

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**CONTRATO DE TRESPASSE: UM ESTUDO Á LUZ DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Fábio Gabriel de Oliveira

Belo Horizonte
2009

Fábio Gabriel de Oliveira

**CONTRATO DE TRESPASSE: UM ESTUDO Á LUZ DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta.

**Belo Horizonte
2009**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48c Oliveira, Fábio Gabriel de
Contrato de trespasse: um estudo á luz da análise econômica do direito / Fábio Gabriel de Oliveira. Belo Horizonte, 2009.
138f.

Orientador: Eduardo Goulart Pimenta
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito - Brasil. 2. Direito empresarial. 3. Contrato comercial. 4. Análise econômica. I. Pimenta, Eduardo Goulart. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 347.7

Fábio Gabriel de Oliveira

Contrato de trespasse: um estudo á luz da Análise Econômica do Direito.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Privado.

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta (orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Rodrigo de Almeida Magalhães – PUC Minas

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel – FUMEC

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2009.

RESUMO

Este trabalho procurou analisar o estabelecimento e o seu contrato de alienação, o contrato de trespasse. O seu objetivo foi tentar descrever de forma detalhada o que é o objeto do contrato, o estabelecimento, e quais são os efeitos jurídicos e econômicos da sua transferência onerosa. O estudo aborda tanto a legislação civil, quanto na legislação falimentar e procura subsídios para suas conclusões baseando-se em vasta pesquisa bibliográfica. Para alcançar o objetivo de entender as consequências econômicas da transferência do estabelecimento, se vale da metodologia de Análise Econômica do Direito, método de estudo que busca conciliar as normas jurídicas ao pragmatismo e a eficiência da Economia. Ao pesquisar a alienação do estabelecimento, no atual contexto legal, percebemos que a eficiência e o desenvolvimento nacional não foram privilegiados em todas as normas que regulam o tema. Concluímos que a alienação do estabelecimento deve ser um mecanismo de estímulo à inserção de novos agentes no mercado e um instrumento de preservação da empresa e maximização do ativo. Contudo, a atual lei desestimula o empreendedorismo, pois impõe muitas formalidades para a eficácia do contrato e severas consequências obrigacionais. Diante disso, sugerimos mecanismos conciliar a lei civil e a lei falimentar e maximizar a eficiência econômica da alienação do estabelecimento.

Palavras-chave: Direito Brasileiro. Direito Empresarial. Estabelecimento Empresarial. Contrato de Trespasse.

ABSTRACT

This study sought to examine the goodwill of trade and the contract of his sale. The aim was to try to describe in detail what is the object of the contract, the goodwill of trade, and what the legal and economic aspects of his transfer are. The study addresses both the civil law, as in bankruptcy laws and subsidies for their conclusions based on extensive literature search. To strike the understanding economic consequences of the transfer of the business, we use the methodology of economic analysis of law, method of study that seeks to reconcile the legal doctrine with the pragmatism and efficiency of the economy. When researching the sale of goodwill of trade, in the present legal context, we see that the efficiency and national development were not privileged in all the rules. We conclude that the sale of goodwill of trade must be a mechanism to stimulate the insertion of new market entrants and increase the preserving of the firm and maximizing the wealth in circulation. However, current law discourages entrepreneurship; it requires many formalities for the validity of the contract and severe dividends consequences. Given this, we suggest mechanisms to reconcile civil law and bankruptcy law and maximize the economic efficiency of transfer of goodwill of trade.

Key Words: Brazilian Law. Business Law. Goodwill of a trade. Sale of goodwill of trade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--|
| Art. | Artigo |
| CC | Código Civil |
| CLT | Consolidação das Leis Trabalhistas |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CTN | Código Tributário Nacional |
| INPJ | Instituto Nacional da Propriedade Industrial |
| LL | Lei de Locações |
| LRE | Lei de Recuperação de Empresas |
| LSA | Lei das Sociedades Anônimas |
| SFAC | <i>Statements of Financial Accounting Concepts</i> |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 09 |
| 2 O CONTEXTO MACROECONÔMICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O MERCADO..... | 11 |
| 2.1 A importância do Contrato de Trespasse..... | 11 |
| 2.2 O mercado..... | 12 |
| 2.3 O Estado Democrático de Direito e o Direito Empresarial..... | 15 |
| 3 FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO..... | 18 |
| 3.1 A Análise Econômica do Direito..... | 18 |
| 3.2. Análise econômica positiva e normativa do direito..... | 20 |
| 3.3 Realismo do método e individualismo humano..... | 21 |
| 3.4 A Escassez e a Eficiência..... | 24 |
| 3.5 Custos de Transação..... | 29 |
| 3.6 Externalidades..... | 30 |
| 3.7 Custo dos Direitos e Escolhas Trágicas..... | 31 |
| 3.8 Teoria dos jogos..... | 32 |
| 4 O ESTABELECIMENTO..... | 34 |
| 4.1 Os perfis da empresa..... | 34 |
| 4.2 O conceito de estabelecimento..... | 36 |
| 4.3 Nomenclatura..... | 39 |
| 4.4. Pluralidade de Estabelecimentos..... | 41 |
| 4.5 Distinção entre estabelecimento e patrimônio..... | 44 |
| 4.6 A natureza jurídica do estabelecimento..... | 48 |
| 4.7 A composição do estabelecimento..... | 57 |
| 4.7.1 <i>O Complexo de Bens</i> | 57 |
| 4.7.1.1 Bens Corpóreos | 58 |
| 4.7.1.1.1 Os Bens Móveis..... | 59 |
| 4.7.1.1.2 Os Bens Imóveis..... | 60 |
| 4.7.1.2 Bens Incorpóreos | 61 |
| 4.7.1.2.1 As Propriedades Industriais..... | 62 |
| 4.7.1.2.2 O Nome de Domínio..... | 64 |
| 4.7.1.2.3 O Crédito..... | 65 |
| 4.7.1.2.4 O Ponto Empresarial..... | 67 |
| 4.7.1.2.5 O Título do Estabelecimento..... | 70 |
| 4.7.2 <i>A Organização</i> | 73 |
| 4.7.2.1 O Aviamento | 73 |
| 4.7.2.2 O Valor Intangível do Aviamento | 75 |
| 5 O CONTRATO DE TRESPASSE NO DIREITO BRASILEIRO..... | 80 |
| 5.1 Noções gerais do contrato de Trespasse..... | 80 |
| 5.2 Formalidades..... | 83 |
| 5.3 O pagamento do passivo e a notificação dos credores..... | 85 |
| 5.4 A sucessão obrigacional no Trespasse..... | 87 |
| 5.5 A cláusula de não-reestabelecimento..... | 89 |

| | |
|--|------------|
| 5.6 A sub-rogação dos contratos..... | 94 |
| 5.7 A cessão dos créditos..... | 98 |
| 5.8 O Trespasse na Lei de Falências..... | 100 |
| | |
| 6 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRESPASSE..... | 106 |
| 6.1 A Função Social do Contrato e o Direito Empresarial..... | 106 |
| 6.2 Função Social do Contrato de Trespasse..... | 110 |
| | |
| 7 ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE TRESPASSE NO DIREITO BRASILEIRO..... | 113 |
| 7.1 A análise econômica dos contratos..... | 113 |
| 7.2 Análise econômica das formalidades do Trespasse..... | 115 |
| 7.3 Análise econômica das normas atinentes aos débitos do alienante..... | 118 |
| 7.4 Análise econômica da cláusula de não-reestabelecimento..... | 125 |
| 7.5 Análise econômica da sub-rogação dos contratos..... | 125 |
| 7.6 Análise econômica da cessão de créditos..... | 128 |
| 7.7 Análise econômica do Trespasse na Lei Falimentar..... | 128 |
| | |
| 8 CONCLUSÃO..... | 130 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 132 |

1 INTRODUÇÃO

O entendimento acerca do estabelecimento empresarial e do contrato de sua alienação - o contrato de trespasse - é ponto crucial para o entendimento da Teoria da Empresa. Não é novidade que a formação de um estabelecimento é indispensável para qualquer atividade econômica organizada.

Para o Direito Empresarial, é inegável a relevância do aprofundado estudo do estabelecimento. A tarefa de estudar este instituto é árdua. Tal dificuldade levou Rubens Requião (2003, p. 270) a caracterizar o fundo de comércio como uma “bizarra figura jurídica”.

Em todos os pontos do estudo do estabelecimento e também do contrato de trespasse observam-se divergências de entendimento. Uma verdadeira babel. Contudo, não podemos esquecer que a Teoria da Empresa e a nova legislação falimentar bebem da fonte da Economia. O conceito jurídico de empresa como atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços partiu inicialmente da Economia e, posteriormente, foi adotado pelo Direito. Apesar de alguns criticarem as disposições codificadas e evidenciarem sua importância econômica, nenhuma obra se utilizou da Análise Econômica do Direito e seus conceitos específicos com o fim de determinar, de forma multidisciplinar, o que é o estabelecimento e se foi adotado ou não o modelo mais eficiente de regulamentação do contrato de trespasse no Brasil. A propósito, um estudo pormenorizado desse instituto, que somente foi expresso na legislação recentemente tendo como base a Teoria da Análise Econômica do Direito, mostra-se atual e necessário. Na verdade, uma exigência tanto do Direito quanto da Economia.

Diante disso, o presente trabalho tem por objetivo estudar o que é o estabelecimento empresarial a fim de definir quais são as alternativas mais eficientes para a interpretação das consequências do contrato de trespasse. Com isso, concluiremos se as repercussões obrigacionais e as formalidades previstas para o Contrato de Trespasse, no Código Civil, consagraram o modelo socialmente mais eficiente. Ou se, ao contrário, o direito pátrio, deixou de privilegiar o modelo mais eficiente para a coletividade.

Vários são os problemas enfrentados pelo operador do direito no estudo do estabelecimento. Afinal, qual é a sua natureza jurídica? Quais são os seus elementos constitutivos? O estabelecimento está contido no patrimônio do empresário? Todos os elementos do estabelecimento são de propriedade do empresário? Quais são as consequências

de sua alienação? Qual é a função econômico-social do trespasse? O legislador adotou o modelo mais eficiente de regulamentação do tema?

Numa profunda pesquisa bibliográfica, esta obra contará com a exposição de vários trechos de livros, revistas da área de Direito Empresarial, artigos escritos por autoridades que já discorreram sobre a temática em questão, confrontando opiniões, temas transversais, de modo a explicar o assunto abordado com a máxima clareza e expressiva fundamentação teórica.

No capítulo que se segue, o estudo aborda o atual contexto macroeconômico do Estado Democrático de Direito, sendo a base fundamental para o estudo do Direito Empresarial.

No terceiro capítulo faremos uma apresentação inicial da Análise Econômica do Direito e dos seus conceitos mais relevantes.

Posteriormente, analisaremos os aspectos jurídicos e econômicos do estabelecimento, objeto do contrato de trespasse. O estabelecimento é alvo de inúmeras controvérsias de entendimento, assim, tentaremos descrever o seu conceito, a sua natureza jurídica e sua composição.

No capítulo quinto, elaboraremos um estudo da interpretação jurídica dada ao contrato de trespasse. Analisaremos suas formalidades, seus efeitos obrigacionais e demais conseqüências juridicamente previstas.

Depois, será descrita a função social do contrato de trespasse em uma visão de Direito e Economia.

No capítulo final, será elaborada uma análise crítica e multidisciplinar para demonstrar onde o legislador foi eficiente e onde se verificam falhas nas regras atinentes ao estabelecimento e sua alienação.

É lógico que o Direito e a Economia possuem abordagens próprias e estudos específicos sobre cada tema. No entanto, é imperioso que todos falem a mesma língua e que se façam entender. Assim, visando contribuir com a babel em que se transformou o estudo do estabelecimento, é necessário buscar, nas duas ciências, subsídios para a sua melhor interpretação. É a que se propõe este estudo.

2. O CONTEXTO MACROECONÔMICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O MERCADO

Olhamos para o mundo que nos cerca e vemos que, em geral, as pessoas que vivem em sociedades nas quais se permite que os mercados funcionem mais ou menos livremente não apenas são mais prósperas do que as que vivem em outras sociedades, mas também têm mais direitos políticos, mais liberdade, mais dignidade, são mais satisfeitas (como o comprova, por exemplo, o fato de tenderem menos a emigrar). (POSNER, 2007, p.513 - 514).

2.1. A importância do Contrato de Trespasse

Conforme dito na introdução deste estudo acadêmico, o objetivo principal desta obra é fazer uma análise dos efeitos econômicos gerados com as interpretações jurídicas dadas ao contrato de trespasse. O objetivo é, em termos pragmáticos, saber se as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais e também se o trabalho legiferante privilegiou o modelo mais eficiente de regulação do contrato de trespasse para a sociedade.

Não há dúvida de que o contrato de trespasse é de suma importância no contexto do Estado Democrático de Direito, pois viabiliza a manutenção da atividade empresarial, otimizando a circulação de bens e serviços. É um mecanismo de estímulo, de manutenção e de ampliação da produção e da circulação de riquezas. Muitas vezes, ele se mostra como um mecanismo de entrada de novos agentes econômicos no mercado.

O crescimento do mercado de consumo interno e a geração de empregos formais são condições *sine qua non* para o Brasil ter disponibilidade de recursos, crescer economicamente. Assim, poderá cumprir em maior escala o pacto social firmado na Constituição da República. Isso só se conquista, atraindo investimentos privados que serão regulados pela lei contratual civil.

Diante disso, para fazer esta análise multidisciplinar do contrato de trespasse e auferir uma contribuição para o debate sobre este tema, é preciso, antes de tudo, um sedimentado

entendimento acerca do mercado e dos aspectos macroeconômicos do Estado Democrático de Direito

2.2. O mercado

Alguns juristas entendem que, com a implantação do Estado Democrático de Direito e a “*Constitucionalização do Direito Civil*”, o mercado é inviável. Veja sobre isso as palavras de Gustavo Tepedino:

Procurou-se com êxito evitar que a exasperação da ideologia individualista continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos bolsões de miseráveis – cenário assaz distante do que imaginara a ideologia liberal no século anterior, ou seja, riqueza das nações a partir da riqueza da burguesia -, tornando inviável até mesmo o regime de mercado, essencial ao capitalismo. Estamos falando, como todos sabem, da consolidação do Estado Social. (TEPEDINO, 2003, p. 117).

Data vênia, essa posição não é sustentável. Trata-se de uma afirmativa destituída de qualquer fundamento social ou jurídico.

Em termos econômicos, o mercado é “uma abstração definida pela existência e entrechoque de forças aparentemente antagônicas, as da oferta e as da procura”. (ROSSETTI, 2006, p. 439). Timm (2008, p. 84) defende que o mercado é um fato social, existe. Afinal “ninguém é mais auto-suficiente; todos precisam trocar bens e serviços”. O mercado é a consequência lógica da especialização do trabalho. Diante disso, podemos definir que o mercado, seja abstrato ou físico, é o pólo para onde convergem as forças da oferta e da procura.

Existem mercados lícitos e ilícitos. Há mercado de ações, de trabalho, de alimentos, de roupas, de drogas e etc. Sempre que houver a oferta e a procura de qualquer bem ou serviço, legal ou ilegal, haverá mercado. Exercemos sempre a nossa liberdade de escolha econômica dentro do mercado.

Nenhuma perspectiva de dignidade humana, hoje, concebe, como ideal, qualquer modelo de Estado em que não seja preservada a liberdade de escolha econômica das pessoas. Essa liberdade é exercida em dois planos, no plano da obtenção de recursos e no plano da disposição de recursos.

No primeiro plano, tem-se a liberdade para escolher em que empreender seus fatores de produção¹ ou a sua força de trabalho e, assim, obter recursos. Em outras palavras, é a liberdade de escolher o que fazer e em que trabalhar de acordo com as opções oferecidas pelo mercado e pelos seus interesses pessoais.

Já no segundo plano, a liberdade de escolha econômica consiste em ser livre para escolher, de acordo com as suas necessidades e desejos, como alocar os recursos percebidos com o seu trabalho e (ou) investimento.

O certo é que, havendo interesses e demandas de determinado bem ou serviço, haverá sempre um empreendedor que tomará a iniciativa de produzi-los e de oferecê-los. Quanto mais pessoas oferecerem bens e serviços, maior é a atividade econômica e a geração de empregos. Maior é a riqueza em circulação. Maior é o desenvolvimento econômico².

Se a pessoa humana possui os mais diversos interesses e vontades, através da livre iniciativa pode buscar as suas satisfações pessoais no mercado, isenta de imposições de um pseudo-ideal de “vida boa”, estabelecido em uma central de planejamento estratégico estatal, característica fundamental dos países ditos igualitários, que tentaram estatizar os fatores de produção. Enfim, dos países ditos “Sociais”. Nas centrais de planificação desses países, a economia passa a ser ordenada verticalmente. Neles, o maior intento do Estado é promover a justiça e igualdade social, assumindo a propriedade dos meios de produção.

Dessa forma, as centrais de planificação assumem a soberania do planejamento econômico e impõem medidas compulsórias de gestão às atividades produtivas. (ROSSETTI, 2006, p. 327). Isso causa inevitavelmente congelamento de padrões de consumo e imposição de medidas coativas verticais.

Nesses Estados, a consequência lógica da supressão da liberdade de escolha econômica sempre foi a insubordinação e a imposição da “igualdade” pelas vias arbitrárias da coerção.

Conforme ensina Richard Posner, valorização do mercado não é característica do capitalismo liberal:

O que é verdade é que o estudo da economia instila na maioria dos alunos uma apreciação dos benefícios sociais dos mercados, apreciação não compartilhada pelos que nunca estudaram economia e que, portanto, têm dificuldade de compreender como uma instituição tão descentralizada como o mercado pode regular uma

¹ Os fatores de produção podem ser divididos em: fator terra, fator trabalho, fator capital, fator tecnologia e fator empresariedade. Maiores informações em (ROSSETTI, 2006, p. 91-142) ou (PIMENTA, 2006b, p. 57).

² O crescimento da riqueza interna tem total vinculação ao crescimento das trocas eficientes de Pareto, conforme veremos no estudo da Análise Econômica do Direito, no capítulo seguinte.

complexa atividade econômica de modo eficiente. Mas nem todos os que apreciam os benefícios dos mercados são de direita: no momento, a maioria do mundo comunista é pró-mercado. (POSNER, 2007, p. 582).

O mercado é influenciado pelo Direito e a ele influencia. Mas não é uma instituição criada pelo Direito, nem tampouco é inviável como afirmou Tepedino (2003, p.117). Trata-se de uma instituição social que hoje assume dimensões globais.

Sem juízos de valor, o mundo gira em torno dos mercados. É incontestável o fato de ele ser o meio no qual são trocados os bens e serviços; não é fruto da burguesia no seu sentido pejorativo. O mercado é a solução racional para a necessidade que todos nós temos em trocar bens e serviços. Existe em qualquer sociedade organizada, onde há especialização do trabalho.

O mercado se expande na medida em que existe mais procura e mais oferta. (ROSSETTI, 2006, p. 397). A expansão do mercado implica crescimento econômico, pois as trocas eficientes de bens e serviços agregam valor aos fatores de produção, geram tributos, empregam as pessoas.

O mercado é o meio facilitador das trocas e sua função social é viabilizar que os indivíduos possam obter aquilo de que necessitam para sua sobrevivência ou comodidade. (TIMM, 2008, p. 85).

Segundo Rossetti (2006, p. 438), são várias as virtudes do mercado: ele gera índices de escassez, orientando a sociedade a conservar os recursos escassos; é um centro de estimulação à qualificação dos produtos e serviços; possibilita as trocas voluntárias e também viabiliza a liberdade de escolha econômica.

Os defeitos apontados pelo mesmo autor são os seguintes: o mercado não garante o pleno emprego dos recursos; a concorrência é imperfeita, gerando ineficiências; não penaliza aqueles que causam danos para a coletividade; não gera espontaneamente categorias de bens e serviços de interesses difusos; além de também conseguir fragilizar eventuais mecanismos de controle ligados a preços. (ROSSETTI, 2006, p. 438 - 439).

Portanto, é neste íterim que a inter-relação entre Direito e Economia deve ser usada. O Direito deve maximizar as virtudes do mercado e criar mecanismos para corrigir ou minimizar seus defeitos. Isso não implica sua inviabilidade, pois é preciso sempre respeitá-lo e conhecer os seus benefícios.

O mercado deve ser usado como um instrumento facilitador do desenvolvimento nacional sustentável e responsável. O Direito e a Economia devem assumir um papel convergente nesse objetivo. Não é possível que ainda sobreviva no País um tipo de pensamento retrógrado, a ponto de estabelecer um paradigma de “Justiça X Mercado”,

“Justiça X Burguesia”. Ao contrário, a justiça deve conhecer e promover o mercado, respeitando e valorizando os empreendedores, os verdadeiros fomentadores do mercado.

É preciso tentar viabilizar a concorrência perfeita, ideal de coexistência meritocrática de uma verdadeira democracia. Exatamente pela existência de um mercado é que podemos, hoje, exercer, de forma democrática, a nossa autonomia privada.

Não há Estado Democrático sem mercado e sem fatores de produção privados. Afinal, a Administração Pública não consegue assumir, de forma eficiente, a produção de todos os bens e serviços que interessam a uma coletividade tão diversificada como a sociedade moderna.

Assim, a valorização do mercado é, sem dúvidas, um mecanismo de valorização da moral. Não nos esqueçamos da máxima de Kant (2005, p. 102): “a liberdade é o princípio geral da moralidade”.

Realmente, não há como considerar qualquer coisa como algo moral se não há liberdade de, ao menos, se viver as circunstâncias da vida conforme os próprios juízos de valor. Não há como conceber que, de repente, o Estado assuma o controle dos fatores de produção e estabeleça, verticalmente o como, o quando e o onde devemos trabalhar, ou quanto e o que devemos consumir.

A empresa é a atividade provedora real dos interesses da sociedade. Com a produção privada de bens e serviços, somos livres para o exercício da nossa autonomia patrimonial e existencial. Somente através da proteção e da fiscalização eficiente da empresa, poderemos alcançar um modelo de mercado que favoreça o exercício pleno das nossas liberdades fundamentais, a isso aliando-se o crescimento sócio-econômico sustentável.

O objetivo maior da Nação é distribuir para todos mais bens e serviços, ou seja, buscar a inserção de mais pessoas à população economicamente ativa. Educar, preparar, produzir, remunerar, servir. Nesse contexto, o mercado é essencial.

2.3 O Estado Democrático de Direito e o Direito Empresarial

A Constituição de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito. Neste contexto, a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa são fundamentos da República³. Conforme o

³ Art. 1º, II e IV, da Constituição de 1988 respectivamente.

art. 3º da Carta Magna, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais são objetivos fundamentais⁴. Contudo, outro objetivo fundamental, expresso no mesmo art. 3º, e de observância obrigatória para a conquista dessas metas, é a garantia do desenvolvimento nacional⁵.

O Brasil, assim, se caracteriza como um modelo institucional convergente. No seu contexto macroeconômico não prevalece qualquer dos modelos ortodoxos do capitalismo liberal do sec. XXI, nem tampouco do comunismo regulado economicamente por uma planificação central. No País, os fatores de produção são privados e servem a atender o mercado, baseados na lei da oferta e da procura.

Por outro lado, a propriedade privada deve atender a sua função social e o Estado intervém nas relações patrimoniais privadas no intuito de proteger o cidadão das mazelas impostas pelo poder econômico desregulado e oportunista.

Em termos econômicos, segundo Rossetti, (2006, p. 439) as intervenções regulatórias de mercado privado visam a, de maneira genérica, reprimir os abusos do poder econômico, implantar mecanismos redistributivos e fazer o controle das externalidades negativas.

Essa intervenção é desejável para uma sociedade mais justa, pois é certo que os agentes econômicos, na busca individualista do lucro, podem gerar externalidades negativas. Contudo, assumindo um viés antieconômico e antidemocrático, o nosso Direito Privado Pátrio vêm assumindo uma postura de aversão à burguesia. Uma visão contrária ao exercício pleno da autonomia. Essa aversão reflete como desestímulo à empresariedade, energia mobilizadora dos fatores de produção.

Conforme ensina Tokar (2007, p. 65), “o direito empresarial deve ser estudado como instrumento ao desenvolvimento econômico nacional”. Ora, o Direito Empresarial é movido essencialmente por interesses patrimoniais privados. Quando ele passa a ser responsável pela distribuição de renda, com uma interpretação anacrônica de aversão à burguesia mercantil, as conseqüências são indesejáveis para esse desenvolvimento.

A interpretação do Direito é argumentativa, é dialética, busca seus fundamentos mais importantes na Constituição. Quando há um choque entre princípios, não se deve utilizar a ponderação, pois ela implica na axiologização do direito, hierarquiza os valores, além de transparecer uma idéia de preferência. (GALUPPO, 1999, p. 196). As normas jurídicas são conceitos deontológicos que devem ser ou não adequados à determinada situação concreta.

⁴ Art. 3º, III, da Constituição de 1988.

⁵ Art. 3º, II, da Constituição de 1988.

O empreendedorismo possibilita as trocas voluntárias, aumentando a riqueza das nações. Viabiliza a liberdade de escolha econômica e possibilita a alocação de recursos em atividades de interesse eminentemente privados como música, lazer, artes etc. Gera empregos formais e aumenta a arrecadação tributária. Preserva a nossa autonomia, que é um direito irrenunciável, e o princípio supremo da moralidade.

Assim, o caráter distributivo em vista da função social da propriedade privada tem a sua real trincheira de atuação no Direito Público. Conforme afirma Timm (2008b, p. 96) “o sistema tributário e a seguridade social tratarão da distribuição de riqueza para corrigir as desigualdades”.

Deve-se punir de forma eficiente as condutas reiteradamente abusivas, através de ações coletivas; tributar de acordo com possibilidades dos contribuintes, sobretaxando os lucros excessivos; investir em políticas públicas sociais eficientes. Neste último aspecto, principalmente, incentivando a educação e o empreendedorismo de base. Só assim é possível viabilizar a entrada de novos agentes econômicos nas altas classes sociais, em vista de um maior e mais igualitário exercício dos direitos e liberdades fundamentais.

Há de se concluir, dessa forma, que o Estado Democrático de Direito necessita do mercado e, ao contrário do que pensam muitos juristas, a produção e circulação de bens e serviços deve ser estimulada, através de incentivos a empresa e ao empreendedorismo de base.

3 FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Nos últimos anos, a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de “Direito e Economia” (Law and Economics), como se costuma chamar a Análise Econômica do Direito (Economic Analysis of Law). (POSNER, 2007, p. 473)

3.1 A Análise Econômica do Direito

No contexto da reconstrução dos paradigmas do direito contratual, os estudos acadêmicos não podem prescindir da abordagem singular proveniente da Análise Econômica do Direito ou Direito e Economia, instrumento que pode auferir significativas contribuições à literatura jurídica. Trata-se de um método de estudo científico que visa a buscar “(...) respostas precisas, realizando um confronto entre a situação concreta e aquela em abstrato determinável com a correção do sistema, indagando o custo privado e o custo social da atuação de novos e velhos instrumentos jurídicos”. (ALPA, 1997, p. 10).

Em linhas gerais, a Análise Econômica do Direito estuda a legislação com base em “(...) critérios e métodos característicos da Ciência Econômica, para demonstrar sua especial adequação ao processo de elaboração e interpretação de institutos reguladores de relações patrimoniais”. (PIMENTA, 2006b, p. 160). Busca auferir ou indicar caminhos que visam à eficiência na aplicação da norma legal. Richard Posner explica seu surgimento:

A AED (Análise Econômica do Direito) tem dois ramos. Datam do surgimento da economia como um campo distinto do conhecimento, no séc. XVIII. Um destes ramos vem da época de Adam Smith, é a análise econômica das leis que regulam os mercados explícitos: leis reguladoras do “sistema econômico” no seu sentido convencional. A origem do outro ramo pode ser atribuída ao trabalho de Jeremy Bentham, geração posterior à Smith. É a análise econômica das leis que regulam o comportamento alheio ao mercado⁶. (POSNER, 2002, p. 66).

⁶ “El AED (Análisis Económico del Derecho) tiene dos ramas, las cuales datan del surgimiento de la economía como un campo distinto de conocimiento en el siglo XVIII. Una de estas ramas, que al menos viene de la época

Portanto, a Análise Econômica do Direito teve seu início nos estudos feitos por Adam Smith sobre as atividades de mercados explícitos (séc. XVIII). Porém, somente na segunda metade do século passado, os estudiosos norte-americanos e europeus ocidentais desenvolveram o estudo da Law and Economics, também nas relações jurídicas alheias ao mercado. Para tanto, utilizaram a premissa de Jeremy Bentham, que referencia o ser humano como um ser racional, maximizador de seus próprios interesses e utilidades na maioria dos seus atos.

Segundo Guido Alpa, na década de sessenta, “nasce na Itália, com os estudos de Pietro Trimarchi, e nos Estados Unidos, com os estudos de Ronald Coase⁷ e Guido Calabresi, a nova fase da análise econômica”. (ALPA, 1997, p. 15). Merece destaque também, como marcos da Análise Econômica do Direito, a criação do periódico Journal of Law and Economics da Universidade de Chicago (1958), o lançamento do livro *The Economic Analysis of Law* de Richard Posner (1973), bem como os estudos de George J. Stigler⁸ e Gary S. Becker⁹, todos da mesma Universidade de Chicago, além dos estudos de James McGill Buchanan¹⁰, da Universidade da Virgínia, dentre outros.

Para alguns, o movimento da Análise Econômica do Direito é o maior avanço da ciência jurídica das últimas décadas (ROEMER, 2001, p. 10). Hoje, a inter-relação entre Direito e Economia vem sendo difundida no mundo todo. Existe a Associação Européia de Direito e da Economia (AEDE), fundada em 1984, a Associação Americana de Direito e Economia (AADE), fundada em 1991, a Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito

de Adam Smith, es el análisis económico de la leyes que regulan los mercados explícitos: leyes reguladoras del “sistema económico” en el sentido convencional. La otra rama, cuyo origen se puede atribuir al trabajo realizado por Jeremy Bentham en la generación posterior a Smith, es el análisis económico de las leyes que regulan el comportamiento ajeno al mercado.” (POSNER, 2002, p. 66). Tradução livre.

⁷ Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1991. "For his discovery and clarification of the significance of transaction costs and property rights for the institutional structure and functioning of the economy". Fonte: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/> . Suas obras mais importantes para a análise econômica do direito são: “*The Nature of the Firm*”, de 1937 e “*The Problem of the social cost*”, de 1960.

⁸ Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1982. “For his seminal studies of industrial structures, functioning of markets and causes and effects of public regulation”. Fonte: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/>.

⁹ Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1992. "For having extended the domain of microeconomic analysis to a wide range of human behaviour and interaction, including nonmarket behaviour" Fonte: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/>.

¹⁰ Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1986. "For his development of the contractual and constitutional bases for the theory of economic and political decision-making". Fonte: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/>.

e Economia (ALACDE)¹¹, fundada em 1995 e, no Brasil, a Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), formalmente registrada em 2007.

3.2. Análise econômica positiva e normativa do direito

A Análise Econômica do Direito pode ser dividida entre positiva e normativa. A análise da realidade concreta denomina-se análise econômica positiva do direito. Não é a análise somente do direito positivo e sim da realidade jurídica e de suas conseqüências econômicas e sociais. Trata-se de uma análise interdisciplinar e realista do contexto sob enfoque. Essa área de estudo tem em Richard Posner seu maior expoente. (ROEMER, 2001, p. 13). Para ele, a análise econômica positiva do direito possui duas faces:

- a) estudo do comportamento decorrente do sistema legal;
- b) estudo do comportamento decorrente da estrutura do sistema legal.

Já a análise econômica normativa do direito preocupa-se com o que o direito deveria ser para tornar-se mais eficiente. Propõe “mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas; vale dizer, formular normas que produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais”. (SZTAJN, 2005, p. 77). Nessa forma de Análise Econômica do Direito, destaca-se o trabalho de Guido Calabresi, da Universidade de Yale.

Apesar da distinção, é preciso compreender que as duas formas de análise são complementares. “(...) Os estudos sobre o comportamento regulado (positivo) desempenham uma função importante na formulação de políticas e, por isso, contribuem para a análise econômica normativa do direito”¹². (POSNER 2002, p. 70).

Portanto, após o estudo racional e realista do contexto em questão, através da análise econômica positiva do direito, a análise econômica normativa do direito indica os caminhos

¹¹ Alguns dos mais importantes artigos feitos pelos integrantes da ALACDE estão disponíveis na internet. Veja-se: < <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/> >

¹² “Los estudios sobre comportamiento regulado desempeñan una importante función en la formulación de políticas y, por ello, contribuyen al análisis económico normativo del derecho,” (POSNER 2002, p.70) Tradução livre

legais e jurisprudenciais que podem oferecer à sociedade um maior ganho social com um menor custo.

No presente trabalho, faremos uma análise econômica positiva do estabelecimento e das conseqüências legais de sua alienação para, posteriormente, discorrer sobre os caminhos normativos capazes de oferecer à coletividade o maior ganho possível tendo em vista os interesses em jogo nesta espécie de transação. Ou seja, faremos uma análise positiva do contrato de trespasse para, com base nos seus resultados, fazer uma análise normativa do instituto.

3.3 Realismo do método e individualismo humano

A Análise Econômica do Direito é um método de estudo científico e pragmático que lembra o realismo jurídico¹³. É empírico, pois se baseia no estudo e na observação do que acontece na realidade legal e jurisdicional contenciosa; para tanto utiliza, inclusive, pesquisas de campo. Leva em consideração o modelo de sistema econômico que vivemos e, a partir daí, busca soluções práticas para o incremento social nesse contexto. Trata-se de um método razoavelmente novo de abordagem econométrica de questões alheias ao mercado. Um mecanismo instrumental tanto para a aplicação do Direito quanto para a formulação de leis e políticas públicas.

Muitas vezes é classificada como um método de estudo organicamente de direita. Classificação errônea e desprovida de fundamento, um verdadeiro insulto aos seus adeptos. Conforme visto, a valorização dos benefícios do mercado privado não é um atributo exclusivo dos capitalistas liberais.

A Análise Econômica do Direito parte da premissa egoística de Jeremy Benthan, a idéia de que o ser humano tende a ser um maximizador racional de seus próprios interesses na grande maioria dos seus atos. (ROEMER, 2001, p. 7). Sendo assim, inerente às suas ações existe, mesmo que inconscientemente, uma equação de custos e benefícios, a qual emerge

¹³ Richard A. Posner informa que existe semelhança entre a análise econômica do direito e o realismo jurídico, afinal explicam os institutos jurídicos através de mecanismos funcionais e sociais, e não apenas de forma endógena. Contudo, salienta o autor que o movimento do direito e economia se assemelha mais com o pai do realismo jurídico, Holmes, e que, além disso, muitos dos ícones da análise econômica do direito são economistas que nunca devem ter, sequer, ouvido falar em realismo jurídico, como Gary Becker e Ronald Coase, portanto a análise econômica do direito não deve ser caracterizada como espécie do gênero realismo jurídico. (POSNER, 2007, p. 590 - 591).

como fruto do racionalismo, pois é um instrumento para racionalizar e tornar mais objetivas as condutas humanas.

Tal premissa é baseada nas escolhas, na autonomia privada. A maioria delas, feitas todos os dias, são baseadas em interesses e inclinações, principalmente nas relações patrimoniais privadas. O homem é racional e, dessa forma, costuma agir racionalmente visando a seu interesse, qualquer que seja ele, monetário ou não.

A idéia do homem racional pode ser encarada juridicamente como a idéia do homem médio, bom pai de família, ativo e probo. Afinal, suas condutas tendem a maximizar os seus interesses, sejam eles financeiros, filosóficos ou sociais.

Antes de agir, todo homem sobrepesa os ganhos e as perdas das suas ações, também se autolimita de acordo com os “padrões sociais e institucionais existentes, aprovados, desejados e estimulados. Desvios levam a punições, sejam elas impostas pelo sistema jurídico, seja por normas socialmente aceitas.” (SZTAJN, 2005, p. 80 - 81). Sem embargo, as pessoas não buscam a maximização dos seus próprios interesses esquecendo-se dos valores morais e jurídicos. O homem é um ser social, sua honra e reputação na comunidade valem muito. Assim, o Direito pode ser encarado como um instrumento de incentivo ou limitação das escolhas.

Bentham comprovou sua premissa do ser racional maximizador dos seus próprios interesses (individualista) ao analisar o delito penal. Ele descreveu que a decisão entre cometer ou não um crime repousa no custo e benefício que esse crime pode oferecer para o seu agente. Segundo Posner (2002, p. 67), Bentham descreveu esse custo manipulando duas variáveis:

- a) a severidade do castigo;
- b) a probabilidade real de punição.

Assim, para que exista um sistema de direito penal eficiente, não basta, somente, o aumento da severidade das penas. A variável da probabilidade de punição deve ser sempre levada em consideração. Afinal, o delinqüente em potencial também fará sua análise de custo e benefício do ilícito.

Do ponto de vista prático, o individualismo é inerente às ações humanas e, por conta disso, as variáveis axiológicas são esquecidas. A argumentação moral não é suficiente quando se estuda o comportamento, principalmente nas práticas negociais mercantis. Dessa forma, possui enorme aplicabilidade científica, pois é capaz de descrever os fenômenos fáticos racionalmente, de forma objetiva.

A guerra de todos contra todos, guardando-se as devidas proporções, acontece no dia a dia do mercado privado. Não se cogita a idéia de o ser humano tentar sempre prejudicar o outro, mas sim de se beneficiar e, por conta disso, não é raro que alguém sofra algum dano. Ademais, não há “nada de errado do indivíduo cuidar de seu próprio interesse, sendo tarefa por demais hercúlea fazer com que pessoas autointeressadas se tornem altruístas” (TIMM, 2008, p. 85 - 86).

O que move a grande maioria das pessoas no cotidiano não é nem a intenção de prejudicar, nem tampouco a de praticar filantropia. As necessidades econômicas, o automatismo das ações diárias e o desejo de obter mais conforto para si e para os seus pares são os motivos que movem o homem habitualmente. Richard Posner sintetiza assim:

Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que “racional” denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas. (POSNER, 2007, p. 474).

Isso transmite a idéia do ser racional maximizador de utilidades. Mas essas utilidades são definidas por cada um, não é papel da Análise Econômica do Direito. Sobre isso, ensina Robert Cooter e Thomas Ulen (2000, p. 10 e 11).

Economistas normalmente assumem que cada agente econômico maximiza uma coisa: os consumidores maximizam utilidade (ou seja, felicidade ou satisfação); as empresas maximizam lucros, os políticos maximizam votos, a fazenda pública maximizar receitas, as instituições de caridade maximizam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem que, muitas vezes, os modelos que assumem a maximização do comportamento funcionam porque as pessoas são racionais, e racionalidade exige maximização. (COOTER; ULEN 2000, p. 10 - 11)¹⁴.

A realidade mostra, portanto, que os agentes econômicos no cotidiano tendem a racionalizar suas ações em vista do seu melhor proveito. É, então, sob esse prisma que está o enfoque da Análise Econômica do Direito. A percepção do individualismo no mercado será

¹⁴ “Economists usually assume that each economic actor maximizes something: consumers maximize utility (i.e., happiness or satisfaction); firms maximize profits, politicians maximize votes, bureaucracies maximize revenues, charities maximize social welfare, and so forth. Economists often say that models assuming maximizing behavior work because most people are rational, and rationality requires maximization” (COOTER; ULEN 2000, p. 10 E 11) Tradução livre

importante neste estudo para entendermos que são necessários incentivos para o implemento das condutas socialmente desejáveis.

3.4 A Escassez e a Eficiência

O epicentro da problemática enfrentada pela Análise Econômica do Direito é a eficiência. Tal eficiência não é meramente monetária; é sim, o aspecto mais abrangente de incremento aos objetivos traçados pelo agente em questão. É a busca da melhor alocação possível dos escassos recursos para o fomento das metas traçadas pela pessoa. Quando essa pessoa é o agente público, sua meta maior é, sem dúvida, o bem estar do seu povo.

A Economia é uma ciência social fundamental, pois foi desenvolvida para enfrentar a escassez, tendo na eficiência o mecanismo para enfrentá-la.

A economia é, fundamentalmente, o estudo da escassez e dos problemas dela decorrentes. A escassez implica escolhas e custos de oportunidade. Escolher a melhor forma de empregar recursos escassos é o problema básico de toda sociedade economicamente organizada. (ROSSETTI, 2006, p. 87).

Não é fácil para qualquer jurista digerir a idéia da escassez. Muitos contestam tal premissa, aduzindo que há recursos suficientes para todos e que um mínimo de dignidade é possível e necessário. Trata-se da idéia de patrimônio mínimo.

No que tange ao argumento dos recursos abundantes, é importante observar que a escassez para a economia se refere a todos os recursos utilizados no cotidiano, desde o tempo até os recursos materiais para o conforto e a comodidade. Para enfrentar as intempéries da natureza, o homem, ao passar dos anos, elaborou e construiu uma enorme gama de recursos para facilitar a nossa própria sobrevivência e possibilitar o emprego do nosso tempo em outras atividades.

Enfim, não é só por comida a demanda de recursos. Todos querem liberdade plena, segurança eficiente, saúde integral, educação de qualidade, moradia, enfim uma ilimitada gama de serviços e produtos. Produtos e serviços que só estão disponíveis para o nosso conforto porque são produzidos por pessoas auto-interessadas. Afinal, sempre que o Estado tomou para si todos os fatores de produção, houve flagrante perda de eficiência alocativa e aumento da escassez.

Queremos suprir nossas necessidades, as quais são ilimitadas, pois se confundem com nossos desejos. Assim, tanto as pessoas em geral, quanto a administração pública, não possuem recursos suficientes para atender, de forma plena, toda a demanda de produtos e serviços desejados. É por isso que se diz que as necessidades são ilimitadas e os recursos são escassos, sendo essa premissa básica o objeto de estudo da Economia.

No que tange ao patrimônio mínimo ou ao mínimo de dignidade, devemos, antes de tudo, sedimentar o entendimento de que o homem é um ser insaciável. Querer mais faz parte da natureza humana. Sobre isso, Clovis Bevilacqua, há mais de cem anos, já dizia com propriedade:

Quaes são essas necessidades e até onde irão ellas? Poder-se-ia estabelecer um mínimo correspondente ao essencial á vida. E, uma vez estabelecido esse mínimo, teríamos com isso calado para sempre o descontentamento? [...]
 Não nos iludamos; as necessidades variam com as raças e os temperamentos; o essencial á vida nunca satisfará o menos ambicioso dos homens. O homem é um animal cujos desejos são um abysmo sem fundo; quasi sempre o que hoje o seduz e arrasta aos maiores sacrifícios, amanhã já lhe parece o extremo da privação. (BEVILAQUA, 1902, p. 17) ¹⁵.

A concepção de mínimo existencial é um paradigma inatingível. Afinal, alguém acaso acredita que o mínimo existencial de um sertanejo acostumado às maiores privações é o mesmo daquele cidadão de classe média que mora em um centro urbano no sul/sudeste do país? Será que o patrimônio mínimo de um dinamarquês é o mesmo que o de um somaliano? Como questiona Bevilacqua, quando atingirmos o mínimo que idealizamos, isso acaso calará para sempre o descontentamento?

A resposta é não! Com o passar do tempo, o paradigma de mínimo existencial muda conforme a própria sociedade muda. O que é preciso ter como objetivo é o reconhecimento de “(...) iguais liberdades fundamentais a todos concidadãos na maior medida ou grau possível” (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 77). Não adianta tentar conformar os homens a um mínimo padrão; afinal, os desejos humanos nunca podem ser completamente supridos. É por isso que os escassos recursos devem ser alocados com eficiência. É por isso que precisamos estimular o crescimento econômico do País e distribuir melhor suas riquezas. Assim, construiremos a dignidade possível.

¹⁵ Citação conforme a obra original.

Sobre essa eficiência, é preciso conhecer a noção de trocas eficientes na versão de superioridade e otimização, de Vilfredo Pareto, e a correção dessas fórmulas através da teoria de Kaldor e Hicks.

A situação é superior, em termos paretianos, quando há um implemento da condição de um agente, mas não há, como contrapartida, diminuição da condição de outrem. O estado das coisas é ótimo quando nenhum outro estado pode ser superior. (ROEMER, 2001, p. 27). Para uma melhor compreensão, vejamos um exemplo de troca eficiente em termos paretianos:

Uma determinada pessoa “A” pretende adquirir uma coleção de selos pertencente a “B”. “A” está disposto a pagar até R\$ 100,00 (cem reais) pela coleção de “B”. Este está disposto a vender sua coleção por qualquer valor superior a R\$ 90,00 (noventa reais). Temos então uma pessoa com R\$ 100,00 (cem reais) em moeda corrente e outra com um bem que vale, para ele, R\$ 90,00 (noventa reais). Totalizando uma riqueza de R\$ 190,00 (cento e noventa reais). A transação é concluída por R\$100,00 (cem reais). Agora, temos “B” com R\$ 100,00 (cem reais) em moeda corrente e “A” com um bem que vale para ele R\$ 100,00 (cem reais). Totalizando R\$ 200,00 (duzentos reais). Trata-se de um acréscimo de R\$ 10,00 (dez reais) à riqueza social. (POSNER, 2007, p. 477 - 478) Uma transação eficiente e superior, em termos de Pareto, pois após a conclusão do contrato, “B” melhorou sua situação em R\$ 10,00 (dez reais), sem diminuir a condição de “A”.

O bem foi transferido “(...) de quem o valoriza menos para quem lhe dá mais valor”. (SZTAJN, 2005, p. 76). Em outras palavras, uma situação só pode ser considerada superior quando ao menos uma pessoa melhora seu bem estar, sem que nenhum outro diminua o seu próprio bem estar. Diz-se bem estar, pois as trocas eficientes não estão compreendidas somente nas atividades monetárias.

A mesma situação seria ótima, em termos paretianos, se a coleção estivesse com quem, dentre todos, mais a valoriza. Trata-se da situação perfeita, ótima, o bem alocado de forma mais eficiente possível.

Essa teoria, apesar de relevante, foi amplamente criticada pela sua pouca aplicabilidade prática. Afinal, várias situações vividas no mundo real produzem ganhadores e perdedores e, nesse caso, o critério de Pareto não seria suficiente para avaliá-las.

Diante desse contexto, a teoria Kaldor e Hicks repousa na idéia da compensação potencial. Um estado de coisas modifica-se eficientemente, em termos de Kaldor e Hicks, quando o beneficiário da alteração é capaz de compensar as perdas dos outros agentes que sofrem os efeitos do negócio. Portanto, é eficiente uma troca que produz ganho para algum

agente, mesmo levando-se em consideração devida compensação dos perdedores. (ROEMER, 2001, p. 27). Vamos agora a um exemplo de troca eficiente em termos de Kaldor e Hicks¹⁶:

Determinada pessoa “A” firma um contrato com “B” para o fornecimento de 100.000 (cem mil) peças para sua indústria de eletrodomésticos ao preço de R\$ 0,10 (dez centavos) por peça. “B” fornecerá as peças em 90 (noventa) dias. Um mês depois, “C” entra em contato com “B” explicando que necessita desesperadamente de 25.000 (vinte e cinco mil) peças, pois senão será obrigado a pagar enorme indenização para seu cliente, ou seja, terá enormes prejuízos. Diante desse contexto, “C” está disposto a pagar R\$ 0,15 (quinze centavos) por unidade. “B” fecha o negócio com “C”, atrasa o envio das peças de “A” e, por conta disso, o primeiro contratante tem um prejuízo de R\$ 1.000,00 (mil reais). Mesmo assim, a troca é eficiente, pois o ganho de “B” foi de R\$ 1.250,00 (hum mil duzentos e cinquenta reais). “B” compensa a perda de “A” e ainda implementa à sua riqueza R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), além do lucro previsto com o preço de R\$ 0,10 (dez centavos) por peça. Dessa forma, “C” está em uma situação melhor, “B” também está em uma situação melhor e as perdas de “A” podem e devem ser devidamente compensadas pelos beneficiários da troca. (POSNER, 1998, p. 118).

Utilizando-se esse conhecimento de trocas eficientes, através da abordagem interdisciplinar da Análise Econômica do Direito, é possível que os cientistas jurídicos analisem e expliquem quais são os mecanismos que podem converter o Direito em um instrumento para promover a eficiência das trocas. (POSNER, 2002, p. 72). Afinal, as trocas eficientes são o pressuposto básico para o crescimento econômico e não há melhoria do bem estar social sem crescimento econômico, ou seja, sem a maior oferta e distribuição de bens e recursos. Por isso é tão importante circular os recursos escassos, agregar valor aos fatores de produção e gerar riquezas com a circulação eficiente dos bens.

Já em termos genéricos, a eficiência é a “aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva”. (SZTAJN, 2005, p. 81). Responde à pergunta de como necessidades sociais ilimitadas são melhor satisfeitas diante da escassez existente. A eficiência é, portanto, atingir o maior benefício possível ao menor custo. Em síntese: evitar desperdício.

¹⁶ Exemplo retirado, com pequenas alterações, de POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. Tradução: Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1998, p. 118.

Conforme ensina José Afonso da Silva (2003, p. 651), “numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado.” Assim, a eficiência possui ligação direta com a escolha racional, pois a necessidade de escolher leva os agentes econômicos a buscar aquilo que irá maximizar seus objetivos.

A necessidade de escolher decorre do confronto entre os desejos, potencialmente ilimitados, do agente econômico e as restrições que enfrenta. A escolha racional consiste em encontrar a alternativa que melhor satisfaz aqueles desejos, isto é, que maximiza a utilidade do agente econômico. (RODRIGUES, 2007, p. 14).

A eficiência é tão importante para o desenvolvimento sócio-econômico, que passou também a fazer parte do rol dos princípios que norteiam a administração pública, no caput do Art. 37, após a Emenda Constitucional n°. 19.

Contudo, tanto a premissa de Benthan, quanto a teoria de Pareto e Kaldor-Hicks não despertaram o interesse dos juristas. Somente no século passado o individualismo e a eficiência foram utilizados para, também, analisar todos os aspectos do contexto jurídico. Hoje os temos como os fundamentos mais importantes da Análise Econômica do Direito.

A idéia da eficiência da troca é de suma importância para se entender a relevância da transferência do estabelecimento das mãos de quem menos o valoriza para as mãos de quem mais o valoriza. Principalmente porque, como veremos, o estabelecimento possui um enorme valor intangível, que só pode ser remunerado com a sua transferência unitária. Assim, a transferência do estabelecimento se mostra extremamente eficiente e, portanto, socialmente desejada. Lado outro, objetivo deste estudo é, exatamente, descobrir qual é o modelo mais eficiente de interpretação do contrato de trespasse, ou seja, definir qual modelo trará mais ganhos sociais com o menor custo social. Nesse sentido, abordaremos agora, resumidamente, outros conceitos e teorias da Análise Econômica do Direito, imprescindíveis para o entendimento do presente trabalho.

3.5 Custos de Transação

Outro importante conceito da Análise Econômica do Direito é o de custo de transação. Ronald Coase foi quem lançou esse tema na discussão acadêmica, inicialmente projetando tal custo sob a perspectiva empresarial.

“O mundo real apresenta fricções que denominamos ‘custos de transação’ fricções estas causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos de propriedade sejam negociados a custo zero”. (COASE apud SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; MUELLER, 2005, p. 85).

No seu artigo seminal “The problem of social cost”¹⁷, Coase concluiu que, na ausência dos custos de transação, os agentes sempre negociarão voluntariamente, de modo que as trocas tenderão a ser sempre mais eficientes. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; MUELLER, 2005, p. 97).

Hoje existem diferentes abordagens sobre o custo de transação. Contudo, para o presente estudo, podemos dizer que o custo de transação consiste “naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual.” (PIMENTA, 2006b, p. 61).

Cada fator de produção em uma determinada atividade possui um custo. O trabalho, em forma de salários; as matérias-primas (fator terra), em forma do seu preço; o capital, na forma de juros, a tecnologia, em *royalties*, etc.. Além disso, há ainda os custos de oportunidade, ou seja, aquilo que o empreendedor deixa de ganhar ao despender seu tempo e esforço no exercício empresarial. Porém, todos os fatores de produção e o próprio desenvolvimento da atividade impõem ao empresário uma complexa e interdependente gama de transações jurídicas imprescindíveis para o exercício da empresa. O tempo e o dinheiro gasto para planejar, efetuar e garantir os efeitos contratuais são os custos de transação.

Hoje é sabido que muitos desses custos são impostos pela lei e que, além disso, não se restringem às atividades empresárias. Ora, se uma pessoa física, por exemplo, deseja comprar um imóvel, além de pagar o preço estipulado, arcará com o custo de ir ao cartório de registro de imóveis e analisar possíveis restrições no bem, elaborar a escritura pública e efetuar o registro após a compra. Tais custos servem para garantir os efeitos da compra e representam

¹⁷ Disponível em sua versão em espanhol, *El problema del costo social*, em: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/>

um custo de transação, determinado por lei, como condição para transferir e garantir a propriedade do bem imóvel.

Dessa forma, o custo de transação compreende tanto a fase das tratativas, quanto a fase posterior à conclusão do negócio. Além disso, possui estreita relação com a eficiência, afinal, quanto menor o custo de transação, maior a possibilidade dos agentes voluntariamente buscarem a eficiência. Este é o teorema de Coase, tão difundido pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito, ou seja, o custo de transação é inversamente proporcional à eficiência. (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 256).

Diante disso, uma análise da eficiência no contrato de trespasse, passa, necessariamente, por uma análise dos custos de transação inerentes à avença.

3.6 Externalidades

Abordaremos mais um conceito relevante para uma compreensão mínima da Análise Econômica do Direito e do nosso estudo. Trata-se da externalidade. Em síntese, é “a consequência que o ato de uma pessoa física ou jurídica provoca sobre os direitos de terceiros naqueles casos em que não o agente, mas os terceiros afetados pelo ato em questão arcam com os custos advindos dessa conduta ou auferem os ganhos dela decorrentes.” (PIMENTA, 2007, p. 17).

A externalidade, portanto, possui ligação direta com os efeitos externos que determinado fato econômico/jurídico gera a terceiros. Tal efeito pode ser negativo ou positivo. A externalidade positiva é o efeito positivo, oriundo de determinado fato, percebido por terceiro que não contribuiu com o custo. Por exemplo: determinada pessoa, “A”, é sócia de uma empresa que tem como objeto social a venda de material para escritório. Ao lado do seu estabelecimento, é construído e inaugurado um edifício comercial com inúmeras salas. “A” não alocou nenhum recurso para a construção do edifício comercial, contudo irá visivelmente se beneficiar com tal construção. Afinal, esse prédio irá aumentar a demanda local de seus produtos. A construção do edifício é uma externalidade positiva para “A”.

As externalidades podem não ser monetárias. Um belo jardim construído por alguém em seu imóvel traz como consequência uma externalidade visual positiva para seus vizinhos.

Já a externalidade negativa são os efeitos negativos gerados a terceiros, oriundos de determinados fatos jurídico-econômicos. Transmutam-se em custos absorvidos por estes

terceiros. Possuem relação direta com o custo social, pois muitas das externalidades negativas se transformam em custos suportados pela coletividade. Um exemplo ilustrativo é aquele que descreve os efeitos da poluição oriunda de uma indústria. Tal poluição é capaz de gerar enormes transtornos, tanto ambientais, quanto físicos à comunidade vizinha. Nesse caso, trata-se de externalidade negativa da indústria àquela comunidade¹⁸.

Atualmente, existem diversos mecanismos administrativos e judiciais que impõem a internalização das externalidades negativas. É fundamental que aquele beneficiário da atividade internalize as externalidades negativas para que tal fato seja eficiente em termos de Kaldor e Hicks. Trata-se de uma aplicação prática da teoria da compensação potencial. O agente que obtém benefícios com os negócios jurídicos, deve ser capaz de compensar eventuais perdas percebidas por terceiros alheios ao pacto.

A interpretação da idéia de eficiência ligada à idéia de externalidade deve ser aquela que visa a coibir as ações que causam externalidades negativas e estimular as condutas que geram externalidades positivas para a sociedade. Em termos microeconômicos, tentaremos descrever quais são as externalidades oriundas das relações jurídicas, em que o estabelecimento seja o objeto de direito. Dessa forma, buscaremos caminhos para coibir as externalidades negativas e incentivar as condutas que geram externalidades positivas.

3.7 Custo dos Direitos e Escolhas Trágicas

Com as premissas de escassez, eficiência e individualismo sedimentadas, a doutrina da Análise Econômica do Direito desenvolveu estudos mais específicos sobre a regulação estatal e as suas conseqüências econômicas. Flávio Galdino importou para o Brasil a teoria de Stephen Holmes e Cass Sunstein¹⁹, de que todo direito tem um custo.

O Direito não é só uma prerrogativa que alguém possui de exigir de outrem a prática ou abstenção de certos atos. Todo direito tem um custo para a sociedade. Não existe direito totalmente negativo (aquele que só depende de abstenção e que não necessita de nenhuma alocação positiva do Estado). Todo direito fundamental é positivo e, para sua salvaguarda, é

¹⁸ Para maiores informações sobre o conceito de externalidades veja-se: PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 9 – 28, jul./set. 2007.

¹⁹ HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty dependes on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

necessário ou o estabelecimento de ações positivas do Estado, ou de mecanismos de indenização. (GALDINO, 2005, p. 225 - 235). No mínimo, existe o custo da máquina administrativa que elabora e promove a tutela jurisdicional dos direitos²⁰.

Diante dessa assertiva, quando o Estado passa a ser o provedor direto das necessidades básicas de seus cidadãos, existe um problema lógico de aplicação. Afinal, os recursos disponíveis pelo Estado são escassos frente às necessidades e desejos ilimitados de seu povo.

O Direito precisa ser concebido como um sistema de restrições e recompensas que possui relevante custo para a coletividade. Para promover um direito, em termos de gestão, outro direito é sacrificado. Sendo assim, o agente público sempre se vê adstrito às Escolhas Trágicas, teoria formulada por “Guido Calabresi e Philip Bobbit, ao demonstrarem que a escassez de recursos econômicos e financeiros públicos impede a realização de todos os objetivos sociais (...)” (GALDINO, 2005, p. 159).

Os exemplos de escolhas trágicas são incontáveis. No dia a dia da gestão administrativa há sempre um “tira dali e bota aqui”. Enfim, as demandas são ilimitadas e nem todos os direitos sociais podem ser plenamente satisfeitos por total impossibilidade material. Resta então, ao gestor público, fazer escolhas trágicas. Acontece que tais escolhas devem ter sua eficiência potencializada para a maximização dos resultados sociais. Ao auferir e suprimir direitos em uma relação contratual, o legislador deve maximizar a eficiência social na alocação dos direitos a fim de promover o desenvolvimento do seu povo.

3.8 Teoria dos jogos

Por fim, é necessário conhecer resumidamente a teoria dos jogos, que se baseia na interação entre os indivíduos em comportamentos estratégicos.

Todo contrato pode ser considerado como um jogo. Há a oferta, as propostas, o aceite, a execução e a conclusão. A interação entre as partes nessa seqüência de atos é um jogo. A ação dos indivíduos é tomada de acordo e na medida ideal das ações tomadas pela

²⁰ Ainda é divergente na doutrina a idéia que os direitos individuais de primeira geração sempre são positivos. Contudo, entendemos que tal divergência acontece somente do ponto de vista teórico, para fins didáticos. Na realidade concreta ninguém pode discordar que, no mínimo, há custo na elaboração e na tutela de todos os direitos deferidos aos cidadãos.

contraparte. Frequentemente, há situações em que as decisões de uma parte dependem das decisões que são tomadas pela outra parte. (COOTER; ULEN, 2000, p. 34).

Trata-se, então, de estratégia e plano de ação que variam de acordo com os jogadores inseridos no contexto e com as recompensas auferidas em cada estratégia a ser adotada. Na fase de justificação das normas patrimoniais privadas, é preciso que o legislador identifique a maximização dos interesses pessoais aliados às estratégias preponderantes dos jogadores. Assim, o Direito poderá criar incentivos às condutas socialmente desejadas e sanções para as condutas socialmente indesejadas.

A teoria dos jogos assume que “os comportamentos não são ditados, mas sim influenciados pela norma legal, visto que, em certas circunstâncias, pode ser racional ir contra ela.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 157). Enfim, os agentes econômicos, sujeitos do direito, podem se comportar de forma lícita ou ilícita, de acordo com os seus próprios interesses e estratégias de maximização dos interesses.

Face à contraparte, as pessoas podem adotar, no contexto do jogo, uma postura cooperativa ou uma postura não cooperativa. A postura cooperativa pode ser encarada como aquela pautada pela boa-fé objetiva. Ou seja, a “característica de dever de correção, lisura, lealdade, pela parte e, principalmente também, atenção aos legítimos interesses da outra parte e de terceiros.” (REALE, 2003, p. A2).

Já a postura não cooperativa caracteriza-se pela captura de ganhos *predatórios* que não contrabalançam as perdas mais extensas que são abusivamente causadas à contraparte. (ARAÚJO, 2008, p. 114). Geram externalidades negativas.

Cabe ao Direito, assim, influenciar as pessoas criando incentivos para que adotem uma postura cooperativa que seja capaz de maximizar o benefício social. Cabe ao Direito, analisar as estratégias adotadas pelos jogadores e, assim, estimular as ações socialmente desejáveis e punir aquelas que causam externalidades negativas.

Enfim, esses são, resumidamente, os conceitos e teorias da Análise Econômica do Direito mais importantes para este estudo. Agora, é necessário conhecer o nosso objeto de pesquisa, o estabelecimento.

4 O ESTABELECIMENTO

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. (ASQUINI, 1996, p.109)

4.1 Os perfis da empresa

A adoção do Direito da Empresa no código civil veio para colmatar uma exigência da melhor doutrina comercialista pátria. Waldírio Bulgarelli (1993, p. 19) informa que já era quase unânime entre os economistas a idéia de empresa como “unidade organizada de produção e comercialização de bens e serviços para o mercado”

Contudo, a doutrina jurídica nunca havia definitivamente compreendido o que é a Empresa, sendo este termo sempre utilizado na legislação sem o rigor conceitual que o Direito requer. Tal ausência de rigor inspirou Asquini (1996, p. 109-126) a traçar quatro perfis da empresa. O primeiro perfil é o perfil subjetivo, a empresa como o sujeito de direito, o empresário. Neste perfil, o termo empresa se confunde com a pessoa física ou jurídica que organiza a atividade econômica. É o perfil utilizado no caput do art. 2º da CLT, por exemplo.

O segundo perfil é o perfil funcional, ou seja, empresa no sentido de “atividade profissional organizada pelo empresário” (ASQUINI, 1996, p. 116). Este é o perfil fundamental e possui estreita ligação com o conceito econômico da empresa. É o perfil configurado no livro Do Direito de Empresa no Código Civil e hoje se consubstancia no único em que o termo empresa deve ser realmente utilizado no Direito.

O terceiro perfil é o perfil objetivo, o qual informa a empresa como sinônimo de estabelecimento. O legislador brasileiro utilizou essa abordagem do termo na regulamentação da penhora no CPC. Afinal, quando o legislador se refere a “penhora de empresa”, como no art. 678, só pode se referir ao estabelecimento, pois “o estabelecimento pode ser alienado, onerado, arrestado ou penhorado, mas a empresa não.” (COELHO, 2003, p. 100).

O derradeiro é o perfil corporativo, é o perfil menos utilizado, significa empresa como especial organização formada pelo empresário e seus colaboradores. Não há no nosso ordenamento a utilização do termo empresa nesse sentido.

A adoção da Teoria da Empresa por influência da Economia fez com que cada um dos três mais importantes perfis da empresa tivesse sua própria definição e, assim, quando se tratar do perfil subjetivo, deve ser utilizado o termo empresário, tanto para as pessoas físicas, quanto para as sociedades empresárias. Ou seja, o empresário individual ou coletivo, o sujeito de direito. Quando se tratar do perfil objetivo, deve ser utilizado o termo estabelecimento, o objeto de direito. Ou seja, o complexo de bens que instrumentaliza a atividade econômica do empresário. E, finalmente, só no perfil funcional, quando se referir a uma atividade organizada pelo empresário, é que cabe a utilização do termo empresa. Fica, então, consagrado que a empresa é uma atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços para o mercado.

Tais distinções formam os três conceitos, exatamente como já sugeria Walter T. Álvares:

- a) empresário é quem exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada;
- b) empresa é a atividade econômica coordenada, com capital, mão-de-obra, com fim de lucro;
- c) estabelecimento (...) é complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa. (ÁLVARES, 1969, p. 185).

Dessa forma, sedimenta-se o entendimento: ao se referir à empresa, se está referindo à atividade organizada para a produção e circulação de bens e serviços. Ao se referir a empresário, a referência é à pessoa física ou pessoa jurídica que exerce a empresa, o empresário singular ou coletivo. Ao se referir a estabelecimento, trata-se do complexo de bens da empresa.

Esses são os três conceitos mais relevantes de toda a Teoria da Empresa. Cabe agora uma análise amíúde do nosso objeto de estudo. O perfil objetivo da empresa. O complexo de bens que instrumentaliza a atividade. O Estabelecimento.

4.2 O conceito de estabelecimento

Para o exercício da empresa, é preciso que o empresário organize os instrumentos necessários para a produção ou para a circulação de bens ou de serviços. Tais instrumentos são denominados fatores de produção.

“O fator empresariedade, também conhecido como capacidade empresarial, é responsável por mobilizar e organizar os outros quatro fatores (terra, capital, tecnologia e trabalho) em vista à atividade produtiva”. (ROSSETTI, 2006, p. 139). Tal organização normalmente se faz com a formação de um estabelecimento empresarial que reúne todos os instrumentos necessários para a atividade.

A noção de estabelecimento empresarial sempre esteve vinculada à idéia da casa de comércio. João Eunápio Borges afirma que o estabelecimento é:

O gênero a que, desde as maiores e mais luxuosas casas comerciais até a mais modesta loja ou botequim, pertencem às diversas espécies de negócios. Mesmo o comerciante ambulante, embora não estabelecido em parte alguma, tem o seu estabelecimento comercial, o seu fundo de comércio. (BORGES, 1976, p.187-188).

É verdade que, desde as mais rudimentares formas de atividade econômica às mais complexas, sempre há um estabelecimento, mesmo para o empresário que “não esteja estabelecido em lugar algum”. (ROCHA FILHO, 1993, p. 222). Porém, é cediço que a idéia de estabelecimento surgiu com a formação das casas de comércio *per se*. Sua evolução histórica confunde-se com a própria evolução da produção e da divisão do trabalho, afinal ele é o “organismo econômico, existente desde que se viu o homem na contingência de armazenar produtos da natureza e da indústria, a fim de revendê-los.” (FERREIRA, 1956, p. 16).

Trata-se da compreensão estática e restrita do estabelecimento, empregado no sentido de “armazém ou loja aberta ao público pelo comerciante.” (MAGALHÃES, 1951, p. 13).

Esta noção de estabelecimento já existia desde Roma. Barbosa de Magalhães informa que “havia diversas palavras para exprimir a mesma idéia: - *negotium, mensa, merx, taberna, mercatura, negotiatio*.” (MAGALHÃES, 1951, p. 10).

No direito francês o estabelecimento empresarial pode ser conhecido como “*fonds de commerce, maison de commerce, établissement commercial*”; no italiano, *azienda, fondo, fondaco*; no espanhol, *hacienda, empresa*; no anglo-americano, *godwill, business*; no

holandês, *zaak, handelszaak*; no alemão, *geschäft, handelsgeschäft, haus, handlung, unternehmen* etc.”²¹. (BORGES, 1976, p. 188).

Com a evolução econômica e jurídica das sociedades, o estabelecimento passou a ser compreendido de forma mais dinâmica. Tanto os juristas, quanto os economistas perceberam que o estabelecimento também era composto pelo trabalho das pessoas envolvidas na atividade econômica. Esse trabalho se mostrava através da organização dos bens. Neste sentido, o estabelecimento, na sua forma dinâmica, passou a ser, segundo Barbosa de Magalhães (1951, p. 13), o “conjunto ou complexo de coisas corpóreas e incorpóreas organizado para o exercício do comércio por determinada pessoa singular ou colectiva.”

Como dito, toda atividade econômica organizada deve reunir e mobilizar os instrumentos necessários para seu exercício. Esses se revestem em bens, que são o fator terra e o fator tecnologia, adquiridos com o fator capital. O complexo de bens será organizado pelo fator empresariedade, gerando o estabelecimento.

Assim, o estabelecimento passa a ser encarado, na doutrina jurídica, como algo além da casa de comércio, ou seja, sob a perspectiva de complexo de bens organizado para o exercício da empresa (atividade), pelo empresário (sujeito de direito). Trata-se do aspecto dinâmico do estabelecimento apontado pelo doutrinador luso Barbosa de Magalhães.

É cediço que o complexo de bens organizados possui um valor agregado maior do que a soma dos bens isoladamente considerados. Há um enorme custo de oportunidade e de transação para organizar os bens em vista da atividade. Assim, o custo do estabelecimento é superior ao custo dos bens que o compõem; afinal, o mercado valoriza o complexo de bens quando eles já estão organizados para a atividade produtiva. Esse é o valor agregado inerente à organização produtiva. De acordo com Pontes de Miranda (1956, p. 365), se a pessoa possui determinados bens, a, b e c, “o que acontece é que, com a organização e o funcionamento, a empresa faz a, b e c, juntos valerem mais que a soma deles”. O aspecto dinâmico do estabelecimento abrange esse sobrevalor incorpóreo da organização produtiva.

Elaborada pelo empresário, a organização dos componentes corpóreos e incorpóreos necessários à atividade é uma condição *sine qua non* para que a empresa seja eficiente nas suas trocas e, com isso, obtenha o lucro necessário para sua sobrevivência no mercado. Como é natural, ser eficiente e lucrar são os objetivos primeiros da empresa.

²¹ No direito inglês o estabelecimento é conhecido como *good will of a trade* e , no mercado de capitais, *goodwill* significa o valor extrapatrimonial do aviamento, serobjeto de análise posterior.

Assim, o aspecto dinâmico do estabelecimento compreende hoje a organização do complexo de bens, ou seja, a mobilização dos bens para a atividade econômica criando um “organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio.” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1955, p. 16).

Barreto Filho (1988, p. 63) informa que o Estabelecimento se apresenta, “sob o ponto de vista econômico, como um organismo unitário resultante da organização concreta dos fatores da produção dirigida para uma determinada atividade produtiva.”. Em entendimento similar, Barbosa de Magalhães (1951, p. 13) aduz que “sob o ponto de vista económico, estabelecimento comercial é, num sentido amplo, a organização técnica constituída por todos os factores que servem para o exercício de uma actividade comercial.”

Percebe-se, assim, que a definição jurídica dinâmica do estabelecimento possui estreita relação com o estabelecimento sob a perspectiva econômica. Exatamente sob essa perspectiva econômica e dinâmica, o Código Civil nacional conceituou no seu art. 1.142 o estabelecimento. Veja-se:

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

Portanto, fica clara a vinculação do conceito de estabelecimento a “outro elemento, representado pela organização que é dada a esses bens para o exercício da empresa.” (PIMENTA, 2004, p. 99-100). Assim se conclui que, sempre que houver estabelecimento, haverá empresa e sempre que houver empresa, haverá estabelecimento, pois não há estabelecimento sem organização, sem real exercício de uma atividade organizada. Na verdade, pode-se até ampliar a conclusão, sempre que houver atividade econômica, seja empresária ou não, haverá estabelecimento. Mesmo quando não iniciada a atividade fim do empresário, já havendo a atividade de organizar os instrumentos para a produção de determinado bem ou serviço, já há empresa, pois já há uma atividade organizada para produção ou circulação de riquezas.

Cabe agora traçar algumas outras considerações relevantes para a delimitação do instituto.

4.3 Nomenclatura

A primeira referência ao estabelecimento na legislação brasileira foi no Código Comercial de 1850. O aludido código fazia referência ao instituto no Art. 1, III; Art. 5, II; Art. 241; Art. 243 e Art. 301. Eram disposições esparsas que abordavam o estabelecimento em sua compreensão restrita e estática, como casa de comércio, loja ou armazém.

Já a expressão “fundo de comércio” é de origem francesa (*fonds de commerce*). Foi consagrado em nossa legislação pelo Decreto 24.150 de 1934. Era a chamada Lei de Luvas, diploma que trazia em seus considerandos: “as condições e processo de renovamento dos contractos de locação de imóveis destinados a fins commerciaes ou industriaes.” O ponto neurálgico da justificativa do ato legislativo era o “valor incorporeo do fundo de commercio, que se integra, em parte, no valor do immovel, trazendo, destarte, pelo trabalho alheio, beneficios ao proprietário”.

A Lei de Luvas estipulava mecanismos de renovação da locação ou arrendamento pelo locatário, em estrita observância ao art. 127 de Constituição de 1934. Veja-se:

Art. 127 - Será regulado por lei ordinária o direito de preferência que assiste ao locatário para a renovação dos arrendamentos de imóveis ocupados por estabelecimentos comercial ou industrial.

Na Lei de Luvas, já existe uma compreensão ampla e dinâmica do estabelecimento. Afinal, busca tutelar o sobrevalor adquirido pela organização do empresário na sua atividade. Valor, como dito no Decreto de 1934, incorpóreo, que compõe o estabelecimento e é uma recompensa da organização produtiva do empresário.

Tendo em vista a Lei de Luvas, parte dos doutrinadores jurídicos, como Rubens Requião (2003, p. 270), preferia a utilização do termo fundo de comércio para designar o estabelecimento. Em sentido semelhante, Euler da Cunha Peixoto (1993, p.114) afirma que “em termos didáticos, entendemos que a expressão estabelecimento comercial leva o aluno a ter uma idéia errada dessa figura, confundindo-a com a sua base física, ou seja, o imóvel onde se encontra instalado. Daí prefere-se o termo fundo de comércio.”

Já Pontes de Miranda (1956, p. 355) preferia o termo fundo de empresa, por abranger o fundo de comércio, o fundo industrial e o fundo agrícola. Waldemar Martins Ferreira (1956, p. 14) e João Eunápio Borges (1976, p. 188) consideravam inconveniente a utilização do termo fundo de comércio, organismo vivo e organizado, pois poderia se confundir com fundo

de negócio (*fonds de boutique*), restos mortais de um estabelecimento, alcaides, ou seja, saldo remanescente de um antigo estabelecimento. Eles preferiam a utilização do termo estabelecimento comercial.

Apesar da ressalva acima, o estabelecimento comercial, na maior parte da doutrina clássica nacional, tem significado idêntico ao fundo de comércio.

O Código Civil adotou a Teoria da Empresa e batizou o Título III do Livro “Do Direito de Empresa” como: “Do Estabelecimento”. Assim, prevalece atualmente a utilização do termo *Estabelecimento* ao invés de Fundo de Empresa ou de Comércio. Além disso, é preciso destacar que “fundo de comércio adquirido” é o termo adotado na Lei da S/As para designar, no balanço patrimonial, o valor pago a título de aviamento nas incorporações de estabelecimentos (art. 179, VI da Lei 6404/76). Assim, conforme já ensina Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 98), fundo de comércio no nosso direito positivo, significa o valor intangível pago a título de aviamento, devendo ser contabilizado na conta do ativo intangível.

Nos manuais de Direito Empresarial, é recorrente a utilização do termo *Estabelecimento Empresarial*; contudo, vale a ressalva precisa de Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

O agente econômico não empresário, a igual do que ocorre com o empresário, normalmente precisa, como este, de um estabelecimento para o desempenho das atividades econômicas a que se propõem. Refiro-me ao estabelecimento da sociedade simples, onde se inclui a cooperativa, ao empresário rural e ao daquele que exerce profissão intelectual. Qualquer desses estabelecimentos, à semelhança do que ocorre no estabelecimento do empresário, pode ser objeto unitário de direitos, caso em que, na falta de outras disposições normativas, aplicam-se-lhe, por analogia, as regras dos preceitos legais atinentes ao estabelecimento do empresário. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 559).

Assim, estamos diante de um complexo de bens que ultrapassa as fronteiras do direito empresarial. Toda atividade econômica necessita de instrumentos para o seu exercício. Dessa forma, “deixa, portanto, o estabelecimento comercial de limitar-se às atividades mercantis, abrangendo todas as atividades com fins lucrativos.” (MIGUEL, 2000, p. 13). Diante disso, é extremamente acertado o título escolhido pelo legislador: “Do Estabelecimento”, e só.

4.4 Pluralidade de Estabelecimentos

Já sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, a doutrina estudava a questão da pluralidade de estabelecimentos. Afinal, estava expresso naquele diploma que o foro competente para processar a falência era o da sede do “principal estabelecimento”.

O teor do Art. 3 da Lei 11.101/05 é semelhante. Veja-se:

Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

A questão do principal estabelecimento já é superada. Afinal, a doutrina e a jurisprudência considerou “para a otimização do procedimento concursal, que o juízo falimentar deveria ser aquele cuja jurisdição fosse no local onde o empresário falido concentrasse o maior número de operações mercantis.” (PIMENTA, 2006a, p. 96). Ou seja, o juízo competente para o processamento da falência é aquele do principal estabelecimento real e não, simplesmente, a sede contratual descrita no ato constitutivo da sociedade empresária. O juízo competente é aquele em que o empresário concentra a maior parte das suas relações jurídicas mercantis.

Contudo, para o operador do direito e para o gestor da empresa, é fundamental saber se a venda de uma filial é ou não a venda de um estabelecimento, fazendo-se assim, incidir as regras específicas do contrato de trespasse.

Tokars (2006, p. 51) afirma que as agências, sucursais e filiais são estabelecimentos autônomos e, quando vendidos isoladamente, se constituem em um efetivo trespasse. Realmente, o mesmo empresário pode ter dois ou mais estabelecimentos e a estipulação legal de “principal estabelecimento” não deixa margem para dúvida de que isso é possível.

Uma sociedade empresária, por exemplo, que atua no ramo de venda de material para construção, pode possuir dois ou mais estabelecimentos em locais diferentes. A alienação de um desses estabelecimentos se consubstancia em um contrato de trespasse, nos exatos termos em que Fábio Tokars leciona.

Contudo, a sinonímia entre os termos agência, filial e sucursal causam algumas complicações. O certo é que, como aduz Waldemar Martins Ferreira (1962, p. 36), “a lei não distinguiu a sucursal da filial, muito menos da agência; e as três expressões se empregam sem significado específico, ao arbítrio de cada comerciante ou sociedade”. Segundo o magistério

de Ricardo Negrão (2008, p. 101), “referem-se a uma só realidade: o estabelecimento subordinado a um principal. São, portanto, ramificações de uma estrutura administrativa.”

Porém, no Brasil, o termo agência tem sido mais utilizado por instituições financeiras, conforme salienta Walter T. Álvares (1969, p. 204) e Rubens Requião (2003, p. 278). Neste mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 98) chega a informar que nas “instituições financeiras, usa-se a expressão “agência”, para mencionar os diversos estabelecimentos”. Já Eduardo Goulart Pimenta (2004, p. 101), por outro lado, alerta que a sede, as filiais e as sucursais podem ser unidades integrantes do mesmo estabelecimento.

Neste sentido, realmente, assiste razão o comentário de Pimenta. Entendemos que no específico caso das agências bancárias não há como enquadrá-las no conceito de estabelecimento empresarial.

Ora, se uma instituição financeira, por motivos diversos, não tiver mais interesse em manter determinada agência, ela irá passar o ponto sem que com isso se caracterize um trespasse. Afinal, na composição do estabelecimento empresarial nenhum elemento é indispensável para a sua configuração. Contudo, para ele existir, é necessário um complexo de bens organizados para o exercício de determinada atividade econômica.

No mesmo sentido, vimos no item anterior que o estabelecimento é um organismo vivo e dinâmico que instrumentaliza a atividade econômica e que, por causa da sua organização, possui um valor superior aos bens singularmente considerados. Diante disso, a atividade econômica de uma instituição financeira não é transferida para alguém que adquire um ponto de uma agência isolada com o seu mobiliário, exceto se essa agência for ser transferida juntamente com sua carteira de clientes, ou a sua marca, etc.

Assim, no específico caso de instituições financeiras, com diversas agências, o trespasse só se configurará com a alienação de bens suficientes para a manutenção da atividade exercida pelo alienante. Afinal, como bem aponta Mello Franco (2001, p. 123) “do ponto de vista econômico, cada estabelecimento constitui uma unidade técnica autônoma de produção.” No mesmo sentido é a lição de Borges (1976, p. 189), “cada estabelecimento constituiria, pois, um empresa autônoma, uma unidade produtiva de riqueza.”

Uma agência bancária isolada não é capaz de exercer a atividade econômica da instituição financeira. Por isso, não pode ser considerada como um estabelecimento para fins de configuração de trespasse em caso de alienação. O que precisa ficar sedimentado é que só será trespasse se o adquirente puder continuar a empresa exercida pelo alienante. Neste sentido é a orientação do enunciado n° 233 da III Jornada de Direito Civil. Veja-se:

“233 – Art. 1.142: A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial”.

O estabelecimento da instituição financeira deve ser entendido como o complexo dos elementos necessários para o exercício da sua atividade. Algo que engloba as suas agências, sua marca, sua clientela, seus créditos, e etc. Um complexo de bens organizados para sua atividade econômica.

Objetivamente, o que é preciso perquirir para a configuração de um trespasse é se foram transferidos ao adquirente os fatores de produção suficientes para a manutenção das atividades organizadas e desenvolvidas pelo alienante. A transferência de um ponto ou de uma agência, mesmo que mobiliada, não é, por si só, um trespasse.

Neste mesmo sentido, a doutrina sempre entendeu corretamente que um departamento isolado de uma grande corporação não se configura como um estabelecimento, “caracterizando-se como um “local acessório”, em que determinadas atividades (administração e contabilidade) são praticadas.” (TOKARS, 2006, p. 54).

Em suma, tanto do ponto de vista econômico, como do ponto de vista jurídico, independente do termo (agência, filial ou sucursal), para que a alienação seja considerada como um trespasse de estabelecimento, é necessária a transferência de uma unidade autônoma de produção. Ou seja, é necessário que o objeto da venda esteja composto e organizado para a manutenção da atividade produtiva antes desenvolvida pelo alienante.

Dessa forma, o adquirente não necessita ingressar na exata atividade do alienante; contudo, é preciso ficar sedimentado na doutrina jurídica que o trespasse só existe se o objeto da alienação for capaz de ser uma unidade produtiva de riquezas. Enfim, que o objeto da alienação esteja composto de um complexo de bens organizados para determinada atividade econômica, nos exatos termos do art. 1.142 do Código Civil.

Na verdade, existem duas acepções do complexo de bens organizado. Em sentido estrito, o estabelecimento é uma unidade produtiva autônoma, que pode ser a sede da empresa, uma filial, agência ou sucursal, desde que seja capaz de servir como uma empresa autônoma. Já em termo amplo, o estabelecimento é todo o complexo de bens utilizados pelo empreendedor no exercício da empresa, englobando todas as suas unidades produtivas (estabelecimentos em termo estrito) e bens intangíveis.

4.5 Distinção entre estabelecimento e patrimônio

A empresa, sob a perspectiva subjetiva do empresário, é sempre considerada de forma unitária. Exatamente como o patrimônio das pessoas de direito. Conforme ensina Euler da Cunha Peixoto (1993, p. 116), “o patrimônio constitui-se de todas as relações jurídicas da pessoa, impõe-se concluir que cada pessoa corresponde um único patrimônio.”

A confusão entre as noções de patrimônio e estabelecimento sempre existiu na doutrina. Como exemplo, temos Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 100) informando que “o patrimônio social e o estabelecimento empresarial se confundem”. Diante disso, para a continuidade do estudo do estabelecimento, é preciso distinguir o que significa cada um desses institutos a fim de se evitar confusões posteriores.

Inicialmente, é preciso compreender que cada pessoa só possui um único e exclusivo patrimônio. A parte ativa deste patrimônio é a garantia das suas obrigações. Realmente, a maioria dos bens do estabelecimento faz parte do patrimônio do seu titular. Como o estabelecimento é de titularidade dessa mesma pessoa, é possível até afirmar que o estabelecimento integra o patrimônio do empresário singular ou coletivo. Contudo, existe uma grande diferença no aspecto funcional dos bens do estabelecimento. Veja-se, sobre isso, o que informa Nelson Nery Júnior:

Esses bens devem estar organizados para a atividade da empresa, vale dizer, devem ter ligação intrínseca entre si – ligação funcional, na linguagem de Ferrari -, para que possam constituir-se e caracterizar-se como integrantes do estabelecimento. Um conjunto ou agrupamento de bens isolados, sem a ligação funcional, em princípio não se caracteriza como estabelecimento, mas sim como integrante do patrimônio do empresário ou da sociedade empresária. (NERY JÚNIOR, 2002, p. 227).

Portanto, somente os bens ligados à atividade fim fazem parte do estabelecimento e todos os bens de propriedade do empresário fazem parte do seu patrimônio.

Marcondes (1970, p. 85) após breve exposição, conclui que o patrimônio é:

- a) conjunto de relações jurídicas;
- b) apreciáveis economicamente;
- c) coligadas entre si, por pertinentes a uma pessoa.

Não vamos aqui nos alongar, dada a complexidade do tema - pois não é o objeto deste estudo - nas teorias que estudam a natureza jurídica e a separação do patrimônio da sociedade

e dos sócios. No entanto, é preciso deixar claro a similitude do conceito de patrimônio, tanto em Direito, quanto nas Ciências Contábeis.

O patrimônio sempre foi juridicamente algo além de um simples complexo de bens, trata-se de um complexo de relações jurídicas composto de bens, de direitos e de obrigações. Nesse sentido, conceitua Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 988): “conjunto de bens de propriedade de um sujeito de direito, bem como suas obrigações ativas e passivas.” Também De Plácido e Silva (2006, p. 1014) afirma ser o patrimônio juridicamente tanto no Direito Civil, quanto no Comercial e no Público “conjunto de bens, de direitos e obrigações, aplicáveis economicamente, isto é, em dinheiro, pertencente a uma pessoa natural e jurídica.”

Lucas Rocha Furtado (2005, p. 971) aduz que, em termos contábeis, o patrimônio é o “conjunto de bens, direitos e obrigações de qualquer pessoa física ou jurídica.” No mesmo sentido, o contabilista Hilário Franco (1982, p. 20) define o patrimônio como “um conjunto de bens, direitos e obrigações vinculadas a uma pessoa ou entidade.”

Portanto, fica evidente que, nesses dois sentidos (contábil e jurídico), o conceito de patrimônio é idêntico. Porém, não é correto afirmar, nem para o Direito, nem para as Ciências Contábeis, que o estabelecimento está contido no patrimônio da pessoa, como também afirmar que o patrimônio está “compreendido na universalidade que irá constituir o estabelecimento”. (FURTADO, 2005, p. 972). O certo é que os dois são de titularidade de uma mesma pessoa de direito e que, por causa disso, constituem o acervo garantidor dos débitos constituídos pelo sujeito, embora sejam dois institutos diferentes e não haja como determinar que um esteja contido no outro.

O art. 45 do Código Civil informa que a existência legal das pessoas jurídicas começa a partir da inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Com a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, as sociedades adquirem personalidade jurídica e, por isso, passam a possuir um patrimônio próprio, separado do patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas que compõem o seu quadro societário. No caso do empresário individual, não existe separação, para fins obrigacionais, entre o patrimônio do exercício da empresa e o seu patrimônio pessoal.

O patrimônio da sociedade empresária é, inicialmente, constituído pelo capital investido pelos sócios na sociedade. “Da transformação do capital num complexo de bens apropriados para o exercício da atividade mercantil resulta o estabelecimento.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 62).

Assim, o estabelecimento, no seu ponto de vista estático, aparenta conter todo o patrimônio ativo da pessoa. Contudo, há casos em que esta mesma pessoa possui bens que

não têm ligação funcional com sua atividade. É o caso, por exemplo, do empresário individual que possui bens particulares e bens utilizados na empresa. Neste caso, somente os bens aptos a instrumentalizar a atividade serão integrantes do estabelecimento, ficando fora do estabelecimento os seus bens particulares integrantes do seu patrimônio.

Por outro lado, no seu ponto de vista amplo e dinâmico, o patrimônio não comporta o estabelecimento. Ora, o fator organização e o aviamento não estão contidos no patrimônio da sociedade empresária, tanto no seu conceito jurídico, quanto no seu conceito contábil. Afinal, tanto em Direito como para as Ciências Contábeis, o patrimônio ativo da pessoa sempre é auferido mediante a simples soma do valor aritmético dos seus componentes. Existe, tanto em Direito Empresarial, quanto em Contabilidade, a noção de que o patrimônio de um empresário se expressa com o Balanço Patrimonial, ferramenta indispensável para controle da empresa e para a fiscalização administrativa.

Todas as empresas regularmente constituídas são obrigadas a elaborar o balanço patrimonial. Ele é o reflexo fiel do patrimônio da sociedade empresária e se divide em ativo, passivo e patrimônio líquido. (FRANCO, 1982, p. 20). Trata-se de um resultado aritmético (patrimônio líquido) oriundo da diminuição do ativo pelo passivo.

O ativo é composto pela soma dos bens do empresário e o passivo, pelas suas obrigações. Conforme o Art. 1.188 do Código Civil, o balanço patrimonial deverá exprimir, com fidelidade e clareza, a situação real da empresa.

Contudo, não é isso que acontece. Mesmo com a entrada em vigor da Lei 11.638/07, alterando os artigos que regulamentam a escrituração das contas das sociedades empresárias, na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), não há como capitalizar, de forma explícita, o ativo intangível gerado pela organização produtiva e pelos bens intangíveis do estabelecimento.

Diante disso, o ativo se assemelha ao estabelecimento; porém, o fator organização não é computado na conta do ativo. Os “elementos não patrimoniais, como a expectativa de lucro, a clientela ou o bom nome que o empresário mantenha na praça, que compõem o estabelecimento, não integram o patrimônio.” (FURTADO, 2005, p. 971). Realmente, não existe na conta do ativo o valor intangível inerente à organização produtiva.

O ativo intangível do estabelecimento, portanto, não é contabilizado. Segundo o SFAC 5 (*Statements of Financial Accounting Concepts*), parágrafo 63, qualquer item contábil só pode ser capitalizado quando, conjuntamente, tiver definição apropriada, for mensurável, relevante e preciso. O valor intangível ou sobrevalor incorpóreo do estabelecimento não

possui essas qualidades. Afinal, antes de ser vendido, como mensurar precisamente o valor do aviamento de um estabelecimento?

Qualquer contabilização nesse sentido é arbitrária e temerosa. Esse valor incorpóreo do estabelecimento é atualmente o grande desafio dos contabilistas, que não conseguem ainda contabilizá-lo adequadamente, para fazer do balanço patrimonial o reflexo real da empresa, exatamente conforme reclama o art.1.188 do nosso Código Civil. “O aviamento não figura (...) no balanço do titular que criou o estabelecimento, significando um valor potencial que somente vai se realizar quando da sua alienação”. (BARRETO FILHO, 1988, p. 209).

No caso do estabelecimento, esse sobrevalor é uma “qualidade ou atributo inerente ao complexo de bens de que é formado o estabelecimento” (BARRETO FILHO, 1988, p. 172) e, sendo assim, não é de propriedade do empresário, não fazendo parte, portanto, do seu patrimônio.

Atualmente, inclusive, já é pacificado o entendimento de que é mais correto se dizer titular do estabelecimento e não proprietário, exatamente por que esse sobrevalor é extrapatrimonial, ou seja, não é de propriedade do empresário, não está contido no seu patrimônio e não pode ser objeto de negócio jurídico autônomo.

No mercado, evidentemente, todos sabem que o valor econômico real de uma empresa é maior do que o patrimônio líquido da sociedade empresária. Isso se dá, como visto, porque existe no estabelecimento, um sobrevalor incorpóreo que não está contido no patrimônio, nem foi registrado no balanço do empresário.

Não há como querer que o patrimônio seja uma coisa para o Direito Empresarial e outra coisa para as Ciências Contábeis e para a Economia. Ou seja, o patrimônio é o conjunto de bens, relações jurídicas e obrigações de determinada pessoa, singularmente considerados e expressos pelo balanço patrimonial. O sobrevalor econômico do estabelecimento continua sendo extrapatrimonial e não contabilizado, pois é uma qualidade ou atributo extremamente volátil de um determinado complexo de bens já organizados para uma atividade econômica. Ele não sobrevive em separado dos bens tangíveis organizados para a atividade produtiva, sendo assim, uma qualidade ou atributo do estabelecimento.

É preciso, ficar entendido, portanto, que “o sobre-valor representado pelo aviamento não pode, obviamente, ser objeto de circulação autônoma.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 209). Além disso, o patrimônio sempre foi concebido pelos bens e relações jurídicas do empresário e os estabelecimentos podem ser, e muitas vezes são, compostos por bens que não são de propriedade da sociedade. Ou seja, por bens locados ou arrendados. Assim, conclui-se

que o estabelecimento não está contido no patrimônio do empresário, posto que esse empresário não é proprietário de todos os elementos que compõem o estabelecimento.

No que se refere à alegação de que o patrimônio está contido no estabelecimento, não há a menor dúvida de que uma pessoa de Direito pode possuir dois ou mais estabelecimentos. Tal fato importa na inviabilidade lógica de um estabelecimento conter todo o patrimônio de um empresário, pois o seu patrimônio é uno.

Ademais, há também os bens que são de propriedade do empresário e, assim, integram o seu patrimônio, porém não fazem parte do complexo organizado para a atividade. São os bens alheios à atividade empresarial, que, por ausência de identidade funcional, não fazem parte do estabelecimento.

Por fim, entendemos que as relações jurídicas, principalmente os contratos, do empresário são elementos da empresa e não fazem parte do estabelecimento, conforme veremos no estudo da sua natureza jurídica a seguir.

4.6 A natureza jurídica do estabelecimento

O tema da natureza jurídica do estabelecimento tem hoje profunda relevância para o entendimento correto do contrato de *traspasse*. Afinal, a natureza do fundo de comércio é fundamental para a subsunção de qualquer das normas a ele pertinentes.

É cediço que, antes do Código Civil de 2002, a doutrina nacional convergia no sentido de entender o estabelecimento como uma universalidade de fato. Porém, com a entrada em vigor do novo Código Civil, a doutrina se dividiu totalmente. Realmente, há hoje uma cisão completa da doutrina, conforme será visto.

Somente para informação inicial, os dois livros doutrinários, publicados após o Código Civil de 2002, sobre o tema do estabelecimento empresarial no Brasil, possuem conclusões antagônicas²².

É relevante mencionar que a fonte bibliográfica da doutrina nacional é a mesma. Tanto a interna, quanto a de direito comparado, sendo esta última, na sua maioria, italiana. Afinal, a teoria da empresa adotada no nosso Código foi inspirada pelo Código Italiano de 1942.

²² De um lado FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: traspasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007 e do outro TOKARS, Fábio. *Estabelecimento empresarial*. São Paulo: LTr, 2006.

É certo que devemos retirar do direito comparado subsídios para as nossas conclusões; contudo, litros de tinta já foram gastos nessa tarefa. Por isso, o nosso objetivo é trazer um compilado da melhor doutrina comercial/empresarial do país para contribuir com o debate da natureza jurídica do estabelecimento, a fim de constituir um entendimento convergente sobre o tema.

Por hora, devemos definir qual é a natureza jurídica do estabelecimento com o intuito de facilitar a hermenêutica do instituto e das relações jurídicas a ele pertinentes. É cediço que a doutrina de Direito Empresarial deve ser capaz de proporcionar para o gestor da empresa a segurança jurídica necessária para a administração do seu empreendimento. Não é economicamente interessante, para o nosso país, insegurança jurídica no trato do estabelecimento. A insegurança dificulta transações, é contrária ao princípio da preservação da empresa e produz julgados divergentes. Algo ineficiente, pois aumenta o custo de transação no trato do tema.

Diante disso, para reconhecer todas as formalidades e interpretar as conseqüências da alienação do estabelecimento - fator importantíssimo na gestão empresarial - é preciso, antes de tudo, saber qual é a natureza jurídica deste instituto.

A natureza jurídica do estabelecimento empresarial sempre foi um tema extremamente controverso e essa controvérsia não é apenas brasileira. Sobre isso, registramos: “Numerosas são as teorias sobre a natureza jurídica do estabelecimento.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 78).

É cediço que o conceito amplo e dinâmico do estabelecimento, como complexo de bens organizados, sempre trouxe dificuldades para a ciência jurídica. O certo é que, para o estudo da natureza jurídica de um instituto, é necessário fazer uma abordagem dedutiva do direito positivo e, assim, entender a sua dogmática. Exatamente por causa disso, a natureza jurídica do estabelecimento é diferente para cada modalidade de normatização legal a ele incidente.

Portanto, é necessária, inicialmente, uma leitura dos dispositivos do Código Civil que regulam a nossa matéria:

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

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os

credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

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

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

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

O art. 1.143 do Código Civil deixa clara a importância da unicidade jurídica do estabelecimento para que o mesmo receba “proteção jurídica específica, paralela à consagrada pelo ordenamento de cada um dos bens móveis, imóveis ou imateriais que o compõem.” (PIMENTA, 2004, p. 101).

Nesse mesmo dispositivo, há uma alusão expressa à condição de objeto de direito do estabelecimento. No mesmo sentido, o Art. 44 do Código Civil não prevê o estabelecimento como pessoa jurídica de direito privado. Assim, não há, no nosso ordenamento, como conceber o estabelecimento como sujeito de direito. Portanto, todas as teorias que personificam o estabelecimento e o identificam como titular de direitos e deveres são refutadas. O estabelecimento é, sem dúvidas, no nosso ordenamento, um objeto de direito e, conforme expresso no citado artigo: “pode ser objeto de direitos e negócios jurídicos”.

As teorias imaterialistas aduzem que o estabelecimento é um bem imaterial e “abstrato resultante da organização dos elementos corpóreos”. (BARRETO FILHO, 1988, p. 93). Contudo, esse fundamento privilegia a organização e esquece que, para que ela exista, é necessário um conjunto anterior de bens. Ou seja, a organização depende dos bens; afinal, a otimização dos recursos via empreendedorismo possui muitas faces, como o bom nome e a clientela, mas a organização, por si só, sem seus instrumentos, não subsiste. Não há como organizar o nada. Como o Código se referiu ao “complexo de bens”, sem eles, não há como existir estabelecimento, assim, não há como conceber as teorias imaterialistas.

As teorias atomistas inadmitiam a relevância jurídica da unidade econômica formada pelo estabelecimento. (BARRETO FILHO, 1988, p. 95). Contudo, sua unicidade, como pode ser vista, está expressa no art. 1.143 do Código e nele não há dúvidas de que o regime jurídico do estabelecimento é diferente do regime jurídico dos bens que o compõem. Dessa forma, não há como admitir as teorias atomistas no nosso direito.

Não há também como admitir que o estabelecimento seja um patrimônio à parte ou de afetação da sociedade empresária, posto que só a lei pode atribuir o “caráter de patrimônio separado, coexistindo a par do patrimônio restante do comerciante.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 105).

Portanto, refutadas essas teorias, restam então as duas outras correntes mais importantes. As que identificam o estabelecimento como universalidade de direito (*universitas juris*) e as que identificam o estabelecimento como universalidade de fato (*universitas facti*).

O Código Civil definiu assim as duas universalidades:

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

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

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

Antes do Código de 2002, a melhor doutrina comercialista nacional identificava o estabelecimento como universalidade de fato. Nesse sentido, haviam se manifestado autores do escol de José Xavier Carvalho de Mendonça (1955, p. 19), Waldemar Martins Ferreira (1956, p. 28), João Eunápio Borges (1976, p. 208), Oscar Barreto Filho (1988, p. 108), Waldírio Bulgarelli (1993, p.52), Euler da Cunha Peixoto (1993, p.119), José Maria Rocha Filho (1993, p. 224), Dylson Doria (1998, p.132), Fran Martins (1998, p. 428), Paula Castello Miguel (2000, p.28), Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 123) e Rubens Requião (2003, p. 271), por exemplo.

Os argumentos mais fortes sobre essa caracterização eram que a universalidade de direito só pode ser criada por lei e que ela também possui legitimidade processual. Além disso, o estabelecimento não era um conjunto de direitos, ou seja, de relações passivas e ativas, e sim um conjunto de objetos de direito, criado, organizado, modificado e extinto por inteira vontade do comerciante.

Contudo, o Código de 2002 regulamentou expressamente o estabelecimento e, na sua alienação, a sub-rogação dos contratos (Art. 1.148 CC); a cessão dos créditos (Art. 1.149 CC) e a responsabilidade solidária dos débitos regularmente contabilizados (Art. 1.146 CC). Assim, vários doutrinadores passaram a entender que o estabelecimento seria um complexo de relações jurídicas, ou seja, uma universalidade de direito.

Nesse sentido, discorre Fábio Tokars:

Em aplicação do disposto no art. 1.146, que torna o estabelecimento um conjunto de relações jurídicas ao impor a responsabilidade ao adquirente quanto aos débitos vinculados ao fundo, tem-se que a nova definição legal de universalidade de direito se amolda ao conceito de estabelecimento. Assim, temos que deverá ser construída uma nova orientação doutrinária, conferindo ao fundo de empresa a natureza de universalidade de direito. (TOKARS, 2006, p. 28).

Sobre o debate em questão, Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro também contribuem:

Com a edição do atual Código Civil, que em seu art. 1.142 traz a definição de estabelecimento – “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.” -, consagrado está o entendimento doutrinário dominante, no sentido de que o estabelecimento é uma universalidade de bens que passa a ser uma universalidade de direito e não universalidade de fato, como anteriormente se apresentava. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2008, p. 103).

Ainda nessa perspectiva, Moema Augusta Soares de Castro conclui:

Ora, a partir do Código Civil de 2002, o estabelecimento passou a ser regulado, eis que autorizado pelo art. 1.143; é objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos que sejam compatíveis com a sua natureza²³. Assim nada mais coerente do que considerar a natureza jurídica do estabelecimento como universalidade de direito. (CASTRO, 2007, p. 121).

Alfredo de Gonçalves Neto (2007, p. 568 - 569) concluiu de forma diversa, para ele o estabelecimento pode ser considerado, ora uma universalidade de fato e ora uma universalidade de direito:

Cumprir considerar que o estabelecimento tanto pode ser considerado como (i) um conjunto de bens apto para o desenvolvimento de uma determinada atividade, quanto (ii) esse mesmo conjunto de bens no desenvolver da atividade para a qual ditos bens estão predispostos a servir. Nesta última concepção, tem-se uma universalidade de direito. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 568 - 569)

Em sentido semelhante, concluindo que o estabelecimento é, ora uma universalidade de fato, ora de direito, temos também Gladston Mamede, veja-se:

²³ No mesmo sentido (DE LUCCA, 2005, p.80), também citado por Moema Augusta Soares de Castro (2007, p. 121).

O estabelecimento é, portanto, uma *universitas bonorum* e uma *universitas iuris*, na forma como antevista pelos artigos 90 e 91 do Código Civil, vale dizer, como “pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”, e como “complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”. Tais disposições se harmonizam com o artigo 1.143 do mesmo Código Civil, inscrito no âmbito específico do livro destinado ao Direito de Empresa, segundo o qual o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos, bem como de negócios jurídicos, sejam eles translativos ou constitutivos, desde que sejam compatíveis com a sua natureza. Como universalidade de fato, isto é, conjunto de bens singulares que têm destinação unitária, admite-se, a teor do artigo 90, parágrafo único, do Código Civil, o estabelecimento de relações jurídicas próprias, tomando um ou mais bens por sua singularidade. Pode-se, por exemplo, hipotecar um imóvel, mesmo de uso, ou empenhar determinada máquina ou certo conjunto maquinário, a marca ou uma patente. Mas pode haver, simultaneamente, a negociação da *universitas iuris* em si, ou seja, de seu estabelecimento, da coletividade dos bens que se enfeixam na empresa. (MAMEDE, 2007, p. 200).

Já para Maria Helena Diniz, o estabelecimento é uma universalidade de direito “*sui generis*”. Veja-se:

Consiste, pelas suas peculiaridades, em uma universalidade de direito “*sui generis*”, por não ter capacidade processual, nem ser sujeito de direito, cuja unidade decorre do seu reconhecimento, por ter valor econômico, por norma jurídica com o intuito de produzir certos efeitos, apesar de operar-se por vontade do empresário, manifestada num estatuto ou num contrato social, envolvendo (além de um conjunto de bens corpóreos), um complexo de relações jurídicas (bens incorpóreos) de uma pessoa (empresário), dotadas de valor econômico (art. 91). (DINIZ, 2009, p. 685).

Ao par disso, Sérgio Campinho (2003, p. 305), Lucas Rocha Furtado (2005, p. 972), Arnaldo Wald (2005, p. 735), Paulo Sérgio Restiffe (2006, p.42), Marcelo Andrade Féres (2007, p. 22), Waldo Fazzio Júnior (2008, p. 64), Ricardo Negrão (2008, p.101), Marlon Tomazette (2008, p.96), José Edwaldo Tavares Borba (2008, p.61) e Raquel Sztanj (2008, p. 787) continuam entendendo que se trata de uma universalidade de fato.

Após uma análise cuidadosa, entendemos que assiste razão aos que continuam entendendo que o estabelecimento é uma universalidade de fato. O Código Reale, ao trazer no seu corpo o conceito de estabelecimento, apenas expressou o que a maioria dos doutrinadores já entendia como estabelecimento na sua visão ampla e dinâmica: complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa. Ao conceituar a universalidade de fato e a universalidade de direito, também o fez, de acordo com as classificações já existentes nos manuais de direito civil.

Assim, se o legislador desejasse que a natureza jurídica do estabelecimento fosse de universalidade de direito, teria expressamente conceituado-o como complexo de relações jurídicas. Se ocorresse isso, o Código não necessitaria, sequer, expressar tantas conseqüências

sucessórias. Afinal, se é complexo de relações jurídicas, é claro que os débitos, créditos e contratos seguiriam a universalidade.

Não foi isso que aconteceu. O código expressamente aludiu, no seu art. 1.142, “complexo de bens” que é muito semelhante à “pluralidade de bens” da universalidade de fato do art. 90. Além disso, o parágrafo único do art. 90 do Código Civil possui estreita relação com o art. 1.143, informando que a universalidade pode ser objeto unitário de negócios jurídicos, dando coerência normativa ao sistema jurídico privado em vigor.

Ora, é verdade que a universalidade de direito é criada por Lei. Contudo, quando o legislador decidiu inserir o Título “Do Estabelecimento”, no Livro da Empresa do Código, já o fez conceituando o estabelecimento como universalidade de fato. A simples inserção do estabelecimento em lei não o alça à condição de universalidade de direito.

Diante disso, não há como fugir do conceito expresso no texto legal. É tão um complexo de bens - uma universalidade de fato - que não possui capacidade processual, permitindo que, no dia a dia da empresa, o empresário possua total liberdade para compor, modificar e até extinguir o seu estabelecimento empresarial.

Data vênua, não assiste razão o comentário de Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2008, p.103), de que está consagrado na doutrina o reconhecimento do estabelecimento como universalidade de direito. Conforme alude Marcelo Andrade Féres (2007, p. 22), “a sistemática delineada pela codificação de 2002 ocupa-se dos efeitos obrigacionais da negociação unitária da azienda, mas isso, note-se, não significa que relações obrigacionais nela se contenham.”

Realmente, as formalidades e os efeitos do contrato de *trespasse*, nas relações jurídicas do alienante, são determinados de forma exaustiva no Código. Entretanto, as relações jurídicas não fazem parte do estabelecimento “*per se*”. O conceito de estabelecimento foi expresso no art. 1.142 do Código, como universalidade de fato, antes de este mesmo Código sequer mencionar os efeitos da sua alienação unitária.

Lembre-mos de que o estabelecimento pode ser objeto unitário de negócios jurídicos, mas também pode nascer, se desenvolver e se extinguir sem que jamais seja negociado com qualquer pessoa. Assim, nada terá sido senão um complexo de bens que foi organizado e extinto pelo seu titular enquanto exercia uma empresa. Ou seja, os bens dessa universalidade de fato são usados como o seu titular quiser; mas, caso deseje vendê-los, de forma unitária, o alienante e o adquirente terão que cumprir as formalidades e arcar com os efeitos previstos de forma exaustiva pela legislação. Realmente não há como incluir as

relações jurídicas e o passivo na natureza do estabelecimento. Sobre isso, Nelson Nery Junior aduz com correção:

Não se pode incluir no conceito de estabelecimento o passivo do empresário ou sociedade empresária. É verdade que o passivo está compreendido no patrimônio negativo da sociedade, mas não mesmo verdade é que o passivo não é imprescindível para o exercício da empresa. Daí por que não integra o estabelecimento comercial ou industrial. (NERY JÚNIOR, 2002, p. 229).

Realmente, o art. 1.146 do Código Civil cuida apenas da “fixação de responsabilidade sucessória.” (NERY JUNIOR, 2002, p. 229). Isso quando o estabelecimento é alienado de forma unitária de acordo com a permissão contida no art. 1.143 do mesmo diploma.

Ora, se o legislador quisesse que as relações jurídicas do empresário fizessem parte do estabelecimento, simplesmente expressaria no texto legal que os débitos e contratos fazem parte do estabelecimento, conceituando-o como complexo de relações jurídicas (universalidade de direito). Não foi isso que aconteceu. Como dito, primeiro ele cuidou do seu conceito como universalidade de fato e, posteriormente, para facilitar a dogmática, estabeleceu os efeitos jurídicos da venda unitária dessa universalidade de fato nas relações patrimoniais do alienante e do adquirente.

A interpretação do estabelecimento como universalidade de fato fica ainda mais cristalina quando o instituto é interpretado, também, à luz da Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei. 11.105). A lei falimentar deixa claro, no art. 141, que os débitos não se vinculam ao estabelecimento adquirido (caput, inc II). Além disso, no mesmo dispositivo, em seu § 2º, fica evidente a extinção das relações jurídicas trabalhistas e a constituição de novos contratos de trabalho. Diante disso, pergunta-se: Se o estabelecimento é uma universalidade de direito, como podem os débitos e os contratos não se transferirem no trespasse da falência? Como pode, no Código civil, a sucessão obrigacional se restringir aos débitos contabilizados? Como pode um mesmo instituto possuir, ora uma natureza, ora outra?

Quando se analisa amiúde a normatização positiva do estabelecimento, não há como fugir da sua natureza jurídica de universalidade de fato. Para tanto, o que precisa ficar realmente claro é que o estabelecimento existe antes da sua alienação. O estabelecimento em atividade não é um complexo de relações jurídicas, pois estas são constituídas na empresa, ou seja, na atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços. É lógico que, para exercer qualquer atividade, é necessária uma gama incontável de relações jurídicas. Portanto, feliz é a concepção moderna e dinâmica da empresa, como um “feixe coordenado de relações jurídicas contratuais, estabelecidas pelo empresário, com a finalidade

de organização dos fatores de produção e circulação dos bens ou serviços por ele produzidos ou distribuídos” (PIMENTA, 2006b, p. 72).

Como visto, não se pode confundir empresa e estabelecimento. Também parece claro que as relações jurídicas são necessárias à empresa e que, na transferência do estabelecimento, há a necessidade de regulamentar exaustivamente os efeitos obrigacionais destas relações. Quando o estabelecimento é transferido, o interesse dos credores é juridicamente relevante. Assim, as relações jurídicas do empresário alienante são amiúde reguladas. Contudo, as relações jurídicas, reafirmamos, são elementos da empresa. Fazem parte do patrimônio do empresário. Não são elementos do estabelecimento.

Dessa maneira, entendemos que o passivo do patrimônio dos empresários continua a não fazer parte do estabelecimento, exatamente como já pensavam autores do escol de José Xavier Carvalho de Mendonça (1955, p. 20), Oscar Barreto Filho (1988, p. 154), Waldírio Bulgarelli (1993, p.66), José Maria Rocha Filho (1993, p. 229), Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 115), Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 102) e Rubens Requião (2003, p. 287).

O complexo de bens é a garantia do adimplemento das obrigações do alienante. Como o estabelecimento é composto por grande parte do ativo patrimonial do empresário, a tutela do credor do alienante é juridicamente relevante. O legislador previu a forma da sua venda unitária, bem como os seus efeitos obrigacionais, como dito, e só.

O estabelecimento empresarial é, enfim, somente um complexo de bens organizado para o exercício de uma atividade econômica. Uma universalidade de fato. Quando apenas uma unidade produtiva é vendida (sentido estrito do estabelecimento) e ainda restam bens para a solução do passivo, o alienante não precisa sequer se submeter às formalidades previstas para a sua transferência. Ainda assim, o contrato é totalmente válido e eficaz.

Quando todo o complexo de bens organizado pelo empresário é vendido (sentido amplo do estabelecimento), o alienante e o adquirente se tornam solidariamente responsáveis pelo pagamento dos débitos contabilizados e, caso alguma formalidade seja descumprida, o negócio poderá ser declarado ineficaz. Sobre isso, veremos detalhadamente no estudo do contrato de trespasse.

Não há como admitir que o estabelecimento seja em determinados momentos uma universalidade de direito e, em outros momentos, universalidade de fato, como defendido acima. O instituto é um só; amplo, dinâmico, mas um só. Não é possível que um mesmo instituto possua duas naturezas jurídicas distintas. Enfim, o estabelecimento é uma universalidade de fato.

Como é um complexo de bens heterogêneos, quando admitido de forma unitária, o estabelecimento é uma universalidade dotada de valor econômico. Como prescinde de imóvel para sua formação pode ser considerado um bem móvel. Como possui elementos extrapatrimoniais que impedem o exercício do Direito Real, como clientela e aviamento, é um objeto de Direito Pessoal do seu titular.

4.7 A composição do estabelecimento.

A composição do estabelecimento varia de acordo com o ramo de atividade do empresário. Afinal, o empreendedor possui ampla autonomia na escolha do complexo de bens necessário para o exercício eficiente da sua atividade.

O objeto social do empreendimento apresentará indícios dos instrumentos necessários para a empresa. Contudo, é o gênio inventivo do homem que decidirá com quais bens organizará sua atividade produtiva.

Exatamente por causa dessa autonomia do empreendedor, não há como fazer uma lista exaustiva o suficiente para descrever todos os possíveis elementos materiais e imateriais utilizados nos estabelecimentos. Porém, no aspecto amplo e dinâmico do estabelecimento, expresso no art. 1.142 CC, observamos que existem dois elementos essenciais para a composição do estabelecimento empresarial: o complexo de bens e a organização.

4.7.1 O Complexo de Bens

Nenhum bem, isoladamente considerado, é imprescindível para a caracterização do estabelecimento empresarial. Assim, não existe elemento que, *a priori*, possa ser considerado como essencial ao complexo de bens, variando sua essencialidade de acordo com o gênero da empresa. (PONTES DE MIRANDA, 1956, p. 371).

Conforme alerta Eduardo Goulart Pimenta (2004, p. 101), o administrador da empresa deve praticar seus atos necessariamente para a realização do objeto social do empreendimento e, assim, a grande maioria dos bens do empresário deve, necessariamente, servir para instrumentalizar a sua atividade, fazendo, portanto, parte do seu estabelecimento.

A maioria dos bens do complexo que pertence ao agente econômico integra o seu patrimônio ativo contábil e, por conta disso, é a garantia do adimplemento de suas obrigações. Ele é composto, na sua maioria, por bens estáticos e, quando isoladamente considerados, o empreendedor possui sobre eles Direito Real juridicamente protegido.

O complexo de bens se forma inicialmente com a integralização do fator capital, que possibilita o investimento nos instrumentos materiais e imateriais necessários para realizar, com eficiência, a atividade econômica escolhida pelo empreendedor.

A eficiência nas trocas gera o lucro que é reinvestido na atividade produtiva, criando, assim, a necessidade de maior instrumentalização da empresa e ampliando-se, por conseguinte, o estabelecimento. Portanto, o estabelecimento é uma universalidade que está sempre em eterna formação e transformação.

A atividade empresarial é dinâmica, da mesma forma que o seu complexo de bens. Assim o empreendedor constitui e reconstitui constantemente os seus instrumentos de trabalho em vista da maior eficiência produtiva e econômica da sua atividade.

A doutrina de forma majoritária divide o complexo de bens em bens corpóreos e bens incorpóreos.

4.7.1.1 Bens Corpóreos

Os bens corpóreos são de existência real e palpável. Ocupam espaço no mundo físico e, para fazer parte do estabelecimento, devem possuir vínculo funcional com a atividade do empresário. Por exemplo, caso determinada instituição financeira receba, como contrapartida de mútuo, determinado bem como dação em pagamento, e este bem não possua função alguma na empresa, ele fará parte do seu patrimônio, mas não do seu estabelecimento. Falta a este bem o vínculo funcional com a atividade do empresário titular do fundo.

Por outro lado, existem bens que compõem o estabelecimento, mas que não são do patrimônio do empresário. Por exemplo: um pequeno estabelecimento especializado em fotocópia, em que as máquinas são arrendadas. Como não são de propriedade do empresário, não fazem parte do seu patrimônio, mas compõem o seu estabelecimento, pois são bens organizados para a atividade. No caso da alienação unitária do estabelecimento, as partes decidirão se é interessante ou não a sub-rogação do contrato de arrendamento, nos termos do art. 1.148, do Código Civil.

Os bens corpóreos se dividem em bens móveis e bens imóveis.

4.7.1.1.1 Os Bens Móveis

Não há, na doutrina, maiores controvérsias sobre o enquadramento dos bens móveis no estabelecimento. De acordo com o critério de Requião (2003, p.282-283), se dividem em mercadorias, instalações, máquinas e utensílios. As características comuns desse grupo são:

- a) mobilidade;
- b) valor patrimonial;
- c) corporalidade.

As mercadorias são os objetos destinados ao mercado. Caracterizam-se pela aptidão e permanência no tráfico mercantil (REQUIÃO, 2003, p. 282). Nesta categoria, podem ser incluídas as matérias primas, os produtos produzidos ou modificados pelo empreendedor; o estoque dos produtos que serão objeto de troca e especulação no varejo, etc.

As instalações “são as acomodações montadas no estabelecimento, para apresentação da mercadoria e conforto de sua clientela, constituindo seu chamariz.” (REQUIÃO, 2003, p. 283). Neste grupo, se incluem as vitrines, manequins, balcões, mostruários, placas luminosas, mobiliário, etc.

Já as máquinas instrumentalizam a produção de produtos manufaturados, ou viabilizam a prestação do serviço oferecido. Nas grandes indústrias, existem máquinas pesadas e complexas e nos menores estabelecimentos, basta uma simples calculadora. Podem ser incluídos nesse grupo: computadores, veículos automotores, telefones, foto-copiadoras, *scanners*, impressoras, empacotadoras, todo o maquinário industrial, etc.

Quanto aos utensílios, são “destinados a facilitar os serviços, sobretudo na limpeza do estabelecimento.” (REQUIÃO, 2003, p. 283). Constituem basicamente o material de limpeza e o material de escritório do estabelecimento. São os produtos consumidos diariamente no exercício da atividade, como o papel para a impressora, detergentes, vassouras, grampos, etc.

Como os animais continuam a sofrer tratamento de *res*, pelo ordenamento jurídico, entendemos ser cabível a inclusão dos animais no grupo dos bens móveis do complexo de bens. Afinal, determinadas empresas necessitam dos semoventes para o exercício do seu objeto social. Podemos citar, como exemplo, a agroindústria, os circos e atividades de ecoturismo.

4.7.1.1.2 Os Bens Imóveis

Os bens imóveis do estabelecimento podem ser fazendas, granjas, celeiros, armazéns, lojas, complexos fabris, complexos industriais, prédios, bangalôs, etc. O imóvel não é imprescindível para a formação de um estabelecimento empresarial. Como visto, existem estabelecimentos que não estão estabelecidos em nenhum lugar. (BORGES, 1976, p.188). Assim, o estabelecimento é genericamente reconhecido como um bem móvel.

Sob essa premissa, Requião (2003, p.283) não admite a integração do imóvel no estabelecimento. Contudo, o imóvel é, algumas vezes, o elemento mais importante do estabelecimento. Vejamos o exemplo de um hotel ou pousada. O imóvel é o bem mais valioso dessa unidade produtiva e, como possui vínculo funcional com a atividade, faz parte do complexo de bens que compõe o estabelecimento, sem nenhuma dúvida.

A existência do bem imóvel não descaracteriza a noção de estabelecimento como bem móvel. No caso de trespasse de estabelecimento composto de bem imóvel, apenas há, conforme ensina Fábio Tokars (2006, p. 64), a exigência de formalidades suplementares para a perfeição da transferência. Exatamente como na cessão da exploração da propriedade industrial, para a qual é necessária a averbação no INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial).

É verdade que a compra e venda de imóveis sempre foram reguladas pela lei civil e não estavam incluídos no rol dos atos do comércio. Contudo, a doutrina majoritária “acertadamente já concluíra (...) que estando o bem imóvel afetado ao exercício da empresa, integra ele o estabelecimento.” (PIMENTA, 2004, p. 110).

Realmente, mesmo sem o respaldo do antigo Art. 191, do antigo Código Comercial²⁴, a doutrina jurídica já admitia os bens imóveis como componentes do estabelecimento. Nesse sentido, temos autores do escol de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1956, p. 371), Waldemar Martins Ferreira (1956, p. 62), João Eunápio Borges (1976, p. 191) e Fran Martins (1998, p. 474).

Levando-se em consideração a nova lei civil, o Art. 978 do Código faz alusão expressa da existência de imóveis no patrimônio do empresário. Veja-se:

²⁴ O art. 191 do Código de 1850 informava que só eram considerados como compra e venda mercantil a alienação dos bens móveis e semoventes.

Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.

Ora, os imóveis integrantes do patrimônio do empresário que possuem vínculo funcional com a sua empresa são bens que se enquadram perfeitamente no conceito de estabelecimento expresso no Art. 1.142 do Código Civil. Sem embargo, não há como negar que existem empresas especializadas na alienação de imóveis, como por exemplo, uma construtora que atua no ramo de construção predial urbana. Logicamente, os imóveis dessa construtora pertencem ao seu estabelecimento, no sentido amplo do termo.

Campinho (2003, p. 308), interpretando o art. 978 do Código Civil, ensina que “a menção legal deve ser entendida com referência àqueles bens imóveis que se encontram afetados ao exercício da empresa, integrando o estabelecimento, constando de escrituração nos livros do empresário”. Assim, os imóveis a que alude o Art. 978 são bens que integram o estabelecimento e, portanto, não há razão para dúvidas quanto à possibilidade da integração do imóvel ao complexo de bens da empresa.

Vale salientar que a desnecessidade da outorga conjugal para a alienação do bem imóvel é um mecanismo de diminuição dos custos de transação no tráfico mercantil.

A venda do imóvel singularmente considerado não é um trespasse. Contudo, quando o imóvel é vendido junto com bens aptos ao exercício da empresa desenvolvida pelo alienante, trata-se da venda de uma unidade produtiva autônoma e, assim, é um contrato de trespasse incidindo-se todas as conseqüências inerentes ao instituto.

4.7.1.2 Bens Incorpóreos

Diferente dos bens corpóreos, os bens incorpóreos não ocupam espaço no mundo físico. “São ideais, frutos da elaboração abstrata da inteligência ou do conhecimento humano.” (REQUIÃO, 2003, p. 284).

Não há como, aprioristicamente, determinar quais são todos os possíveis bens imateriais que poderão compor o estabelecimento de uma empresa. Caso um empresário detenha os direitos de exploração de várias obras artísticas e literárias, elas farão parte do seu acervo patrimonial. Essas obras intelectuais podem também ser utilizadas como instrumentos da sua atividade, como no caso, por exemplo, de uma emissora de televisão que detém

direitos patrimoniais exclusivos de transmissão de determinadas obras artísticas (novelas, filmes, shows, programas). Dessa forma, tais direitos devem ser enquadrados como bens e farão parte do seu estabelecimento como bens imateriais. Afinal, estamos nos referindo aos direitos de exploração das obras literárias e artísticas, exploração com o fim de lucro, direito patrimonial disponível. Não se confunde com o Direito Moral do autor, que é personalíssimo, indisponível e intransmissível. (BARRETO FILHO, 1988, p. 158-159).

Algumas propriedades intelectuais são reguladas por ordenamento, com o fim de proteger e incentivar o gênio criativo e empreendedor humano. A tutela dos inventos e das criações industriais possibilita às pessoas naturais e jurídicas a propriedade de determinados objetos de natureza incorpórea. Trata-se de uma medida de internalização das externalidades positivas das criações industriais, a fim de incentivar o desenvolvimento tecnológico e científico. São as chamadas: “Propriedades Industriais”.

Outro bem incorpóreo extremamente valorizado hoje em dia é o “Nome de Domínio”, o endereço da internet, ferramenta que possibilita o contato direto entre as empresas e os seus clientes em qualquer lugar do mundo.

Também não nos esqueçamos dos créditos que são, para o Direito, bens incorpóreos e, como são bens que podem ser organizados pelo empresário, para o exercício da empresa, fazem parte do estabelecimento.

Outros bens incorpóreos não possuem tutela jurídica própria, mas são derivados da proteção indireta ao aviamento, mostram-se juridicamente como bens autônomos do estabelecimento. Trata-se do Ponto e do Título do Estabelecimento.

4.7.1.2.1 As Propriedades Industriais

As propriedades industriais fazem parte do ativo permanente imobilizado do patrimônio do empresário. Exatamente da conta das imobilizações intangíveis. Podem ser negociadas isoladamente e possuem valor econômico apreciável no mercado.

Devem ser devidamente registrados todos os investimentos alocados com as propriedades industriais para que o mercado possa fazer a mensuração do valor do aviamento constituído por esses bens imateriais. Contudo, o valor real deles não é computado no ativo do empresário, conforme veremos no estudo do aviamento.

Barreto Filho (1988, p. 163) não entende como correto o termo “propriedade industrial” ou “propriedade comercial”. Afinal, todos podem usar e gozar desses bens. Ele entende que seria uma espécie de monopólio “mediante a exclusividade de reprodução dos meios de manifestá-la e da proibição aos outros de reproduzi-la.” Porém, hoje é predominante e usual o termo “direito de exclusividade”.

No Brasil, a propriedade industrial é protegida pela Lei 9.279/96. Nessa lei, existe a previsão e a tutela expressa de quatro espécies de propriedades industriais, a saber: as invenções e os modelos de utilidade, protegidos pela patente; e a marca e o desenho industrial, protegidos pelo registro.

Segundo Pimenta, (2009, p. 480) “A invenção consiste na criação, a partir da atividade intelectual de uma determinada pessoa ou grupo, de algo até então inexistente e suscetível de reprodução e utilização em escala industrial.”

O modelo de utilidade é semelhante ao invento; contudo, a diferença fundamental está “no grau de inovação trazido por eles.” (PIMENTA, 2009, p. 483). O modelo de utilidade é um acréscimo, um acessório para um invento já existente. Algo que melhora o funcionamento ou a fabricação de determinado produto.

Já de função estética, os desenhos industriais servem para o embelezamento e para a diferenciação de determinado produto no mercado. Deve ser suscetível de modelar determinado produto, proporcionando resultado visual novo e original.

Por derradeiro, temos as marcas. Elas são os sinais distintivos que servem para identificar determinado produto ou serviço no mercado.

A marca é todo termo ou sinal visualmente perceptível que tenha por função individualizar produtos ou serviços de outros semelhantes, mas de origem diversa, atestar conformidade de um produto ou serviço a determinadas normas técnicas, ou ainda, finalmente, identificar produtos ou serviços oriundos de um mesmo empresário. (PIMENTA, 2009, p. 490).

A marca não pode se confundir com o título do estabelecimento. A marca identifica o produto e o título do estabelecimento identifica o local físico onde os bens corpóreos são organizados para atividade econômica, ou seja, identifica o ponto.

Para ampliar a proteção dos seus interesses, o empresário costuma intitular o seu ponto e o seu nome de domínio na internet de acordo com a sua marca. Esse método facilita a identificação do empresário e possibilita a reivindicação do seu direito de exclusividade.

4.7.1.2.2 O Nome de Domínio

O nome de domínio é o endereço dos *sites* na internet. Atualmente, na era digital, o nome de domínio é mais um bem incorpóreo do estabelecimento. Qualquer pessoa pode ter um nome de domínio; porém, para entrar em funcionamento, deve ser previamente registrado com a identificação do seu titular²⁵. Ao ser registrado, o nome de domínio passa a ser um bem de uso e gozo exclusivo do seu titular. Se esse nome de domínio possuir vínculo funcional com a atividade econômica do empresário, será um bem incorpóreo do estabelecimento.

Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 98) aduz que “o desenvolvimento do comércio eletrônico via internet importou a criação do estabelecimento virtual”. Em sentido semelhante, Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 128) registra que o ponto de negócio “pode ter existência física ou virtual (por exemplo, o endereço eletrônico - site – na Internet)”.

Contudo, o que existe é um nome de domínio (endereço) registrado, por isso mesmo juridicamente tutelado, no qual o empresário organiza e desenvolve um *site* oferecendo seus serviços e produtos e (ou) prestando atendimento aos seus clientes.

O *site* não é um estabelecimento, pois não se caracteriza como um complexo de bens organizado para a atividade econômica. Mesmo aqueles que negociam bens e serviços exclusivamente por meio da internet, devem possuir um espaço físico como armazéns e estoques dos seus produtos, ou, no mínimo, outros bens como computadores servidores e telefones, para instrumentalizar sua atividade. Enfim, o empresário e seus colaboradores precisam trabalhar em um espaço físico ocupado por um complexo de bens organizado para a atividade. Todos esses bens vinculados à atividade compõem o estabelecimento empresarial.

O *site* ou nome de domínio, sozinho, não é capaz de servir como uma unidade produtiva autônoma e, assim, não pode ser um estabelecimento. O *site* ou nome de domínio é apenas mais um bem incorpóreo que pode fazer parte do estabelecimento empresarial se possuir vínculo funcional com a atividade desenvolvida pelo empresário. (FERÉS, 2007, p. 32).

Diante disso, não é adequado falar em estabelecimento virtual nem tão pouco em ponto virtual, conforme alude Vera Helena de Mello Franco, pois há diferença grande entre o nome de domínio e o ponto físico. Este se destaca da propriedade do imóvel e é “apenas um

²⁵ O registro de domínios no Brasil é feito através do *site*: <http://www.fapesp.org/>. Neste endereço de internet, estão contidas todas as informações sobre o registro de sites e a segurança do domínio adquirido.

direito pessoal do locatário contra o locador” (BORGES, 1976, p. 191) e aquele é fruto de um registro, de uso exclusivo, oponível contra todos, ou seja, verdadeira propriedade exclusiva do seu titular. É um bem que o empresário adquire com o registro e pode ser transferido com contraprestação pecuniária. Quando isoladamente negociado, pode não se constituir em um trespasse. Será trespasse se forem transferidos outros elementos que possibilitem a manutenção da mesma atividade exercida pelo seu antigo titular.

4.7.1.2.3 O Crédito

Inicialmente, é preciso entender que o crédito, para fins deste estudo, significa a possibilidade de exigir de outrem o cumprimento de determinada prestação. Há crédito quando existe alguém que possui o direito subjetivo (sujeito ativo) em face de alguém que possui um dever jurídico (sujeito passivo). “Os créditos aqui referidos são os valores a receber e não o “bom nome” do comerciante, que, sem dúvida, valoriza sobremaneira o fundo de comércio, a ponto de os americanos denominarem-no *good will*.” (PEIXOTO, 1993, p. 121).

Nesse sentido, surge o direito a uma prestação, neste caso ao crédito. Conforme ensina a doutrina civil majoritária, todo direito a crédito é um bem imaterial do credor (PEREIRA, 2004, p. 404). Diante desse fato, “os créditos devem ser considerados bem incorpóreos que integram o estabelecimento.” (TOMAZETTE, 2008, p. 114).

Como vimos no início do estudo do complexo de bens, qualquer bem que sirva ao empresário na sua atividade compõe o estabelecimento. Nessa direção, vale o ensinamento do Mestre Requião (2003, p. 287) de que “sendo os direitos classificados entre os bens, é indubitável que os direitos – e conseqüentemente os direitos de crédito - façam parte da azienda, e integrem o complexo de bens *aziendali*, necessários ao exercício da empresa”.

Realmente, o crédito é necessário para algumas empresas. O mercado de capitais gira em torno da oferta e da busca por crédito. É com o direito a crédito que as empresas emitem títulos e giram o capital para organizar e instrumentalizar o seu empreendimento. Os contratos de *factoring*, as debêntures e a circulação cambial junto as instituições financeiras se baseiam no crédito. As instituições financeiras, por exemplo, lastram todas as suas atividades no oferecimento e na obtenção de crédito. As empresas em geral são atividades que visam o crédito e o lucro. Quanto mais haja situações em que o empresário figure como credor, melhor

é para a empresa, pois suas operações financeiras serão facilitadas e o seu capital circula mais rápido agregando valor a cada operação de sucesso.

Não há dúvidas de que esse bem possui aptidão funcional com a atividade de alguns empresários, além de ser um bem de que qualquer empresário se serve para garantir contratos, atrair investidores e demonstrar sua viabilidade econômica e financeira.

Assim, diferentemente dos contratos e do passivo, o crédito faz parte do estabelecimento, posto que ele é um bem integrante de um complexo organizado pelo empresário para o exercício da sua empresa.

Neste ponto, cabe novamente que se diferenciar o crédito dos contratos e do passivo. O crédito é um bem, um objeto de direito. Os contratos são negócios jurídicos. As relações normalmente repousam em cima de objetos, os bens. Há um crédito quando somente uma parte possui o direito subjetivo de exigir o cumprimento de determinada obrigação, uma relação estritamente obrigacional; há contrato quando as partes estão envolvidas em situações inconclusas, quando ainda existem prestações pendentes para as partes envolvidas.

Os negócios jurídicos do empresário são elementos da sua atividade, ou seja, o complexo de contratos é necessário para realização da atividade produtiva, pois é preciso sempre contratar para produzir e também contratar para distribuir seu produto ou serviço. Assim, as relações jurídicas do empresário são elementos da empresa, não são elementos do estabelecimento *per se*. “Os contratos são relações jurídicas e não bens, motivo pelo qual não podem integrar a universalidade de fato”. (PEIXOTO, 1993, p. 121)

A empresa utiliza os bens do estabelecimento para formar as relações jurídicas. É com os bens organizados que o empresário fará o giro dos produtos recebidos e dos produtos vendidos. A empresa se vale do estabelecimento para a viabilidade da sua produção ou circulação de bens ou para a sua prestação de serviço. Para tanto, utiliza, para alcançar suas metas, uma incontável, complexa e interdependente gama de contratos. Mas estas relações jurídicas, por si só, não são integrantes do estabelecimento, pois servem para o exercício da empresa, da atividade.

Já com relação ao passivo, alguns autores entendem que, com o advento do Código Civil, este “passa a ser integrante do fundo de empresa, transferível por efeito legal do *traspasse*” (TOKARS, 2006, p. 91). Contudo, o passivo não é um bem. O passivo é exatamente a outra face do crédito. O empresário não se serve do seu passivo para o exercício da empresa; ao contrário, o passivo dificulta o seu exercício. Assim, “embora decorrentes da manutenção da *azienda*, nela não se integram” (REQUIÃO, 287, p. 2003). O passivo precisa ser organizado pelo empresário, mas isso importa em sua transmutação em um bem. Enfim,

não há como enquadrar o passivo em um instituto que é conceituado legalmente no art. 1.142 do Código Civil como um “complexo de bens”.

Como dito no estudo da natureza jurídica do estabelecimento, a transmissão do passivo (art. 1.146 CC) e a sub-rogação dos contratos (art. 1.148 CC) são apenas conseqüências do contrato de trespasse. A primeira, a fim de satisfazer o interesse dos credores, e a segunda, a fim de possibilitar a manutenção da empresa. Nenhum desses institutos é um bem, por isso não podem fazer parte do complexo de bens do empresário. Enfim, os negócios jurídicos e o passivo integram o patrimônio do empresário, mas, diferentemente do crédito, que é um bem, não integram o estabelecimento.

4.7.1.2.4 O Ponto Empresarial

O ponto empresarial é um bem tutelado de forma indireta no ordenamento. O ponto é o local físico onde o estabelecimento está instalado. O imóvel, quando de propriedade do empresário, faz parte do estabelecimento; contudo, algumas atividades empresariais são exercidas em imóveis que não pertencem ao empresário. Tal fato se dá através de contratos de locação ou comodato.

A proteção ao ponto não é limitada às locações, é um direito ao local. Vejam-se as precisas lições de Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Os estabelecimentos circenses, as bancas de jornais e revistas, as feiras, as floriculturas, os bares e restaurantes instalados em logradouros públicos, em terminais rodoviários ou aeroportuários e os mercados, mantidos em bens dominicais, normalmente têm seu lugar de atuação (ponto comercial) assegurado por permissões ou concessões de uso, firmadas com a administração pública, segundo as regras do direito administrativo. O direito ao ponto pode ter origem em contrato de locação, mas também pode decorrer de outros contratos, ou ainda, de direito real. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 561).

Algumas vezes, por força do trabalho e da organização do empreendedor, é agregado ao valor do local onde ele está instalado um sobrevalor incorpóreo, exatamente como já estava disposto nas considerações da antiga Lei de Luvas, Decreto 24.150, de 1934. Esse sobrevalor atualmente é protegido pela Lei de Locações (8.245/91), com a possibilidade de renovação compulsória do contrato de locação não residencial quando atendidas as exigências do Art. 51 ou na indenização, quando um terceiro oferecer condições melhores na locação, conforme

Art. 75 da Lei de Locações. Trata-se da proteção do ordenamento ao aviamento constituído pelo empresário locatário.

Quanto às exigências da lei para a renovação compulsória e às exceções de retomada dos Arts. 52 e 72 da Lei de Locações, não existem maiores divergências da doutrina. Afinal, é sabido que “o ponto se destaca nitidamente da propriedade, pois pertence ao empresário locatário e constitui um bem incorpóreo do estabelecimento.” (REQUIÃO, 2003, p. 2003).

Contudo, para o perfeito entendimento deste bem incorpóreo são necessários alguns esclarecimentos. Inicialmente é preciso destacar a impropriedade do uso do termo “propriedade comercial” tão largamente utilizado na justificação do direito de renovação compulsória do contrato de aluguel.

Barreto Filho (1988, p. 165) explica que a propriedade comercial só pode ser compreendida em todo o estabelecimento. Além disso, o direito do comerciante não é absoluto, sendo simples qualidade do estabelecimento advindo do aviamento constituído pelo locatário na vigência do contrato. A propriedade, propriamente dita, é do locador, e esta só pode ser limitada mediante o preenchimento dos requisitos legais. Trata-se assim, normalmente, de direito pessoal e não real.

Nesse sentido, cabe a lição de Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 128) informando que a renovação compulsória só deve ser deferida “àquele que, efetivamente, trouxe um valor ao local, transmutando-o em favor de atração da clientela.” Em sentido idêntico, Borges (1976, p. 192) acentua que “freqüentemente, porém, é o contrário que se verifica: o ponto, a localização do estabelecimento, é o fator exclusivo de sua prosperidade.”

Portanto, existem dois aspectos que devem ser levados em consideração para a possibilidade de renovação compulsória da locação:

- a) Quando o empresário agregou valor ao ponto;
- b) Quando o valor do ponto já existia e o empresário simplesmente usufruiu, durante o contrato de locação, de um imóvel estrategicamente localizado que, por conta disso, possui um aviamento inerente a ele.

O empresário agrega valor a um ponto quando as pessoas passam identificar aquele local como atraente para a aquisição dos produtos oferecidos pelo empreendedor, quando as pessoas que não estavam habituadas a ir àquele local passam, com o tempo, a percebê-lo como um local atraente e cômodo para suas compras. Isso porque experimentaram bom atendimento, comodidade, ofertas, etc. Enfim, quando as pessoas passam a ter aquele ponto como referência de atendimento de determinadas demandas pessoais.

Nesse caso, deve ser deferido o direito ao ponto para proteger o empreendedor das antigas luvas exigidas pelo locador no momento da renovação do contrato, e também para evitar que outro empresário que queira atuar no seu ramo ofereça um valor maior pelo aluguel e, dessa forma, tome posse de um aviamento adquirido com o trabalho alheio. Um verdadeiro locupletamento, um enriquecimento sem causa. Uma estratégia oportunista de captura de ganhos.

Contudo, existem casos em que o locatário preenche todos os requisitos do Art. 51 da Lei de Locações, porém não contribuiu em nada com a expectativa de lucro do ponto. Ora, o espaço físico do estabelecimento pode ser privilegiado por sua própria natureza e esse privilégio é do proprietário, que comprou o bem por um valor de mercado maior, já sabendo dessa qualidade inerente ao imóvel.

Afinal, como investimento, o locador proprietário escolhe um imóvel que possa traduzir uma demanda maior de locatários interessados. Estes, nesse caso, não podem posteriormente reclamar direitos formados, já que a expectativa de lucro do ponto foi formada, “não pelo trabalho do comerciante, mas pelo ponto que se apropriou.” (BORGES, 1976, p. 193)

O que se deve atentar no caso concreto é: o que o empresário locatário fez para a valorização do imóvel? Ele investiu, por exemplo, no embelezamento do imóvel? Após sua instalação, houve um reconhecimento do mercado através de uma identificação da população com o espaço físico que ele ocupa?

Há casos que o empreendedor somente usufrui de um imóvel bem localizado. Assim, deve ser tratado de forma análoga ao que se estabelece no Art. 54 da Lei de Locações para os *shopping center*, ou seja, não deve ser deferida a proteção ao ponto e a renovação compulsória do contrato de locação.

Casos em que o aviamento do ponto seja inerente à sua localização e também nos casos em que o locatário não tenha contribuído para o implemento do potencial de lucratividade do imóvel, o direito de propriedade do locador deve ser respeitado.

Enfim, ponto é um bem incorpóreo do estabelecimento, pois pode ser destacado do direito de propriedade do imóvel. Contudo, a sua tutela só deve ser reconhecida quando efetivamente o empresário constituir o aviamento do ponto, sendo certo que os imóveis já localizados em pontos estratégicos possuem uma qualidade exclusiva de propriedade do locador, cujo direito de propriedade não deve ser cerceado sem justa causa. Afinal, a proteção deferida pelo ordenamento possui estreita ligação com o aviamento conquistado pela

organização do empresário. Não é, nem nunca foi, a intenção da Lei proteger o locatário que simplesmente usufrui de um aviamento próprio do imóvel.

4.7.1.2.5 O Título do Estabelecimento

O título do estabelecimento empresarial não pode ser confundido com o nome do empresário. Este indica o sujeito de direito que organiza o complexo de bens; já aquele é o nome pelo qual a população reconhece o estabelecimento.

Também não pode ser confundido com a insígnia. Este é “o sinal, formado de palavras ou de figuras, com que se distingue o estabelecimento”. (FERREIRA, 1956, p. 109). São os emblemas característicos do estabelecimento.

O nome empresarial não faz parte do estabelecimento. Afinal, o estabelecimento pode ser negociado de forma unitária, através do contrato de trespasse. Contudo, o nome empresarial não pode ser alienado, conforme determinação expressa do Art. 1.164 CC. Assim, de acordo com a dogmática do Código Civil, o nome empresarial não faz parte do estabelecimento, pois tudo que está contido no estabelecimento pode ser transferido quando ele é negociado. Afinal, determina o art. 1.143 que o estabelecimento pode ser objeto unitário de negócios jurídicos.

De acordo com a sistemática do Código, o nome empresarial é um direito de personalidade do empresário, por isso intransmissível. O nome empresarial identifica o sujeito de direito que exercita a empresa e, assim, não pode ser encarado como um objeto de direito. Conforme o art. 16 do Código Civil, qualquer pessoa tem direito ao nome, e, no mesmo sentido, o art. 52 do mesmo diploma informa que os direitos da personalidade também se aplicam às pessoas jurídicas.

Marlon Tomazzete (2008, p.124) entende que não se trata de direito da personalidade, pois possui valor econômico apreciável e pode ser transmitido ao adquirente do estabelecimento conforme permitido pelo parágrafo único do art. 1.164 do Código Civil. Assim, o nome empresarial perderia as características de intransmissibilidade e extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade.

Contudo, não há como concordar. Os nomes das pessoas físicas também podem possuir um valor econômico inerente ao seu papel distintivo na sociedade. Determinadas pessoas naturais, pela qualidade reconhecida dos seus atos, conseguem agregar valor ao seu

tempo a serviço de qualquer atividade, seja ela empresarial ou não. Isso não descaracteriza o direito da personalidade inerente ao nome.

Como sabido, o nome empresarial é regido pelos princípios da veracidade e da novidade. Isso porque, ao adquirir personalidade jurídica, qualquer pessoa tem direito ao seu nome, e ele o acompanhará enquanto existir. Pode ser modificado, mas isso não o apaga de sua vida. Não há um novo registro, há somente uma averbação. O nome é o critério identificador das pessoas; é a partir dele que se inicia o exercício dos outros direitos de personalidade. O nome só deixa de existir com extinção da própria personalidade, com o fim da pessoa. É através do nome que identificamos as pessoas para o exercício da capacidade de ser sujeito de direitos e de deveres jurídicos.

Não há também como impor de forma tão incisiva o valor patrimonial ao nome. Afinal, o valor econômico normalmente repousa na marca e no título do estabelecimento. Tavares Borba (2008, p. 61) esclarece citando o exemplo das “Casas Pernambucanas” que, segundo ele é o nome de “(...) um estabelecimento de uma pessoa jurídica denominada ‘Alberto Lundgren Tecidos S.A’”. A expressão ‘Casas Pernambucanas’ é um título de estabelecimento comum às várias lojas da sociedade”.

Não há dúvidas de que o valor econômico do título e da marca “Casas Pernambucanas” é infinitamente superior ao simples nome “Alberto Lundgren Tecidos S.A.”. O título e a marca são elementos do estabelecimento, são inerentes a ele e, indubitavelmente, possuem enorme valor intangível. Já o nome, não.

Nesse sentido, quanto à permissão legal da transmissão do nome ao adquirente do estabelecimento, é preciso lembrar que é necessário se respeitar a imposição da qualificação de sucessor no nome do alienante, fato que implica um taxativo respeito aos princípios da novidade e da veracidade. A obrigatoriedade do uso dessa qualificação é capaz de individualizar a pessoa do adquirente da pessoa do alienante. Diante disso, há o respeito à intransmissibilidade dos Direitos da Personalidade.

Não há dúvidas de que o nome empresarial é instituto diverso do título do estabelecimento e da marca do empresário. Em um trespasse do estabelecimento, o alienante continua a existir sob a identificação do seu nome. Continua possuindo personalidade jurídica e existência formal. O direito de vender o complexo de bens que instrumentaliza a empresa não é incompatível com a proibição de alienação do nome empresarial.

Diferentemente do nome, não há vedação para a negociação do título do estabelecimento e ele possui tutela indireta deferida pelo ordenamento jurídico. O inc. V do Art. 195, da Lei de Propriedade Industrial, considera crime o uso indevido do nome comercial

e do título do estabelecimento alheio. Portanto, mesmo sem uma regulamentação exaustiva, o título do estabelecimento é um bem que pode ser destacado do estabelecimento, sendo autonomamente protegido pelo Direito.

Hoje em dia, exatamente porque o Direito ainda não disciplinou exaustivamente o título do estabelecimento, muitos empresários costumam intitular o seu ponto de acordo com a sua marca, fazendo-se, assim, incidir sobre o título o direito de exclusividade inerente à marca.

O inc. V do Art. 195 da Lei 9.279/96 é uma proteção legal contra a concorrência desleal. Em um caso concreto de uso alheio do título do estabelecimento, o empresário pode requerer a tutela jurídica e, inclusive, cumular os Arts. 186 e 927 do Código Civil para reclamar indenização e perdas e danos. Isso porque, aquele que usa indevidamente o título alheio enriquece injustificadamente com a clientela conquistada pela organização do empresário lesado. Isso acontece, pois os clientes podem confundir as empresas e adquirir produtos daquele que utiliza indevidamente o título do estabelecimento alheio. Fazem isso pensando que estavam a adquirir produtos do empresário que seria o verdadeiro proprietário do título.

A tutela do título do estabelecimento só pode ser deferida quando realmente a pessoa utiliza o título alheio praticando uma concorrência desleal. A simples identidade ou similitude entre os títulos não é tutelável, se as empresas não concorrerem entre si e se utilizam de forma diferente nomes comuns, diferente da marca, que é de uso exclusivo. Por exemplo: se determinado empresário resolve vender produtos nordestinos, ele pode utilizar como título do seu estabelecimento “Casas Pernambucanas”. Mas, se fizer isso utilizando a mesma marca utilizada pela “Alberto Lundgren Tecidos S.A.”, ou seja, a mesma disposição gráfica, isso será proibido.

Assim, o título do estabelecimento é um bem imaterial juridicamente tutelado para defesa indireta do aviamento conquistado com a organização produtiva do empreendedor e pela identidade conquistada pela sua empresa no mercado.

4.7.2 A Organização

A organização é o fator econômico fundamental da empresa. O empreendedor, ao organizar o complexo de bens, despende enorme esforço físico e intelectual. Incorre também em enorme custo de oportunidade, pois o seu trabalho é a energia mobilizadora da atividade.

A organização é gerida pelo empresário “com o fim de produzir bens e serviços para o mercado, com o objetivo de lucro. A empresa é, assim, atividade organizada; e essa organização é o empresário quem a concebe e quem a governa” (LEÃES, 1971, p. 26).

No aspecto amplo e dinâmico do estabelecimento, não há como deixar de considerar a organização como um elemento indissociável do fundo. Para a produção e circulação de bens e serviços, o empreendedor deverá buscar a eficiência na escolha dos bens que comporão seu acervo patrimonial. Além disso, terá que definir os padrões tecnológicos, determinar quantos funcionários irá contratar, dividir as tarefas, enfim, mobilizar, aglutinar e combinar os demais fatores de produção. (ROSSETTI, 2006, p.140). Por isso, para os fins deste estudo, consideramos que o elemento organização do estabelecimento engloba o fator trabalho de todos os colaboradores da empresa.

João Eunápio Borges (1976, p. 195) informa que a “organização é o principal fator de eficiência de um estabelecimento”. Realmente, nenhum bem do complexo do estabelecimento é suficiente para exercer uma atividade econômica, é preciso sempre que o homem organize e governe os bens. Por isso, já foi sedimentado que os bens organizados para a atividade possuem um valor econômico maior do que os bens isoladamente considerados. Isso porque a organização dos fatores de produção cria um atributo para o estabelecimento, o aviamento.

4.7.2.1 O Aviamento

Segundo Oscar Barreto Filho (1988, p. 169) o aviamento é “o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento *in concreto* a aptidão de produzir lucros.”

O aviamento é, portanto, para o estabelecimento, o seu “potencial de lucratividade.” (PIMENTA, 2004, p. 115). Esse potencial de lucratividade é fruto da “obra diligente do comerciante, com a bondade dos produtos, com a honestidade; é o índice da prosperidade e da

potência do estabelecimento comercial, ao qual se acha visceralmente unido.” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1955, p. 21).

Conforme ensina Pontes de Miranda (1956, p. 359) “não há novo bem, (...) há coligação, resultante de atos e expedientes organizatórios.” Portanto, o aviamento “é em síntese, uma resultante dos elementos organizados que compõem o estabelecimento.” (BORGES, 1976, p. 197).

Todo estabelecimento possui em menor ou em maior grau o seu aviamento. (BORGES, 1976, p. 197). Ele compõe o capital intelectual da empresa, um ativo intangível composto pela clientela, pelo bom nome, pela localização privilegiada, reconhecimento da marca, boa qualidade no atendimento e nos produtos, comodidade dos clientes, boas ofertas, qualidade da estrutura organizacional, publicidade, etc.

Conforme discorre Oscar Barreto Filho (1988, p. 178, 179), a clientela possui estreita relação com o aviamento. No entanto, já que o “primeiro é mais compreensivo do que o segundo; neste sentido vimos que a clientela é um dos fatores do aviamento”. Quanto maior for à clientela, mais vale o aviamento.

A clientela está contida no aviamento e existe como consequência da organização produtiva, seja ela intrínseca ao produto, à marca, ao serviço ou aos colaboradores da empresa. Não pode ser cedida nem vendida, não é propriedade do empresário, não faz parte do seu patrimônio. A clientela é formada pelas pessoas que possuem o hábito de suprir suas necessidades naquele estabelecimento. Assim, o que pode existir é uma obrigação de não fazer concorrência no caso da transferência do estabelecimento, não sendo correta a idéia de venda, transferência ou cessão de clientela.

A equiparação do direito à clientela a um direito real esbarra em um obstáculo intransponível representado, (...) pela inexistência de uma exclusividade sobre a clientela, fato este facilmente demonstrado, em face da possibilidade de um comerciante, legalmente, por força apenas de sua maior competência, atrair toda a clientela de outro. (PEIXOTO, 1993, p. 125).

A clientela é a razão de ser da empresa. Em termos gerais os homens são livres para produzir e fazer circular qualquer produto que seja do interesse do mercado, fato que possibilita o exercício da livre iniciativa e da autonomia patrimonial e existencial. Há clientes do ponto, clientes da marca e também há clientes de determinadas pessoas físicas inseridas no contexto da empresa.

Assim, segundo Oscar Barreto Filho (1988, p. 174), o aviamento, este potencial de lucratividade que advém do elemento organização, pode ser *objetivo* ou *real* quando

realmente ligado ao ponto e aos bens e serviços oferecidos pela empresa. Ou então, pode ser *subjetivo* ou *pessoal* quando ligado ao prestígio e as características pessoais do seu titular e das outras pessoas inseridas na atividade.

O aviamento possui relação direta com alguns bens do complexo utilizado na atividade, principalmente os bens imateriais, que possuem potencial de lucratividade ilimitado. Portanto, exatamente como com a clientela, há aviamento na marca singularmente considerada, no nome de domínio, no ponto, na patente, etc.

Dessa forma, já que esses bens estão contidos no estabelecimento, o valor unitário do complexo organizado engloba o valor incorpóreo de todos os seus elementos singularmente considerados e também o valor agregado do conjunto organizado como um todo.

4.7.2.2 O Valor Intangível do Aviamento

O valor imaterial da organização produtiva de um estabelecimento é um valor extrapatrimonial que não pertence ao seu titular, é uma qualidade ou atributo do estabelecimento em funcionamento. Exatamente por causa disso “não é correto falar em propriedade do estabelecimento, mas em titularidade dos direitos que asseguram a utilização dos vários elementos”. (TOMAZETTE, 2008, p. 100).

Antônio Lopes de Sá resume assim os valores imateriais das empresas:

Traduzem-se em aumento de utilidade e em ampliação de utilidade do capital. Tudo isso influi no aumento da funcionalidade que pode alcançar a todos os sistemas da empresa (liquidez, resultabilidade, economicidade, estabilidade, produtividade, invulnerabilidade e elasticidade), embora de forma diferenciada em intensidade e expressão. Não obstante não possuem formas tangíveis, todos os fatores referidos podem-se traduzir em funções eficazes que modificam o valor da empresa. (LOPES DE SÁ, 2000, p. 47).

Quando um estabelecimento é adquirido ou alguma empresa é incorporada, o sobrevalor incorpóreo que ultrapassa o valor dos bens singularmente considerados é pago a título de aviamento. Isso, de acordo com o inc. III, do parágrafo único, do Art. 1.187 do Código Civil. Assim, juridicamente, o aviamento pode ser traduzido como o “fundo de comércio” expresso no Art. 179, VI, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), que estabelece os critérios contábeis da formação do balanço patrimonial das empresas.

Portanto há, realmente, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho (2003, p.98), uma sinonímia entre o termo aviamento e o termo fundo de comércio, pois as Leis regulam o mesmo instituto. O sobrevalor incorpóreo efetivamente pago é amortizado na conta do ativo do adquirente. Esta é a solução contábil para justificar a partida do caixa da empresa. Ou seja, há uma saída do ativo circulante disponível do empresário com a compra do estabelecimento alheio. Computam-se os bens registráveis nas suas respectivas contas e o saldo remanescente é amortizado numa conta específica intitulada: “fundo de comércio adquirido” (Art. 179, VI, da Lei das S.A), usada para, simplesmente, “fechar” a conta da partida, obedecendo-se à regra contábil de partidas e dobradas. Trata-se de um valor residual para amortização. É o valor pago a título de “aviamento de estabelecimento adquirido” do parágrafo único, III do art. 1.187 do Código Civil.

Esta é a solução que sempre foi dada ao aviamento adquirido na compra de um estabelecimento ou na incorporação de uma empresa; contudo, não há como contabilizar o aviamento constituído pelo empresário no exercício da sua atividade. Cabe, então, distinguir o aviamento adquirido e o aviamento constituído. O aviamento adquirido é aquele que advém de negócio jurídico estabelecido com outra pessoa. A cessão de uma marca, uma incorporação, um trespasse, etc. Trata-se de um aviamento que era de titularidade de uma pessoa e foi transferido ou adquirido por outra pessoa. Já o aviamento constituído é aquele que o empresário obtém no exercício diário da sua atividade. Aviamento que ele constrói, ou seja, que ele constitui com o tempo no dia a dia.

O valor do aviamento constituído, ou seja, o valor econômico real do ativo intangível do estabelecimento não é contabilizado, pois, conforme dito na diferenciação entre estabelecimento e patrimônio, para o SFAC 5 (*Statements of financial Accounting Concepts*), instituto que regulamenta as normas de contabilizações no mercado internacional, parágrafo 63, qualquer item contábil só pode ser capitalizado quando, conjuntamente, tiver definição apropriada, for mensurável, relevante e preciso.

O valor dos bens imateriais de um estabelecimento é extremamente relevante. Não há dúvidas de que determinadas empresas possuem valor imensurável devido aos seus inventos, sua marca, seu nome de domínio, como também sua credibilidade e confiança do mercado nos seus produtos e serviços.

As sociedades empresárias que queiram manter e ampliar o mercado de consumo dos seus produtos e serviços não pode negligenciar os “ativos de propriedade intelectual que estejam relacionados às suas atividades comerciais. Caso contrário, se arriscam a ter seu poder

de barganha enfraquecido, diminuir expressivamente seu rendimento e até mesmo serem levadas à bancarrota.” (IDRIS, 2005, p. 3 e 4).

Contudo, o valor do ativo intangível ou sobrevalor incorpóreo do aviamento do estabelecimento não possui as qualidades de definição apropriada e mensuração precisa. Qualquer contabilização nesse sentido é arbitrária e temerosa.

Conforme ensina brilhantemente Leães (1971, p. 27), “nem a economia aziendal nem a lei podem fixar regras de avaliação aplicáveis mecanicamente, devendo sempre deixar a sua aplicação concreta à sensibilidade econômica, não ao arbítrio, de quem redigir o balanço”.

Esse valor incorpóreo do aviamento do estabelecimento é atualmente o grande desafio dos contabilistas, que não conseguem ainda contabilizá-lo adequadamente, para fazer do balanço patrimonial o reflexo real da empresa, determinação expressa do art. 1.188 CC.

Na essência, sobre o ativo intangível, escreve Antônio Lopes de Sá:

Terá, habitualmente, como característica, o poder de uma utilidade que dimana do que não se espelha fisicamente e cuja expressão é, muitas vezes, incerta e, no sistema demonstrativo contábil tradicional, quase sempre oculta. (LOPES DE SÁ, 2000, p. 47).

Para entendermos a avaliação do valor intangível do estabelecimento na economia, é preciso compreender a noção do *goodwill* no mercado. Segundo Vinicius Aversari Martins (2001, p. 114), o *goodwill* “pode ser representado por um conjunto de atributos que vão desde os mais triviais, como custos organizacionais, até os mais subjetivos, tais como lista de clientes.” Segundo Lopes de Sá (2000, p. 47), a formação do valor imaterial de uma empresa engloba seu ponto, marca, clientela, estrutura organizacional e administrativa, imagem institucional, respeitabilidade da empresa no mercado, patentes, direitos autorais, modelos de utilidades, etc.

Na linguagem jurídica, o *goodwill* é o sobrevalor do aviamento. Ele é “inseparável dos outros ativos, não identificável em separado dos outros ativos”. (MARTINS, 2001, p. 116). Não pode ser objeto de negociação autônoma e “não figura, por isso, no balanço do titular que criou o estabelecimento, significando um valor potencial que somente vai se realizar quando da sua alienação.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 209).

O mercado e a economia como um todo reconhecem a existência do *goodwill*. Valorizam economicamente esse elemento. O custo de oportunidade e de transação que incorreu o empresário para organizar os instrumentos da empresa é refletido no valor do

aviamento. Agrega valor ao estabelecimento em seu sentido amplo e dinâmico, como um complexo de bens já organizados para o exercício da empresa.

A teórica do aviamento tem importantes aplicações práticas, não só na determinação do conteúdo dos negócios sobre o estabelecimento, mas ainda em outras situações jurídicas. A importância econômico-social do aviamento revela-se, inclusive, quando o titular do estabelecimento é arrastado à falência. Mesmo nessa hipótese, a lei procura evitar o seu desaparecimento, que seria conseqüente à extinção da casa comercial. (BARRETO FILHO, 1988, p.211).

Diante disso, o aviamento é uma qualidade do estabelecimento caracterizado pelo seu potencial de lucratividade, que gera um sobrevalor econômico-monetário aos bens do estabelecimento (*goodwill*) e é oriundo da organização da empresa.

Assim, por tudo que foi exposto neste capítulo, fica confirmado que o estabelecimento possui hoje um conceito legal que expressa seu caráter dinâmico. Isso porque o elemento organização, derivado da gestão empresarial, é hoje indissociável do entendimento desse instituto. Dessa forma, as pessoas não empresárias, que exercem atividades econômicas como sociedades simples, associações, cooperativas e profissionais autônomos podem possuir estabelecimentos para o desenvolvimento da sua atividade.

O estabelecimento também possui duas acepções, ora significando determinada unidade produtiva autônoma, a sede, a filial ou a agência de uma empresa (sentido estrito), ora significando todo o complexo de bens organizado pelo empresário (sentido amplo). Neste último sentido, o complexo abrange todos os elementos intangíveis da empresa e todas as suas unidades produtivas autônomas.

Pode-se afirmar ainda que o estabelecimento não pode ser confundido com o patrimônio do empresário, que não está contido no patrimônio nem a este contém. São dois institutos diferentes. Existem elementos do estabelecimento que não estão contidos no patrimônio, como os bens de um empresário que não possuem vínculo funcional com a empresa, assim como o ativo intangível da organização produtiva e dos bens imateriais, que são refletidos na clientela e no valor do aviamento do estabelecimento.

Outra constatação é a de que o estabelecimento também não pode conter o patrimônio, pois uma mesma pessoa pode possuir vários estabelecimentos. Mesmo quando encarado em sentido amplo, o estabelecimento não contém os negócios jurídicos e o passivo do empresário.

Quanto à natureza jurídica do instituto, entendemos que o estabelecimento é uma universalidade de fato, que é criada, organizada e pode ser extinta por inteira vontade do empresário. Uma universalidade de fato que pode ser objeto de negociação unitária.

Podemos também realçar que o estabelecimento é composto pelos elementos: complexo de bens e pela organização. No complexo de bens, existem os bens corpóreos e os bens incorpóreos, que não podem ser descritos de forma exaustiva; afinal, o gênio inventivo do empreendedor se valerá dos instrumentos escolhidos como os mais adequados para a sua atividade. Assim sendo, são infinitas as possibilidades de agrupamento de bens. Já o elemento organização é traduzido pelo aviamento, potencial de lucratividade da empresa, que engloba a sua clientela e possui um valor intangível, não contabilizado e extrapatrimonial, que é uma qualidade ou atributo do estabelecimento.

5 O CONTRATO DE TRESPASSE NO DIREITO BRASILEIRO

Em se tratando de negócio jurídico que envolva o estabelecimento, a relevância e o interesse, não só do empresário, como de terceiro, saltam à vista. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 572)

5.1 Noções gerais do contrato de trespasse

Não há dúvida de que, antigamente, várias eram as controvérsias sobre a interpretação do contrato de trespasse. Contudo, diante do Código Civil de 2002 e da nova Lei de Falências, os operadores do Direito podem hoje se valer de uma enorme gama de material normativo para a interpretação deste instituto.

Diante disso, o intuito agora é reunir as interpretações doutrinárias sobre o tema e, com isso, contribuir com a doutrina jurídica, trazendo, de forma sintética, uma reunião dos aspectos jurídicos infringentes ao contrato de trespasse.

Etimologicamente, a palavra trespasse significa transmissão ou transferência. A primeira referência ao termo na língua portuguesa foi expressa no Alvará do governo português de dezembro de 1757. Naquela norma, foi empregada a palavra “*trespasse*”, significando negócio relativo à casa comercial. Porém, a palavra “*trespasse*” só veio a ser utilizada no Direito Positivo mais de cento e cinquenta anos depois:

A palavra trespasse apareceu no Dec. de 12 de novembro de 1910 (Portugal), no § 4º do art. 33, dispôs que os prédios, em que estivessem instalados estabelecimentos comerciais ou industriais, só podiam ser sublocados sem autorização do senhorio em caso de trespasse do mesmo negócio. (MAGALHÃES, 1951, p. 211).

A legislação brasileira nunca utilizou o termo trespasse para indicar transferência de estabelecimento. No sentido amplo, conforme salienta o doutrinador luso Barbosa de Magalhães (1951, p. 211), o trespasse significa qualquer forma de transmissão de estabelecimento. Barreto Filho (1988, p. 208) alerta que, no direito brasileiro, “chama-se *trespasse* ou *trespasse* especificamente a transferência por efeito de venda ou cessão”.

É preferível caracterizar o contrato de trespasse como um contrato de cessão de estabelecimento, pois, ainda segundo o mesmo autor, “a *venda* se refere à transferência do

domínio das coisas corpóreas”, e o estabelecimento possui elementos incorpóreos. Contudo, já que expresso na legislação, no art. 1.144 e seguintes do Código Civil, o trespasse, no nosso direito, pode ser traduzido pela “*alienação de estabelecimento*”.

O legislador escolheu o termo “*alienação*”, pois ele possui abrangência semântica mais ampla. Segundo De Plácido e Silva (2006, p. 94), a alienação “é o termo jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa, seja por venda, por troca ou doação. Também indica ato por que se cede ou transfere um direito”.

O complexo de bens organizado pelo empresário pode ser transferido por diversos motivos: doação, desapropriação, por direitos sucessórios, etc. Contudo, só há, realmente, o contrato de trespasse quando houver efetivamente uma transferência de estabelecimento de caráter consensual, bilateral, oneroso e comutativo. As outras formas de transferência não são reconhecidas na doutrina como contrato de trespasse.

O objeto da cessão no contrato de trespasse é o estabelecimento. Este é o bem do negócio jurídico em análise. Portanto, há, necessariamente, que ser uma universalidade apta ao exercício de determinada atividade econômica, posto que o contrato se refere a um conjunto unitário de bens organizados para a atividade. Assim, a venda ou cessão de bens ou direitos, isoladamente considerados, não é um contrato de trespasse. Para a caracterização do instituto em comento, é necessário, não só, que seja uma reunião de bens com fim empresarial; mas é preciso, sempre, que esse conjunto possibilite o exercício da empresa. Nesse sentido, não nos esqueçamos do enunciado n° 233, da III Jornada de Direito Civil.

233 – Art. 1.142: A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial.

O contrato de trespasse também não pode ser confundido com a cessão de cotas sociais ou com a incorporação, fusão e cisão. “A cessão de cotas é um contrato em virtude do qual o cedente transfere ao cessionário cotas de uma sociedade”. (BORBA, 2008, p. 77). O cedente pode transferir todas as suas cotas ou parte delas. Todos os sócios de uma sociedade podem, inclusive, transferir onerosamente todas as cotas da sociedade para outros sócios. Contudo, não se trata de contrato de trespasse. Nesse caso, mesmo sendo um contrato também comutativo, bilateral e oneroso, não há transferência de titularidade do estabelecimento. Ou

seja, a pessoa jurídica, identificada pelo seu nome empresarial intransferível²⁶, continua sendo titular do estabelecimento. Há uma simples alteração no quadro societário e talvez uma alteração na direção da empresa; porém, o estabelecimento continua sendo do domínio do mesmo sujeito de direito.

No caso da cessão de cotas, os sócios que se retiraram respondem pelas obrigações sociais anteriores à saída pelo prazo de 2 (dois) anos a contar da averbação no registro. (Art. 1.032 CC)

Na incorporação, uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. (Art. 227 da Lei 6.404/76 ou Art. 1.116 CC) Como consequência da incorporação, há a extinção da pessoa jurídica incorporada, que transfere para a incorporadora todo o seu patrimônio. Logicamente, também os direitos que emergem dele, como a titularidade do estabelecimento. Todavia, não é trespasse, pois, no nosso objeto de estudo, o cedente continua a existir formalmente, como uma pessoa jurídica capaz de assumir obrigações e constituir direitos.

Na fusão, se unem duas ou mais sociedades, para a formação de uma sociedade nova, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. (Art. 228 da Lei 6.404/76 ou Art. 1.119 CC). Exatamente como na incorporação, há a extinção das sociedades fundidas e também a transferência, para a nova sociedade, de todo o patrimônio das sociedades que irão desaparecer. Assim, pelos mesmos motivos da incorporação, não há trespasse.

Já a cisão requer uma análise mais detida. A cisão é “o desmembramento total ou parcial da sociedade que transfere seu patrimônio para uma ou várias sociedades existentes ou constituídas para esse fim.” (TOMAZETTE, 2008, p. 583). Quando a cisão é total, isso significa dizer, quando há a transferência total do patrimônio da sociedade para outras sociedades, seguem-se as mesmas regras da incorporação e as sociedades que recebem o patrimônio da cindida serão solidariamente responsáveis pelas suas obrigações.

Quando há a cisão parcial, a sociedade cindida transfere parte do seu patrimônio para outra sociedade; contudo, continua a subsistir, exatamente como no trespasse. Além disso, esse patrimônio cedido pode reunir um complexo de bens já organizado para determinada empresa, ou seja, o patrimônio negociado pode reunir um ou vários estabelecimentos. Nesse caso, para diferenciar os institutos, é preciso entender que, na cisão, o patrimônio é transferido com a contraprestação de subscrição de novas ações, que serão emitidas de acordo com o

²⁶ O Código Civil permite a transferência do nome empresarial quando há o trespasse (PÚ, art. 1.164), contudo impõe que o adquirente inclua a qualificação de sucessor no nome cedido, qualificação que serve para consagrar a intransmissibilidade do nome empresarial.

patrimônio adquirido. Essas ações serão integralizadas de imediato e oferecidas aos acionistas da cindida (art. 229, §5, Lei 6.404/76). Assim, não é o caso de uma simples cessão de ativo. (CARVALHOSA, 1997, p. 292).

Apesar de a cisão intitular um capítulo do nosso Código Civil, o legislador somente mencionou o instituto no art. 1.122, para informar o prazo de o credor requerer judicialmente a anulação do ato. Não há regulamentação expressa da cisão no Código Civil. Dessa forma, para promovê-la, é necessário cumprir com os preceitos do art. 229 da LSA (Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404/76). Ou seja, nomeação de peritos para avaliação do patrimônio; assembléia geral para a deliberação da cisão; integralização na proporção de ações que possuíam; ou então, aprovação unânime; registros; publicações e etc.

No contrato de trespasse, a cedente não objetiva compor o quadro societário do adquirente, nem como investidor, nem tampouco como especulador. O contrato de trespasse é um instrumento utilizado na atividade econômica de base. Acontece com micro e pequenas empresas no dia a dia da atividade econômica do País. Exige menos formalidades e se destina a atender com mais agilidade interesses patrimoniais privados de menor escala.

O intuito do alienante do estabelecimento é, fundamentalmente, a contraprestação pecuniária do seu complexo de bens já organizado. Não há, necessariamente, o desejo de se tornar sócio do adquirente. Não há a necessidade de assembléias, protocolos ou laudos periciais. Na cisão, a responsabilidade das sociedades que recebem o patrimônio da cindida é solidária pela incidência do caput do art. 233 da LSA, não pelos dispositivos pertinentes ao trespasse. Assim, não há como confundir cisão parcial com a cessão do estabelecimento.

As partes no contrato de trespasse são, de um lado, o trespasante, que aliena o estabelecimento e, do outro lado, o trespasário, que é o adquirente do fundo. As partes podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser ou não ser empresárias também. Como já visto, qualquer titular de atividade econômica necessita de um estabelecimento. Isso pode incluir associações, sociedades simples ou cooperativas, enfim, pessoas jurídicas alheias ao Direito Empresarial.

5.2 Formalidades

O contrato de trespasse, antes do Código Civil, não exigia qualquer formalidade para a sua eficácia. (TOKARS, 2006, p. 96) Contudo, com a regulação expressa da matéria, tal

contrato hoje só terá eficácia plena após cumprir com o previsto no art. 1.144 do Código Civil.

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

O contrato que envolva alienação, usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos após o arquivamento do contrato no Registro Público de Empresas Mercantis e sua publicação na imprensa oficial, mecanismos que auferirão ao pacto segurança, eficácia, publicidade e autenticidade.

Exatamente por causa dessas exigências, para obter eficácia plena, o contrato deverá ser escrito; isto porque, o pedido de arquivamento no registro público de empresas mercantis deve ser instruído com o documento que representa a operação.

Apesar de vir expressa no Art. 1.144 a palavra: “empresário”, no singular, a averbação no registro deverá ser feita tanto junto à inscrição do trespasante, quanto do trespasário e, caso algum deles for registrado no Cartório Civil de Registro de Pessoas Jurídicas, este órgão também deverá promover o cumprimento da norma. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 572 e 573). Conforme preceitua o art. 1.151 do Código Civil, a averbação deve ser feita no prazo de 30 (trinta) dias, contados da lavratura do respectivo ato.

A publicação do contrato “ocorrerá no Diário Oficial do Estado, em cujo território esteja situado o estabelecimento”. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 574). Caso o estabelecimento não seja fixo, a publicação deverá ser feita no Estado em que o cedente estiver registrado.

Apesar desses procedimentos, o contrato que desatender essas disposições normativas é existente, válido e eficaz entre as partes. Obriga as partes envolvidas, visto que a ineficácia, por desrespeito a essas formalidades, só pode ser invocada por um terceiro prejudicado que desconheça a operação de transferência. Enfim, a ineficácia só pode ser invocada pelos prejudicados com a transação. A validade do contrato de trespasse informal é, inclusive, objeto de enunciado elaborado pela IV Jornada de Direito Civil, veja-se:

393 - A validade da alienação do estabelecimento empresarial não depende de forma específica, observado o regime jurídico dos bens que a exijam.

Ademais, o Código deixa claro que a não observação das formalidades (Art. 1.144) e o inadimplemento das obrigações com seus credores (Art. 1.145) se resolvem no plano da eficácia. Assim, o contrato da venda unitária do estabelecimento, sem a sub-rogação dos contratos e a transferência das obrigações, mesmo quando não restarem bens suficientes para a satisfação do passivo, é um contrato existente e válido que pode, frise-se, pode ser declarado ineficaz. Ou seja, é um contrato que ultrapassa os planos jurídicos da existência e da validade. Tal medida é fruto da sua natureza jurídica. Afinal, caso o estabelecimento fosse uma universalidade de direito, as obrigações necessariamente deveriam ser transferidas sob pena de invalidade. Não é o caso. Somente os interessados e prejudicados poderão pleitear a ineficácia do negócio que desatender as formalidades previstas no art. 1.144 do Código.

As partes podem fazer o contrato através de instrumento público ou particular. Como é um bem móvel, a sua transferência se perfaz com a tradição da universalidade. Caso existam imóveis e propriedade industrial no estabelecimento, será necessária a promoção de formalidades complementares exigidas para os bens isoladamente considerados. Exatamente como apregoado no enunciado 393, da IV Jornada de Direito Civil. Isso porque, a negociação, como um todo do estabelecimento, não transfere *ipso facto* a titularidade de todos os bens. O trespassário deverá formalizar a escritura pública para a transferência do imóvel, averbar a cessão de uso das marcas no INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) e assim por diante.

5.3 O pagamento do passivo e a notificação dos credores

Além de cumprir com as formalidades previstas no art. 1.144 do Código Civil, pode a eficácia do trespasse depender ainda da solução de todo o passivo do alienante ou do consentimento expresso ou tácito dos seus credores. Veja-se:

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

Inicialmente, é preciso distinguir duas espécies de alienações de estabelecimento. A primeira delas é aquela que ocorre quando o alienante se mantém com bens suficientes para

solvar o seu passivo. Nesse caso, não há a necessidade de consentimento, nem também da notificação dos credores, não devendo ser aplicado o art. 1.145 (PIMENTA, 2004, p. 105). O novo titular do estabelecimento não responderá, *a priori*, pelas dívidas sociais do alienante.

Contudo, esse entendimento não é unânime. Segundo Bertoldi e Ribeiro (2008, p. 107 e 108), “a venda só terá validade caso o alienante tenha notificado seus credores a respeito do negócio, e destes não tenha havido nenhuma objeção nos trinta dias subseqüentes à notificação”.

Sem embargo, a interpretação de Bertoldi e Ribeiro não deve prosperar. A alienação sem a notificação só prejudica os credores daquele empresário que não se mantiver com bens suficientes para a cobertura do passivo. Além disso, exatamente como no caso do respeito às formalidades de registro e publicação, a questão se resolve no plano da eficácia e não no plano da validade. Assim, o contrato sem a notificação dos credores, mesmo quando não restarem bens para a cobertura do passivo, é existente e válido, mas poderá, frise-se, poderá ser declarado ineficaz. Isso, evidentemente, para os credores prejudicados no caso concreto. Tal medida não pode ser estendida para aqueles que não reclamarem.

Pontes de Miranda, muito antes da feitura do Código Reale, já explicava esta dogmática ao profetizar:

Se as dívidas da empresa se transferiram, ao alienante somente se extingue a responsabilidade se o credor consente. A falta de consentimento não obsta à transferência, obsta à extinção da responsabilidade. O alienante não é responsável pelos débitos posteriores à transferência e inerentes ao exercício da empresa, salvo se anteriores à eficácia quanto ao credor ou quanto a terceiros. (PONTES DE MIRANDA, 1956, p. 369).

Diante disso não há dúvidas da validade na não assunção das dívidas. Contudo, caso não restem bens para o alienante solucionar o seu passivo, é preciso, para a eficácia plena, conforme determina a Lei, que o alienante pague a todos os credores ou que obtenha deles o consentimento expresso ou tácito. Será expresso se o credor manifestar o seu consentimento. Será tácito se o credor se mantiver inerte e omitir qualquer manifestação no prazo de trinta dias a contar do recebimento da notificação.

Quando a Lei se refere a todos os credores “não se compreendem aqueles não são afetados pela alienação.” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 577). Dessa forma, credores trabalhistas e fiscais, em que o negócio já implica, *ipso iure*, assunção das dívidas, e aqueles credores com garantia real, em que o ônus acompanha o bem, não estão incluídos na abrangência do dispositivo legal.

Nada impede que o alienante faça o pagamento do passivo com o valor auferido pela negociação do fundo. A notificação dos credores deverá, necessariamente, ser pessoal, mas pode ser judicial ou extrajudicial. O silêncio do credor importará, como dito, em consentimento tácito.

Para garantir a ineficácia, o credor deve manifestar o seu desacordo em, no máximo, 30 (trinta) dias a contar do recebimento da notificação. Caso determinado credor se oponha ao negócio, as partes podem efetuar o seu respectivo pagamento e, assim, não haverá mais interesse jurídico para a oposição.

Um credor não pode se aproveitar da oposição feita por outro, posto que a manifestação de desacordo deve ser feita de forma pessoal, pois é um ato jurídico unilateral e intransferível.

É preciso lembrar que aquele que aliena o estabelecimento, sem notificar os seus credores e sem se manter com bens suficientes para a cobertura do passivo, incorre em ato caracterizador de estado de falência. De acordo com o art. 94, III, c, da LRE (Lei de Recuperação de Empresas, Lei 11.101/05) será decretada a falência do devedor que assim agir. Trata-se de ato ruinoso, ou seja, um “sinal exterior de insolvabilidade.” (CAMPINHO, 2008, p. 269). Nesse caso, a falência é o caminho natural do cedente.

Após a decretação da falência, os credores podem requerer a revogação do contrato de trespasse através de ação revocatória por ineficácia ou por fraude. A primeira não pressupõe interesse de fraudar credores; contudo, o ato deverá ter sido praticado durante a vigência do termo legal da falência (art. 129, VI, LRE). Já a segunda, “ao revés, apóia-se no art. 130 da lei de quebras, exigindo do seu autor a prova de fraude por parte do falido ou a existência de *concilium fraudis*” (ALMEIDA, 2008, p. 193). Sendo declarado ineficaz o trespasse, as partes retornarão ao estado anterior e o contratante de boa fé terá direito à restituição dos valores entregues ao devedor. (art. 136 LRE).

5.4 A sucessão obrigacional no trespasse

Além de cumprir todas essas formalidades, além de necessitar pagar o passivo ou obter o consentimento de todos os credores, as partes do trespasse continuam vinculadas aos débitos constituídos antes da transferência. Esta é a exegese do art. 1.146 CC.

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

Antes do Código Civil de 2002, “a regra era a de que os credores de um empresário não podiam, em princípio, pretender o recebimento de seus créditos de outro empresário, em razão de este haver adquirido o estabelecimento do primeiro”. (COELHO, 2003, p. 118). Contudo, atualmente, a regra estipulada no *Codex* Civil é de observância obrigatória e, assim, independente do que estiver disposto no contrato, haverá a sucessão obrigacional. “De certo que as avenças do trespasse serão executáveis entre as partes; apenas não se pode aceitar que venham a interferir na esfera de direitos do credor que por elas não se obrigou”. (WALD, 2005, p. 742).

“A sucessão obrigacional plena é novidade no nosso Direito, antes do código, só havia três exceções à regra da não sucessão: as obrigações transferidas no corpo do contrato, as obrigações trabalhistas e as obrigações fiscais”. (COELHO, 2003, p. 118).

Conforme ensina o *escol* de Luiz Gastão Paes de Barros Leães (2000, p. 239), a sucessão de passivos empresariais só ocorre quando resulta da vontade das partes ou quando se opera *ex vi legis*.

As obrigações trabalhistas eram transferidas pela interpretação doutrinária e jurisprudencial do Art. 10 da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas). O artigo em comento informa que a alteração da estrutura jurídica da empresa não altera os direitos adquiridos pelos seus empregados.

Segundo Carrion (2007, p. 72), a prova da sucessão das dívidas trabalhistas “não exige formalidade especial; terá de ser provada levando-se em consideração os elementos que integram a atividade empresarial: ramo de negócio, ponto, clientela, móveis, máquinas, organização e empregados”. A sucessão das dívidas trabalhistas na aquisição do estabelecimento corresponde “à leitura hegemônica que tradicionalmente se fazia (e se faz) do instituto *justralista*” (DELGADO, 2006, p. 408),

No mesmo sentido, as obrigações fiscais também sempre foram objeto de sucessão. O art. 133, do CTN (Código Tributário Nacional), já impunha tal medida. Assim, “o fisco possui a prerrogativa de exigir diretamente do adquirente do fundo os débitos fazendários anteriores à transferência do estabelecimento”. (BALEIRO, 1981, p. 487).

Atendendo ao princípio da especialidade das normas, as dívidas trabalhistas e as dívidas tributárias devem continuar sendo protegidas pelos seus respectivos diplomas

normativos, sendo desnecessária a incidência do art. 1.146 do Código Civil para a sua tutela. Nesse ínterim, cabe salientar que a sucessão, nesses casos, independe de regularidade contábil. Assim, é necessária uma análise amíuade da situação fiscal e trabalhista do alienante, por parte do trespasário, a fim de se evitar “surpresas” desagradáveis.

Os débitos a que se refere à regulamentação do trespasse no Código Civil dizem respeito às relações comerciais do alienante. Estas, para serem transferidas, devem estar regularmente descritas nos seus livros contábeis, sendo que a falsificação ou omissão do seu teor implica responsabilidade única e exclusiva do trespasante. (FÉRES, 2007, p. 118). Somente as obrigações trabalhistas e fiscais são transferidas independente de regularidade contábil.

O trespasante continua solidariamente responsável pelos débitos regularmente contabilizados pelo prazo de um ano da publicação, no caso das dívidas já vencidas. Contudo, o prazo é de um ano do vencimento para as dívidas vincendas. Depois de terminado esse prazo, “cessa a responsabilidade do alienante”. (COELHO, 2003, p. 118).

É preciso ficar claro que essa imposição não desvirtua a natureza jurídica do estabelecimento. O passivo não faz parte do estabelecimento, por conta da disposição expressa no art. 1.146, do Código. Tal norma tem o fito de proteger o interesse jurídico dos credores. Diante desse interesse, o legislador optou por impor a sucessão obrigacional como conseqüência do trespasse. No próximo capítulo discorreremos sobre a eficiência desse dispositivo.

5.5 A cláusula de não-reestabelecimento

A cláusula de não-reestabelecimento diz respeito àquela que impede o alienante de fazer concorrência face ao adquirente do estabelecimento. Tal impedimento foi expresso no art. 1.147 do novo Código Civil, que assim dispõe:

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

O artigo em comento tem o fim de expressar um entendimento que já era majoritário na jurisprudência. (FÉRES, 2007, p. 157). Contudo, tal interpretação agora se sedimenta em norma positiva.

A referida norma possui o “objetivo precípua de impedir que o alienante do estabelecimento venha a disputar o mercado com o adquirente, comprometendo o potencial de lucratividade (aviamento) inerente à universalidade patrimonial adquirida”. (PIMENTA, 2004, p. 107).

A vedação à concorrência nas alienações de estabelecimento sempre foram objeto de acirradas discussões na jurisdição. O caso mais célebre no Brasil ocorreu em um julgamento no dia 12 de agosto de 1914. A importância desse julgado reside, principalmente, nos notáveis patronos das partes em litígio. De um lado, advogando a favor do alienante do fundo que queria se restabelecer, Rui Barbosa; do outro lado, advogando para o adquirente do fundo que não aceitava a concorrência do alienante, José Xavier Carvalho de Mendonça.

O contrato em litígio não era exatamente um *trespasse*, posto que o objeto da avença eram as cotas sociais, pertencentes ao Conde Álvares Penteado, da Companhia Nacional de Tecidos Juta, ou seja, tratava-se de cessão de cotas. A Fábrica de Juta Sant’Ana era um estabelecimento pertencente à Companhia Nacional de Tecidos Juta e era administrada pessoalmente pelo Conde. Após a cessão, o Conde resolveu se restabelecer no ramo de produção de tecidos sob o manto da Companhia Paulista de Aniagens, concorrendo diretamente com a Fábrica de Juta Sant’Ana.

Inconformados com o restabelecimento, a Companhia Nacional de Tecidos Juta acionou a justiça, buscando indenização pelas perdas obtidas com a inesperada concorrência da recém-formada Companhia Paulista de Aniagens.

A autora obteve êxito na demanda, tanto na primeira, quanto na segunda instância, mas Rui Barbosa foi contratado para tentar modificar a decisão em sede de embargos. Após pouco mais de quatro meses de trabalho, Rui Barbosa produziu razões de embargo em 300 (trezentas) páginas. Nesse documento, clamou pelo princípio da livre iniciativa e alegou que, no Direito Comparado, não há previsão de interdição automática de concorrer. (BARBOSA, 1948, p. 295). Aduziu ainda que não havia como conceber tal restrição em caráter “perpétuo no tempo e ilimitado no espaço”. (BARBOSA, 1948, p. 296). Além disso, informou que a cessão da clientela jamais foi assentida pelo alienante, pois não havia cláusula expressa nesse sentido no contrato firmado e que a decisão embargada “iria, simplesmente, regalá-la (a autora) com um monopólio, que não ajustou comprar”. (BARBOSA, 1948, p. 299).

Por outro lado, Carvalho de Mendonça sustentava a interdição, baseando-se principalmente nos arts. 214 e 215, do antigo Código Comercial de 1850. (BARBOSA, 1948, p. 344). O primeiro dispositivo citado enunciava que era obrigação do vendedor fazer boa ao comprador a coisa vendida. Trata-se de princípio basilar do Direito Comercial. Já o segundo dispositivo informava que o comprador não podia ser inquietado na posse ou domínio da coisa comprada. Assim, requeria a manutenção da decisão embargada com a condenação da embargante em perdas e danos.

Após sustentações orais de mais de uma hora, o Supremo Tribunal Federal acompanhou o voto do relator, Ministro Oliveira Ribeiro, e modificou o acórdão embargado, prevalecendo, assim, o entendimento de que o alienante poderia se restabelecer naquele caso. Os argumentos de Rui Barbosa, naquele dia, foram considerados procedentes.

Porém, com o passar do tempo, essa posição não prevaleceu na jurisdição nacional. Os tribunais brasileiros assentavam a imposição de não concorrer do alienante, baseados na *culpa post pactum finitum* ou na pós-eficácia das obrigações, em analogia a *culpa in contrahendo* ou na responsabilidade pré-contratual, baseadas na boa-fé. “Deste modo, tal como existem deveres pré-contratuais, também os haveria depois de extinto o contrato”. (MOTA, 2000, p. 218).

A observância da boa-fé após a extinção do contrato é assim descrita por Maurício Jorge Pereira Mota:

Da boa-fé resulta deverem as partes lealdade à convenção livremente celebrada. A lealdade em causa traduzir-se-ia, nomeadamente, na necessidade jurídica de, para além da realização formal da prestação, providenciar a efetiva obtenção e manutenção do escopo contratual. Essa manutenção perdura, naturalmente, para além da extinção do contrato em si. Há pós-eficácia. (MOTA, 2000, p. 222).

Depois do Código Civil de 2002 não há como o tema se mostrar controvertido novamente. O art. 1.147 do Código Civil regulamenta a cláusula de não-restabelecimento de forma exaustiva. Segundo o novo Código, a cláusula de não-restabelecimento está implícita nos contratos de alienação, arrendamento, usufruto ou assemelhados, por analogia. O alienante do fundo somente poderá concorrer com o adquirente caso exista autorização expressa nesse sentido no contrato.

A permissão para expressar outras convenções serve para satisfazer a autonomia dos contratantes, algo que não pode ser esquecido. Dessa maneira, podem eles expressar no contrato, tanto a autorização para concorrer, quanto a diminuição ou até mesmo a ampliação

do lapso temporal da proibição prevista na Lei. A norma tem caráter supletivo e só deverá ser observada no silêncio do contrato.

Na omissão da cláusula no contrato, a proibição de fazer concorrência persiste pelo prazo de 5 (cinco) anos. Isso a contar da data de assinatura do contrato, não do seu registro, nem da sua publicação. No caso de contrato verbal, o prazo deverá ser contado a partir da conclusão da avença.

As partes, para quem a norma se destina, tomam conhecimento do teor integral do negócio e assumem os seus efeitos no ato que expressam o seu consentimento. Assim, não há como conceber que o termo inicial da vigência da proibição seja outro senão aquele em que o contrato se tornou válido entre as partes.

Por outro lado, caso seja arrendamento ou usufruto, a proibição da concorrência persiste enquanto vigorar o contrato. Vale ressaltar que o teor da norma deve ser estendido para os comodatos e para as dações em pagamento, visto que também possuem o caráter oneroso. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 582). Contudo, na doação, dado o seu caráter gratuito e unilateral, não há porque imprimir para o doador tal *mínus*. A tutela do artigo é patrimonial e visa preservar o aviamento adquirido onerosamente.

Tavares Paes (1980, p. 41) entende que no contrato de usufruto e arrendamento que estipular prazo de vigência superior a cinco anos, a incidência da proibição estará limitada ao prazo estipulado na regra geral. Ou seja, caso o arrendamento ou usufruto dure mais de cinco anos, na omissão do contrato, a vedação à concorrência só perduraria pelo prazo legal.

Todavia, tal entendimento não merece ser acolhido sob a égide da atual Lei, posto que o Parágrafo Único do art. 1.147 não deixa margem para controvérsia. Nele está expresso que a “proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato”. Assim, “o prazo estabelecido não está adstrito a cinco anos, mas ao prazo inteiro do contrato que concede o direito pessoal sobre o estabelecimento empresarial.” (WALD, 2005, p. 751). Nesse caso, tal prazo pode ser superior ou inferior a cinco anos.

Contudo, é preciso rediscutir a lição de Rui Barbosa na qual a proibição de concorrer não pode vigorar “perpétuo no tempo e ilimitado no espaço”. (BARBOSA, 1948, p. 296). Assim, é inválida a cláusula que “vede a exploração de qualquer atividade econômica, ou não estipule restrições temporais ou territoriais ao impedimento”. (COELHO, 2003, p. 123). Por essa razão, no caso concreto de arrendamentos ou contratos análogos, em que haja prazos de vigência muito amplos ou vitalícios, não há como impedir, de forma ilimitada, o exercício do direito constitucional à livre iniciativa.

Aquele que sofre a limitação da norma possui o direito de exercer uma atividade econômica, direito que deve ser exercido de acordo com as regras da adequabilidade face ao caso concreto. Há que ser analisado *in loco* mecanismos que possibilitem o exercício da livre iniciativa e que também não pulverizem de imediato o aviamento adquirido onerosamente. Assim, em casos como este, deve ser fixado prazo adequado para que se possa reiniciar o exercício do seu direito fundamental de liberdade de escolha econômica.

Para o correto entendimento do tema, ainda são necessários alguns esclarecimentos, principalmente no que se referem os termos concorrência e restabelecimento. Há a concorrência quando o trespassante disputa o mesmo mercado de produtos ou de serviços com o trespassário. Há restabelecimento quando o trespassante começa a exercer a sua atividade em um novo estabelecimento.

A vedação só deve incidir quando houver, tanto a concorrência, quanto o restabelecimento. “Pode haver concorrência sem restabelecimento (através de outros estabelecimentos do mesmo alienante), como pode haver restabelecimento sem concorrência (em outro ramo ou em lugar distante da região de afluxo da clientela).” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 581).

No caso de empresário que possua vários estabelecimentos, este pode se desfazer de um deles através do trespasse. Porém, não é possível interpretar a norma no sentido de inviabilizar sua empresa nos estabelecimentos remanescentes. Nesse caso, pode haver a concorrência, pois não há o restabelecimento.

Por outro lado, pode haver o restabelecimento sem a concorrência, quando o alienante inicia outra atividade não concorrente ou quando se restabelece fora do âmbito de incidência do mercado consumidor do adquirente. Nesses dois casos não há uma diminuição do aviamento da universalidade adquirida e, sendo assim, não há nenhum fundamento jurídico nem econômico para a incidência da norma.

Pelas características semelhantes, no caso de cessão de cotas, incorporações, fusões e cisões, a interpretação do artigo de lei em comento deve ser estendida por analogia. Afinal, também cabe, nesses casos, a incidência do princípio de fazer boa a coisa vendida ou do princípio da boa-fé objetiva, que impõe dever de conduta *post pactum finitum*. A legítima expectativa daquele que adquire onerosamente o estabelecimento é usufruir, sem turbação, do aviamento inerente ao complexo de bens já organizado. Portanto, é descabida, em qualquer desses casos, a concorrência posterior do alienante.

A vedação estipulada no art. 1.147 também pode, no caso concreto, ser estendida para administradores e diretores do alienante (FÉRES, 2007, p. 159), visto que tais pessoas

também podem vir a diminuir o aviamento adquirido, principalmente se essas pessoas forem sócias da sociedade alienante.

Quando o alienante estiver atuando sob o manto de outra pessoa jurídica e estiver utilizando terceiros como titulares da sociedade, deverá também ser reconhecido o direito de não concorrer do adquirente. De forma semelhante, aquele “empresário individual que cede o estabelecimento e, em seguida, contrai sociedade com outras pessoas e organiza estabelecimento vizinho ao anterior, é uma das situações possíveis em que a aplicação analógica será prudente. Olhar a substância, não a forma, é o conselho.” (SZTANJ, 2008, p. 793).

Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2007, p. 582), o descumprimento da norma sujeita o antigo titular a responder por perdas e danos em indenização que devem abranger: o valor apurado pela redução do movimento do estabelecimento, lucros cessantes e eventualmente a desvalorização do fundo. Além disso, o adquirente pode pleitear também a abstenção da prática de concorrência, pedindo a cominação de multa diária pelo descumprimento ou interdição do exercício da atividade com o pedido de lacramento do estabelecimento.

5.6 A sub-rogação dos contratos

Como já dito, a empresa é, “sob o seu aspecto dinâmico, um feixe coordenado de relações jurídicas contratuais”. (PIMENTA, 2006B, p. 72). Diante disso, o contrato de trespasse necessita transferir um complexo de bens já aptos ao exercício da empresa. Não por outro motivo, o legislador sabiamente impõe como consequência natural da cessão do estabelecimento a sub-rogação dos contratos atinentes à exploração do fundo.

A sub-rogação dos contratos, prevista no art. 1.148, não significa que o estabelecimento é um complexo de relações jurídicas. Tal disposição tem o fito de viabilizar a manutenção da atividade produtiva, ou seja, da empresa em seu perfil funcional. Afinal, o adquirente, quando compra um complexo de bens já organizado para determinada atividade produtiva, pretende manter a empresa. Os negócios jurídicos são elementos primordiais da empresa. Ora, a empresa é uma atividade e, para o exercício dessa atividade, nos valem sempre de negócios jurídicos; mais precisamente, de contratos. Assim, sub-rogar os contratos é, antes de tudo, viabilizar a manutenção do exercício da empresa.

Esta é a regra contida no art. 1.148 CC, *in verbis*:

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

O contrato de trespasse se orienta pela preservação da empresa. Assim, o adquirente do fundo poderá continuar o exercício da atividade se valendo dos contratos firmados pelo adquirente. “O preceito cria uma exceção ao regime obrigacional, que, em regra geral, não admite a transmissão de posição contratual sem o consentimento dos contratantes”. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 583). Diante disso, há um caráter inovador na norma.

É preciso destacar, inicialmente, que só pode ser considerado como contrato o negócio jurídico com pendências obrigacionais para ambas as partes. Não se trata nem de débito (dever jurídico), nem de crédito (direito subjetivo). Além disso, os contratos também devem ser necessariamente exploracionais, impessoais e sem disposições em contrário.

O contrato é exploracional quando se vincula diretamente à exploração da atividade, ou seja, quando há um vínculo direto entre o contrato e a empresa. É preciso ficar nítida a aptidão funcional do contrato, que é a sua adequação com a atividade desenvolvida no estabelecimento. Assim, serão transferidos os contratos de fornecimento de produtos e serviços, contratos de seguros dos bens do complexo, contrato de franquia, contratos de exploração de direitos autorais ou de propriedades industriais, consórcios, *joint ventures*, etc.

O contrato é impessoal quando não há relevância de quem foi contratado, ou seja, quando não importa quem é o sujeito de direito que cumprirá a prestação. Os contratos personalíssimos normalmente repousam em obrigações de fazer, sendo que a pessoa contratada é extremamente relevante para a avença. São os chamados contratos *intuitu personae*. Normalmente os contratos de exploração do estabelecimento não possuem esse caráter, principalmente na produção e circulação de produtos. Já na produção e circulação de serviços, essa forma de contrato pode ser vislumbrada com maior facilidade.

Quanto à questão das disposições em contrário, é preciso uma análise mais detida. Existem as ressalvas feitas no corpo dos contratos em si mesmo considerados e existem também as disposições em contrário expressas em Lei ou em outros atos normativos.

O contrato firmado entre o trespessário e trespessante pode estabelecer amiúde quais serão os contratos sub-rogados e em quais não haverá a sub-rogação. Isso porque se trata de

direito pessoal disponível, no qual pode prevalecer a autonomia livre e esclarecida das partes contratantes.

Há também os contratos firmados entre o trespassante e terceiros que, desde o seu nascedouro já impunham proibição à sub-rogação. Nesse caso, o terceiro deve ser notificado para consentir ou não com a sucessão contratual do trespassário.

Quanto às disposições legais, merece destaque a controvérsia que habita os contratos de locações comerciais, pois há, neste caso, um conflito de normas. Veja-se o art. 13 da Lei 8.245/91:

Art. 13 – A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador.

§ 1º Não se presume o consentimento pela simples demora do locador em manifestar formalmente a sua oposição.

§ 2º Desde que notificado por escrito pelo locatário, de ocorrência de uma das hipóteses deste artigo, o locador terá o prazo de trinta dias para manifestar formalmente a sua oposição.

A doutrina comercialista inicialmente entendia que a norma expressa na LL (Lei de Locações) não se aplicava ao trespasse, devendo prevalecer a sub-rogação automática do Código Civil. Este é o entendimento de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, por exemplo:

Essa previsão (art. 13 da LL) não se aplica quando se trata do negócio jurídico específico de alienação do estabelecimento, por força do que estabelece o art. 1.148, ora comentado. A norma especial, que prevê a continuidade dos contratos de natureza não pessoal em caso de alienação do estabelecimento, visando à preservação de sua já referida e identificada aptidão funcional, prevalece sobre a fixada para as cessões de locação em geral, onde essa particular funcionalidade do objeto locado não esteja em jogo. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 583 - 584).

Porém, como visto, a Lei de Locações prevê a anuência expressa do locador. Então há, evidentemente, a necessidade de um enorme esforço de interpretação do operador do direito. Nessa perspectiva, para facilitar a interpretação da norma, a I Jornada de Direito Civil produziu o enunciado 64.

64 – Art. 1.148: A alienação do estabelecimento empresarial importa, como regra, na manutenção do contrato de locação em que o alienante figurava como locatário.

Diante desse entendimento, o adquirente estaria sub-rogado automaticamente nos direitos do antigo locatário, podendo, inclusive, se aproveitar do tempo de posse do antigo titular do estabelecimento para exercer o seu direito de renovação compulsória do contrato de locação, conforme permitido no § 1º do art. 51 da LL.

A interpretação era no sentido de que a Lei de Locações regulava as locações em geral, e o Código Civil, especialmente, o trespasse. Então, pela especialidade da norma, prevaleceria, no caso concreto, a sub-rogação.

Contudo, alguns doutrinadores não concordavam com esse entendimento. Marcelo Andrade Féres (2007, p.86 e 87), por exemplo, entende que não há especialidade na norma do trespasse, pois a aplicação do art. 1.148 se destina a todos os contratos do trespasante. Assim, a especialidade deve incidir na prevalência do art. 13 da LL, pois, para ele, a Lei de Locações regulamenta especialmente os contratos de locações.

Nesse sentido, a III Jornada de Direito Civil cancelou o enunciado 64, acima exposto, e aprovou um novo enunciado que assim determina:

234 – Art. 1.148: Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente. Fica cancelado o Enunciado n. 64.

Diante disso, a jurisprudência e a doutrina tenderão a inadmitir a sub-rogação automática do contrato de locação, sendo exigível a anuência expressa do locador.

Não terá sub-rogação automática do contrato de locação do ponto empresarial, a não ser que o locador, proprietário do imóvel, consinta (Lei n. 8.245/91, art. 13), previamente, e por escrito, que o locatário ceda o contrato locatício, juntamente com o estabelecimento. (DINIZ, 2009, p. 775).

Portanto, no caso das locações empresariais, a partes do trespasse devem notificar o locador por escrito, conforme o § 2º do art. 13 da LL, para que ele, no prazo de 30 (trinta) dias, manifeste ou não a sua oposição. Caso não haja resposta, haverá concordância tácita com o trespasse e a sub-rogação.

Além do contrato de locação predial, conforme lembra Féres (2007, p. 98), “o contrato de arrendamento mercantil, ou seja, o *leasing*, também só pode ser transferido mediante anuência expressa da entidade arrendadora”, fato previsto na Resolução Bacen 2.309/96, art. 7, XII. Assim, por disposição normativa expressa em contrário, da mesma forma que acontece com a locação, o contrato de arrendamento mercantil também não se sub-roga automaticamente.

Há de se salientar, contudo, que qualquer contrato sub-rogado pode ser rescindido pelo contratante que se sentir prejudicado com a transferência do estabelecimento. Para tanto, é necessário haver justa causa, além do exercício do direito no prazo de 90 (noventa) dias a

contar da publicação do negócio. Havendo a rescisão, caberá ao alienante a responsabilidade pelos danos causados ao adquirente.

A justa causa, expressa no art. 1.148, pode se revestir de diversas formas. Pode ser pela não aprovação do novo fiador, pela situação econômica de insolvência do adquirente (protestos ou execuções judiciais), pelo desatendimento das condições previamente fixadas ao alienante, etc.

Por último, é importante dizer que os contratos de trabalho serão transferidos pela exegese do art. 448 da CLT e não pela regra expressa no Código Civil. Os direitos laborais continuarão sendo tutelados pelo seu corpo normativo específico. A esse respeito, Valentin Carrion ensina:

Enquanto o art. 10 (CLT) visa a proteção dos direitos dos empregados, o art. 448 leva em conta o contrato e, portanto, ambas as partes. O contrato de trabalho é *intuitu personae* (ou infungível) com referência ao empregado (art. 2º CLT), mas não quanto ao empregador (art. 448). (CARRION, 2007, p. 296).

Diante disso, os colaboradores da empresa não podem, sem justa causa, se recusar a trabalhar para o novo titular do estabelecimento, pois há, *ipso iure*, a sub-rogação do contrato de trabalho. Contudo, vale frisar que a sub-rogação é limitada aos trabalhadores que exerçam atividade diretamente ligada à exploração do estabelecimento transferido.

5.7 A cessão dos créditos

Como visto na composição do estabelecimento, o crédito é um bem imaterial. Nesse sentido, os créditos podem possuir vínculo funcional com a empresa, exatamente como os outros bens do estabelecimento. Assim, transferirá, em regra, este bem para o trespassário quando ceder o seu estabelecimento.

Alguns doutrinadores entendiam que a destinação dos créditos, “a princípio, não é a de se incorporar ao estabelecimento”. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 583). Entendiam ainda que os direitos “não pertencem ao conjunto de bens que forma o estabelecimento empresarial, mas ao seu titular. Apenas o sujeito de direito é capaz de ser titular de direitos.” (MIGUEL, 200, p. 41). Em suma, acreditavam que os créditos eram produtos da atividade, não os imaginavam como bens instrumentais da empresa.

Com o fim de estabelecer o destino dos créditos no trespasse e facilitar a solução destas controvérsias, o legislador inseriu mais um artigo de lei no Código Civil:

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

Diante da norma expressa, o crédito será transferido junto com a universalidade. Não só porque é um bem do estabelecimento, mas também “como contraprestação pelas dívidas que irá assumir.” (FÉRES, 2007, p. 138).

Os créditos cedidos deverão possuir como fonte a atividade desenvolvida no estabelecimento. Logicamente, o crédito só será cedido se isso não opuser a natureza da obrigação ou a convenção entre as partes (art. 286 CC).

É preciso se ater também ao fato de que, além da publicação do contrato, o devedor também deve ser notificado da cessão (art. 290 CC). Assim, a cessão terá eficácia plena e se evita a antinomia das normas.

As partes do trespasse podem convencionar livremente o destino dos créditos vinculados ao fundo. Não há, necessariamente, a imposição da transferência dos créditos junto com o estabelecimento. Exatamente como nas sub-rogações, o crédito é um direito subjetivo pessoal e disponível. Dessa forma, as partes podem decidir de forma livre e esclarecida o seu destino.

Os créditos devem estar devidamente descritos nos livros contábeis apresentados pelo alienante. O preço da avença será também calculado com base nisso. Assim, o alienante munido de má-fé será responsável por incluir créditos sem lastro na contabilidade do fundo, sendo o contabilista, nesse caso, responsável, na medida de sua culpa ou dolo. (PÚ, art. 1.177 CC)

Os devedores de um empresário, muitas vezes, se acostumam a ir ao seu estabelecimento para efetuar o pagamento das suas dívidas. Com a cessão dos créditos, os devedores não hão de se perguntar aonde pagar e a quem pagar. O novo titular do estabelecimento receberá o pagamento e quitará o débito do cliente do estabelecimento.

No caso de emissão de boletos bancários de cobrança, caberá ao adquirente proceder a substituição dos aludidos documentos, ato que pode acompanhar a notificação dos devedores sobre a cessão dos créditos.

A cessão dos créditos também deverá abranger os títulos de crédito (cheques, duplicatas, notas promissórias, etc.). Contudo, pelo princípio da cartularidade, os títulos de crédito precisam ser endossados pelo alienante em favor do adquirente para que ele tenha a posse legítima do título para o exercício do direito literal.. O título de crédito nominativo, em que o beneficiário está expresso na cártula, não se considera cedido pela incidência do art. 1.149. A declaração cambial de endosso é necessária para aperfeiçoar a transferência do título nominal.

Porém, tal condição não se exige para os títulos ao portador, pois nestes a “transferência se dá por simples tradição.” (COSTA, 2008, p. 179). Vale salientar que o endosso, mesmo nos títulos ao portador, é desejável para o adquirente, pois inclui o alienante na cadeia dos coobrigados pelo adimplemento do título e, assim, ele terá direito de executar o respectivo valor devido face ao antigo titular do fundo.

Por fim, no dispositivo em análise há a proteção do devedor que paga ao credor putativo, exatamente no mesmo sentido do art. 309 do Código Civil. Realmente, o cedente é um credor putativo, pois, aos olhos do devedor, parece ser o verdadeiro credor. Sendo assim, munido de boa-fé, o devedor não será obrigado a repetir o pagamento da prestação.

Caberá ao verdadeiro credor que foi lesado pelo escusável erro intentar uma ação de regresso em face daquele que recebeu indevidamente. O credor putativo pode ser tanto o alienante quanto o adquirente. Afinal, o destino do crédito pode ser livremente convencionado.

5.8 O Trespasse na Lei de Falências

A Lei de Recuperação e de Falências das Empresas (LRE, Lei 11.101/05), no seu art. 50, VII, informa que constitui meio de recuperação judicial, o trespasse ou arrendamento do estabelecimento. Já no art. 140, a alienação da empresa com a venda dos estabelecimentos em bloco é a primeira ação indicada na ordem preferencial para a realização do ativo do falido.

Isto se dá porque há enorme importância no valor econômico do aviamento e na preservação da empresa como fonte arrecadadora de tributos e geradora de empregos. Nesse sentido, existem ao menos três princípios fundamentais na nova lei: o princípio da

maximização dos ativos, o princípio da separação da sorte do empresário da sorte da empresa e o princípio da preservação da empresa.

Conforme alerta Fazzio Júnior (2008, p. 574), “Não se trata de tutelar os ativos capazes de soerguer a empresa para desfrute de seu titular ou de seus administradores, mas da recuperação da unidade econômica e da manutenção de sua atividade produtiva.” O empresário poderá se recuperar ou não, porém, o mais importante é tentar manter e recuperar a empresa.

Sem embargo, a sistemática da nova lei falimentar tem como objetivo maior a preservação da empresa e, dessa forma, o trespasse do estabelecimento se mostra como um verdadeiro instrumento para a conquista desta meta.

Tais princípios norteadores da sistemática da nova lei serviram de base para a elaboração do art. 141, II, LRE. Tal dispositivo veda a sucessão obrigacional no trespasse. Assim, o estabelecimento é transferido livre de qualquer dos ônus que incidem sobre o devedor.

Art. 141 – Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:
I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo;
II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Efetivamente, os contratos e as dívidas do empresário fazem parte do seu patrimônio, não do seu estabelecimento. Assim, esta universalidade de fato, no regime falimentar, se desvincula das dívidas e é transferida para outro titular sem perder a sua aptidão funcional para o exercício da empresa.

De acordo com § 2º do mesmo artigo, os contratos de trabalho serão extintos e o arrematante admitirá os empregados mediante um novo contrato de trabalho, desvinculando assim, totalmente, o estabelecimento das obrigações e dos contratos de trabalho constituídos pelo antigo detentor do fundo. Pela especialidade da norma, o trespasse na falência do empresário constitui-se meio idôneo de transferir o estabelecimento livre de qualquer débito ou ônus.

Quando o trespasse é meio de realização do ativo do falido, não incidirá nem o art. 448 nem tampouco o art. 10 da CLT. Também não haverá a sucessão das dívidas tributárias previstas no art. 133 do CTN.

Tal isenção causa celeuma àqueles que não entendem de economia e da teoria geral do aviamento. A isenção dos débitos trabalhistas foi, inclusive, tema de um recente julgado do STF (Supremo Tribunal Federal). O PDT (Partido Democrático Trabalhista) pleiteou, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade do inc. II do art. 141 da LRE. Contudo, no último dia 27 de maio, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal acompanhou o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, considerando constitucional o artigo de lei ora debatido. O relator, no seu voto, informou que “a lei trouxe um aumento da garantia dos trabalhadores. Os valores utilizados na compra de partes das empresas ficam disponíveis ao juízo da recuperação e são utilizados prioritariamente para pagar as dívidas trabalhistas”.

Entretanto, os tribunais trabalhistas entendem que tal instituto só é aplicável nos casos de falência. Nos casos de recuperação judicial, a exegese deveria ser restritiva, pois no art. 60, parágrafo único, não há previsão expressa da isenção das obrigações trabalhistas. Veja-se:

Art. 60 – Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Os doutrinadores do Direito Trabalhista entendiam que não havia a sucessão na falência, pela incidência do art. 141, II. Mas, na recuperação judicial haveria a sucessão pela omissão do art. 60. Este é o entendimento esposado por Delgado. Veja-se:

No tocante à recuperação judicial, esta não abrangência resulta de interpretação lógico-sistemática da nova lei, uma vez que semelhante vantagem só foi concedida para os casos de falência, conforme inciso II e § 2º do art. 141, preceitos integrantes do capítulo legal específico do processo falimentar. Nada há a respeito da generalização da vantagem empresarial nos dispositivos comuns à recuperação judicial e à falência (...) Além disso, o art. 60 e seu parágrafo único, regras integrantes do capítulo regente da recuperação judicial, não se referem às obrigações trabalhistas e acidentárias devidas aos empregados, embora concedam a vantagem excessiva (ausência de sucessão) quanto às obrigações de natureza tributária. Por fim, estes mesmos dispositivos (art. 60, caput e parágrafo único) somente se reportam ao § 1º do art. 141, mantendo-se, significativamente, silentes quanto às regras lançadas no inciso II e §2º do citado art. 141 (estas, sim, fixadoras da ausência de sucessão trabalhista). (DELGADO, 2006, p. 418 - 419).

Esse entendimento prevalece no foro trabalhista. Foram vários os julgados que impuseram a sucessão trabalhista aos adquirentes de estabelecimentos em processos de recuperação judicial. Dentre os casos mais conhecidos no Brasil, cita-se a sucessão, pela Gol

Transportes Aéreos S/A, das dívidas trabalhistas da Varig S/A (Viação Aérea Rio Grandense)²⁷.

Porém, esse entendimento não deve prosperar. O art. 60 da LRE, como visto, faz remissão ao § 1º do art. 141 e este faz remissão expressa ao inc. II do próprio art. 141. Veja-se:

§ 1º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

Assim sendo, não há como sustentar que houve um silêncio intencional no intuito de promover a sucessão dos débitos trabalhistas na recuperação judicial. Nesse sentido, Sergio Campinho ensina:

Sustentamos que a isenção quanto à sucessão do arrematante é ampla e atinge todas as obrigações, inclusive aquelas de feição trabalhista. O texto, ao se referir tão-somente às de natureza tributária, traduz uma oração explicativa. Qualquer limitação de obrigação deveria ser expressa. Por outro lado, a forma de quitação dos créditos trabalhistas será objeto de disposição no plano de recuperação, não tendo sentido criar-se sucessão do arrematante. A alienação judicial em tela tem por escopo justamente a obtenção de recursos para o cumprimento das obrigações contidas no plano, frustrando-se o intento caso o arrematante herde os débitos trabalhistas do devedor, porquanto perderá atrativo e cairá de preço o bem a ser alienado. A explicitação em relação àquelas de origem tributária, de outra feita, decorre do fato de que os créditos tributários não se submetem ao processo de recuperação. (CAMPINHO, 2008, p. 175).

Realmente, para entender a referência expressa da destinação do débito tributário, mas não do débito trabalhista, é preciso compreender que os débitos trabalhistas estão representados pela sua classe na recuperação e, além disso, aprovam o plano que inclui a venda dos estabelecimentos. Como o crédito tributário não é representado, o legislador fez questão de expressar o seu destino.

Os trabalhadores podem vetar a alienação ou até mesmo, em condomínio, adquirir o fundo. Não há cabimento imaginar que aqueles que aprovam o plano possam, depois de ele ser executado, pleitear algo além daquilo que foi expressamente consentido e expresso no

²⁷ Somente a título de exemplo vejam-se alguns processos das varas do trabalho de Belo Horizonte: Processos 00596-2008-019-03-00-1 e 01094-2008-019-03-8 da 19ª Vara; processos 00967-2007-106-03-00-6 e 01014-2008-106-03-00-6 da 27ª Vara; processo 01486-2007-109-03-00-7 da 30ª Vara e o processo 00208-2008-140-03-00-5 da 40ª Vara.

plano. Além disso, vale lembrar também, que o plano de recuperação não pode prever prazo superior a 1 (um) ano para o pagamento de todas as dívidas trabalhistas. (art. 54 LRE). Nessa direção também é o entendimento de Eduardo Secchi Munhoz:

A resposta que se impões é a da não ocorrência de sucessão, seja qual for o critério de interpretação adotado. A interpretação literal do dispositivo leva a conclusão de que a regra geral é a da não sucessão em relação “às obrigações do devedor”, seguindo-se à menção às obrigações tributárias precedida da palavra “inclusive” - ou seja, a não-sucessão não está restrita às obrigações tributárias, tendo sido estas mencionadas apenas como um exemplo. A interpretação sistemática corrobora esse entendimento, na medida em que, na recuperação judicial, os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho participam ativamente do processo, votando pela aprovação ou rejeição do plano. Acrescente-se que, em relação a esses credores, incide uma garantia adicional: o plano de recuperação está limitado a uma única alternativa – pagamento no prazo máximo de 1 ano (art.54). Ora, se o plano deverá assegurar o pagamento dois créditos derivados da legislação do trabalho no prazo máximo de 1 ano, não há por que imaginar que as obrigações correspondentes seriam sucedidas pelo arrematante. (MUNHOZ, 2007, p. 299).

A remissão do art. 60 para o § 1º do art. 141 serve para nova remissão ao inc. II do art. 141, incidindo-se assim a regra geral da não sucessão das obrigações. Além disso, serve também para impor as mesmas restrições objetivas da figura do adquirente do estabelecimento na falência. Ou seja, serve também para informar que haverá a sucessão se os adquirentes forem sócios, controladores, parentes ou agentes do falido.

Ora, impor a sucessão trabalhista é, evidentemente, um obstáculo aos princípios da recuperação de empresas, é um obstáculo à maximização do ativo e da separação da sorte do empresário da sorte da empresa. Não há dúvidas de que o Juiz trabalhista está comprimido a fazer uma escolha trágica. Porém, sem embargo, para manter a empresa e maximizar o ativo, o trespasse deve ser facilitado.

A empresa só existe porque há um estabelecimento que lhe dê suporte. Só há atividade econômica se houver a reunião e a organização dos fatores de produção. Portanto, para manter a empresa, é preciso manter o estabelecimento; evidentemente, o titular da empresa não precisa ser o mesmo. Em resumo, como ensina Rubens Approbato Machado, (2007, p. 25) “não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica de quem a compõe ou controla.” A empresa segue, com o estabelecimento sob nova direção.

Diante disso, o trespasse na falência há que se mostrar atrativo para novos empreendedores. Caso exista a sucessão trabalhista, não estará sendo contemplada a separação da sorte da empresa e da sorte do empresário, pois isso pode desestimular investidores ou, no mínimo, diminuir o valor do ativo do falido. Nesse sentido, foi acertada a

decisão do legislador, ao desvincular o estabelecimento das dívidas que compõem o patrimônio do empresário em dificuldades econômicas.

6 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRESPASSE

Em uma perspectiva de direito e economia, o contrato, de fato (ou como um fato), não é um elo solidário entre pessoas vivendo em sociedade, mas sim uma transação de mercado na qual cada parte se comporta de acordo com os seus interesses, como se estivessem em um jogo armando suas estratégias. (TIMM, 2008b, p. 80).

6.1 A Função Social do Contrato e o Direito Empresarial

A questão acerca da Função Social se ampliou após a promulgação do Código Civil de 2002. O Novo Código, em seu art. 421, primeiro artigo do Título “Dos Contratos em Geral”, expressou de imediato que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Não é o caso, aqui, de discorrer amplamente sobre tal cláusula geral, rios de tinta já foram utilizados neste sentido. Contudo, algumas considerações para o entendimento da análise econômica que se seguirá, precisam ser feitas.

É cediço que o direito contratual se pauta, atualmente, em princípios modernos, criados para atender às mudanças de paradigma dos contratos. (FIUZA, 2003, p. 306). Tal quebra de paradigma é um avanço da legislação, principalmente na proteção ao consumidor, pois viabiliza proteção do hipossuficiente por um custo diluído. Também incentiva melhoria nos serviços prestados, pois a intervenção regulatória baseada nesses princípios visa a corrigir as externalidades negativas e os abusos oportunistas praticados no mercado.

Dentre essa nova principiologia contratual, o princípio da função social é o que se mostra mais divergente. Tanto na aplicação jurisdicional, quanto na sua interpretação doutrinária, há uma enorme discrepância nos modos de aplicar e descrever a incidência da aludida cláusula geral. A subsunção de função social do contrato ao caso concreto se mostra uma tarefa que exige do aplicador da norma um enorme esforço interpretativo.

Acertadamente, César Fiuza indica que a função social do contrato é uma síntese da sua função pedagógica e da sua função econômica. A função pedagógica significa que o contrato serve para civilizar e educar as pessoas para a vida em sociedade. “Aproxima os homens, abate suas diferenças. As cláusulas contratuais dão aos contratantes noção de

respeito ao outro e a si mesmos, visto que, afinal, empenharam a sua própria palavra.” (FIUZA, 2007, p. 263).

No que diz respeito à função econômica, o mesmo doutrinador aduz:

Os contratos auxiliam no processo de circulação de riqueza. É por meio de contratos que os produtos circulam pelas várias etapas da produção: da mina à fábrica; desta à loja, chegando às mãos do consumidor. Os contratos não só fazem circular riquezas, mas ajudam a distribuir renda e geram empregos. É por meio deles que satisfazemos nossas necessidades. (FIUZA, 2007, p. 262).

No que se refere à economia, o contrato é o instituto jurídico responsável pelas trocas eficientes, fazem os bens saírem da mão de quem menos os valoriza para as mãos daqueles que mais os valorizam. Incrementam a riqueza social. São os instrumentos do aumento da riqueza em circulação. Logicamente, deve-se sempre observar a compensação de qualquer pessoa que sofra alguma externalidade negativa. (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 26).

Notadamente, a função social do contrato tem estreita relação com sua função econômica. Quando se trata de um contrato empresarial, como o contrato de *trespasse*, essa noção é ainda mais flagrante. Todo contrato empresarial está vinculado diretamente com a empresa. Diante disso, não podemos nos esquecer de que “a empresa tem uma função social, mas não uma função de assistência social”. (MAGALHÃES, 2007, p. 345).

Toda empresa visa ao lucro; sem o lucro não há como a empresa sobreviver no mercado. Isso não é um desrespeito nem uma ilicitude, é um fato, uma necessidade de sobrevivência dos agentes econômicos no contexto atual do mundo baseado na livre iniciativa e na globalização dos mercados, enfim, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Não é novidade que os agentes econômicos atuam de forma a maximizar os seus interesses. Assim, qualquer contrato empresarial tende a possuir estreita relação com o interesse maior da empresa, o lucro. Dessa forma, os contratos empresariais tendem a ser de cunho patrimonial privado. Visam à maximização do interesse de ganho pecuniário.

Por conta disso, no mercado, os agentes econômicos privados podem atuar em uma “*disfunção oportunista*” que, segundo Araújo (2008, p. 114), “consiste essencialmente no facto de uma das partes, ou até ambas reciprocamente, poderem fazer degenerar a prometida conduta de cooperação numa conduta de apropriação de ganhos à custa dos interesses e expectativas da contraparte”.

Na verdade, trata-se de uma atuação em jogo não cooperativo ou de soma zero. Acontece quando o ganho de um jogador é exatamente o que o outro jogador perde. Uma atuação de captação de riquezas.

A “disfunção oportunista” é reiteradamente praticada pelas grandes forças econômicas privadas. Porém, como visto no primeiro capítulo deste estudo, a visão de aversão à burguesia não é economicamente desejada no âmbito do Direito Contratual Privado, pois “qualquer supervisão “justiceira” tem custos sociais não negligenciáveis (...), não há justiça distributiva que não demova e inviabilize algumas transações, que não trave a promoção livre e espontânea de riqueza, que não diminua o volume de transações, que não empobreça”. (ARAÚJO, 2008, p. 109).

Isso acontece porque a dita supervisão “justiceira” que impõe a aversão à burguesia diminui as trocas eficientes e, assim, impede que os bens saiam da mão de quem os valoriza menos para quem os valoriza mais, desestimulando, assim, o crescimento econômico e a circulação e distribuição de riquezas. Afinal, a riqueza em circulação cresce na medida em que acontece cada troca.

Então, para se alcançar um melhor nível econômico-social para a coletividade, a interpretação da principiologia do Direito Patrimonial Privado deve viabilizar e fomentar a entrada de novos agentes no mercado, ditos pequenos agentes, facilitando as operações de troca e inserindo mais agentes econômicos no mercado, posto que são os pequenos que irão concorrer com os grandes agentes econômicos já estabelecidos. São eles que forçam a diminuição dos custos dos bens e dos serviços. Só com eles é que se vislumbra um mercado de concorrência perfeita, o qual reside no sonho de um exercício pleno dos direitos e liberdades fundamentais.

A disfunção oportunista é muito melhor combatida na trincheira do Direito Administrativo e do Direito Penal, nas ações coletivas e na fiscalização e vigilância administrativa. A função social da empresa só pode ser compreendida no sentido desse combate.

Não há como exigir do empresário uma função social que imponha a este ser maximizador dos seus interesses uma conduta prestacional. Porém, alguns doutrinadores erradamente sugerem isso:

Há, como se vê, uma proposta de *standard* comportamental, fundada na ética, nos costumes comerciais e no princípio da boa-fé objetiva, para uma nova empresariedade, fazendo inclusive, com que a responsabilidade social seja uma opção consciente do “bom empresário” ou “bom homem de negócios”, levando-o a investir no campo social, exercendo cidadania empresarial, apoiando projetos sociais, auxiliando na solução de problemas sociais. Dever-se-á ter, portanto, empresariedade com responsabilidade e cidadania empresarial, ou seja, uma democracia social que valorize a atividade empresarial baseada no apoio da comunidade, no respeito aos empregados, proporcionando-lhes trabalho e renda aos

consumidores, e ao meio ambiente, tendo por diretriz a solidariedade humana e o compromisso com a força do trabalho e com a sociedade. (DINIZ, 2009, p. 32 - 33).

Não há dúvidas de que os agentes econômicos devem internalizar as externalidades negativas. É certo também que o Estado deve estimular uma conduta que seja socialmente desejável. Isso se dá através de incentivos fiscais, punição exemplar dos abusos, imposição da boa-fé objetiva, etc.

Não há como querer que a empresa esteja constituída sem o fim precípua do lucro. Não há empresa privada que se baseie, *a priori*, no apoio à comunidade, ou para proporcionar trabalho para os outros, nem tampouco para auferir renda aos consumidores, como foi afirmado no trecho acima transcrito.

A empresa visa ao lucro. Caso exista um desejo de exercer uma atividade com fins altruístas e sociais, será constituída uma associação ou uma fundação, não uma empresa. Nesse sentido, Magalhães (2007, p. 345) aduz com correção: “a função social não pode ignorar a função primeira da empresa, que é o lucro”.

Tal confusão na interpretação da função social nos contratos empresariais pode ser extremamente danosa, pois cria na atividade mercantil um clima de insegurança desestimulante e incompatível com um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Sobre isso tratam as lições de Rachel Sztajn (2005b, p. 49). Veja-se:

Quem escreve entendendo que a empresa é organização econômica que serve ao desenvolvimento nacional, teme que a aplicação da regra do art. 421 do CC aos contratos empresariais - (...) - venha, por força de intervenção de magistrados, os quais, de regra, não têm informação completa sobre a operação, dar origem a efeitos de segunda ordem. Essa preocupação é real, concreta e tem fundamento empírico suficiente para tirar a tranqüilidade. Normas jurídicas de expresso viés ideológico ou político-ideológico e regimes democráticos capitalistas combinam mal; elas atendem melhor aos interesses do Poder nos regimes ditatoriais, em que o governo, confundido com o Estado, crê saber melhor que qualquer cidadão o que convém a todos e a cada um. (Sztajn, 2005b, p. 49).

Realmente, a intervenção estatal no domínio privado, através da atividade jurisdicional, deve sobrepesar, sempre, as conseqüências econômicas e sociais em longo prazo, sem uma visão político-ideológico que imponha danosamente obrigações sociais incompatíveis com o fim lucrativo das empresas.

Em relação a esse princípio, Rodrigo de Almeida Magalhães (2007, p. 348) informa que “é plenamente possível a conciliação da busca do lucro com o exercício da função social da empresa”. E isto se dá, na medida em que o empresário possua responsabilidade social.

A responsabilidade social consiste na decisão voluntária do empresário em “contribuir com objetos distintos de seu âmbito de atividades para fazer uma sociedade mais justa, contribuindo para o desenvolvimento social e ambiental do país”. (MAGALHÃES, 2007, p. 346). Ou seja, no sentido econômico, que ele internalize as externalidades negativas, nos exatos termos do princípio da compensação potencial de Kaldor-Hicks, que produza bens e serviços de forma sustentável, que cumpra as determinações expressas na nossa legislação e que, principalmente, contribua com o desenvolvimento econômico-social do País.

Realmente, a empresa cumpre a sua função social quando fomenta a circulação de riquezas cumprindo o determinado na legislação. É exigir demais do empresário, além de cumprir uma legislação trabalhista e consumerista extremamente protetiva, além de pagar tantos tributos, impor outras atividades prestacionais. A empresa promove sua função social de forma indireta, circulando riquezas para o atendimento do mercado, empregando pessoas e provendo o Estado com o pagamento de tributos.

O empresário quer viabilizar e ampliar sua empresa para que, com os resultados do seu negócio, seja capaz de prover sua família. É certo que essa é uma conduta socialmente desejável, pois o empreendedor no seu negócio, além de deixar de ser um beneficiário e passar a ser um provedor do Estado, gera empregos e faz circular bens e serviços para o conforto e as necessidades existenciais privadas. Contribui com o desenvolvimento nacional. A empresa é fonte primária de externalidades positivas. A beneficência pública é uma responsabilidade social do Estado e de todo verdadeiro cidadão, não da empresa.

6.2 Função Social do Contrato de Trespasse

A partir deste entendimento sobre a função social da empresa é que aflora o entendimento da função social do contrato de trespasse. Este tem, assim como a empresa, a função de contribuir com o objetivo constitucional de garantir o desenvolvimento nacional. Deve ser analisado como um instrumento de desenvolvimento econômico de base e de manutenção da atividade produtiva.

O contrato de trespasse é um mecanismo de inserção de novos agentes no mercado. Muitas pequenas empresas ingressam no mercado de produtos e serviços a partir de negócios em que há a alienação de um estabelecimento.

Nos mercados em que há uma concentração muito grande do poder de oferta na mão de poucos agentes, há uma tendência à constituição de preços monopolistas, pois existe uma disparidade entre as forças de oferta e procura. Ou seja, “quanto maior a concentração em um dado mercado (oligopólios e monopólios, por exemplo), maior a disparidade de poder entre os agentes econômicos contratantes”. (TIMM, 2008, p. 76). Esse é um problema estrutural do mercado. Uma imperfeição, um defeito, mas esse defeito ou imperfeição não se resolve em ações individuais, em uma visão de aversão à burguesia. Resolve-se com mecanismos que facilitem a entrada de outros agentes no mercado, diminuindo o custo de transação e facilitando o aumento da concorrência.

O contrato de trespasse é um instrumento de inserção de novos agentes econômicos com preservação das atividades produtivas já existentes. O contrato de trespasse evita a retração econômica, pois mantém a produção de bens e serviços, os empregos e a fonte de arrecadação tributária vinculada ao estabelecimento. É um instrumento que deve servir para a atividade econômica de base, deve viabilizar a manutenção de pequenas e médias atividades produtivas.

Sem dúvida, as micro e pequenas empresas possuem relevante papel na economia do País. Os pequenos empreendedores são a base de qualquer economia sólida. Emerge da atividade descentralizada a verdadeira concorrência perfeita e a distribuição de renda ótima.

Sem dúvida, é socialmente desejável que a regulamentação normativa do contrato de trespasse fomente o empreendedorismo de base e facilite a entrada de agentes econômicos no mercado, mantendo-se a empresa.

O contrato de trespasse não tem a função social de garantir os débitos constituídos pelos empresários no mercado. Não deveria servir só à segurança creditícia dos agentes econômicos privados. Afinal, “uma parte somente irá cooperar com a outra na medida em que puder desfrutar de algum benefício proporcionado pelo jogo”. (TIMM, 2008b, p. 80).

Todo contrato pode ser encarado como um jogo, assim, todos os interesses no trespasse devem ser sopesados na aplicação e na elaboração de normas a ele atinentes. Isso significa observar o interesse dos credores quirografários, do alienante, do adquirente, dos trabalhadores e do Estado.

Não há dúvida, também, de que o contrato de trespasse é um mecanismo de promoção das trocas eficientes, pois o aviamento ou sobrevalor incorpóreo do estabelecimento será, com a transferência onerosa, devidamente remunerado. Trata-se de troca inegavelmente superior em termos paretianos, fato que importa em maior riqueza em circulação, pois foi maximizado o valor econômico do complexo de bens.

È cediço que, se não ocorrer o trespasse, o valor extrapatrimonial do estabelecimento se dilui completamente, sem nenhuma responsabilidade do seu titular, pois esse valor é uma qualidade do estabelecimento e, como visto, não faz parte do patrimônio do empresário. Sem embargo, se os bens do empresário forem vendidos em separado, o valor intangível do fundo será perdido, sem que qualquer pessoa possa reclamá-lo, fato que importa na diminuição da circulação de riquezas, retraindo a economia em termos microeconômicos.

Portanto, o contrato de trespasse tem como função social a manutenção da empresa com a facilitação da inserção de novos agentes no mercado e a maximização do valor econômico do complexo de bens.

Diante disso, podemos agora fazer uma análise crítica do contrato de trespasse na Legislação Brasileira.

7 ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE TRESPASSE NO DIREITO BRASILEIRO

Com custos de transação zero, os produtores fariam qualquer conjunto de disposições contratuais necessárias para maximizar o valor da produção²⁸. (COASE, 1990, p. 175).

7.1 A análise econômica dos contratos

Após conhecer a função social do contrato de trespasse, já é possível analisar, com maior profundidade, as conseqüências econômicas da regulação normativa do aludido contrato. Enfim, já é possível verificar se foi maximizada a eficiência no direito positivo escolhido pelo legislador infraconstitucional.

Realmente, o contrato de trespasse é um contrato inserido na atividade econômica. Sendo assim, conhecer as conseqüências econômicas do seu trato se mostra importantíssimo para a jurisdição contenciosa e para a doutrina jurídica. Porém, para conhecer essas conseqüências econômicas, é necessário conhecer as finalidades econômicas da normatização legal dos contratos em geral. Por isso, é preciso apresentar o que a doutrina da Análise Econômica do Direito informa sobre a relação entre a Economia e o Direito Contratual.

Segundo Araújo (2008, p. 99 - 100), as normas contratuais servem para se colocar a serviço de seis finalidades econômicas especialmente relevantes, *in verbis*:

- 1-Promover a cooperação através da conversão de jogos não-cooperativos em jogos cooperativos.
- 2-Promover a circulação e a partilha da informação entre as partes em um contrato.
- 3-Incentivar a vinculação óptima ao contrato.
- 4-Incentivar o nível óptimo de confiança.
- 5-Diminuir custos de transacção através da multiplicação de normas supletivas.
- 6-Fomentar as interdependências duradouras e diminuir a necessidade de estipulações contratuais explícitas.

²⁸ Tradução do autor do seguinte trecho da obra original: “With zero transaction costs, producers would make whatever set of contractual arrangements was necessary to maximize the value of production”.

Já para Luciano Benetti Timm (2008, p. 96), o direito contratual tem as seguintes funções para a correção das imperfeições do mercado:

- a) Oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção judicial;
- b) Minimizar problemas de comunicação entre as partes;
- c) Salvar os ativos de cada agente;
- d) Criar proteção contra o comportamento oportunista;
- e) Gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco;
- f) Facilitar a interação com o direito antitruste, a regulação do mercado acionário, com a proteção ambiental e ao consumidor em casos específicos.

Segundo Richard Posner, o direito contratual tem a seguinte função fundamental:

A função fundamental do direito contratual (reconhecida como tal desde o tempo de Hobbes) é dissuadir o comportamento oportunista dos indivíduos para com seus contratantes, a fim de incentivar a coordenação ótima da atividade e (o que é o mesmo) evitar custosas medidas de auto-proteção²⁹ (POSNER, 1998, p. 92).

O entendimento de Vasco Rodrigues é semelhante. Para ele, o direito contratual possui duas funções econômicas fundamentais:

O direito dos contratos tem duas funções econômicas fundamentais. A primeira, subjacente à análise efectuada até ao momento, é dissuadir comportamentos oportunistas: evitar que a possibilidade de uma parte se aproveitar da outra ponha em causa a celebração de transacções voluntárias mutuamente vantajosas. A segunda é regular essas transacções quando surgirem contingências imprevistas. (RODRIGUES, 2007, p. 148).

Já a orientação de Nicholas Mercurio e Steven G. Medema é no sentido de reduzir custos de transação para facilitar as operações de troca. Veja-se:

Em suma, o sistema jurídico-económico desempenha um papel importante na determinação da alocação dos recursos na sociedade, em parte através do seu impacto sobre os custos de transação. Especificamente, os novos arranjos legais podem afetar a produção e a troca, reduzindo os custos de transação, permitindo assim que os recursos fluam para utilizações de maior valor.³⁰ (MERCURO; MEDENA, 2006, p. 256).

²⁹ Tradução do autor do seguinte trecho em espanhol: “La función fundamental del derecho de contratos (reconocida como tal desde el tiempo de Hobbes) es disuadir a los individuos de comportarse en forma oportunista con sus contrapartes, a fin de alentar la coordinación óptima de la actividad y (lo que es lo mismo) evitar costosas medidas de autoprotección”.

³⁰ Tradução do autor do seguinte trecho em inglês: “In sum, the legal-economic system plays a important role in determining the allocation of resources in society, in part through its impact on the cost of transacting. Specifically, new legal arrangements can affect production and exchange by reducing transaction cost, thereby allowing resources to flow to higher-valued uses.”

Assim, diante das lições acima transcritas, podemos resumir a função da regulação normativa do contrato de trespasse, para fins deste estudo, em cinco objetivos fundamentais: I - Incentivar a cooperação, confiança e transparência das partes; II – Diminuir o custo de transação, informando supletivamente as conseqüências das omissões contratuais; III – Desencorajar condutas oportunistas; IV - Diminuir o custo de transação para facilitar troca eficiente das riquezas; V – Salvaguardar os ativos para evitar a diminuição de riqueza em circulação.

Sem embargo, caso a normatização do contrato de trespasse promova esses cinco objetivos teremos, sem sobra de dúvidas, uma legislação economicamente eficiente.

Nesta perspectiva, é preciso destacar que, na parte geral dos contratos (art. 422) do Código Civil, já há a imposição da observância obrigatória à boa-fé objetiva. É sabido que a boa-fé objetiva impõe dever de conduta cooperativa e transparente para as partes de qualquer espécie de contrato. Sendo assim, o incentivo à cooperação é regra geral de ordem pública, não só para o contrato de trespasse, mas para qualquer contrato.

Como é um contrato empresarial, no trespasse, as partes poderiam tender a adotar condutas oportunistas em jogos de captura de ganhos exclusivos, uma maximização dos próprios interesses econômicos em detrimento das legítimas expectativas da contraparte, e também dos terceiros que sofrem os efeitos do contrato. Contudo, “as marcas ostensivas da boa fé são um requisito sinalizador de credibilidade.” (ARAÚJO, 2008, p. 115).

Ao par disso, além da imposição ostensiva do respeito à boa-fé objetiva, há também outras normas específicas para o trespasse, que possuem o caráter de propiciar transparência, cooperação e confiança, ou que visam a suprir lacunas contratuais, ou que servem para desestimular condutas oportunistas.

Destarte, para saber se as normas do trespasse são aquelas socialmente mais desejáveis, é fundamental analisar em separado cada um dos artigos de lei que regulamentam o instituto. Assim será possível definir quais são os pontos positivos e negativos da legislação, em vista dos objetivos econômicos da regulação contratual vista acima.

7.2 Análise econômica das formalidades do Trespasse

É sabido que o contrato pode ser considerado um jogo. Os participantes desse jogo devem ser estimulados a adotar uma conduta cooperativa, pois a cooperação entre as partes é

fundamental para a circulação ótima das riquezas. Fernando Araújo (2008, p. 114) ensina que “cooperar permitiria alcançar em pleno os objectivos de maximização dos ganhos totais visados através do contrato.”

Não há dúvida de que as formalidades previstas no art. 1.144 do Código Civil servem para dar transparência ao negócio. O registro do contrato é fundamental para auferir publicidade ao pacto. Imaginem o que aconteceria com um credor que, ao procurar seu devedor no ponto onde se localiza o seu estabelecimento, encontre um novo titular do estabelecimento, que não sabe lhe informar, sequer, onde o devedor atualmente se localiza. Ao buscar informações na junta comercial ou no cartório civil de pessoas jurídicas, depara-se com um registro em que o contrato jamais foi averbado. Não há dúvida de que tal situação implicará um enorme custo de transação para o credor, fato que indubitavelmente importará em externalidades negativas.

Com o registro do contrato, o credor pode pesquisar o registro público do alienante, evidentemente tomando-se as devidas cautelas de acesso. Com a vista do registro, o credor pode se informar sobre quando, por quanto e como foi feita a transferência do estabelecimento. Logicamente, o alienante deverá alterar o local da sua sede no registro, posto que se trata de informação obrigatória. Assim, o credor também pode saber onde encontrar o seu devedor para exercer os seus direitos e, até mesmo, requerer a ineficácia da alienação.

O registro evita negócios obscuros e fraudulentos. O fato de registrar o contrato impõe o dever de pôr por escrito as prestações que foram avençadas, dificultando, com isso, a simulação de venda daqueles que tentam fraudar seus credores. Assim, ressaltamos que a imposição do registro é salutar e atende o objetivo de coibir condutas oportunistas, como também o objetivo de dar transparência ao negócio.

Contudo, a publicação do ato na imprensa oficial é uma medida exagerada. Ora, é possível inferir que a imprensa oficial não goza de muito prestígio entre os empresários. Poucas são as pessoas que lêem diariamente a imprensa oficial, sendo certo que, com isso, a publicação oficial não atinge o objetivo de dar publicidade e transparência ao pacto, nem também é capaz de alertar os credores sobre a alienação. A publicação, na verdade, aumenta o custo do negócio e pode ser um obstáculo para aqueles que querem manter sigilo de certos aspectos do contrato. Nesse sentido é a orientação de Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Se razões de segurança recomendam averbação do contrato à margem da inscrição do empresário, tornando-se às necessárias cautelas para evitar, quando for o caso, a revelação do negócio para quem quiser consultar os arquivos públicos da Junta Comercial, nada justifica sua publicação na imprensa. Isso é um *plus* inconveniente e desnecessário, já que a função precípua da averbação é tornar o negócio formalmente

conhecido de terceiros. A divulgação da operação envolvendo o estabelecimento comercial pode prestar-se para desestimular negócios que normalmente reclamam sigilo ou, quando não, a menor publicidade possível. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 573).

Ora, se o registro já assume o papel de propiciar publicidade e transparência ao negócio, assim, “parece excessivo impor, ainda, a publicação do contrato em órgão de imprensa oficial.” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 573).

A publicação do contrato de trespasse só é também exigida na França. Nesse país, segundo os art. 141-12 e 141-13 do Código Civil, o contrato deve ser publicado em forma de extrato ou aviso em jornal habilitado para receber anúncios legais. (TOKARS, 2006, p. 164).

Porém, na Itália, fonte inspiradora do nosso Código, não há necessidade da publicação, só da averbação no registro. Realmente, a inscrição no registro serve para a transparência do negócio, evita também externalidades negativas, pois coíbe a prática de simulações de venda, desestimulando, assim, condutas oportunistas. No entanto, a imposição da publicação não acrescenta em nada à transparência e à cooperação das partes nem tampouco na dissuasão de condutas oportunistas. Lado outro, aumenta o custo de transação do negócio, fato que é inversamente proporcional à eficiência. Sobre isso, Fábio Tokars considera:

Embora os requisitos de publicidade não imponham maior onerosidade às partes envolvidas no trespasse, o esvaziamento de sua utilidade revela que a tutela dos interesses do credor se mostra redundante, já que este poderá invocar mecanismos de proteção de seus interesses com ou sem o atendimento aos requisitos de publicidade. (TOKARS, 2006, p. 1998).

Realmente, a publicidade se mostra inútil e redundante, pois não garante a eficácia do negócio. Contudo, não é correto entender que não importa em maior onerosidade. Afinal, o trespasse deve ser compreendido como um instrumento da atividade econômica de base, e, com toda certeza, para o pequeno e médio empreendedor elaborar um extrato do contrato e publicá-lo na imprensa oficial importará em um custo total relevante (custo das despesas, mais custo de transação, mais custo de oportunidade). É preciso lembrar que a relevância ou não do custo total da publicação é proporcional à dimensão patrimonial das partes envolvidas.

Assim, o mais acertado seria exigir somente a averbação do pacto no registro mercantil, exatamente conforme previsto na legislação italiana, sendo certo que não foi eficiente impor a publicação na imprensa.

7.3 Análise econômica das normas atinentes aos débitos do alienante

Como sabido, os arts. 1.145 e 1.146 do Código Civil possuem como características fundamentais a tutela dos credores do alienante. Com certeza, a tutela ao crédito é fundamental para a segurança jurídica no mercado.

A fim de satisfazer o interesse dos credores, no art. 1.145, o legislador condicionou a eficácia do trespasse ao pagamento dos débitos do alienante ou da concordância dos seus credores e, no art. 1.146, impôs a sucessão obrigacional das dívidas contabilizadas.

Não há dúvida de que os credores são interessados diretos no destino do complexo de bens, que é a garantia do adimplemento das obrigações constituídas pelo alienante. Certamente, quando o alienante opera tal dilapidação patrimonial (cessão do estabelecimento) em detrimento dos interesses dos credores, há externalidades negativas. Sem embargo, o crédito fica mais oneroso no mercado exatamente por causa de condutas oportunistas como esta. Há externalidade negativa para aqueles que sofrem com a perda da garantia do adimplemento de suas obrigações, ou seja, o complexo de bens do devedor, pois, exatamente por causa dessa conduta, aqueles que oferecem o crédito oneram esta operação para que os solventes recompensem as suas perdas.

Diante disso, é preciso destacar que a notificação dos credores do alienante é salutar. Com a notificação, os credores tomarão conhecimento do pacto e poderão tomar providências para buscar o cumprimento da obrigação constituída pelo alienante e garantida pelos seus bens.

Tal medida serve para impor a cooperação e transparência do negócio, bem como para coibir condutas oportunistas. Mas a tutela creditícia do Código é um ato legislativo que desprestigia por demais a autonomia privada (SZTAJN, 2008, p. 792). Além disso, é extremamente custosa para o adquirente, senão vejamos: Aquele que faz a transferência sem se manter com bens suficientes para a cobertura do passivo ou sem o consentimento dos credores pratica ato falimentar expresso na LRE (Lei das falências, Lei 11.101/05). Ou seja, aquele que vende o estabelecimento sem pagar os seus credores, em um ato de dilapidação patrimonial gerador de externalidade negativa, deve ser constrangido a se submeter ao processo falimentar e ao concurso universal de credores, exatamente conforme era expresso no inc. V do art. 2 da antiga lei de falência (Dec-Lei 7661/45) e foi reproduzido no art. 94, III, c) da nova lei falimentar.

Realmente, seria desejável que a normatização do Código Civil só se aplicasse aos contratos de trespasse junto àqueles trespasantes solventes. O trespasse do estabelecimento daquele que está em situação de insolvência deve ser adstrito das normas expressas na Lei 11.101/05. Ou seja, a tutela creditícia do devedor insolvente deve ser resolvida na execução concursal e não deveria ser objeto de regulação ordinária do Código Civil.

Afinal, é preciso destacar que os débitos trabalhistas (art. 10 CLT) e tributários (art. 133 CTN) possuem tutela específica nas suas legislações e a sucessão obrigacional para estes créditos não é novidade do Código Civil. Os créditos com garantias reais continuam vinculados aos bens. Já os créditos consumeristas possuem enorme ferramental para a sua satisfação, conforme expresso no art. 28, do Código de Defesa do Consumidor (CDC, lei 8.078/90). Diante disso, a tutela do Código serve quase que exclusivamente para os credores quirografários.

Tais credores (quirografários), após a vigência do Código Civil podem, de forma oportunista, exigir o seu crédito e impor a sucessão ou solidariedade da responsabilidade face ao adquirente pela via de ações ordinárias. Esse ato desrespeita os créditos que deveriam ser os primeiros a ser satisfeitos em um procedimento concursal face a devedor insolvente.

Em outras palavras, o credor quirografário pode ajuizar uma ação ordinária de cobrança ou executar o seu crédito em prejuízo da classificação dos créditos expressa no art. 83, da LRE. Isso pode causar externalidade negativa para os trabalhadores e para a arrecadação tributária relativa ao estabelecimento. Ou seja, está instaurado um mecanismo legal de burlar a classificação dos créditos, que deveria ser sempre observada na falência do empresário.

As críticas a respeito de tais imposições no Código não param por aí. O maior crítico da sucessão obrigacional no trespasse é, sem dúvida, Fábio Tokars (2006, p. 172 - 204). Para ele, a impropriedade na previsão de sucessão do passivo repousa em três outros argumentos fundamentais. Primeiro, no que toca ao bem jurídico tutelado, pois houve uma exagerada tutela dos credores em detrimento do interesse dos adquirentes, sendo que era socialmente desejável a proteção do adquirente para viabilizar com mais facilidade tal operação de troca tão importante para a economia. Em segundo lugar, destaca que o estabelecimento é um objeto de direito, não devendo nunca se confundir, no nosso direito, com o sujeito de direito titular das dívidas. E, finalmente, em terceiro lugar, porque os credores já possuem outras ferramentas para declarar ineficaz o contrato, como a decretação de falência ou a prova de fraude a credores.

Assistem razão os comentários de Fábio Tokars. O bem jurídico que deveria ser tutelado na regulamentação do *traspasse* deveria ser a manutenção da empresa. Ou seja, o Direito deveria proteger a troca *pareto-eficiente* do estabelecimento, pois não há dúvida de que a venda unitária do estabelecimento gera mais riqueza em circulação, já que o valor extrapatrimonial constituído pelo empresário (valor do aviamento constituído) será colocado em circulação e, além disso, é eficiente também por manter os empregos e a fonte de arrecadação tributária. Fato muito mais importante do que a proteção auferida exclusivamente para os credores *quirografários*.

A condicionante de eficácia baseada no pagamento dos credores ou sua notificação e também a imposição da sucessão das dívidas regularmente contabilizadas geram ao adquirente enorme custo de transação, havendo então uma nítida prevalência dos interesses dos credores face ao interesse dos possíveis adquirentes.

Realmente, o Código parece servir para proteger o ativo em circulação. Contudo, o custo de transação imposto ao negócio deve gerar como consequência inviabilidade de diversas transferências de empresas, algo que irá fazer desaparecer o ativo intangível constituído pelo titular do fundo. Tal diminuição de riqueza não deveria ser desprezada para a satisfação de uma pequena parcela dos credores, pois, como dito, a maioria dos credores já possui, em suas normas específicas, mecanismos de proteção dos seus direitos. Ou seja, o ativo que deve ser protegido é aquele intangível que está ligado intrinsecamente ao estabelecimento, o aviamento. Este sim, possibilita a superioridade *paretiana*. É este o ativo que deve ser amparado e maximizado.

Conforme ensina Marcelo Andrade Féres:

Nesse contexto normativo, em que não é dado ao adquirente concorrer para o balizamento das dívidas que irá assumir com o *traspasse*, em determinados episódios, as operações de caráter societário, como por exemplo, a cisão, a aquisição de ativos ou de controle, podem se apresentar mais convenientes. Nesses negócios, há oportunidade para se limitar o montante de passivos que será imputado à pessoa do adquirente. Estabelecimentos com escrituração rica em passivos dificilmente encontrarão sujeitos dispostos a adquiri-los mediante o regime de *traspasse*. A assunção de responsabilidade *ipso iure* pelas dívidas repele, nesses casos, os possíveis adquirentes. (FÉRES, 2007, p. 178).

Hoje, para fazer o *traspasse*, o adquirente terá que se cercar de vários instrumentos de cautela. Terá que saber quem são todos os credores do empresário para efetuar ou planejar o adimplemento das obrigações, providência que implica análise amíúde de toda a escrituração contábil do empresário. Além disso, é possível a declaração de ineficácia, mesmo para aqueles credores que jamais figuraram na contabilidade formal do alienante. Portanto,

“além de onerosa, a sucessão do passivo eleva exageradamente o risco imposto ao adquirente do fundo”. (TOKARS, 2006, p. 179), sendo certo que uma das funções do contrato é exatamente minimizar riscos da operação de troca.

“Em determinados casos pode ocorrer posterior responsabilização por um débito escriturado no livro Diário, mas que, de início, o adquirente do estabelecimento acreditava não estar materialmente vinculado ao fundo.” (TOKARS, 2006, p. 184). Isso ocorre porque a análise da escrituração contábil de um estabelecimento para saber o que está ou não contabilizado e o que é ou não é vinculado ao fundo, se mostra como uma tarefa extremamente complexa. Este é, inclusive, um dos comentários de Arnoldo Wald. Veja-se:

Não deixa a regra, no entanto, de trazer dificuldade, pois no caso de venda feita por empresário que possui mais de um estabelecimento, não existe obrigação legal que imponha a contabilidade separada por estabelecimento, o que causa o problema de se encontrar na contabilidade geral quais são os débitos referentes ao estabelecimento vendido, o que nem sempre estará claro ou será possível de ser individualizado. (WALD, 2005, p. 743).

É preciso salientar que o *trespasse* é um mecanismo de inserção econômica de base. O *trespasse* acontece dia a dia com pequenos empresário, pessoas que não possuem o preparo suficiente para uma análise detalhada da contabilidade alheia. Não se trata de fazer um regramento análogo às incorporações, fusões ou cisões de grandes sociedades anônimas que possuem vasta repercussão no mercado creditício. Nesses casos, são importantes auditorias, assembleias de acionistas e extensas análises contábeis.

No caso do pequeno empreendedor que deseja adquirir um estabelecimento, será necessário acreditar na cooperação do alienante, que possui todos os dados da sua escrituração e sabe, evidentemente, quais são os seus credores. Não há dúvida de que há, nesse caso, uma enorme assimetria de informação entre o alienante e o adquirente. “Simetria (e seu antônimo, assimetria) vem da geometria. É a característica de duas figuras geométricas que podem ser colocadas de modo tal que cada ponto de uma corresponda a um ponto da outra; assimetria é o oposto.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 127).

Quando há assimetria de informação, uma parte possui clara desvantagem face a outra parte, pois o objeto do negócio é conhecido por um e desconhecido por outro, Diante disso, se não houver cooperação e partilha das informações, poderá o desinformado arcar com externalidades negativas inesperadas. A conferência da contabilidade do alienante é uma obrigação que aumenta, evidentemente, a complexidade e o custo de transação do negócio.

A questão da assimetria de informações no contexto de um contrato também foi objeto de análise de Fernando Araújo. Veja-se:

A eficiência reclama que a informação e o controle dos bens convirjam, aos menores custos (de transação), nos mesmos agentes, tornando-se por isso prioritário que, seja por aquisição de informação pela parte menos informada seja por transmissão dos bens para a parte mais informada, o resultado contratual esbata as assimetrias informativas. (ARAÚJO, 2008, p. 119).

O trespasse deveria ser um instituto simples para o fomento da inserção na atividade econômica de médio e pequeno porte. Enfim, o pequeno empresário, as micro empresas e as pessoas comuns que desejam exercer uma atividade econômica. Qualquer agente econômico deveria estar apto a utilizar o contrato de trespasse como um mecanismo de inserção na atividade produtiva, isso como forma de incentivar o empreendedorismo de base. Ou seja, como uma forma de estimular a ascensão econômico-social das pessoas e atender ao comando constitucional do art. 179:

Art. 179 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Contudo desprezando essa diretriz constitucional, o legislador, ao invés de simplificar, eliminar ou reduzir as obrigações, impôs, no contrato de trespasse, para todas as espécies de empresa, aumento das obrigações e enorme complexidade no seu trato. Talvez porque o Código foi elaborado há mais de quarenta anos, o legislador ignorou a importância econômico-social da atividade das micro e pequenas empresas, que muitas vezes se constituem adquirindo estabelecimentos alheios.

O estabelecimento é um objeto de direito, ou seja, o perfil objetivo da empresa (o estabelecimento) não pode se confundir com o perfil subjetivo da empresa (o empresário). Assim, com a assunção das dívidas há, na verdade, quase que uma personificação do estabelecimento, fato que se mostra incompatível com a melhor técnica jurídica e com a natureza jurídica do instituto. Nesse sentido são as lições de Fábio Tokars:

Deve-se adotar como premissa o fato de que o sistema normativo brasileiro não concede personalidade jurídica ao estabelecimento. Assim, os débitos contraídos no exercício da atividade empresarial não são imputados ao estabelecimento, mas ao empresário (pessoa física ou jurídica) que os assumiu. (TOKARS, 2006, p. 177).

Finalmente, conforme já dito, os credores possuem outros instrumentos de tutela face ao devedor que se torna insolvente com a alienação do fundo. Em outras palavras, aquele que aliena o seu estabelecimento e não possui bens suficientes para a satisfação do passivo deve ser adstrito ao procedimento falimentar. Dessa maneira se evita que haja privilégios de determinados credores em detrimento do *par conditio creditorum* e da classificação legal dos créditos. Sobre isso, comenta Fábio Tokars:

Deve-se reafirmar que, no caso de o vendedor estar reduzido à condição de insolvência em virtude da alienação de seu estabelecimento, o caminho lógico será a declaração de falências com o posterior manejo de ação revocatória, e não a simples sucessão no passivo por parte do adquirente. (TOKARS, 2006, p. 177).

Diante disso, percebe-se que a normas da tutela do crédito expressas no Código Civil não privilegiaram o modelo mais eficiente para a coletividade. Só servem para proteger credores civis e se apresentam como um obstáculo à troca eficiente do estabelecimento, ou seja, “uma operação que no campo empresarial apresenta evidente vantagens, acaba sendo desincentivada pelo direito brasileiro.” (TOKARS, 2006, p. 204). A excessiva tutela ao crédito quirografário poderá tornar tal instituto estéril, pois a aquisição de estabelecimentos tende a ser abandonada pelo empresariado em vista do rigor das normas criadas no direito brasileiro.

Certamente houve um desequilíbrio na tutela creditícia, fato que gera um desestímulo na realização desse negócio jurídico. Por outro lado, as normas expressas no Código não garantem também que os credores do alienante sejam satisfeitos; afinal, deverão, exatamente como deveriam antes do Código, requerer a ineficácia do negócio, fato que pode gerar a decretação da falência do alienante. Ou seja, “nem mesmo a pretensão de tutela máxima aos interesses dos credores foi atingida, visto que a norma não gera relevante acréscimo à sua proteção jurídica.” (TOKARS, 2006, p. 186).

A boa-fé objetiva já impõe dever de conduta coativa, proba e leal. As ferramentas para a declaração de ineficácia já são previstas na legislação falimentar e nas normas que tocam a fraude à execução. Além do que, as dívidas socialmente mais relevantes (trabalhistas, tributárias e consumeristas) já possuem tutela específica.

Enfim, a regra esculpida no Código é incapaz de coibir condutas oportunistas do alienante e, ao contrário, podem favorecer condutas oportunistas dos credores civis com conseqüente prejuízo aos créditos trabalhistas e tributários. Afinal, tal dispositivo afasta-se do antigo entendimento da melhor doutrina, conforme ensinava Euler da Cunha Peixoto (1993, p.

127) “de qualquer modo, frise-se, poderá o comprador, diante da falência do vendedor, vir a perder o fundo de comércio, mas não ser acionado para satisfazer os débitos deste.”

Efetivamente, é uma pena que o legislador tenha modificado esse entendimento. Hoje as normas do Código Civil elevaram por demais o custo de transação dessa eficiente operação de troca, fato que inviabilizará, sem dúvida, alguns desses negócios. São elementos que distanciam as normas da função social do trespasse, que é a manutenção da empresa; são elementos que também distanciam as normas brasileiras do modelo mais eficiente de regulamentação desta matéria..

Conforme salienta Luciano Timm (2008b, p. 92), a função do direito contratual “é reduzir estes custos de transação, vale dizer, ‘lubrificar as transações.’” Nesse sentido, o nosso direito se distanciou dessa premissa, impondo elevado custo de transação para os possíveis adquirentes do estabelecimento. Vale a lição de Richard Posner (1998, p. 274), na qual o excesso de publicização cria enormes custos de transação, dificultando a entrada de novas empresas no mercado, o que gera, como consequência, um incentivo indireto à formação de cartéis e de preços monopólicos.

Aquele que, de boa-fé, adquiriu o fundo, mas foi surpreendido pela sua declaração de ineficácia, só terá como caminho a tentativa de restituição do valor pago (art. 136 LRE) com a responsabilização pessoal dos sócios e do seu contabilista, nos termos do art. 1.080 e do parágrafo único do art. 1.177 do CC.

Para ser mais eficiente, o legislador deveria apenas impor a notificação dos credores e remeter à lei de quebras a tutela dos credores face ao alienante que se tornou insolvente. Com isso, evitar-se-ia a descabida solidariedade e sucessão obrigacional, como também impossibilitaria qualquer ato de supressão dos direitos dos outros credores melhor classificados na lei de falências.

O legislador também poderia, lado outro, prever a imposição do alienante em restituir para a massa falida o valor auferido com a alienação do fundo sob pena de crime falimentar. Nesses casos (alienação do estabelecimento pelo credor insolvente, fora do contexto da falência), com a imposição de restituição do valor do fundo, os interesses dos credores seriam salvaguardados, sem nenhuma perda de ativo e, além disso, as dívidas fiscais e trabalhistas, pela incidência do art. 133 do CTN e 10 da CLT, seriam de responsabilidade do adquirente. Caso o estabelecimento tenha sido adquirido mediante fraude ou preço vil, o mesmo deveria ser restituído para a massa.

O legislador poderia também optar pela permissão de disposição contratual diversa, respeitando-se, assim, a autonomia privada das partes, exatamente como sugerido por Rachel Sztajn (2008, p. 791 e 792).

7.4 Análise econômica da cláusula de não-reestabelecimento

O art. 1.147 do Código informa que, no silêncio do contrato, é vedado ao alienante concorrer com o adquirente pelo prazo de cinco anos.

Entendemos que o dispositivo em comento é eficiente. Neste caso não há críticas a fazer, ao contrário, somente elogios. A norma afere ao mercado segurança jurídica no trato com o tema, pois evita divergências de interpretações.

O artigo de lei foi muito feliz ao estimular a cooperação das partes e ao desencorajar a conduta oportunista de alienar o fundo e depois utilizar do seu prestígio para concorrer com o adquirente, fato que gera externalidade negativa e diminuição do aviamento pago pelo novo titular do fundo.

A vedação do restabelecimento mantém o ativo adquirido onerosamente pelo trespassário, sendo um mecanismo de salvaguardar os seus interesses. O dispositivo evita o risco de o adquirente ver-se concorrendo com aquele que alienou o fundo. Dessa forma, não sofrerá externalidades negativas pela inesperada concorrência, fato que pode diminuir ou inviabilizar a eficiência da troca.

A norma também foi muito feliz ao permitir disposição contratual contrária, preservando a autonomia privada das partes, servindo como verdadeiro fator de diminuição do custo de transação informando supletivamente as conseqüências da omissão contratual.

Destarte, os objetivos econômicos da normatização do contrato foram atingidos e, com isso, a norma contida no art. 1.147 CC apresenta-se eficiente.

7.5 Análise econômica da sub-rogação dos contratos

A sub-rogação automática prevista no art. 1.148 do Código também é um dispositivo eficiente.

Este artigo de Lei possui vínculo direto com a função social de manter a empresa, pois o Código informou que os contratos de exploração do fundo, que não possuam caráter personalíssimo, serão sub-rogados quando do trespasse.

Tal medida cumpre o objetivo de evitar condutas oportunistas e estimula a cooperação daqueles contratantes, que poderiam se utilizar de transferência para impor maior valia nos seus contratos sob pena de não sub-rogá-los.

Além disso, e principalmente, a norma diminui consideravelmente o custo de transação, pois o adquirente não precisará contatar e negociar isoladamente com todos os contratantes que servem para a manutenção da atividade desenvolvida pelo alienante.

Lado outro, o art. 1.148 CC também diminui o custo de transação informando as conseqüências do trespasse na omissão contratual, haja vista a permissão das partes do trespasse em estipular caminhos diversos no que tange à sub-rogação dos contratos.

Contudo, apesar da nítida eficiência da norma, a interpretação que vem sendo dada recentemente ao aludido artigo não privilegia a eficiência. A III Jornada de Direito Civil cancelou o enunciado 64, que previa a sub-rogação do contrato de locação no trespasse, e aprovou o enunciado 234, determinando que, no contrato de locação, a sub-rogação só acontecerá quando o locador anuir expressamente, exatamente nos termos do art. 13 da Lei de Locações (LL, Lei 8.245/91).

Tal medida importará em aumento do custo de transação do adquirente. Ora, é sabido que muitas vezes o ponto é o bem incorpóreo mais valioso do estabelecimento. Determinados pontos possuem, pela sua privilegiada localização, enorme potencial de lucratividade. Indiscutivelmente, o ponto pode possuir o atributo da clientela, elemento importantíssimo para o bom êxito da atividade econômica. Nesse sentido, para efetuar o trespasse, o adquirente necessitará tratar pessoalmente com o proprietário locador e este, percebendo a sua posição de superioridade, poderá, em atitude oportunista e não-cooperativa, capturar a maior quantidade de ganhos possíveis. Poderá exigir luvas ou querer aumentar consideravelmente o aluguel. Enfim, poderá agir como em um jogo não-cooperativo, maximizando o seu interesse imediato de auferir mais renda. Nesse caso haverá, indubitavelmente, um enriquecimento sem causa do locador “com a mais valia trazida a ele pelo ponto, em detrimento do locatário, titular do fundo de comércio, que criara essa riqueza”. (PEIXOTO, 1993, p. 122).

Desde o Decreto 24.150 de 1934, o legislador já se preocupava com a cobrança de luvas e o valor incorpóreo do ponto comercial. Então, para por fim às condutas oportunistas dos proprietários, foi conferida aos locatários a possibilidade de renovação compulsória do

contrato de aluguel, conforme ensina Borges (1976, p. 192) “Os abusos dos proprietários estavam a clamar por um corretivo”.

Contudo, a interpretação dada pela III Jornada de Direito Civil possibilita a restauração da possibilidade de condutas oportunistas dos locadores e a cobrança da descabida luva, especificadamente quando do trespasse. É certo que o locador não ficaria desprotegido caso prevalecesse o entendimento expresso no art. 1.148 CC e no enunciado 64 da I Jornada de Direito Civil. Afinal, como qualquer contrato sub-rogado pelas vias do dispositivo do Código, o locador poderia, no prazo de 90 (noventa) dias, requerer a rescisão do contrato baseado em uma justa causa.

É preciso deixar claro que este atual entendimento não traz acréscimo nenhum à proteção do locador. Assim, caso o adquirente não atenda às condições fixadas para o alienante, ou se mostrar insolvente ou devedor contumaz, poderia o locador exigir a rescisão baseada na justa causa. Não há como imprimir à locação comercial o caráter de contrato personalíssimo. Sendo assim, a interpretação atual dada pela III Jornada de Direito Civil, somente aumentou o custo de transação da operação e, em contrapartida, não trouxe nenhum outro benefício para o locador.

Quanto ao argumento da especialidade da norma, que serve para justificar o entendimento esposado pela III Jornada de Direito Civil, não vemos motivo da prevalência da Lei de Locações. Ora, o art. 13 da LL se aplica para todo e qualquer contrato de locação. Já o ditame esculpido no art. 1.148 do Código serve especialmente para os contratos na transferência da exploração do estabelecimento, sendo certo que se configura como norma específica onde existe uma particular preocupação com a funcionalidade dos objetos do complexo de bens. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 584).

Ora, a maioria das locações não são comerciais e, além disso, caso haja desejo de transferência do ponto, nem sempre há uma transferência de um complexo de bens para configurar um contrato de trespasse. Diante disso, a norma do Código é mais específica por tratar exclusivamente da sub-rogação na alienação do estabelecimento,

Não há dúvida de que a interpretação no sentido da sub-rogação automática da locação evita custos de transação e condutas oportunistas, em consonância com a função social de manutenção da empresa, maximização do ativo e da facilitação das trocas eficientes. Diante disso, se mostra ineficiente a interpretação que impõe a anuência expressa do locador, devendo prevalecer, pela eficiência e pela especialidade, a regra estampada no art. 1.148 do Código Civil, sendo certo que a atual orientação da Jornada de Direito Civil deve ser abolida da jurisdição contenciosa e da doutrina.

7.6 Análise econômica da cessão de créditos

O último artigo que regulamenta o trespasse no Código Civil é o 1.149. Esse dispositivo informa que haverá a cessão dos créditos referentes ao estabelecimento desde a publicação da transferência. Como se trata de direito patrimonial disponível das partes, é possível estipulação contratual diversa e, assim, o artigo de lei está totalmente de acordo com a maximização da eficiência. Afinal, “o direito contratual não deve criar óbices que impeçam a situação de barganha (isto é, a cooperação) que traria a distribuição eficiente de riqueza por consentimento.” (TIMM, 2008b, p. 92).

O presente dispositivo se mostra como um incentivo à transferência do estabelecimento, em consonância com a preservação da empresa, a facilitação das trocas eficientes e a maximização do ativo.

Além disso, também diminui custos de transação ao informar supletivamente as conseqüências das omissões contratuais, um dos objetivos mais importantes da regulação contratual. O artigo auferir segurança jurídica ao definir expressamente o destino do crédito. Afinal, a destinação dos créditos no contrato de trespasse sempre foi um tema muito controvertido na jurisdição contenciosa e na doutrina.

O artigo também preserva a boa-fé daqueles afetados pela norma (os devedores) ao prever a validade do pagamento feito ao credor aparente (credor putativo). Com isso, entendemos que o art. 1.149 supre os objetivos econômicos da regulação normativa do direito contratual.

7.7 Análise econômica do Trespasse na Lei Falimentar

Indubitavelmente, a nova lei falimentar bebe da fonte da economia. Desde a sua gênese, a aludida norma busca a eficiência econômica e a manutenção da empresa na medida do possível, exatamente como a função primeira do trespasse.

Tal busca se configura nos princípios da preservação da empresa, na separação da sorte da empresa e da sorte do empresário e na maximização do ativo do falido. Para tanto, o trespasse da falência e da recuperação do empresário importa na desvinculação do complexo

de bens adquirido às dívidas constituídas pelo empresário insolvente, quaisquer que sejam elas (art. 141 da Lei 11.101/05).

Exatamente por causa disso, é mais eficiente, para o adquirente, quando não restarem bens suficientes para o alienante cobrir o seu passivo, após a transferência do estabelecimento, se valer do trespasse por meio da Lei 11.101/05. Assim, ele evitará com segurança a solidariedade do passivo do alienante ou a declaração de ineficácia da transferência.

Essa desvinculação de qualquer ônus é uma escolha trágica do legislador que preferiu privilegiar a eficiência na realização do ativo do empresário em dificuldades financeiras, a privilegiar a sucessão obrigacional e as garantias do adimplemento dos credores. Evidentemente, quando o instituto é interpretado de forma a evitar a sucessão trabalhista na recuperação de empresas, conforme visto no capítulo anterior.

É cediço que o trespasse é extremamente valorizado pela nova lei falimentar, pois se constitui em um meio de recuperação judicial do empresário (art. 50, VII, LRE) e também é o primeiro meio na ordem de preferência de realização do ativo do falido (art. 140, LRE). Diante disso, se mostra extremamente preocupada com a maximização do ativo intangível ligado ao fundo.

A lei diminui o custo de transação facilitando esta troca tão desejada para a economia, pois além de maximizar o ativo, mantém os postos de trabalho e a arrecadação tributária. Assim, a legislação torna o trespasse extremamente vantajoso para os interesses patrimoniais do adquirente. Além disso, incentiva a cooperação e transparência, coíbe condutas oportunistas e informa expressamente as consequências jurídico-econômicas do negócio.

Diante disso, não há críticas a serem feitas no que tange a regulamentação do trespasse expresso na Lei 11.101/05, sendo certo que o rápido trespasse do estabelecimento do falido só gerará externalidades positivas para aqueles ligados à falência do empresário (credores).

Também é certo que uma maior quantidade de créditos será satisfeito, exatamente porque o ativo do devedor foi maximizado pela negociação unitária do estabelecimento. Por conta disso, o veloz trespasse do estabelecimento do empresário insolvente deve ser sempre estimulado na nossa legislação como um mecanismo da máxima satisfação do crédito no mercado.

8 CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações feitas ao longo deste estudo, podemos concluir que as regras contidas no Código Civil deveriam servir só para o trespasse quando o alienante persistisse com bens suficientes para a cobertura do seu passivo. Caso o alienante não possua bens suficientes para essa cobertura, não é racional adquirir o estabelecimento pelas vias ordinárias do Código Civil. Trata-se de ato falimentar, que deve ser causa de quebra.

O atual contexto normativo do contrato de trespasse impõe elevado risco e custo de transação para o adquirente. Como visto, no regime civil, o estabelecimento é negociado conjuntamente com os débitos do alienante. Assim, o melhor para o adquirente e alienante, nos casos de possível insolvência do trespasante, é a promoção da autofalência e a transferência do fundo pelo processo falimentar ou de recuperação do empresário. Diante disso, o juízo falimentar deve viabilizar com agilidade a cessão dos estabelecimentos a fim de maximizar os ativos intangíveis constituídos pelo aviamento e também para manter em atividade a fonte mantenedora de emprego e de arrecadação tributária, a empresa.

Ainda assim, vislumbramos um importante passo na legislação brasileira ao expressar o trespasse no corpo do Código Civil e na Lei de Falências, sendo certo que as normas são capazes de se completar. Ao dispor expressamente sobre o trespasse, o Código Civil regulamentou diversas matérias antes controvertidas na doutrina. Fez isso, acertando na maioria das suas disposições.

Contudo, alguns pontos da lei e da interpretação doutrinária devem ser revistos para maximizar a eficiência deste instituto que é, antes de tudo, um instrumento econômico útil para cumprir o objetivo constitucional de garantir o desenvolvimento nacional.

Em uma análise econômica normativa do contrato de trespasse, como instrumento desenvolvimentista, a eficiência do contrato deve ser maximizada e isso só ocorrerá quando três medidas corretivas abaixo descritas forem tomadas. Em primeiro lugar, o legislador deveria exigir somente o registro como formalidade para a eficácia do trespasse. A exigência da publicação em nada acrescenta à cooperação e transparência do negócio, ao contrário, aumenta o seu custo de transação, fato que é, como sabido, inversamente proporcional à eficiência.

Em segundo lugar, o regramento do empresário insolvente deve ser feito exclusivamente pela lei falimentar, o Código Civil deve remeter essa situação para a Lei 11.101/05. Ou seja, a imposição obrigatória da solidariedade do passivo e a necessidade de concordância dos credores são incompatíveis com a natureza do estabelecimento que não

possui dívidas na sua composição. Esse fato só aumenta o custo de transação do negócio, afugenta os adquirentes e transforma o contrato de trespasse em um negócio extremamente arriscado, desestimulando-se assim o empreendedorismo de base, a eficiência das trocas (maximização do ativo) e a manutenção da empresa.

Por fim, a interpretação da antinomia formada entre a sub-rogação automática dos contratos ligados à exploração do estabelecimento, prevista no Código Civil, e a necessidade de concordância do locador para a sub-rogação de qualquer contrato de locação, prevista na Lei de locações; deve ser resolvida com a prevalência da especial norma contida no Código Civil, devendo-se assim, o contrato de locação do estabelecimento ser sub-rogado automaticamente, mantendo-se o direito do locador rescindir o contrato por justa causa.

Portanto, com a regulamentação expressa da matéria e a correção dessas pequenas imperfeições, o Direito caminha para por fim a antigas divergências judiciais na interpretação do trespasse, adotando uma legislação que otimiza a eficiência.

Hoje, este contrato empresarial tão importante para a atividade econômica sofreu uma interferência excessiva do dirigismo contratual e, com a incidência das alterações aqui discutidas, o Direito tenderá a oferecer ao mercado segurança jurídica no trato desta antes controvertida matéria, aliando isso à plena e máxima eficiência econômico-social do instituto.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **A análise econômica do direito na perspectiva do jurista**. Tradução: João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁLVAREZ, Walter T. **Direito Comercial**. vol. I. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos: a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97 – 174.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. trad. Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil** – RDM, Ano XXXV, n.º 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. – dez. 1996. p. 109-126.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARBOSA, Rui. As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais. In: **Obras completas de Rui Barbosa**. vol. XL, Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da educação e saúde, 1948.

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

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. **Estudos de direito e economia política**. 2 ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1902.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. , São Paulo: Malheiros, 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais: empresa e estabelecimento**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**. 32. ed. Atual. Por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial**. vol V e VI, 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1955.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. vol. 4. tomo 1. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CASTRO, Moema Augusta Soares de. **Manual de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- COASE, Ronald H. **The firm the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial**. vol 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Código comercial e legislação complementar anotados**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 3. ed. Addison Wesley, 2000.
- COSTA, Wille Duarte. **Títulos de Crédito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- DE LUCCA, Newton. **Comentários ao Código civil brasileiro: do direito de empresa**. Vol. IX. Coord. ARRUDA, Alvin; ALVIN, Tereza. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa**. vol 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. vol 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. vol II, 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de direito comercial**. vol. VI. São Paulo: Saraiva, 1962.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 6ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. Apud: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Sá, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil**: Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 253 – 265.

FRANCO, Hilário. Contabilidade Geral. 20. ed. São Paulo: Atlas, 1982.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**. vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. Estabelecimento Empresarial. Apud: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Grandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**: homenagem ao professor Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 964 – 983.

IDRIS, Kamil. A importância do uso de ativos de propriedade intelectual. **Revista da ABPI**. N.º 74. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, jan.-fev, 2005. p. 3-13.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n° 143, jul./set. 1999. p. 191 – 209.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 2005.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O conceito jurídico de custo na avaliação do ativo fixo. **Revista de Direito Mercantil**, Ano X, n° 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 21 – 31.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Aquisição de ativos e assunção de passivos empresariais. **Revista de Direito Mercantil**, Ano XXXIX, n° 118. São Paulo: Malheiros, abr – jun. 2000. p. 236 – 246.

MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da nova lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (lei de falências) e cria o Instituto da Recuperação da Empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAGALHÃES, Barbosa de. **Do estabelecimento comercial**: estudo de direito privado. Lisboa: Ática, 1951.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. Apud: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Sá, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 339 – 348.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. vol 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limoad, 1970.

MARTINS, Frans. **Curso de direito comercial**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINS, Vinicius Aversari. **Contribuição à avaliação de goodwill: depósitos estáveis, um ativo intangível**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: FEA/USP, 2001. 277f. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-08032004-170157/> Acesso em: 10 jul. 2008.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and beyond**. 2º ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MIGUEL, Paula Castello. O estabelecimento comercial. Apud. *Revista de Direito Mercantil*, Ano XXXIX, nº 118. São Paulo: Malheiros, abr – jun. 2000. p. 7 - 61

MOTA, Mauricio Jorge Perreira. A pós-eficácia das obrigações. Apud: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 187 - 241.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 270 – 319.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. Ineficácia do negócio jurídico previsto na LF 52 VIII: alienação do estabelecimento comercial (trespasse). **Revista de Direito Privado**, Ano 03, n.º 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set. 2002. p. 225-243.

PAES, Tavares. **Da concorrência do alienante do estabelecimento comercial**. São Paulo: Saraiva, 1980.

PEIXOTO, Euler da Cunha. Fundo de comércio. Apud: LIMA, Osmar Brina Corrêa (Coord). **Atualidades Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 113-136.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. Apud: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). **Direito de empresa no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2006a.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n° 170, p. 159 – 173, abr./jun. 2006b.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 55 - 74, abr./jun. 2006c.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 9 – 28, jul./set. 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Princípios fundamentais do direito privado da propriedade industrial. Apud: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: Atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 471 – 493.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

REALE, Miguel. A boa-fé objetiva. **Jornal Estado de São Paulo**, 16 de ago. Espaço Aberto, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução: Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1998.

POSNER, Richard A. Usos y abusos de la teoría económica em el derecho. Tradução: Manett Vargas e Mônica Macías. In: Andrés Roemer (comp.) **Derecho Y Economía: Una Revisión de La Literatura**. 1ª reimp. México: Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 66 – 90.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofía do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Manual do novo Direito Comercial**. São Paulo: Dialética, 2006.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial**. vol 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. 3. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006.

SÁ, Antônio Lopes de. Ativo intangível e potencialidade de capitais. **Revista Brasileira de Contabilidade**, Ano XXIX, n.º 125. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, set/out. 2000. p. 46-53.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. atual: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; MUELLER, Bernardo. Economia dos direitos de propriedade. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84 – 101

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74 – 83.

SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. **Revista de Direito Mercantil**, Ano XLIV, n.º 139. São Paulo: Malheiros, jul – set. 2005b. p. 29 – 49.

SZTAJN, Rachel. **Código Civil comentado: direito de empresa**. vol. XI. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 115 – 130, 2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. Apud: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b. p. 63 – 96.

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

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreededorismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 29 – 66, jul./set. 2007.

WALD, Arnoldo. **Comentários ao novo código civil, v.XIV**: livro II, do Direito de empresa. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.