

TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Luiz Gustavo de Andrade
Advogado
Mestrando em Direito – FIC
Professor de Direito da Unicuritiba
luiz.lga@bol.com.br

RESUMO

O estabelecimento empresarial é instrumento inseparável da empresa, sem o qual não é viável a exploração da atividade econômica. Na sua composição estarão todos os elementos que se mostrem necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial. Ou seja, sendo funcionais, de titularidade do empresário e passíveis de transmissão, devem ser considerados integrantes do fundo de empresa. E, no que tange à transmissão do estabelecimento ou trespasse, negócio jurídico que mereceu parcela de regulamentação pelo novo código civil, ganha importância a análise das formalidades exigidas pelo legislador civil para que seja possível a transferência do fundo de empresa, bem como os efeitos reflexos nos contratos e obrigações assumidas pelo alienante perante terceiros. Finalmente, fazem *jus* a uma análise crítica os dispositivos legais que regulamentam a assunção de dívidas pelo empreendedor adquirente do fundo e o desestímulo que a interpretação literal de tais dispositivos poderá gerar sobre o negócio de trespasse, em detrimento da economia.

Palavras-chave: Estabelecimento empresarial. Trespasse. Contratos.

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A implementação da atividade empresarial requer a reunião de tudo quanto for imprescindível para a consecução dos objetivos empresariais. Esse conjunto de elementos necessários ao exercício da atividade empresarial constitui o estabelecimento empresarial.

A definição legal de estabelecimento aparece na redação do art. 1.142 do Código Civil, segundo o qual: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizados, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

É de se ter em mente que o “estabelecimento empresarial”, ou seu sinônimo “fundo de comércio” (expressão utilizada pelos franceses como *fonds de commerce* e pelos italianos como *aziendas*)¹, não se restringe ao local da atividade do empresário, abrangendo, também, a

¹ Ressalta-se, no entanto, posicionamento da doutrina nacional em sentido contrário: “Registro que não é correto tomar por sinônimos ‘estabelecimento empresarial’ e ‘fundo de empresa’.” (COELHO, 1999, p. 93). No entanto, é de se considerar que o Código Civil de 2002 trouxe em seus artigos 1.142 a 1.149, uma disciplina específica acerca do estabelecimento empresarial, sem que, contudo, tenha feito qualquer diferenciação com a Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 3, n. 1, p. 47-81, jan./jun. 2007

forma de organização da atividade econômica desenvolvida e os equipamentos utilizados para o exercício da empresa. Tal definição consagra “o entendimento doutrinário dominante de que o estabelecimento é uma universalidade de bens” (POSTIGLIONE, 2006, p. 22).

Mostra-se oportuno, e desde logo necessário, trazer a diferenciação existente entre estabelecimento e empresa. O conceito de empresa é mais amplo, pois a empresa constitui-se em uma realidade abstrata. O estabelecimento, por sua vez, é um dos elementos integrantes da empresa; o instrumento pelo qual se dá o exercício da atividade empresarial.

Em realidade, o direito brasileiro, tal como ocorre de maneira geral no direito comparado, não tutela diretamente a empresa, que se constitui em realidade abstrata que nem mesmo encontra definição jurídica precisa. Ao revés, procurou-se efetivar a tutela de determinados elementos da empresa que apresentam relevância jurídica, e há aspectos (como a organização técnica das máquinas para a melhoria da eficiência de uma atividade industrial) que, por não apresentarem relevância jurídica, ao menos são considerados pelo direito. (TOKARS, 2006, p. 41)

Trazendo um sistema que permite compreender a relação e a diferenciação entre empresa e estabelecimento, Waldemar Ferreira explica:

Tem-se, partindo do centro para a periferia, o estabelecimento circunscrito pela empresa, e esta pela pessoa natural ou jurídica, mercê de cuja vontade aqueles se instituem e movimentam-se. São três momentos ou expressões do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico. Ostentam-se, no centro, os bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem o estabelecimento como universalidade de fato. A empresa superpõe-se-lhe como organização do trabalho e disciplina a atividade no objetivo de produzir riqueza, a fim de pô-la na circulação econômica. Tudo isso, porém, se subordina à vontade e às diretrizes traçadas pela pessoa natural ou jurídica que as haja organizado, sujeito ativo e passivo das relações jurídicas, tecidas pela empresa no funcionamento do estabelecimento de lucros pelo comerciante, como empresário, procurados e obtidos. (1944, p. 45)

Assim, Rubens Requião define:

O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a base física da empresa, constituindo um instrumento da atividade empresarial. O Código italiano o define como o complexo dos bens organizados pelo empresário, para o exercício da empresa. (1998, p. 244)

Fica evidente que o estabelecimento empresarial é instrumento inseparável da empresa, sem o qual não é viável a exploração de determinada atividade pelo empresário. É,

expressão “fundo de comércio” ou “fundo de empresa”. Daí a adoção do entendimento de que se tratam de sinônimos (REQUIÃO, 1998, p. 244)

na definição de João Eunápio Borges (1971, p. 238), o “conjunto destas coisas que servem ao comerciante para a prática de sua profissão”.

E, por ter sido criado pelo empresário, o estabelecimento apresenta algumas peculiaridades, cuja análise decorre do estudo da sua própria natureza jurídica.

Trata-se, o estabelecimento, de um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que constitui uma realidade distinta da dos elementos que a compõe; constitui o patrimônio da empresa e, como tal, pode ser alienado, independentemente da empresa. A partir dessa noção, é possível concluir que o estabelecimento é objeto e não sujeito de direito, sendo que, quanto a sua natureza jurídica “o estabelecimento se constitui em universalidade de direito, com natureza mobiliária” (TOKARS, 2006, p. 20).

Universalidade de direito justamente por ser um conjunto de bens materiais e imateriais que a lei assim define: “Constitui universalidade de direito de uma pessoa o complexo de relações jurídica dotadas de valor econômico” (CC, art. 91). Pensado, enquanto universalidade, poderá ser alienado, separadamente da empresa, como bem móvel, e pela simples tradição. No entanto, isto não impede que da sua constituição faça parte, por exemplo, um bem imóvel, ainda que para a transferência de propriedade de tal sejam necessárias formalidades típicas da alienação de imóveis (registro).

A este respeito, discordando de Oscar Barreto Filho (1988, p. 201), que entende que a natureza mobiliária está adstrita a hipótese de estabelecimentos compostos tão somente por bens móveis, Fábio Tokars ensina:

a tutela do estabelecimento abrange a universalidade de fato pelo mesmo caracterizada, mantendo-se o regime jurídico individualmente imposto a cada um de seus elementos. Por isso, esteja ou não integrado o fundo de empresa por um bem imóvel, será preservada sua natureza mobiliária (...) Particularidade referível neste campo é o caso do estabelecimento de destinação rural. Esta hipótese não era correntemente analisada pela doutrina em função do não-enquadramento da atividade agrícola ao âmbito da comercialidade. Contudo, emergindo o paradigma da empresariedade, a atividade agrícola deve ser considerada como modalidade de atividade empresarial (quando o produtor rural opta por efetivar a sua regularização no Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins) (...) Ocorre que, nesta hipótese, é o imóvel o principal (quando não o único, consideradas suas acessões) elemento do fundo. (...) Daí a conclusão de que, no caso da atividade agrícola, o estabelecimento tem natureza imobiliária. (2006, p. 38)

Ou seja, não se pode confundir a natureza da universalidade (em regra mobiliária, salvo o estabelecimento agrícola que possui natureza de bem imóvel), com a natureza

individual dos bens que a compõe, sendo de nenhuma importância a formalidade necessária a transferência dos bens individuais para a concepção do caráter jurídico do estabelecimento.

CRITÉRIOS PARA INTEGRAÇÃO DE ELEMENTOS AO ESTABELECIMENTO

De grande variedade são os elementos que o empresário necessita reunir para o alcance de seus objetivos: “esses elementos são heterogêneos e podem ser os mais variados e em maior ou menor número consoante o ramo de comércio e a importância e as circunstâncias especiais de cada estabelecimento” (MAGALHÃES, 1964, p. 37).

Diferentemente do que ocorre no Brasil, em que não há lei especificando os elementos que integram o estabelecimento empresarial, na Argentina, a Lei 11.867 prevê em seu art. 1º que, para efeitos de transmissão, constituem o estabelecimento: as instalações, mercadorias, nome e insígnia, a clientela, o direito ao ponto comercial para o locatário, a patente de invenção, a marca, os desenhos e modelos industriais, as distinções honoríficas e todos os outros direitos derivados da propriedade industrial.

Assim, na falta de uma norma nacional contendo uma listagem dos elementos do fundo de empresa, Fábio Tokars reúne os critérios doutrinários para a definição quanto à integração de elementos a um estabelecimento.

Concluimos pela existência de um critério triplice para o enquadramento de um determinado bem ao estabelecimento. Além da destinação funcional, este deve ser titularizado pelo empresário proprietário do fundo, e também deve mostrar-se transferível. (2006, p. 60-61)

Quanto à funcionalidade, trata-se do critério primeiro de verificação da integração de determinado elemento ao fundo de empresa. Diz respeito ao fato do bem ser destinado à atividade econômica exercida pelo empresário, ou seja, será parte integrante do estabelecimento aquele bem que servir de instrumento voltado a se atingir os objetivos empresariais.

Estando afetado à atividade empresarial, será elemento do fundo, ainda que o empresário não seja o proprietário do bem. Bastará que o dono do estabelecimento seja o titular dos direitos inerentes ao bem, exercendo a sua posse efetiva e que possa, quando da alienação do estabelecimento, transferir tal titularidade ao adquirente.

O exemplo clássico, que ora se repete, é o do contrato de *leasing*, pelo qual o bem arrendado não é de propriedade do empresário. No entanto, os direitos e obrigações inerentes ao contrato de arrendamento são de titularidade do dono do fundo e poderão, assim, serem objeto de transmissão num negócio envolvendo o estabelecimento. Servindo à atividade econômica desenvolvida, a máquina arrendada, de titularidade do empresário e passível de transmissão, integra o fundo de empresa.

ELEMENTOS DO FUNDO DE EMPRESA

A doutrina classifica os bens sob vários aspectos, como ensina Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 256), “não para a satisfação de uma tendência lógica do espírito, mas em razão das relações jurídicas que suscitam”. Como ressaltado, o estabelecimento é composto de bens, a princípio classificados como corpóreos e incorpóreos. Bens corpóreos “são aqueles que nossos sentidos podem perceber: um automóvel, um animal, um livro” (VENOSA, 2003, p. 315). Das coisas corpóreas ou tangíveis distinguem-se as incorpóreas ou intangíveis: “bens incorpóreos são entendidos como abstração do Direito; não têm existência material, mas existência jurídica” (VENOSA, 2003, p. 315).

No âmbito do estabelecimento, Requião (1998, p. 254) cita as mercadorias, as instalações, as máquinas e utensílios como bens corpóreos que compõem o fundo de empresa. Além destes, o próprio imóvel, no qual se encontra instalado o estabelecimento, integra-se entre os seus elementos corpóreos. É de se ressaltar, no entanto, que em alguns ordenamentos o imóvel não é considerado parte componente do estabelecimento: “no direito francês, são excluídos taxativamente do fundo de comércio: a) os imóveis” (BARRETO FILHO, 1988, p. 153). Já a legislação portuguesa inclui os imóveis entre os elementos do fundo: “Perante a legislação portuguesa, não pode haver dúvida de que fazem parte do estabelecimento os imóveis que, pertencentes ao comerciante, estão adstritos ao exercício do comércio” (MAGALHÃES, 1964, p. 38).

No que tange aos elementos incorpóreos, parte da doutrina elenca: a propriedade comercial; o nome empresarial; os acessórios do nome empresarial; a propriedade industrial; a propriedade imaterial (POSTIGLIONE, 2006, p. 52)

O ponto comercial, antes mencionado como propriedade comercial, nada mais é do que o elemento incorpóreo do fundo de empresa consistente no local em que está sediado o

estabelecimento. Por se tratar de elemento de grande importância, pois em regra apresenta-se como “fator de atração de clientela” (TOKARS, 2006, p. 77), possui tutela específica no ordenamento jurídico. Em linhas gerais, pode-se dizer que o direito ao ponto é garantido ao empresário, quando locatário, por meio da garantia de renovação do contrato de locação quando existentes determinados requisitos² ou por meio de indenização, no caso de não renovação³. Daí a importância de Lei de Locação nº 8.245 de 1991, já que na maioria das vezes a titularidade do ponto é exercida pelo empresário locatário e não pelo próprio dono do imóvel (TOKARS, 2006, p. 77).

Quanto ao nome empresarial, em que pese Marino Luiz Postiglione (2006) o enquadre como elemento incorpóreo do estabelecimento⁴, como antes citado, tal concepção não se mostra correta. Isto porque o nome empresarial é a forma de identificação do sujeito (empresário) e não do objeto (estabelecimento). Ou seja, a tutela do direito ao nome (direito personalíssimo do sujeito) não se aplica ao título do estabelecimento, este sim elemento do fundo de empresa. Claro que poderá haver coincidência entre o nome empresarial e o título do estabelecimento, porém é certo que em regra os títulos que se mostram mais atraentes à clientela são as “denominações fantasias” utilizadas para efetivamente identificar o estabelecimento, diversos da firma ou razão social⁵.

É de se ressaltar que o título do estabelecimento pode ser tomado como sinônimo de insígnia:

Tanto no direito francês, como no italiano, não se usa a expressão ‘título do estabelecimento’. A insígnia é que serve para designar o local onde o empresário expõe as suas mercadorias e se encontra como a cliente (...) O código português, com efeito, define insígnia como qualquer sinal externo, composto de figuras ou desenhos, simples ou combinados, com o nome do estabelecimento, ou com outras palavras ou divisas, contanto que no conjunto sobreleve a forma ou configuração específica, como elemento distintivo e característico. A definição é boa e elucidativa. (REQUIÃO, 1998, p. 260-261)

² Tais requisitos vêm previstos no Art. 51 da Lei 8.245/91: 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 a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.

³ Fábio Tokars defende que o locatário deve ser indenizado mesmo que ainda não tenha preenchido os requisitos do art. 51 da Lei de Locações, mas que tenha pago pelo ponto ao antigo proprietário e tenha feito surgir uma clientela geradora de um novo ponto empresarial.

⁴ Este também é o entendimento, dentre outros, de Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 1999, p. 96)

⁵ Firma ou razão social são espécies de nome social. Este, por sua vez, é uma das formas de nome empresarial.

⁵² Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 3, n. 1, p. 47-81, jan./jun. 2007

Portanto, os sinais e expressões que tornam conhecido o título do estabelecimento, os quais Marino Luiz Postiglione (2006) chama de “acessórios do nome empresarial”, são, na verdade, as chamadas “insígnias” e não possuem relação com o nome empresarial, mas, como visto, com o título do estabelecimento.

Atualmente, a tutela à lesão causada pelo uso de título semelhante por empresário concorrente se dá por meio da responsabilização civil em virtude de concorrência desleal, já que tal prática é crime segundo o art. 195, inciso V, da Lei nº 9.279 de 1996.

No que tange à propriedade industrial, esta consiste não apenas na relação de domínio que se tem com a obra literária, científica ou artística, mas sim aos direitos inerentes a toda concepção produzida pelo gênero humano, da qual possa se extrair uma exploração empresarial e econômica.

A proteção a direitos de propriedade industrial em nosso ordenamento, é atribuída com a concessão das patentes (de invenção e de modelo de utilidade), de registros de desenho industrial, de registros de marca e repressão às falsas indicações geográficas e à concorrência desleal, conforme redação do art. 2º, da Lei 9.279 de 1996.

Inserida no âmbito do registro de marca, é de se destacar que tem sido comum o registro de domínios de *internet* por empresários, com intuito de assegurar o direito de uso de *sites*, facilitando o comércio eletrônico. Os tribunais têm garantido tal direito, como se verifica nas ementas a seguir, podendo se concluir que o *site* pode ser considerado mais um elemento incorpóreo do estabelecimento:

EMENTA: NOME DE DOMÍNIO NA INTERNET – UTILIZAÇÃO POR QUEM NÃO TEM O REGISTRO DA MARCA NO INPI – INADMISSIBILIDADE – Cancelamento (BRASIL - TJMG – AC 1.0024.03.180793-6/001 - 4ª C.Cív. – Rel. Des. Audebert Delage - DJMG 25.11.2005 - p. 02)

EMENTA: AÇÃO COMINATÓRIA – REGISTRO DE DOMÍNIO DE INTERNET PELA APELADA COM O NOME DA APELANTE – REGISTRO DA MARCA NO INPI – DIREITO DE USO QUE ABRANGE O COMÉRCIO ELETRÔNICO E O DOMÍNIO – OFENSA AO DIREITO DE PROPRIEDADE – INDENIZAÇÃO DEVIDA – LUCROS CESSANTES – TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO – DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO – Constitui ato ilícito o uso por terceiro de nome ou marca em domínios na Internet sem a autorização do proprietário da referida marca que a registrou por primeiro junto ao INPI, por ofensa ao disposto na lei de propriedade industrial. A indenização no caso deve circunscrever-se aos lucros cessantes, pelo tempo em que a detentora da marca ficou impossibilitada de utilizar o domínio, ausente prova do efetivo dano material sofrido. (BRASIL - TAMG – AC 424.596-1 – 1ª C.Cív. – Rel. Juiz Osmando Almeida – DJMG 02.10.2004)

Relacionado a tal tema, destaca-se a discussão acerca do chamado “estabelecimento virtual” que, segundo Fábio Ulhoa Coelho (1999, p. 71), decorre da aquisição de bens e serviços via *internet*, considerando-o existente, então, em decorrência da troca de mensagens eletrônicas num estabelecimento virtual. Em que pese o referido doutrinador faça ressalva quanto ao fato de que a virtualidade não estaria nos bens componentes, mas na acessibilidade, o fato é que, como ressalta Newton de Lucca (2000, p. 61), “muito haveria de se falar a respeito da questão do conceito de estabelecimento dos fornecedores de produtos ou de serviços na internet, pois a matéria é extremamente controvertida”.

E de fato, a idéia encontra resistência, pois ainda que o domínio na *internet* possa ser considerado elemento incorpóreo do estabelecimento, o fundo não existirá, por si só, sem que haja uma estrutura de administração capaz de coordenar a entrega de mercadorias (o que pressupõe a existência de um estoque) ou a prestação dos serviços, na prática. Neste sentido as críticas de Fábio Tokars:

Percebe-se, neste contexto, que o estabelecimento não é composto somente pelo domínio na ‘internet’, abrangendo também uma série de outros elementos para que o desenvolvimento da atividade seja possível. O estabelecimento não será formado apenas pelo seu componente virtual, mas também pelos elementos, ainda que estes não sejam vistos diretamente pelo público consumidor. Pos esta via, constata-se que o ‘site’ se constitui em um elemento do estabelecimento, e não em sua totalidade, de forma que não há se falar em estabelecimento virtual, mas sim em estabelecimento composto de um elemento virtual, o que não constitui nenhuma novidade. (2006, p .43-44)

Merecem considerações, ainda, o estudo da clientela e do aviamento, enquadrados por não poucos enquanto elementos do fundo de empresa. “A jurisprudência, na França, coloca a clientela como elemento essencial do fundo de comércio”, como ensina Rubens Requião, em que pese o referido autor prefira uma posição eclética: “o aviamento, bem como a clientela, tanto podem ser considerados, cada um de per si, como elemento direto da empresa, ou como do estabelecimento comercial” (1998, p. 305-307).

Antes de se adentrar ao impasse, é de se ter em mente que a clientela nada mais é do que as pessoas, naturais ou jurídicas, que mantêm, com o empresário, relações contínuas de aquisição de bens ou serviços. E, a partir de tal concepção, conclui-se pela impossibilidade de se ter a clientela como elemento integrante do estabelecimento. Isto porque a clientela não é propriedade do empresário e sobre ela também não se exerce titularidade. Ou seja, no critério

tríplice de avaliação dos elementos do estabelecimento, a clientela não preencheria o requisito da titularidade.

De igual forma, o aviamento, ou seja, “a aptidão da ‘azienda’ de produzir lucros” (VIVANTE, 1924, p. 34), não passa de uma mera qualidade ou característica do fundo de empresa. Não se tratando de um bem, foge ao próprio conceito de estabelecimento, o qual é composto de bens e não de adjetivos, ainda que se concorde que a avaliação da potencialidade lucrativa do estabelecimento seja de grande importância quando da negociação do fundo de empresa.

Sobre a impossibilidade de se enquadrar clientela e aviamento dentre os elementos integrantes do fundo de empresa, Oscar Barreto Filho ensina:

Nem o conjunto de clientes ou fregueses, nem a habitualidade de suas relações, nem a constância no volume de negócios, constituem parte ou elemento do estabelecimento. (...) A clientela não é um bem imaterial, objeto autônomo de direito; é uma situação de fato, à qual se atribui um valor econômico, muitas vezes relevante, que é protegido indiretamente pela lei. Essa situação de fato decorre dos fatores do aviamento, sobre o qual também influi. (1988, p. 302-303)

Por fim, destacam-se os contratos, estes sim podendo ser considerados elementos integrantes do estabelecimento, “desde que se mostrem necessários ao desenvolvimento da atividade, como ocorre, classicamente, com os contratos de franquia, de aluguel, de fornecimento ou de distribuição, entre tantos outros” (TOKARS, 2006, p. 82). Ou seja, sendo funcionais (necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial), de titularidade do empresário e passíveis de transmissão, devem ser considerados integrantes do fundo de empresa.

TRESPASSE: NOÇÕES GERAIS

A transmissão do estabelecimento empresarial é um negócio jurídico, cuja importância motivou os operadores do direito a definirem um regime jurídico próprio para a venda do conjunto de bens que o compõe.

O trespasse poderá ocorrer tanto por ato *inter vivos*⁶ como *causa mortis*, ensejando a transferência da propriedade do fundo de empresa. Sendo o estabelecimento um bem, com

⁶ Haverá a transferência do estabelecimento *causa mortis* quando o seu proprietário for empresário individual, ou seja, empresário pessoa natural e não pessoa jurídica, já que a extinção das empresas pessoas jurídicas

Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 3, n. 1, p. 47-81, jan./jun. 2007 55

natureza diversa dos demais elementos que o compõe, não é errado falar em propriedade sobre tal bem, ainda que o empresário não seja proprietário de alguns dos elementos do fundo, mas tão somente exerça titularidade sobre eles (como por exemplo, sobre os contratos).

Nos termos do artigo 1143 do Código Civil "pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com sua natureza". Trespasse é, portanto, a transferência do estabelecimento empresarial.

No trespasse o estabelecimento deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para a de outro (o adquirente). O objeto da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial. Já na cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou na alienação de controle de sociedade anônima, o estabelecimento empresarial não muda de titular. Tanto antes como após a transação, ele pertencia e continua a pertencer à sociedade empresária. (COELHO, 2002, p. 112)

Dois lições devem ser extraídas da citação anterior. A primeira, no sentido de que há diferença entre a transmissão do estabelecimento e a venda ou cessão de apenas alguns de seus elementos. Ou seja, a venda de alguns livros de uma escola não constitui operação de trespasse, pois, em regra, o estabelecimento continuará útil ao exercício da atividade. No entanto, haverá trespasse se a venda abranger o ponto comercial, os livros, os contratos de trabalho com os professores e, enfim, os elementos necessários à permanência da atividade desenvolvida pelo alienante. Conclui-se, assim, que haverá trespasse sempre que o conjunto vendido seja composto por elementos suficientes ao exercício da atividade empresarial.

Um segundo aspecto a ser destacado diz respeito à diferenciação existente entre transferência do estabelecimento e venda de quotas sociais. Nesta última, ou seja, venda de participação societária, o estabelecimento continuará pertencendo à sociedade, de modo que inexistirá trespasse, pois o estabelecimento não saiu da esfera jurídica do empresário (da sociedade empresária). Ao contrário, no trespasse, o estabelecimento é alienado à outro empresário, que passa a ser o seu dono. E, ressalte-se, a sociedade alienante poderá continuar a existir, mesmo que o estabelecimento seja o único que compunha o seu patrimônio e ainda que não mais desenvolva atividade econômica.

Pertinente destacar, por fim, que o título do estabelecimento, enquanto elemento integrante do fundo de empresa, poderá ser transferido no trespasse, não podendo, nesta

implicará em liquidação e transmissão por ato *inter vivos*. E, ao contrário, o patrimônio do empresário individual, com a morte deste, passa a compor o seu espólio.

hipótese, haver confusão com o nome empresarial, o qual, como antes ressaltado, é personalíssimo do empresário e, por isso, insuscetível de transmissão ou cessão. Exceção é de ser feita à hipótese do art. 1.164 do Código Civil que, ao dispor sobre o assunto, assim previu no parágrafo único: “o adquirente do estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor”.

Quanto à forma pela qual se dá a transferência do estabelecimento, houve inovação a partir da vigência do Código Civil de 2002, pois anteriormente não se exigia formalidade específica:

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 do direito comum. Tanto pode constar de instrumento público, como de particular. Não poucos se trespasam por via de simples recibos e, até, por troca de cartas.” (FERREIRA, 1944, p. 208)

Com a entrada em vigor do novo código, passou-se a exigir, não como elemento de validade, mas sim de eficácia perante terceiros, o arquivamento⁷ junto ao órgão competente e a publicação do negócio na imprensa oficial (CC, art. 1.142).

Evidentemente que as formalidades exigidas pelo legislador civil não se aplicam à venda de bens individuais que compõe o estabelecimento, mas tão somente à alienação do próprio fundo de empresa.

TRANSFERÊNCIA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Sendo o contrato um dos elementos do estabelecimento empresarial, ganha importância a análise da cessão dos contratos quando da alienação do fundo de empresa.

O artigo 1.148 do Código Civil dispõe que, salvo disposição em contrário, a transferência do estabelecimento importará em sub-rogação do adquirente nos contratos empresariais, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros, havendo justa causa, rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência.

Ou seja, a transmissão do estabelecimento não está sujeita a aprovação dos terceiros contratantes. Tal disposição visa, com certeza, a manutenção da atividade econômica

⁷ Ressalta-se que, em que pese o art. 1.142 do CC fale em averbação do negócio à margem da inscrição do empresário no Registro Público de Empresas, trata-se, na verdade, de arquivamento nos termos do art. 32, inciso II, *m*, do Decreto nº 1.800/96, como bem observa Fábio Tokars (TOKARS, 2006, p. 98)

desenvolvida no fundo de empresa. Com o trespasse opera-se a sucessão das obrigações e direitos decorrentes dos contratos que integram o fundo de empresa, independentemente da anuência dos terceiros contratantes. Em se tratando, por exemplo, de um contrato de uso de marca, a alienação do estabelecimento, incluindo tal pacto, implicará em aquisição pelo comprador dos direitos de uso da marca, sendo prescindível a aprovação do cedente: “pelo fato de ser muito estrito o nexô econômico entre os bens componentes do estabelecimento e as prestações derivadas daquelas relações, surge o fenômeno da acessoriedade legal, e aqueles contratos seguem o destino do conjunto” (FRANCO, 2004, p. 116).

No entanto, necessárias duas ressalvas: a primeira atinente à hipótese de existir proibição expressa à cessão no contrato firmado entre o terceiro e o alienante, já que o texto do art. 1.148 do Código Civil é claro ao dispor “salvo disposição em contrário, a transferência do estabelecimento importará em sub-rogação”; a segunda, quanto à existência de contrato personalíssimo.

Tais ressalvas receberam críticas da doutrina:

Evidente que os empresários minimamente cuidadosos acabarão por adotar esta cláusula como fórmula geral nos contratos de natureza empresarial, fato que, por si só, deverá afastar a norma dos objetivos pretendidos pelo legislador. Esta exceção se mostra, no mínimo, contraditória. Afinal, a finalidade central da norma é relativizar a aplicação do princípio da autonomia da vontade em defesa de um interesse coletivo, consistente na manutenção da unidade econômica do estabelecimento. Contudo, ao prever o dispositivo legal a possibilidade de afastamento de seus efeitos em face de disposição contratual, está a norma a homenagear o princípio da autonomia da vontade, negando-se a essência da nova regra. (TOKARS, 2006, p. 194)

Quanto à justa causa, que poderá ser invocada pelo terceiro contratante com o fim de justificar a rescisão dentro dos noventa dias, Fábio Ulhoa Coelho esclarece, citando exemplos referentes ao contrato de locação:

Independente de receber a notificação pleiteando a autorização para a cessão, ou mesmo de respondê-la, pode o locador, nos 90 dias seguintes à publicação do contrato de alienação na imprensa oficial, rescindir a locação, se houver justa causa. Caracterizam-na fatos como a não aprovação do novo fiador apresentado, existência de protestos em nome do adquirente, ou de ações judiciais intentadas contra este, sua situação patrimonial, econômica ou financeira insatisfatória ao atendimento das condições normalmente exigidas pelo locador etc. (2002, p. 122)

Mas, há quem defenda a inaplicabilidade do artigo 1.148 do Código Civil ao contrato de locação, sob o argumento de que o próprio legislador da nova codificação previu que a

“locação do prédio urbano, que esteja sujeito à lei especial, por esta continua a ser regida” (CC, art. 2.036), de modo que continuaria em vigor o art. 13 da Lei nº 8.245 de 1991, segundo o qual “A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador.”

Tendo-se em vista os efeitos do regime de alienação da *azienda*, instituído pelo Código Civil de 2002, comporta questionar-se sobre a transmissibilidade automática do contrato de locação empresarial. Seria essa convenção transferida *ipso iure* ao adquirente do estabelecimento, independentemente de qualquer manifestação do locador do imóvel?

Impõe-se a resposta negativa (...) Ademais, a Lei nº 10.406/02, em suas disposições finais e transitórias, prescreve que ‘A locação do prédio urbano, que esteja sujeito à lei especial, por esta continua a ser regida’ (art. 2.036), o que ratifica o posicionamento aqui assumido. Assim, para que o ponto comercial locado possa integrar o estabelecimento, para efeito de sua negociação unitária, apresenta-se indispensável a concordância prévia e escrita do senhorio do imóvel. (FÉRES, 2004, p. 726)

Trabalha, referido autor, com raciocínio que envolve conflito de leis, resolvido pelos critérios da especialidade e anterioridade. Entende que a lei anterior especial (art. 13 da Lei de Inquilinato), por tratar especificamente da matéria (anuência do locador na cessão do contrato) se sobrepõe à lei posterior geral (que dispensa a anuência do terceiro na cessão de contratos empresariais em geral).

De fato, regra de hermenêutica impõe que o critério da especialidade sobreponha-se ao cronológico. A lei geral sucessiva não exclui a lei especial precedente (FRIED, 1997, p. 20).

A adoção de tal entendimento é passível de críticas: “embora os contratos deveriam ser mantidos para que se preservasse a utilidade funcional do estabelecimento, as partes ficam por vezes sujeitas aos caprichos de terceiros contratantes” (TOKARS, 2006, p. 114).

A corrente que exige a obtenção de prévio consentimento do locador, à luz do que previa o art. 13 da lei de Inquilinato, parece ser o entendimento a predominar. A terceira jornada de estudos de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁸ editou o enunciado nº 234 que cancelou o anterior enunciado nº 64, o qual dispunha justamente sobre o artigo 1.148 do código civil.

⁸ O Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) promoveu a III Jornada de Direito Civil, entre 1º a 3 de dezembro de 2004, em continuidade ao ciclo de estudos do Direito Civil, realizado de dois em dois anos pelo CEJ/CJF, com a finalidade de debater as disposições do novo Código Civil.

O enunciado anterior (64) previa que “a alienação do estabelecimento empresarial importa, como regra, na manutenção do contrato de locação em que o alienante figurava como locatário”.

No entanto, com o advento da terceira jornada de estudos do Conselho da Justiça Federal, cancelou-se tal entendimento, por meio do enunciado nº 234, o qual, ao comentar o debatido dispositivo do código civil, refletiu tese oposta, indicando, ao que parece, pela necessidade de anuência do locador: “Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente. Fica cancelado o Enunciado nº 64.”

SUCCESSÃO DE DÉBITOS

Antes do advento do atual código civil, defendia-se, com predominância, o entendimento de que a transferência do estabelecimento não implicava, necessariamente, na assunção pelo adquirente das dívidas do alienante, salvo disposição em contrário no instrumento de trespasse: “Todavia, parece não haver dúvida de, em nosso direito, a transmissão do estabelecimento não implicar, por si só, a transferência inerente das dívidas que com ele ou com sua exploração se relacionem” (POSTIGLIONE, 2006, p. 123).

E, de fato, exceções a tal concepção havia apenas no âmbito do direito tributário e do direito do trabalho, por força, respectivamente, do que dispõe os artigos 133 do Código Tributário e 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho. Os sistemas jurídicos tributário e trabalhista sempre possuíram preceitos próprios voltados à tutela e satisfação de direitos do fisco e do trabalhador.

Em que pesem os equívocos e redundâncias, pelo legislador, no emprego de termos que levavam à confusão entre as noções de empresa e os conceitos relacionados ao fundo empresarial, a aquisição do estabelecimento por outro empresário, tão somente no âmbito desses ramos do direito, levava e ainda leva à assunção dos débitos pelo comprador.

O artigo 133 do Código Tributário dispõe que:

“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 a data do ato: I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II - subsidiariamente com o

⁶⁰ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 3, n. 1, p. 47-81, jan./jun. 2007

alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.”

Com base em tal dispositivo, a jurisprudência passou a chamar de “redirecionamento da execução fiscal” o ato de buscar, na pessoa que adquire o fundo de empresa, à satisfação do crédito tributário. A responsabilidade do adquirente-sucedor será única e integral se o alienante-sucedido cessar a atividade empresarial anteriormente desenvolvida. Será, por outro lado, subsidiária, a responsabilidade do adquirente-sucedor, se o alienante-sucedido continuar a desenvolver a sua atividade econômica ou iniciar nova atividade dentro de seis meses.

EMENTA: TRIBUTÁRIO – SUCESSÃO DE EMPRESAS – REDIRECIONAMENTO CONTRA SUCESSORA – Existindo contundentes indícios de que a sucessão de empresas ocorreu de fato, uma vez que as sociedades têm semelhantes objetos sociais e estão localizada em idêntico endereço, cabível a aplicação do art. 133 do CTN. (BRASIL – TRF 4ª R. – AI 2006.04.00.000747-1 – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares – DJU 31.05.2006 – p. 599)

Marino Luiz Postiglione defende que “talvez uma alegação possível de ser feita pelo adquirente refira-se ao fato do alienante continuar explorando a atividade empresarial, descaracterizando-se como subsidiário daquela responsabilidade.” (POSTIGLIONE, 2006, p. 129). No entanto, tal entendimento é contrário ao texto expresso da lei, já que esta é clara ao definir a responsabilidade subsidiária do adquirente, em relação ao alienante, caso este último continue a exercer a atividade empresarial.

É certo, ainda, que por força do artigo 123 do Código Tributário “as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à fazenda pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”; de modo que de nada adiantaria, em relação ao fisco, consignar-se no instrumento de trespasse a obrigação do alienante pelos débitos tributários. No entanto, tal ressalva por ocasião da venda do estabelecimento tem eficácia entre as partes, de modo que, satisfeita a obrigação fiscal, o adquirente terá direito de reaver do alienante a quantia paga, já que, em princípio, a responsabilidade pelo pagamento do tributo é atribuída à pessoa relacionada ao respectivo fato gerador.

O dispositivo busca evitar que, na venda de estabelecimento, o alienante se livre do patrimônio que poderia dar respaldo a suas obrigações tributárias. Se o alienante continua em atividade, ou a reinicia, presume-se que mantenha a capacidade de pagar suas obrigações

tributárias. Caso, apesar disso, não a mantenha, e na medida em que não a mantenha, “opera a responsabilidade subsidiária do adquirente pelos tributos gerados pela exploração do estabelecimento sob gestão do alienante” (AMARO, 1998, p. 306).

Vale destacar que não se pode confundir a venda do estabelecimento com a alteração de sua participação societária. A aquisição das quotas sociais da empresa por terceiros não implicará na figura da “sucessão tributária” e, por consequência, não levará ao “redirecionamento da execução”:

EMENTA: TRIBUTÁRIO – RESPONSABILIDADE FISCAL – SUCESSÃO INEXISTENTE (ART. 133 DO CTN) – 1. Não houve sucessão de empresa, a justificar a responsabilidade da pessoa jurídica anterior. 2. A empresa continuou a sua atividade, com alteração de alguns sócios que ingressaram adquirindo cotas. 3. Inaplicabilidade, na espécie, do art. 133 do CTN. 4. Recurso improvido. (BRASIL – STJ – REsp 196.416/SP – 2ª T. – Rel. Min. Eliana Calmon – DJU 04.02.2002 – p. 321)

Enquanto o Direito Tributário evidencia a responsabilidade subsidiária do adquirente-sucedor, ou seja, deverá responder após o insucesso na tentativa do fisco de executar o alienante-sucedido, a doutrina trabalhista aponta para solução diversa, qual seja, a da responsabilidade única e integral do sucessor, extinguindo-se à obrigação do sucedido. Valentin Carrion, apesar de ressaltar seu entendimento em sentido contrário, explica que esta tem sido a corrente predominante:

O sucessor é responsável pelos contratos já rescindidos, não quitados, ainda que o anterior o dispense da responsabilidade, mesmo que a ação judicial esteja em fase de execução (Barreto Prado, Tratado), sem prejuízo de seu direito regressivo. Aquela responsabilidade foi criada em benefício e para a facilidade do empregado; nada obsta, entretanto, a que, abrindo mão desse direito, o empregado acione seu efetivo e real empregador, ou seja, o antecessor. Entretanto, a jurisprudência e a doutrina vacilam, negando legitimidade passiva ao antecessor, menosprezando a sua responsabilidade e limitando-se à ação regressiva futura, no juízo cível e onde dificilmente se reabrirão as provas trabalhistas. (2006, p. 73)

No mesmo sentido às lições de Martins Catharino:

Quanto à responsabilidade decorrente da sucessão, a nossa lei não a tem como solidária, de sucessor e sucedido, como no caso de grupo empresário. Ela é do primeiro, por força de lei, seja o que for que entre si convencionarem. A ação dos empregados é contra o sucessor, a quem poderá caber, em determinados casos, ação regressiva (‘actio in rem verso’) contra o sucedido (o art. 455 da CLT prevê hipótese semelhante). A obrigação legal imposta ao empregador-sucessor é sua exclusivamente. Nem solidária, nem subsidiária, nem alternativa. (1972, p. 173)

Assim, pautando-se na orientação jurisprudencial OJ nº 261, da primeira seção de dissídios individuais do Tribunal Superior do Trabalho, os tribunais têm entendido que a obrigação pelos débitos trabalhistas será sempre da sucessora, ainda que se tratem de dívidas referentes a período anterior à sucessão ou a contratos de trabalho extintos antes da alienação do estabelecimento empresarial:

EMENTA: SUCESSÃO RESPONSABILIDADE TRABALHISTA EXCLUSIVA DO SUCESSOR – EXCLUSÃO DO SUCEDIDO DO PÓLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL – 1. Havendo sucessão de empregadores, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas devidos pelo sucedido compete exclusivamente ao sucessor, não havendo que se cogitar de responsabilidade solidária na espécie. 2. Com efeito, a Orientação Jurisprudencial nº 261 da SBDI-1 do TST segue no sentido de que as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista. 3. Destarte, após a sucessão trabalhista, o sucedido passa a ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação processual, o que impõe a sua exclusão do feito. (BRASIL – TST – RR 144.475/2004-900-01-00.6 – 4ª T. – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 10.12.2004)

EMENTA: SUCESSÃO – Reconhecida a sucessão empresarial, o sucedido deixa de ser parte legítima para figurar no pólo passivo da execução e, conseqüentemente, não mais tem interesse em recorrer. (BRASIL - TRT 5ª R. – AP 01172-1995-004-05-00-9 – (32.158/04) – Relª Juíza Sônia França – J. 07.12.2004)

EMENTA: FERROBAN – EXPLORAÇÃO DA MALHA FERROVIÁRIA – SUCESSORA DA RFFSA – RESPONSABILIDADE – Considerando-se que a exploração da malha ferroviária não sofreu solução de continuidade quando desta contratação, entende-se que restou configurada a sucessão nos moldes do art. 10 e 448 da CLT, passando a Ferrobán, em que pese a subsistência, à época, da pessoa jurídica da RFFSA, a responder por todos os créditos trabalhistas dos trabalhadores da sucedida independentemente do período laborado, inclusive relativamente aos créditos do período de vigência do vínculo empregatício com a RFFSA, eis que, na dicção do art. 448 da CLT, quando configurada a sucessão de empresas, é da sucessora a responsabilidade pelos créditos trabalhistas do empregado, ainda que tenham tido origem em período anterior à sucessão. Recurso ordinário não provido neste aspecto. (BRASIL - TRT 15ª R. – RO 0567-2004-087-15-00-9 – (52454/05) – 5ª C. – Rel. Juiz Lorival Ferreira dos Santos – DOESP 04.11.2005 – p. 92)

No que tange às dívidas trabalhistas anteriores à sucessão, Fábio Tokars (2006) destaca o entendimento de Alexandre Aguiar de Brito, ressaltando que se trata de posicionamento que diverge do princípio da tutela do trabalhador:

De fato, encontram-se doutrinadores, como Alexandre Aguiar de Brito, que afirmam que a sucessão não se opera com relação aos contratos de trabalho já encerrados, visto que o art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho presume que os contratos

de trabalho estejam em vigor. Segundo o referido doutrinador, ‘os contratos de trabalho terminados, antes do trespasse, não se subsumem ao preceito, pois alterações posteriores às suas terminações não os prejudicam. (BRITO, 2000, p. 134)

A partir da entrada em vigor do art. 1.146 do Código Civil, prevendo que “o adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência”, não há dúvida de que o sucessor trabalhista continuaria a responder pelos débitos anteriores ao trespasse, mesmo quando já extinto o contrato de trabalho.

No entanto, merece crítica o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência, no sentido de que a responsabilidade seria única e exclusiva do sucessor⁹.

Para tanto, necessário que se estabeleçam algumas premissas. Antes da transferência do estabelecimento, o empresário sucedido não só era empregador, como, também, era devedor dos haveres trabalhistas devidos e não adimplidos. Assim, durante o vínculo empregatício, o empresário assume a posição de devedor dos créditos do trabalhador (credor), sendo esta a primeira premissa a ser considerada.

A segunda premissa decorre do fato de que, com o trespasse, o empresário sucessor, por força da lei, assume as dívidas trabalhistas do empresário sucedido, sem que seja necessária a cientificação do credor (trabalhador), acerca da alteração da pessoa do devedor, o que, via de regra, em situações outras que não as atinentes à relação empregatícia, deveria ocorrer: “Na delegação, ocorre um acordo entre o devedor originário e a pessoa que vai substituí-lo na relação jurídica, assumindo a sua obrigação, só valendo todavia o acordo em relação ao credor se este não se opuser à substituição” (WALD, 1994, p. 148-149).

Não restam dúvidas de que a cessão de débitos em relação aos contratos de trabalho mantidos pelo empresário sucedido não depende do consentimento do empregado (credor), pois esta decorre de expressa previsão de lei, conforme artigo 448 da CLT.

Por outro lado, é certo que, até o trespasse, foi apenas o empresário sucedido quem se valeu da força laboral do trabalhador.

⁹ Ressalta-se, no entanto, a existência de jurisprudência no sentido de que, para hipóteses em que restasse evidenciada a fraude na sucessão, a responsabilidade, então, seria solidária, ante a infração à lei. Neste sentido: EMENTA: SUCESSÃO DE EMPREGADOR – FRAUDE – 1. Por expressa disposição do art. 9º da CLT, reputam-se nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos nesse mesmo diploma legal. 2. Evidenciada a fraude às normas protetivas do Direito do Trabalho, consistente na transferência de atividade econômica para terceiro, respondem solidariamente a detentora do capital acionário da sucedida e a sucessora pelo adimplemento dos créditos advindos da relação de trabalho. (...) (BRASIL - TST – RR 557.710/99.3 – 1ªT. – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 03.02.2006).

Daí a crítica ao entendimento de que apenas o sucessor responderá pelas dívidas trabalhistas. Primeiro porque que não há qualquer dispositivo legal em toda CLT que isente o sucedido de responsabilidade pelos débitos contraídos até a data do trespasse. Se o legislador não o faz, não caberia ao intérprete fazê-lo, principalmente quando a hermenêutica adotada fere os princípios da proteção ao trabalhador que sustentam às relações de trabalho, ao restringir as garantias de cumprimento da legislação laboral.

Não obstante, é evidente que o artigo 10 da CLT fala em “direitos adquiridos” pelo trabalhador, de modo que não faz sentido a conclusão de que aquele que se beneficiou da mão-de-obra do trabalhador não irá, também, assegurar a satisfação de tais prerrogativas laborais. Só se estaria por garantir ao empregado os seus direitos adquiridos se fosse mantida a possibilidade de demandar contra o empresário original, sucedido no trespasse. Neste sentido:

O legislador, ao redigir o art. 10 e 448, não pretendeu eximir de responsabilidade o empregador anterior liberando-o de suas obrigações, de forma imoral. A lei simplesmente concedeu ao empregado a garantia de voltar-se contra quem possui a empresa para facilitar-lhe e garantir-lhe o recebimento de seus créditos; não há obstáculo na lei que impeça ao empregado propor ação contra quem foi seu empregador. Entretanto, essa conclusão não tem apoio jurisprudencial. (CARRION, 2006, p. 296).

Ou seja, parece equivocado o entendimento de que haveria ilegitimidade passiva do empresário sucedido, para responder pelos débitos oriundos dos vínculos empregatícios por ele mantidos. Havendo relação de sujeição do sucedido em relação às dívidas anteriores ao trespasse, daí decorre a condição ao exercício da ação:

Autor e réu devem ser partes legítimas. Isso quer dizer que, quanto ao primeiro, deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo. O autor, para que tenha legitimidade, em princípio deve ser o titular da situação jurídica afirmada em juízo (art. 6º do CPC). Quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor. (WAMBIER, 2005, p. 140).

Quanto à responsabilidade do empresário sucedido, esta decorreria das suas obrigações de empregador, de cumprir à legislação trabalhista, toda vez que se enquadrar na hipótese do artigo 2º da CLT. E responderia juntamente com o sucessor do estabelecimento, no caso de trespasse, este por força de lei (artigos 10 e 448 da CLT).

Pois bem. Em que pese o fato do passivo não integrar o estabelecimento, a venda deste acabava, antes do advento do código civil em vigor, por implicar na cessão de algumas dívidas ao empresário sucessor do fundo de empresa.

Tal situação excepcional, antes limitada às hipóteses anteriormente comentadas, passou a ser regra com o art. 1.146 do Código Civil. O dispositivo em questão obriga o adquirente do estabelecimento empresarial a responder pelas dívidas do alienante sucedido:

Art. 1146. 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.

No conflito entre dois interesses jurídicos em jogo, quais sejam, o dos credores do empresário proprietário do estabelecimento e os do empresário adquirente, o legislador optou por uma maior tutela dos primeiros, editando uma norma que assegura aos credores do alienante o recebimento do seu crédito junto ao adquirente. No entanto, essa maior tutela de um interesse, em detrimento a outro, causa insegurança jurídica ao empresariado e investidor, cujo interesse da aquisição do estabelecimento está na continuidade ou ampliação de uma atividade econômica geradora de empregos e ensejadora de arrecadação fiscal.

De fato, a nova regra é merecedora das críticas doutrinárias:

No campo da teoria geral do estabelecimento, não há como justificar esta regra. Criou-se uma indevida vinculação entre um bem integrante do patrimônio do empresário e a subjetiva responsabilidade pelo pagamento de débitos. Confundiram-se os conceitos de sujeito e objeto de direito, de estabelecimento e patrimônio do empresário, numa regra que, de tão desvinculada dos princípios aplicáveis à matéria, não encontra nenhuma espécie de justificativa jurídica. O defeito de técnica está tão evidente que a própria crítica fica prejudicada. (TOKARS, 2006, p. 120)

A alienação do estabelecimento empresarial não significa, necessariamente, que o empresário vendedor cessará o exercício de suas atividades ou que não possuirá patrimônio suficiente para arcar com seus débitos, ainda que o estabelecimento seja o único do empresário. Tratar o trespasse, de tal forma, implica, na verdade, em se presumir uma venda fraudulenta e, quiçá, um conluio entre alienante e adquirente, o que, certamente, não é a tarefa do legislador, principalmente quando a conjectura é contrária ao princípio de presunção de boa-fé que rege o ordenamento. Enquanto a boa-fé se presume, a má-fé se comprova (MARINS, 1999, p. 143).

A regra cria a possibilidade, reprovável, do credor do alienante buscar a satisfação do seu crédito diretamente em face adquirente, já que em sendo solidária a responsabilidade pelo pagamento dos débitos (pelo período de um ano), o credor poderá optar contra qual devedor solidário quer buscar o seu crédito.

Tais transtornos, decorrentes da evidente falta de proteção ao empresário investidor e empreendedor, aqui adquirente do fundo de empresa, certamente reduzirão a quantidade de investimentos voltados a tal modalidade negocial.

Não se é ingênuo ao ponto de crer que inexistem fraudes em negócios envolvendo trespasse. No entanto, em tais casos o credor já possuía instrumentos voltados à desconstituição dos negócios realizados em detrimento da satisfação do crédito (artigos 159 e 165 do Código Civil, artigos 593, inciso II, e 600, inciso I, ambos do CPC, além da ação revocatória e declaratória de ineficácia, no âmbito falimentar), sem que fosse necessária a edição de uma nova norma superprotetora e que desequilibra o sistema de tutelas dos bens jurídicas em jogo.

Importante analisar, ainda, que sendo único o estabelecimento do empresário, a assunção de débito pelo adquirente, segundo a norma em análise, abrangerá a totalidade de débitos escriturados. “Somente os débitos não escriturados (...) permanecem de exclusiva responsabilidade por aquele que os assumiu” (TOKARS, 2006, p. 179). Por outro lado, havendo mais de um estabelecimento, “apenas os débitos vinculados ao fundo trespasado são atingidos pela nova regra jurídica” (TOKARS, 2006, p. 179).

Tais ensinamentos doutrinários são de suma importância. Isto porque, existindo pluralidade de estabelecimentos e restringindo-se o trespasse a apenas um deles, será difícil, senão impossível, a apuração dos débitos vinculados ao estabelecimento objeto do negócio jurídico de compra e venda. Tampouco a escrituração poderá socorrer o adquirente, já que esta, em regra, diz respeito ao passivo do empresário e não ao passivo de um de seus bens (o estabelecimento). Não há norma que imponha ao empresário a especificação dos débitos vinculados a determinado estabelecimento, daí surgindo mais um problema criado pelo legislador ao confundir sujeito de direito (empresário) com objeto de direito (estabelecimento).

Tal situação eleva os riscos daquele que está adquirindo um, dentre vários, estabelecimentos do empresário vendedor, pois há insegurança quanto aos débitos que serão

sucedidos. Deste modo, como antes ressaltado, cria-se um desestímulo ao negócio de trespasse, gerando reflexos econômicos negativos.

DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DO TRESPASSE E A NOVA LEI DE FALÊNCIA

A declaração judicial de ineficácia¹⁰, perante o terceiro credor, do negócio jurídico de transferência do estabelecimento, era instituto estudado pelo direito falimentar, com previsão no art. 52, inciso VIII, do Decreto-lei nº 7.661/45, atualmente previsto na nova lei de falência nº 11.101/2005, em seu artigo 129, inciso VI:

São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: (...) VI - a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos.

Tendo-se por base que o procedimento falimentar é um processo de execução coletiva, podem existir atos que afetem seu perfeito desenvolvimento, inviabilizando o alcance de seu fim (pagar os credores), de modo que neste contexto ganha importância a ação revocatória em sentido amplo, cujo objetivo é “reconstruir o patrimônio agora da massa falida objetiva (exatamente nos mesmos termos da legislação italiana), indevidamente alienado pelo devedor” (CLARO, 2006, p. 98). A restituição de bem à massa falida pode se dar por meio de ação de ineficácia do ato, independentemente da existência de intuito fraudulento, nas hipóteses taxativas do art. 129 da 11.101/2005, ou perquirindo-se a intenção de causar prejuízos e fraudar a massa, invocando, então, a revocatória, propriamente dita, do art. 130 da referida lei.

A ação declaratória de ineficácia relativa pode ser utilizada, inclusive, para obter-se a ineficácia do ato, do devedor falido, de transferência de seu estabelecimento empresarial (art. 129, VI, da Lei 11.101/2005).

¹⁰ A declaração produz efeitos no plano da eficácia, ou seja, com a declaração judicial o negócio jurídico de trespasse passa a não produzir efeitos em relação ao credor prejudicado com a transferência do estabelecimento. No entanto, o negócio continua a produzir efeitos *inter partes*, não havendo interferência nos planos da validade e existência do negócio.

⁶⁸ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 3, n. 1, p. 47-81, jan./jun. 2007

No entanto, de instituto de aplicação em procedimento falimentar, passou, por força do advento do código civil de 2002, a ser meio capaz de ser invocado pelos credores do empresário alienante, ainda que este não esteja sofrendo os efeitos de um processo falimentar.

Assim dispõe o art. 1.445 do código civil: “Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expreso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação”.

Algumas observações fazem-se pertinentes. Primeiramente, quanto à nova lei de falência, é de se observar que o legislador optou por incluir a alienação do estabelecimento empresarial dentre as hipóteses de ineficácia cujo reconhecimento independe de prova do intuito de fraudar (*concilium fraudis*).

O segundo aspecto diz respeito à ausência de fixação, pela lei, de um lapso temporal dentro do qual a transferência do estabelecimento pelo empresário falido poderia ser declarada ineficaz. Nota-se que quando a declaração de ineficácia está limitada a determinado período (termo legal, por exemplo), o legislador, assim, expressamente consignou, como ocorre com as hipóteses dos incisos I, II, III, IV e V do artigo 129 da nova lei de falência. “Em outros termos, a alienação do estabelecimento pode ser questionada mesmo que o ato de transferência tenha ocorrido antes do termo legal da falência” (CLARO, 2006, p. 117).

O mesmo já ocorria na hipótese de ineficácia da transferência do estabelecimento existente na lei anterior (Decreto-Lei nº 7.661/45, art. 54, inciso VIII), rendendo críticas daqueles que acreditavam que a declaração de ineficácia do ato deveria ficar limitada ao termo legal¹¹.

Parece-nos que, não obstante a falha da lei, a venda ou transferência de estabelecimento, que se declara ineficaz, somente pode ser aquela realizada dentro do termo legal fixado pela sentença de abertura da falência; não, porém, aquela realizada mais remotamente, ainda que ao seu tempo existissem bens suficientes para a solução do passivo, havendo, no momento da abertura da falência, credores que já o eram ao tempo da alienação. (CAHALI, 2002, p. 790).

¹¹ Os incisos I, II e III, do art. 129, da Lei nº 11.101/2005, descrevem os atos tidos como ineficazes em relação à massa falida quando ocorridos dentro do termo legal da falência, ou seja, atos realizados no período determinado pela sentença que decretou a quebra do devedor-empresário, que corresponde à data do primeiro protesto por falta de pagamento, retroagindo seus efeitos até noventa dias antes (Lei de Falência - art. 99, II). A doutrina ensina que: “podemos chegar à conclusão de que os atos praticados dentro do termo legal são presumidamente fraudulentos porque a lei assim os considera, uma vez que ela própria estabeleceu que esses atos são ineficazes relativamente à massa, tenha ou não o contraente conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar os credores.” (LEONEL, 1942, p. 48)

Insistindo-se na defesa de um equilíbrio das tutelas em jogo, melhor seria que o legislador da nova lei de falências tivesse limitado a declaração de ineficácia ao período de suspeição. Isto porque, ainda que a intenção seja a de proteger a massa falida e, por conseqüência, conseguir o pagamento dos credores do falido, tal objetivo poderia ser atingido mesmo com a ineficácia da venda limitada a determinado período, diminuindo-se, neste particular, os riscos do empresário adquirente do fundo e limitando, um pouco, a insegurança que o empresário empreendedor vive quando contrata a compra do estabelecimento.

Ainda quanto ao tema da transferência do estabelecimento na nova lei de falências, é de se destacar o tratamento jurídico dispensado a tal negócio, quando ocorrido durante a recuperação judicial. A nova lei, aqui, deixa claro que não se aplicará o disposto no art. 1.446 do Código Civil em vigor, ou seja, não haverá sucessão do passivo quando a venda do estabelecimento fizer parte do plano de recuperação judicial¹². É o que se conclui da leitura conjunta dos artigos 60 e seu parágrafo único, 141, inciso II e 142, todos da Lei 11.101/2005.

E tal disposição é plenamente justificável. Não seria razoável que o arrematante do estabelecimento alienado num plano de recuperação judicial que visa salvar o empresário com dificuldades econômicas sucedesse tais problemas do empresário alienante. A arrematação do estabelecimento do empresário em dificuldades está assegurada, de modo que não haja riscos ao arrematante. Com a redução dos riscos garante-se a obtenção de um preço mais próximo ao real valor dos bens alienados. Facilitando-se esta modalidade negocial (transferência de estabelecimentos), ainda que apenas aqui no âmbito do direito falimentar, o legislador acaba preservando a manutenção da empresa.

Mas, retornando às hipóteses em que há a possibilidade de se reconhecer a ineficácia da venda do estabelecimento, em prejuízo ao empresário adquirente, observa-se que por força do advento do código civil de 2002, a declaratória de ineficácia de alienação do estabelecimento passou a ser meio capaz de ser invocado pelos credores do empresário alienante, ainda que este não esteja sofrendo os efeitos de um processo falimentar.

Segundo o artigo 1.145 do novo Código Civil, na alienação do estabelecimento, o alienante deve possuir bens suficientes para o pagamento das dívidas contraídas, existentes até a data da alienação. Se o ativo do empresário for inferior ao seu passivo, a venda somente

¹² Entre as principais novidades introduzidas pela nova lei de falência está a possibilidade de recuperação judicial da empresa, com o fim de auxiliá-la, retirando-a da crise econômico-financeira. Essa inovação talvez demonstre a preocupação do legislador com o empresário, enquanto empreendedor gerador de empregos, pagador de tributos, e circulator da economia.

poderá ser realizada se todos os credores consentirem com a transação. Para tanto, o empresário alienante deverá notificar todos os credores acerca da negociação. Havendo oposição, o processo de alienação somente poderá se concretizar caso haja o pagamento de todo o passivo (FIUZA, 2005, p. 1054).

Destaca-se que a melhor leitura a ser dada ao dispositivo em questão é a de que se refere a débitos anteriores a transferência, ou seja, apenas os credores com obrigações contraídas antes da alienação do estabelecimento é que podem valer-se da efetividade do artigo 1.145 do código civil. Se o adquirente do estabelecimento responde apenas por débitos anteriores à transferência (artigo 1.146), não seria razoável que ainda corresse o risco de ter tirado o estabelecimento adquirido por dívida contraída pelo alienante, posteriormente à negociação.

Aliás, pertinente destacar o ensinamento da doutrina acerca do interesse de agir do credor ao invocar o artigo comentado:

A declaração de ineficácia do negócio de transferência do fundo somente poderá aproveitar aos credores cujos créditos não tenham sido abrangidos pela sucessão do passivo, já que estes não apresentam interesse de agir na invocação da norma presente no art. 1.145 do Código Civil. (TOKARS, 2006, p. 190).

Mas, ainda assim, o que se evidente novamente é a prevalência na tutela ao credor. A questão, aqui, gira em torno da presunção de fraude. O dispositivo mencionado não exige prova da tentativa de fraudar credores com a alienação do estabelecimento pelo alienante já insolvente, ou reduzido à insolvência pela venda. Esquece-se, o legislador, que o adquirente deveria ser tratado, por presunção, como terceiro de boa-fé e somente sofrer os efeitos da expropriação pela ineficácia do negócio se demonstrado que anuiu à alienação fraudulenta, em detrimento dos credores do alienante.

O Projeto de Lei nº 7.160/2002 que propõe inúmeras alterações ao código civil abrangendo vários artigos, acrescentaria à redação do artigo 1.145 a ressalva de que a disposição nele contida aplicar-se-ia sem prejuízo do que prevêm os artigos 158 e 165 do mesmo código.

Ora, melhor seria que a transferência do estabelecimento empresarial fosse regulada pelo instituto da fraude contra credores (artigos 158 a 165 do código civil), a qual requer ação própria para o seu reconhecimento (pauliana) e exige prova da insolvabilidade do devedor

(“*eventus damni*”) e do “*consilium fraudis*”. A proposta do mencionado projeto não trás grandes contribuições, pois mantém o desequilíbrio das tutelas, favorecendo o credor.

No entanto, ao dispensar a prova do intuito fraudulento, presumindo pela má-fé também do adquirente do estabelecimento e possibilitando a declaração de ineficácia de forma incidental (dispensando ação própria, ao que se percebe pela forma como foi tratado pelo artigo 1.145), o legislador contribui sensivelmente para o aumento da insegurança jurídica no negócio de trespasse.

ARRENDAMENTO DO FUNDO

Pode o estabelecimento ser objeto de arrendamento, negócio pelo qual o titular do estabelecimento cede, temporariamente, a outro empresário, a exploração, por conta e risco deste, da atividade econômica desenvolvida.

Ao contrário do que ocorre, por exemplo, em Portugal, na França e na Itália, inexistente no ordenamento jurídico pátrio regulamentação legal desta modalidade de transferência do fundo de empresa, havendo, apenas, menções esparsas à existência deste negócio jurídico, tais como as do artigo 52, § 1º, da Lei 8.245/91, dos artigos 1.144 e 1.147 do Código Civil e do artigo 50, inciso VII, da Lei 11.105/2006.

No arrendamento (*‘affitto’*) do estabelecimento, segundo o código civil italiano, o locador deve entregá-lo ao arrendatário, com seus acessórios e pertencas, em condições de servir à sua função produtiva (art. 1.617). 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 aos 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) (BARRETO FILHO, 1988, p. 266).

No que se refere à previsão indireta do arrendamento na lei de locações, Fábio Tokars (2006) ensina que a exceção de retomada do imóvel, existente na lei de locações, pode ser exercida pelo locador, ainda que este esteja retomando o bem para desenvolvimento da mesma atividade econômica do locatário, sem que isso implique em obrigação de indenizar:

Bem sabemos que o locatário que reúne os requisitos legais (...) pode intentar ação de renovação do contrato de locação. Mas este direito não é absoluto, podendo ser afastado no caso de o locador invocar exceção de retomada. Uma das exceções, prevista no art. 52, II, é a de que o locador não está obrigado a renovar o contrato ‘se o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de

comércio existente há mais de um ano (...). Neste caso, o locador deveria ou desenvolver atividade diversa da praticada pelo locatário, ou pagar a este indenização relativa à valorização do ponto. Mas, na específica hipótese em que a locação também envolve o estabelecimento, tal regra restritiva não incide sobre o locador, que pode retomar o imóvel e continuar a desenvolver a mesma atividade, sem estar obrigado ao pagamento de indenização ao antigo locatário (TOKARS, 2006, p. 136).

Ou seja, a proibição de que o locador venha a retomar o imóvel e exercer a mesma atividade econômica ali exercida pelo locatário (art. 52, inciso II, da Lei 8.245/91) não se aplica para a hipótese em que o imóvel é um dos elementos do estabelecimento arrendado, de modo que, assim, sendo, o arrendante poderá retomar o seu empreendimento e continuá-lo sem qualquer óbice (art. 52, § 1º, da lei). Pertinente destacar que Fábio Tokars (2006, p. 137) chama a atenção para o problema decorrente da ausência de legislação prevendo a hipótese de valorização do aviamento do fundo pela competência administrativa do arrendatário e o enriquecimento indevido do arrendante, que receberá, ao término do negócio, o estabelecimento sobrevalorizado, sem que seja indenizado por isso.

A necessidade de uma maior atenção ao contrato de arrendamento do estabelecimento, tanto por parte da doutrina quanto da legislação, decorre de sua importância econômica, enquanto instrumento de circulação de riquezas, preservação e observância da função econômica e social da empresa.

Basta analisar a utilidade de tal modalidade negocial no âmbito do direito falimentar, em que muitas vezes o fechamento da empresa impede a exploração lucrativa de elementos que constituíam o estabelecimento. Considerando tais circunstâncias é que se previu a possibilidade de arrendamento do estabelecimento, como meio de recuperação judicial (artigo 50, inciso VII, da nova Lei de Falência). Desta forma, poder-se-á resguardar uma sobrevivente capacidade lucrativa do empreendimento, evitando a perda de uma importante fonte de renda para os próprios credores do empresário, geradora de empregos e arrecadadora de impostos.

Numa primeira análise, a transferência do estabelecimento por meio do contrato de arrendamento, apresenta-se como uma possível alternativa, com menores riscos para o empresário empreendedor.

Isto porque, enquanto arrendatário, não estará sujeito, no âmbito falimentar, à sucessão de débitos do arrendante, por aplicação necessária dos artigos 60, § único, 141, inciso II e 142, todos da Lei 11.101/2005.

Também não poderá, ao arrendante, ser aplicada a nova regra do código civil, atinente à sucessão do passivo (artigo 1.146), já que o dispositivo em questão tem sua aplicabilidade limitada à transferência por compra e venda do estabelecimento, tanto que faz menção às figuras do adquirente e do alienante.

Quanto à declaração de ineficácia do ato de transferência do estabelecimento pelo arrendamento, o empresário arrendatário viria, também, uma redução dos riscos e da insegurança jurídica, se comparada tal modalidade negocial com a compra e venda do estabelecimento. Isto porque, também não se aplicaria ao arrendamento do estabelecimento a regra geral do artigo 1.145 do código civil em vigor, já que tal dispositivo refere-se especificamente à “eficácia da alienação do estabelecimento”, não mencionando outras modalidades de transferência do fundo, tais como o arrendamento.

Por outro lado, o empresário estaria sujeito, ainda, à declaratória de ineficácia do artigo 129, inciso VI, da Lei de Falência, pois esta, ao contrário da lei civil, é mais abrangente, abarcando a venda “ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores” da massa falida.

Créditos de natureza trabalhista e tributária, no entanto, poderiam ser entendidos como abrangidos pela transferência do estabelecimento por arrendamento. Isto porque, como já visto, a intenção do legislador do art. 133 do Código Tributário foi abranger o maior número de hipóteses possíveis voltadas a resguardar a satisfação do crédito fiscal.

De igual forma, ainda que os artigos 10 e 448 da CLT não façam menção expressa à transferência de exploração do estabelecimento, os tribunais, já há algum tempo, encarregaram-se de incluir nas concepções de sucessão trabalhista a hipótese de arrendamento, ainda que as terminologias empregadas levem, às vezes, a confusões entre os conceitos de empresa, estabelecimento, sujeito e objeto de direito.

EMENTA: SUCESSÃO TRABALHISTA – CONTRATO DE ARRENDAMENTO – CONFIGURAÇÃO – Segundo a moderna doutrina e jurisprudência, não existe qualquer óbice à incidência das regras contidas nos arts. 10 e 448 da CLT nas hipóteses de arrendamento de empresas ou estabelecimentos. In casu, a sucessão trabalhista opera-se em relação ao novo titular provisório do estabelecimento, sendo que, uma vez desfeito o contrato de arrendamento, retorna ao pólo passivo da relação a antiga pessoa física ou jurídica originariamente arrendante. (BRASIL - TRT 12ª R. – AG-PET 04956-2001-026-12-00-7 – (13803/2002) – Florianópolis – 3ª T. – Relª Juíza Gisele Pereira Alexandrino – J. 03.12.2002)

EMENTA: SUCESSÃO TRABALHISTA – ARRENDAMENTO – 1. Na hipótese de sucessão de empresas, a responsabilidade quanto a débitos e obrigações trabalhistas recai sobre o sucessor, nos termos dos artigos 10 e 448 da CLT, em face

do princípio da despersonalização do empregador. 2. Apresenta-se irrelevante o vínculo estabelecido entre sucedido e sucessor bem como a natureza do título que possibilitou ao titular do estabelecimento a utilização dos meios de produção nele organizados. 3. Dá-se a sucessão de empresas nos contratos de arrendamento, mediante o qual o arrendatário ocupa-se da exploração do negócio, operando-se a transferência da unidade econômico-jurídica bem como a continuidade na prestação de serviços. 4. Recurso de revista de que não se conhece, no particular. (BRASIL - TST – RR 46701/2002-900-12-00.3 – 1ª T. – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 03.02.2006)

E, como ressalta a doutrina, embora esses dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas não tenham previsão específica para a contratação do arrendamento entre empresários, “outorgam, não obstante, tutela genérica aos casos de alteração na estrutura jurídica, sugerindo, inclusive sucessão”. E conclui que “os contratos de trabalho aderem à base física da empresa, a fim de garantir a continuidade do emprego” (POSTIGLIONE, 2006, p. 221).

PROIBIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

A proibição ao alienante do estabelecimento empresarial de não concorrer com o adquirente, chamada de cláusula de não-restabelecimento, hoje prevista no artigo 1.147 do Código Civil, possui total relação com clientela, a qual, ainda que não seja elemento integrante do estabelecimento, constitui-se em importante fator de avaliação do potencial lucrativo do fundo.

Art. 1147. 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.

Ou seja, quando a lei proíbe que o adquirente se restabeleça, está impondo ao vendedor ou arrendante do fundo (dependendo da modalidade negocial) que reinicie a mesma atividade exercida, em concorrência ao adquirente ou arrendatário.

Como ensina Rubens Requião:

Assim, logo que se esboçou o direito relativo ao fundo de comércio e se aprimorou a tutela da chamada propriedade industrial (bens imateriais), percebeu-se que, no final, a proteção jurídica se dirigia efetivamente para a clientela. A concorrência feita com processos desonestos, violando os preceitos da boa fé e da lealdade que devem ser

inerentes ao comércio, era sempre dirigida, direta ou indiretamente, para conquista da cliente alheia. (1998, p. 314)

Para evitar atos que pudessem gerar concorrência desleal e prejuízo ao empreendedor que recebesse, por transferência, o fundo de comércio, é que se tornou regra a proibição de concorrer, por parte do cedente, como se vê da leitura do dispositivo do novo código civil, antes transcrito.

No entanto, nem sempre foi assim. Procurava-se preservar a clientela dispondo em cláusula convencional expressa do instrumento de trespasse que o empresário cedente estaria proibido de organizar novo fundo de comércio. Rubens Requião (1998, p. 320) ensina que tal cláusula se fazia necessária na medida em que “não se considera, pelo menos no direito brasileiro, implícita [tal cláusula] como obrigação do vendedor”.

Na verdade, como bem lembra referido doutrinador, na origem da discussão sobre a possibilidade de se concorrer, merece destaque o emblemático caso do início do século passado¹³, envolvendo Rui Barbosa, pelo qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que a proibição ao exercício de determinado ramo de comércio não se presume. Ela deveria ser expressa, caso contrário não haveria óbice ao alienante em restabelecer-se no ramo de atividade, sob pena de ofensa ao princípio da livre concorrência (REQUIÃO, 1998, p. 321).

O novo regramento consolidou, então, o que parte da doutrina já defendia, ou seja, que o cedente deve abster-se de concorrer com o adquirente, caso não haja expressa autorização contratual. A tese era assim interpretada pela jurisprudência:

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

¹³ Trata-se do caso gênese desse entendimento, do longínquo ano de 1913, que se tornou célebre pois litigavam a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, representada pelo renomado jurista José Xavier Carvalho de Mendonça, e Companhia Paulista de Aniagens e o conde Álvaro Penteado, com causa patrocinada por ninguém menos que Rui Barbosa. Este último efetuou a venda e, posteriormente, restabeleceu-se, vindo a lograr êxito na ação, pela qual restou assegurado aos réus o direito de livre concorrência.

⁷⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 3, n. 1, p. 47-81, jan./jun. 2007

do próprio dever que ao vendedor incumbe de não perturbar o uso e gozo do estabelecimento comercial pelo comprador. (RT 151/2809-1).

E tal conclusão advinha da análise do artigo 214 do Código Comercial (“O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma”), dispositivo este atualmente revogado pela parte especial do código civil que trata do direito de empresa, bem como da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, já que não seria razoável que o cedente, além de lucrar com a alienação ou arrendamento do estabelecimento, ainda viesse a usufruir da mesma cliente, ao exercer de forma concorrente, a mesma atividade, no mesmo local.

Pelo novo código civil, o empresário alienante não pode, salvo autorização expressa, antes do decurso de cinco anos, abrir novo estabelecimento, que, pela atividade, localização ou circunstâncias outras, acabe por desviar a clientela do estabelecimento transferido. A nova regra, por força do parágrafo único do artigo 1.147 é estendida, também, aos contratos de exploração do estabelecimento, sendo que, nesta hipótese, a proibição persiste durante o prazo do contrato, até o limite máximo de cinco anos.

CONCLUSÃO

Separando-se as concepções de empresa (conceito mais amplo e abstrato) e de estabelecimento, conclui-se ser este um dos elementos integrantes daquela; o instrumento pelo qual se dá o exercício da atividade empresarial, não restrito apenas ao local da atividade do empresário, mas abrangendo tudo o que for imprescindível ao desenvolvimento da atividade econômica.

Para definição dos elementos que integram o estabelecimento, é possível traçar três critérios que, se presentes cumulativamente, indicarão que dado bem faz parte do fundo de empresa. São eles: o da destinação funcional ou funcionalidade, o da titularidade e o da transferência.

Com base em tal critério, é possível solucionar confusões corriqueiras, chegando às conclusões de que o nome empresarial não é elemento do fundo (por não ser suscetível de cessão), sendo forma de identificação do sujeito (empresário) e não do objeto (estabelecimento); a clientela, por não estar sujeita ao domínio ou titularidade do empresário,

também não integra o estabelecimento; e os contratos, mesmo os de trabalho, mostrando-se necessários ao desenvolvimento da atividade (funcionalidade), integram o fundo de empresa.

O advento do novo código civil representa importante marco normativo, pois se propôs a regulamentar o estabelecimento empresarial, constituindo-se regras quanto à sua transferência (trespasse) e disposições atinentes à publicidade do negócio, cessão de contratos, sucessão de débitos e proibição de concorrência.

No que tange à transferência dos contratos empresariais, o legislador, com intuito de relativizar a autonomia da vontade em defesa do interesse coletivo, consistente na manutenção da unidade econômica do estabelecimento (TOKARS, 2006, p. 194), previu a sub-rogação do adquirente do fundo, nos contratos empresariais existentes. No entanto, tal norma (artigo 1.148) acabou esvaziada de eficácia, na medida que contém em si a possibilidade de se excepcionar sua aplicação, mediante pactuação expressa em sentido contrário. Tal conclusão ganha reforço se considerado que a locação (exemplo, por excelência, de pactuação que deveria estar incluída pela norma da sub-rogação) constitui-se em contrato cuja regulamentação continuará sujeita à lei própria, ou seja, não abarcada pelo artigo 1.148 do novo código civil, por força do que dispõe o artigo 2.036 do mesmo diploma. E, a legislação específica (Lei 8.245/91), em seu artigo 13, dispõe que a cessão da locação depende do consentimento expresso do locador, tornando ainda mais ineficaz o novo regramento trazido pelo código civil em vigor.

As críticas são ainda maiores se analisado o desequilíbrio das tutelas entre o empresário empreendedor e o credor do fundo de empresa, decorrentes das disposições atinentes à sucessão do passivo e possibilidade de reconhecimento da ineficácia do trespasse.

Quanto à sucessão do passivo, conclui-se pela existência de diversas formas de responsabilização do adquirente do fundo, dependendo da natureza da obrigação do terceiro credor. Em se falando de crédito tributário, o adquirente responderá sozinho e integralmente pela obrigação fiscal se o alienante cessar a atividade e, subsidiariamente, se persistir na exploração da empresa.

Mas, enquanto no âmbito tributário o adquirente poderá ter sua responsabilização limitada à hipótese subsidiária (para o caso de continuidade no exercício da atividade empresarial), no âmbito trabalhista sua responsabilidade será sempre única e integral, com a isenção do alienante do dever de arcar com os créditos trabalhistas, ainda que oriundos do período em que o estabelecimento estava em seu poder (alienante) e ainda que este permaneça

exercendo a empresariedade. Tal posição dos tribunais trabalhistas é merecedora de críticas, já que não parece ter sido esta a intenção do legislador, já que em momento alguma a lei isenta o real empregador (que se valeu da força de trabalho dos credores) do pagamento das dívidas por ele mesmo contraídas. E a terceira forma de responsabilização do adquirente é aquela imposta para as obrigações civis em geral, de forma solidária em relação ao alienante, pelo período de um ano e, exclusiva e integral, após este período.

Ora, a conclusão não é outra senão a de que a lei foi pouco razoável ao transferir ao adquirente do fundo as dívidas do alienante, apenas porque se comprou um bem deste (recordando-se que o estabelecimento é objeto e não sujeito de direito), presumindo eventual fraude nesta modalidade negocial, quando na verdade é possível que o alienante possua patrimônio e possa responder por suas dívidas.

O desequilíbrio entre as tutelas jurídicas do empresário empreendedor, adquirente do fundo, e o terceiro credor fica ainda maior quando verificada a possibilidade criada pelo artigo 1.445 do novo código civil, de se declarar ineficaz a venda, hipótese esta só contemplada, anteriormente, de forma expressa, apenas pela lei de falência. E mesmo no processo falimentar, tal previsão já era merecedora de críticas, melhor sendo interpretada se restrita sua aplicabilidade tão somente ao período de suspeição. Não satisfeito, o legislador trouxe aos credores de obrigações civis em geral a possibilidade de se utilizarem de tal pleito caso inexistam bens do alienante capazes de garantir a satisfação de seus créditos, não exigindo prova da fraude (como ocorre com a ação pauliana, por exemplo), o que, sem dúvida, aumenta ainda mais os riscos para aquele empreendedor que pretende adquirir um estabelecimento empresarial.

Interpretação mais favorável merece ser aplicada quando da transferência do estabelecimento por arrendamento, de modo a criar-se uma alternativa com menores riscos ao empresário empreendedor. Enquanto arrendatário, não estará sujeito à declaração de ineficácia, por expressa exclusão contida nos artigos 60, § único, 141, inciso II, e 142, todos da Lei 11.101/2005. Também não lhe poderá ser aplicada à regra de sucessão do passivo e de declaração de ineficácia, já que os artigos 1.145 e 1.146 do código civil falam apenas em compra e venda do estabelecimento.

Tal conclusão ganha reforço, na medida em que ao arrendatário aplica-se a proteção esculpida no artigo 1.147 do novo código, que proíbe a concorrência pelo cedente, por período de cinco anos.

É sabido que uma empresa ativa, além de indispensável para a circulação de riquezas, representa também segurança social, de modo que o Estado deve trazer equilíbrio às relações jurídicas, incentivando a manutenção de estabelecimentos em funcionamento e, com isso, preservando empregos e arrecadando tributos. Tal incentivo, no âmbito jurídico, pode ser dado pela regulamentação adequada e não-desproporcional dos negócios envolvendo a transferência do estabelecimento, facilitando-se a variabilidade de operações, despreocupadas de fórmulas burocráticas, desprovida de conjeturas fraudulentas e em atenção aos usos e costumes a que o legislador precisa levar em conta.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- BRITO, Alexandre Aguiar de. A Questão da responsabilidade, por sucessão '*inter vivos*', no contrato de trespasse. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 120, out./dez. 2000.
- CAHALI, Yussef Said. **Fraude contra credores**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, ed., 2002.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972. v. 1.
- CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória falimentar**: de acordo com a nova lei de falências. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FÉRES, Marcelo Andrade. Efeitos do trespasse do estabelecimento sobre o contrato de locação do respectivo ponto empresarial. **Repertório IOB de Jurisprudência**, v. 3, n. 24, 2004.

FERREIRA, Waldemar. **Instituições de direito comercial**. São Paulo: Freitas Bastos, 1944. v. 2.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRIED, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LEONEL, Jayme. **Da ação revocatória no direito de falência**. São Paulo: RT, 1942.

LUCCA, Newton de. A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil. In.: **Direito Empresarial Contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MAGALHÃES, Barbosa de. **Do estabelecimento comercial**. Lisboa: Edições Ática, 1964.

MARINS, James. O Código de Defesa do Contribuinte - Projeto de Lei Complementar nº 646, de 1999. **Revista de Estudos Tributários**, n. 19, maio/jun. 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

POSTIGLIONE, Marino Luiz. **Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais**. São Paulo: Manole, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

ROSADO, Ruy (org.). **III Jornada de direito civil**. Brasília: CJF, 2004.

TOKARS, Fábio. **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: LTr, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIVANTE, Cesare. **Tratado de direito mercantil**. Madrid: Editorial Réus, 1936.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.