empresário que aliena o estabelecimento passa a fazer concorrência com o adquirente, desviando a clientela que este almejava ao adquirir o estabelecimento, a conduta concorrencial do alienante se mostra ilegítima, não só porque atenta contra o disposto no art. 1.147, como também porque viola o princípio da boa fé objetiva.

Como já se afirmou anteriormente, o princípio da boa fé objetiva impõe aos contratantes os deveres de probidade e lealdade, de maneira a ser exigível a conduta de colaboração das partes para que o contrato chegue a um bom termo, isto é, para que as legítimas expectativas das partes sejam atendidas.

Importa advertir, também, que as premissas relacionadas à proibição de competição se aplicam aos casos de arrendamento e usufruto do estabelecimento enquanto viger os respectivos contratos, *ex vi* do Parágrafo único, do art. 1.147.

4.2. Arrendamento do estabelecimento.

Ao invés de vender o estabelecimento o empresário poderá cedê-lo mediante locação (arrendamento), sendo relevante notar que juntamente com a regra ditada pelo art. 1.144 do Código Civil, serão aplicáveis à espécie a regras referentes à locação de bens móveis, tendo em vista que como se revelou anteriormente o estabelecimento se enquadra nesta categoria de bens.

Como dispõe o texto do art. 565 do Código Civil, por meio do contrato de locação 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.

A primeira observação que merece menção é a possibilidade de o arrendamento ocorrer por tempo determinado ou não. Se avençado prazo de duração, compete às partes observarem aquilo que foi contratado, respeitadas as nuances previstas no art. 571 do Código Civil.

Já na hipótese de as partes não estabelecerem prazo de vigência do contrato, este será extinto mediante consenso (distrato) ou por meio de manifestação unilateral de qualquer das

partes (resilição unilateral, também chamada de denúncia unilateral). Como a lei não estabelece prazo de antecedência mínima para a resilição unilateral do contrato de locação, há de se levar em conta a sempre exigível boa fé objetiva (CC, art. 422), e a regra do art. 473 do Código Civil, segundo a qual se uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a execução do contrato, a resilição unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos³⁸.

Assim como ocorre nos casos de alienação, o arrendamento do estabelecimento só gera efeitos perante terceiros depois de averbado à margem de inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis e de publicado na imprensa oficial.

4.3. Usufruto do estabelecimento.

Além de vender ou arrendar o estabelecimento poderá o empresário sobre ele instituir *usufruto*. O usufruto é tradicionalmente definido como o direito de desfrutar um bem alheio como se dele fosse proprietário, com a obrigação de conservar-lhe a substância³⁹.

O usufruto é classificado, quanto ao modo de constituição, em *legal* ou *voluntário*. *Usufruto legal* é aquele que a lei institui em favor de determinadas pessoas, a exemplo do que ocorre com os bens dos filhos menores em proveito dos pais. O *usufruto voluntário*, por sua vez, constitui-se mediante negócio jurídico bilateral (contrato) ou unilateral (testamento)⁴⁰.

Pode-se convencionar o usufruto por tempo determinado ou indeterminado, do mesmo modo que é lícito estipular a subordinação de sua vigência a uma condição, sendo importante consignar a natureza personalíssima do usufruto, o que evidencia a impossibilidade de sua transferência sem a anuência do nu-proprietário.

Antes de assumir o usufruto do estabelecimento compete ao usufrutuário inventariar, à sua custa, os bens que compõem o estabelecimento, determinando o estado em que se encontram e, se o proprietário assim exigir, dará garantia fidejussória ou real de conservá-los, e entregá-los quando da extinção do usufruto.

Revele-se, outrossim, que apesar de ter autonomia na administração, ao usufrutuário não é conferido o direito de inércia em relação ao estabelecimento. De fato, a exploração

³⁸ Nada impede que o próprio contrato, apesar de não estabelecer prazo de duração, estabeleça prazo de antecedência mínima para a resilição unilateral. No silêncio do contrato, todavia, é de praxe aplicar-se (recorrendo à analogia) à locação de coisas o mesmo prazo de antecedência para resilição unilateral dos contratos de locação de bem imóvel, qual seja 30 (trinta) dias.

³⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 293.

⁴⁰ Além destas espécies de usufruto Orlando Gomes relata a existência de usufruto constituído por usucapião, modalidade esta que se denomina usufruto misto. In: *Direitos Reais (...)*, ob. Cit., p. 300.

deste (estabelecimento) consiste obrigação do usufrutuário, sendo-lhe vedada, todavia, a alteração da destinação econômica sem expressa autorização do nu-proprietário.

A rigor, findo o usufruto deverá o usufrutuário restituir o estabelecimento ao nu-proprietário no estado em que se encontrava quando recebeu (daí a importância de elaboração do inventário dos bens, como preceitua o art. 1.400 do CC).

Note-se, entretanto, que no usufruto do estabelecimento existe a particularidade de que dentre os bens que o compõe haverá aqueles de natureza consumível, bem como aqueles que por sua destinação natural serão objeto de comercialização (como é o caso das mercadorias). Em relação a estes bens consiste obrigação do usufrutuário restituir, findo o usufruto, aqueles que ainda houver e, no que respeita àqueles já consumidos (ou alienados, por sua natural destinação) o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, estimado ao tempo da restituição (CC, art. 1.392, §1º).

A extinção do usufruto, por sua vez, ocorrerá nas hipóteses do art. 1.410 do CC.

A utilidade prática do usufruto pode variar consideravelmente. Uma das modalidades comuns de utilização do usufruto do estabelecimento consiste na escolha do empresário de “partilhar” seu patrimônio em vida. Nestas situações o titular do estabelecimento transfere para seus herdeiros a nua-propriedade do estabelecimento, mas reserva para si, enquanto viver, o direito de usar e fruir.

Não se deve esquecer, ademais, que a exemplo do que ocorre com os demais negócios jurídicos que têm o estabelecimento como objeto, a eficácia do usufruto perante terceiros está subordinada à sua averbação na inscrição do empresário na Junta Comercial.

4.4. Elemento preponderante para a configuração de negócio jurídico que envolve o estabelecimento empresarial.

Considerando o regramento diferenciado previsto para a venda, arrendamento e usufruto do estabelecimento, bem como as consequências previstas para a não observância dos requisitos legais (o que pode conduzir não só à declaração de ineficácia do negócio jurídico, mas também à declaração de falência do empresário), impende revelar quando é que haverá simples venda, arrendamento ou usufruto dos ativos do empresário, e quando é que estes negócios jurídicos envolverão o estabelecimento, considerando não ser possível falar-se em venda, arrendamento ou usufruto *parcial* do estabelecimento, haja vista ser este uma universalidade de fato, distinta dos bens que o compõem, o que se confirma pelas *verba legis*

do art. 1.143 do Código Civil, segundo o qual o estabelecimento pode ser *objeto unitário* de direitos e obrigações.

Nos itens precedentes restou evidenciada a instrumentalidade dos bens que formam o estabelecimento, no sentido de que são eles que possibilitam o desenvolvimento da atividade empresarial, a qual, por sua vez, é exercida no escopo de conquistar e de manter a *clientela*⁴¹.

Em assim sendo, pode-se afirmar que existe venda, arrendamento ou usufruto do estabelecimento, respectivamente, quando em razão do negócio jurídico celebrado o empresário deixa de exercer definitiva (venda), ou temporariamente (arrendamento ou usufruto), a atividade empresarial. A pergunta a ser respondida, como observam Paul Didier e Philippe Didier⁴², é a seguinte: após a realização do negócio jurídico o empresário terá meios para continuar a desenvolver a atividade? Se positiva a resposta, conclusão inevitável é que terá havido negócio jurídico envolvendo os ativos do empresário, mas não o estabelecimento, dispensando-se, via de consequência, a observância aos requisitos de eficácia previstos para os negócios jurídicos que têm como objeto o estabelecimento, bem como impossibilitando a aplicação das regras relacionadas à sucessão empresarial.

5. Considerações finais.

Como já ressaltou Waldírio Bulgarelli, “a recepção do fenômeno econômico-social da empresa, pelo Direito, não se vem fazendo sem dificuldades nem sem equívocos”⁴³. Isto porque quem primeiro passou a estudar a empresa foram os economistas, que nela enxergam a organização dos fatores de produção para o exercício de uma atividade de produção ou circulação de bens ou de serviços. Esta concepção acaba não se adequando às categorias jurídicas fundamentais, razão pela qual competiu à doutrina transportar a noção econômica de empresa para o campo jurídico, com as devidas adequações.

Nesse contexto, é preciso compreender que a relação instrumental do estabelecimento (empresarial) com a empresa exige que o intérprete do regime jurídico daquele instituto (estabelecimento) analise e conheça o fenômeno econômico objeto de sua regulação, do mesmo modo que a investigação acerca da natureza, composição, função, e

⁴¹ As lições de Georges Ripert confirmam esta premissa quando assevera que o estabelecimento (*fonds de commerce*) é conjunto de elementos que permite ao empresário (no direito francês o paradigma continua sendo o *commerçant*) manter e, eventualmente, desenvolver uma clientela.

⁴² DIDIER, Paul et DIDIER, Philippe. *Droit Commercial*. Tome I. Introduction générale, L'entreprise commerciale. Paris: Economica, 2005, p. 336.

⁴³ BULGARELLI, Waldírio. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 50.

estrutura do estabelecimento afigura-se indispensável para uma adequada aplicação do conjunto de normas inseridas nos arts. 1.142 a 1.149 do Código Civil.

Diante desse cenário, o presente ensaio objetivou trazer contribuições para uma legítima exegese e aplicação do regime jurídico do estabelecimento empresarial.

6. Referências bibliográficas.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*. n. 104.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo III. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BULGARELLI, Waldírio. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

DIDIER, Paul. *Le Droit Commercial*. Paris: Dalloz, 2001.

DIDIER, Paul et DIDIER, Philippe. *Droit Commercial*. Tome I. Introduction générale, L'entreprise commerciale. Paris: Economica, 2005, p. 336.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1944.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1 volume. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIPERT, Georges et ROBLOT, René. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. Vol. I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2004.