

## Capítulo 19.4

# TRESPASSE

Ivo Waisberg\*

### 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O presente Tratado aborda especificamente o estabelecimento empresarial nos Capítulos 19.1 e 19.2, aos quais remetemos o leitor. No entanto, para que possamos desenvolver nosso raciocínio sobre o trespasse<sup>1</sup>, faz-se necessária uma pequena digressão sobre nossa visão do estabelecimento empresarial, o que faremos abaixo.

O conceito clássico da doutrina brasileira constante da obra de Oscar Barreto Filho bem define o estabelecimento empresarial: “complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil”<sup>2</sup>. A legislação civil positivou tal conceito no art. 1.142 ao dispor: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

---

\* Professor de Direito Comercial da PUC/SP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. LLM pela New York University.

<sup>1</sup> Para um estudo mais profundo sobre o trespasse, recomendamos a leitura de BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1: Empresa e estabelecimento. Títulos de crédito; e FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>2</sup> BARRETO FILHO. Op. cit., 1988, p. 75.

Com efeito, o empresário ou sociedade empresária, para exercer a atividade empresarial, necessita reunir e organizar uma série de bens. É da organização desses bens que depende a empresa, bem como nela se encontra o seu valor. Os bens, organizados de forma a propiciar o exercício da atividade, são, em si, o estabelecimento.

Não se pode confundir o estabelecimento com o patrimônio do empresário, pois embora os bens de propriedade deste último que compõem o estabelecimento sejam também parte do seu patrimônio, alguns bens presentes cuja exploração integra o estabelecimento podem ser locados, isto é, o empresário possui título jurídico sobre eles, mas não a propriedade. Em resumo, os bens que fazem parte do estabelecimento integram o patrimônio do empresário, mas o estabelecimento não se confunde com o patrimônio, pois o patrimônio pode abranger outros bens que não os utilizados diretamente para a exploração da atividade empresarial. Também não se pode ter o estabelecimento como sujeito de direitos, pois este é o empresário, não a empresa nem o estabelecimento.

O estabelecimento pode ser formado por bens corpóreos e incorpóreos. Entre os bens materiais, podem integrar o estabelecimento: móveis, maquinários, estoque, imóveis, equipamentos, veículos, matéria-prima, produtos e quaisquer outros bens móveis utilizados na realização da atividade empresarial. Tais bens podem ser de propriedade ou não da sociedade empresária (muitos de fato o são, mas também há, por exemplo, bens locados ou que são objeto de contratos de arrendamento mercantil). Estes bens estão protegidos pelo direito de propriedade.

Entre os bens imateriais, temos o ponto (que é o local onde está o estabelecimento), o título do estabelecimento, a marca, as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos industriais, o *know-how*, o nome empresarial, dentre outros. A marca, as patentes, os modelos de utilidade e os desenhos industriais estão protegidos pela Lei n. 9.279/96 (que trata da propriedade industrial); enquanto o nome é protegido pelo Código Civil (arts. 1.155 a 1.168). Já o ponto é protegido pela Lei n. 8.245/91 (Lei de Locação).

Não é necessário que um estabelecimento tenha todos os bens citados acima. Evidentemente que cada atividade demanda uma reunião de parte dos bens mencionados, organizados de forma a propiciar o desenvolvimento da empresa. Assim, o que é o estabelecimento de determinado tipo de atividade é basicamente uma questão de fato a ser analisada no caso concreto.

Bens economicamente organizados possuem um valor maior que bens individualmente considerados. Em outras palavras, a organização empresarial sobre os bens gera um fato econômico, isto é, um sobrevalor, uma mais valia, que chamamos de aviamento, *good will of trade* ou fundo de comércio<sup>3</sup>. O aviamento, portanto, não é um bem que compõe o estabelecimento, mas um atributo deste, um valor, que é reconhecido e protegido pelo nosso direito<sup>4</sup>.

Como observou Barreto Filho, o conceito de aviamento é fundamental para a teoria do estabelecimento, porque reside nele um dos principais motivos da proteção que lhe é dada como objeto unitário de direito<sup>5</sup>.

Além disso, ele é extremamente importante nos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento, pois as partes consideram este *good will* no cálculo do seu preço. Por não ser um valor exato nem predeterminado, numa eventual negociação, a exata quantificação do aviamento não é objetiva e advirá da negociação das partes, que não devem separar o valor dos bens e o do aviamento, mas sim negociar o estabelecimento de forma una.

Muito se discute acerca de ser a clientela parte integrante do estabelecimento empresarial. Para que fosse considerada um elemento do estabelecimento, a clientela teria de ser tida como um bem, o que, realmente, ela não é<sup>6</sup>. Trata-se simplesmente de um conjunto de pessoas, os clientes da sociedade empresária.

Por isso, não existe titularidade sobre ela, tampouco pode ser objeto de um negócio jurídico autônomo. É por meio do estabelecimento empresarial ou de seus elementos individuais, como a marca, que se contratam negócios capazes de, em tese, transferir a clientela. E é por meio das normas de repressão à concorrência desleal e da não concorrência (art. 1.147 do CC) que o empresário tem sua clientela protegida dos concorrentes. Na verdade, a clientela é um elemento do aviamento e, conseqüentemente, um atributo do estabelecimento. Assim, quanto maior a clientela, maior o potencial valor do aviamento e, portanto, do estabelecimento. A clientela pode ser objetiva, ligada a fatores

<sup>3</sup> Parte da doutrina utiliza a expressão “fundo de comércio” como sinônimo de estabelecimento. Entendemos não ser correta esta utilização, pois nos parece que o fundo de comércio equivale ao aviamento e, portanto, deve ser utilizado neste sentido.

<sup>4</sup> COELHO. Op. cit., 2013, v. 1, p. 166.

<sup>5</sup> BARRETO FILHO. Op. cit., 1988, p. 169.

<sup>6</sup> Segundo Barreto Filho, a clientela não é um bem imaterial, mas uma situação de fato à qual se atribui um valor econômico (op. cit., 1988, p. 182).

não pessoais do estabelecimento, como a marca, por exemplo, ou subjetiva, ligada à figura do empresário, como observou Féres<sup>7</sup>.

Portanto, o direito brasileiro acatou, na nossa visão, a teoria<sup>8</sup> segundo a qual o estabelecimento empresarial constitui uma universalidade de fato<sup>9</sup>, (definida pelo art. 90 do CC). Isto porque o estabelecimento é composto por vários bens com características diversas, mas que contêm em si uma unidade, o que, por sua vez, faz com que ele seja tratado diversamente desses bens que o compõem.

## 2. IMPORTÂNCIA ECONÔMICA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Importante notar que o estabelecimento não representa somente uma parcela importante do ativo do empresário, mas também sua capacidade de gerar resultado. Em empresas que possuem um só estabelecimento, toda sua capacidade de geração de caixa depende do funcionamento dele.

E este fator é fundamental para entender o regramento do trespasse. Quando um terceiro faz negócio com o empresário, ele baseia sua decisão em alguns fatores para analisar a capacidade do empresário de adimplir o contrato, seja entregando a mercadoria, seja prestando o serviço, seja pagando o preço. Esta capacidade financeira e operacional depende, basicamente, da atividade desenvolvida no estabelecimento empresarial.

Assim, o terceiro contratante examina se o desenvolvimento da atividade empresarial, comumente feita no estabelecimento ou a partir dele, é capaz de gerar o necessário para honrar o negócio jurídico. Tal elemento é no mais das vezes mais importante que o próprio patrimônio, que representa uma eventual garantia de pagamento já perante o inadimplemento. Ou seja, o funcionamento do estabelecimento empresarial é crucial para a capacidade do empresário de honrar seus negócios presentes e futuros.

<sup>7</sup> FÉRES. Op. cit., 2007, p. 38.

<sup>8</sup> Existem historicamente ao menos nove teorias distintas para definir a natureza jurídica do estabelecimento empresarial. Uma explicação de todas essas vertentes pode ser lida na obra de Barreto Filho (op. cit., 1988, p. 77-109) e, de forma mais resumida, de Ricardo Negrão (*Manual de direito comercial e de empresa: Teoria geral da empresa e direito societário*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 90-96).

<sup>9</sup> Ver BARRETO FILHO. Op. cit., 1988. p. 107; COELHO. Op. cit., 2013, v. 1, p. 168; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p. 96.

Quando se aliena um estabelecimento, o empresário está se desfazendo ao mesmo tempo de uma parcela relevante de seu patrimônio e de um elemento essencial do seu negócio, assim como de sua capacidade de adimplemento de obrigações.

Em razão desta lógica econômica é que as normas jurídicas que visam finalidade específica, qual seja a proteção dos credores e do mercado (arts. 1.144, 1.145 e 1.146 do CC), devem ser interpretadas em favor dos credores, caso não exista prova objetiva do cumprimento, pelos contratantes do trespasse, dos requisitos ali previstos. Isso porque são normas cogentes de finalidade protetiva. É obrigação das partes conhecer as regras do trespasse e agir diligentemente para segui-las, sendo certo que é sobre as partes do contrato, e não terceiro, que recai o ônus em caso de não cumprimento dos requisitos legais.

### 3. CONCEITO DE TRESPASSE

Trespasse é o contrato pelo qual se procede à alienação do estabelecimento empresarial. É contrato bilateral, oneroso, sinalagmático e típico<sup>10</sup>.

Embora não possa ser sujeito de direitos, sendo o estabelecimento empresarial uma universalidade de fato, e, por isso, receber o tratamento de um bem, ele pode ser objeto de negócios jurídicos. Além dos negócios mencionados no próprio Código Civil, como a venda, o usufruto e o arrendamento (art. 1.144), o estabelecimento pode ser objeto de outros tipos de negócios, desde que não sejam incompatíveis com sua natureza unitária e não haja vedação expressa.

Todo negócio que envolva o estabelecimento, em especial a sua alienação, deve, no entanto, ater-se às regras de validade e eficácia presentes no Código Civil.

### 4. OPERAÇÃO ECONÔMICA DO TRESPASSE

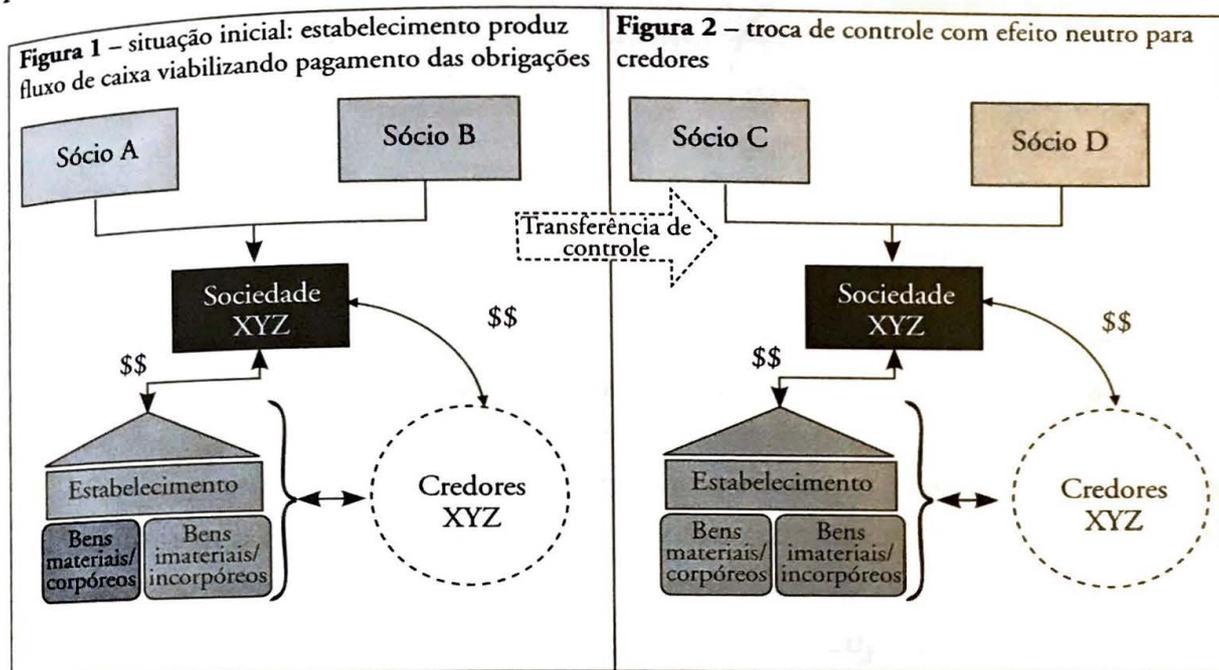
O efeito econômico do trespasse pode ser visto claramente se compararmos a diferença das consequências para os credores de duas situações que, com

<sup>10</sup> Embora os arts. 1.143 e s. do Código Civil não mencionem expressamente a palavra trespasse, eles regram parte de seu conteúdo, limitando a autonomia privada e, portanto, trazem tipicidade ao contrato de trespasse.

roupagem jurídica diversa, atingem o mesmo objetivo fático-econômico.

Imaginemos a sociedade XYZ, controlada pelos sócios A e B, que possui um único estabelecimento empresarial, conforme a Figura 1.

Pois bem, consideremos que C e D desejem adquirir o estabelecimento para desenvolver a atividade empresarial. Duas seriam suas opções jurídicas. A primeira seria adquirir de A e B o controle de XYZ, conforme a Figura 2.



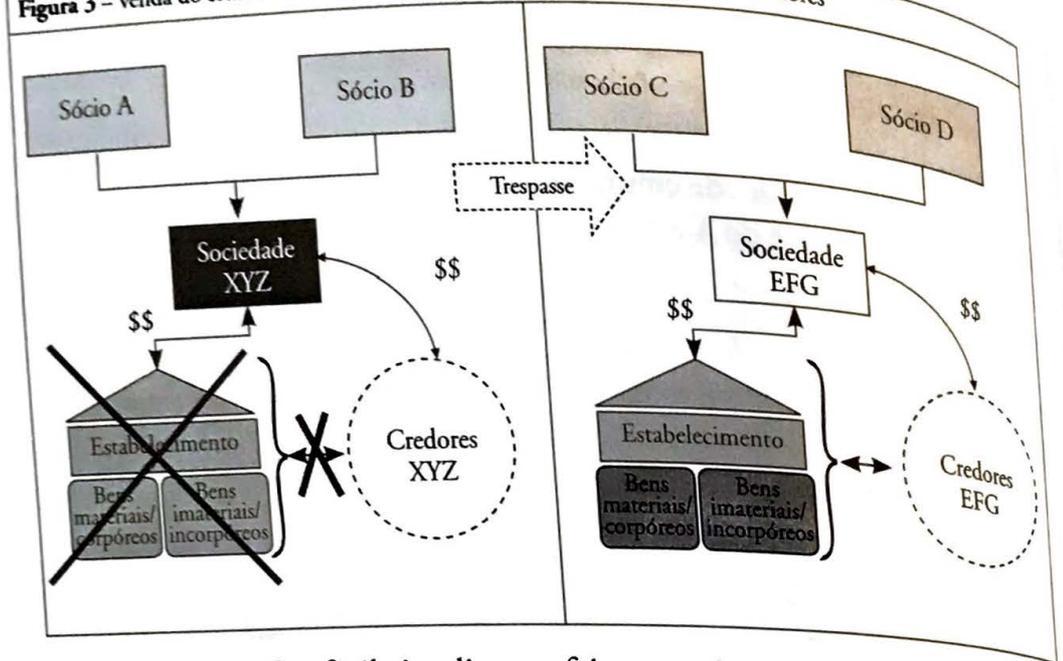
Fácil notar que o efeito econômico para os credores é neutro em tese. Isso porque o estabelecimento continua a gerar fluxo de caixa para XYZ, que por sua vez é a devedora das obrigações todas com terceiro. Toda a decisão de fazer negócio com XYZ foi feita com base principalmente em seu patrimônio e sua capacidade de gerar riqueza para viabilizar pagamentos, ambos aspectos intactos.

Evidentemente, alguma parte que mantém relações comerciais com XYZ pode prever contratualmente a rescisão contratual ou o vencimento antecipado em razão da troca de controle, mas esta é uma questão de cunho pessoal, refletida contratualmente.

Outra opção seria adquirir o estabelecimento conforme a Figura 3<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> A figura representa a operação econômica, que culmina com o estabelecimento gerando receita para outro titular que tem obrigações com outros credores. Uma parte das regras de direito que regulam o trepasse é exatamente o mecanismo que permite aos credores de XYZ, sob determinados requisitos e extensão, cobrar integralmente ou parcialmente as obrigações de EFG.

Figura 3 – venda do estabelecimento com efeito econômico negativo para os credores



Neste caso, fica fácil visualizar o efeito negativo para os credores de XYZ, pois C e D adquiriram somente um ativo (o estabelecimento), mas a pessoa jurídica que mantém o passivo, permanece XYZ, agora sem sua capacidade financeira. O estabelecimento passou a pertencer à sociedade empresária EFG, com quem os credores de XYZ não possuem relações jurídicas.

É por esta razão que o trespasse é um contrato típico e a compra e venda de participação societária não. Pois no primeiro caso há um efeito econômico perante terceiros inerente à operação e que o legislador decidiu regular, protegendo o terceiro. No segundo caso, esta condição inerente de prejuízo a terceiro não existe, não exigindo a intervenção legal.

Por óbvio que nos casos em que a parte vendedora tem mais de um estabelecimento, o efeito econômico é menos radical, mas ainda assim existe, gerando a razoabilidade da proteção legal aos credores.

## 5. EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS

O art. 1.144 do Código Civil<sup>12</sup>, embora pouco utilizado, tem grande importância comercial e econômica na vida prática.

<sup>12</sup> “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 averbada a margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.”

A lei lista como condições de eficácia o registro e a publicação na imprensa oficial. Não são condições de validade desses negócios, mas somente de eficácia perante terceiros. A eficácia aqui é objetiva, isto é, a única forma de prová-la é por meio da comprovação do registro e da publicação realizados nos termos deste artigo.

Esta regra tem como objetivo proteger os credores, pelo já exposto sobre a importância econômica do estabelecimento. Uma vez que a existência do estabelecimento é fundamental na vida empresarial e que não há empresa sem estabelecimento, a retirada definitiva ou provisória do estabelecimento da posse ou propriedade do empresário é um fato econômico crucial, pois, insistentemente, pode retirar o valor da empresa ou seu fluxo de caixa.

Este fator tem impacto direto nas relações comerciais e creditícias do empresário e, da mesma forma como o direito reconhece o valor do estabelecimento para o empresário ao proteger seus elementos como o ponto comercial ou o aviamento, ou, ainda, como o faz nos casos de desapropriação, também protege aos credores da insolvência do empresário decorrente da alienação do estabelecimento.

O registro e a publicação são um modo de proteção dos credores, de suma relevância, pois caso não seja dada a devida publicidade aos negócios jurídicos mencionados por meio do registro e da publicação, a ineficácia gerará um direito desses credores de perseguirem os bens componentes do estabelecimento.

Com isso, em caso de execução do alienante, arrendante ou proprietário, os bens componentes do estabelecimento, o seu faturamento e até o próprio estabelecimento como objeto unitário, embora já pertencentes ao adquirente, arrendatário ou usufrutuário, podem ser alvo de constrição judicial pelos credores em razão da ineficácia do negócio por desobediência ao art. 1.144 do Código Civil. Evidente que o adquirente, o arrendatário ou o usufrutuário terão direito de regresso, mas não poderão se furtar aos efeitos da ineficácia perante os credores.

Outro requisito de eficácia é a solvência do alienante ou o pagamento de todos os credores ou, ainda, a anuência destes em relação ao negócio jurídico, conforme previsão do art. 1.145 do Código Civil<sup>13</sup>. Isto é, além do registro e

<sup>13</sup> “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.”

da publicação, a eficácia da alienação do estabelecimento depende de o alienante manter bens suficientes para pagar seus credores.

Ou seja, para que a venda seja eficaz, além do registro e publicidade, o adquirente deverá provar uma de duas coisas: ou que o alienante possui bens para saldar seus débitos ou que todos seus credores foram notificados e concordaram com a alienação de forma expressa ou tácita. Novamente aqui a intenção da norma jurídica é proteger os credores e o mercado, e neste espírito deve ser interpretada.

Caso o negócio jurídico não seja celebrado formalmente como alienação do estabelecimento, mas a ele seja equivalente, também aplicar-se-ão as condições de eficácia deste artigo.

## 6. O TRESPASSE E A FALÊNCIA

Na hipótese de o empresário transferir o seu estabelecimento a terceiro sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo, poderá ter decretada a sua falência, nos termos do art. 94 da Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005).

Nesse caso, o adquirente poderá perder o estabelecimento, pois, conforme disposto no art. 129, VI, da lei falimentar, o negócio realizado nesses termos é ineficaz perante a massa falida.

## 7. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE

A responsabilidade do adquirente do estabelecimento no trespasse é também tratada na lei. Com efeito, devemos dividir as hipóteses de responsabilidade em duas: quando o trespasse é regular e, portanto, eficaz perante terceiros, e quando ele é irregular e, neste caso, ineficaz perante terceiro.

Regular é o trespasse que obedece às providências dos arts. 1.144 e 1.145 do Código Civil. Neste caso, obedecidos os preceitos legais de proteção dos credores, a responsabilidade do adquirente fica limitada, perante estes terceiros, pelos pagamentos contabilizados, sendo que a responsabilidade das dívidas não contabilizadas continuará com o alienante.

Esta limitação não é aplicável quando o trespasse for irregular, isto é, quando não houver o registro e publicação do contrato nos termos legais e não forem notificados os credores. Neste caso, a responsabilidade abrangerá todo e qualquer débito.

Situação especial é aquela prevista na Lei n. 11.101/2005, isto é, caso o estabelecimento seja alienado como unidade produtiva isolada no plano de recuperação judicial<sup>14</sup> (art. 60, parágrafo único)<sup>15</sup> ou seja alienado na falência (arts. 141 e 142). Neste caso, independentemente de qualquer outro requisito, o adquirente não responde por nenhuma obrigação do alienante.

Vale lembrar que as partes têm liberdade para dispor sobre a responsabilidade de cada um no contrato de trespasse. Essas disposições, no entanto, afetam apenas as partes contratantes, sem atingir os direitos de terceiros. De

<sup>14</sup> Sobre a configuração das unidades produtivas isoladas, ver WAISBERG, Ivo. Da não sucessão pelo adquirente por dívidas trabalhistas e tributárias na aquisição de unidades produtivas isoladas perante a Lei 11.101/2005. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, ano 1, n. 0, p. 159-171, jan./mar. 2010.

<sup>15</sup> “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.”

Sedimentando este entendimento, na I Jornada de Direito Comercial realizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi editado o Enunciado 47: “Nas alienações realizadas nos termos do art. 60 da Lei n. 11.101/2005, não há sucessão do adquirente nas dívidas do devedor, inclusive nas de natureza tributária, trabalhista e decorrentes de acidentes de trabalho” (I Jornada de Direito Comercial, 23-24 de outubro de 2012, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013).

É neste sentido, também, a jurisprudência do STJ: AgRg no CComp 112.638/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 10-8-2011; AgRg no CComp 87.263 – RJ (2007/0155500-2), rel. Min. Marco Buzzi, j. em 13-8-2014; ED no CComp 2010/0223165-3, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 27-4-2011; AgRg no CComp 97.732 – RJ (2008/0178241-1), rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 27-10-2010. Vale mencionar que este art. 60 já foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade, tendo o STF decidido pela sua constitucionalidade. Diz a ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I – Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrentes de falência ou recuperação judicial. II – Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III – Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV – Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V – Ação direta julgada improcedente” (ADI 3.934, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27-5-2009).

qualquer forma, as partes sempre terão direito de regresso com base na sua autonomia privada manifestada em contrato entre elas.

Uma vez regular e eficaz a venda, a lei determina a solidariedade do alienante com duração de um ano contado da publicação da venda na imprensa oficial para as dívidas vencidas e a partir do vencimento de cada dívida para as vincendas. Importante destacar que esta limitação temporal da solidariedade pressupõe uma alienação regular e eficaz, ou seja, um negócio que tenha obedecido aos requisitos dos arts. 1.144 e 1.145 do Código Civil.

Vale destacar, ainda, que, assim como no caso da alienação irregular, no caso de um negócio simulado por meio de estrutura contratual diversa da alienação, mas que acabe por transferir o estabelecimento ou criar resultado econômico similar a este, bem como no caso do trespasse de fato, as limitações do art. 1.146 não serão aplicáveis e, assim, o adquirente responderá por todas as dívidas do alienante, contabilizadas ou não, bem como a solidariedade deste último perdurará até o fim do prazo prescricional.

## 8. REGRA DE NÃO CONCORRÊNCIA

O art. 1.147<sup>16</sup> regra a concorrência entre o alienante e o adquirente na alienação do estabelecimento. Matéria que já suscitou muita controvérsia no passado<sup>17</sup>, recebeu no Código Civil um regramento coerente. Importante ter em mente que a regra deste artigo só é aplicável no caso de omissão do contrato. O Código Civil deixou a decisão sobre o restabelecimento para as partes, por meio do dispositivo contratual denominado “cláusula de não concorrência” ou “de não restabelecimento”. Portanto, trata-se de uma questão contratual, podendo as partes decidir pela vedação ou pela permissão, prevalecendo o que do contrato constar.

Com efeito, é indiscutível que a aquisição do estabelecimento pressupõe a intenção, às vezes fundamental, do adquirente de receber, ainda que de forma indireta, o principal atributo do estabelecimento comprado, que é a clientela (lembramos que esta não é elemento do estabelecimento e nem pode ser transacionada). Aliás, geralmente, o *good will* é calculado considerando-se que o estabelecimento manterá essa clientela.

<sup>16</sup> “Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.”

<sup>17</sup> Ver o caso da Companhia de Tecidos de Juta, RT 12/80.

Por isso, o direito protege a clientela, neste caso, principalmente a subjetiva, ligada à figura do empresário, apesar de que, como Fábio Ulhoa Coelho bem observou, a capacidade do alienante de desviar a clientela nos dias atuais está menos ligada à relação pessoal e mais às informações que possui do mercado em que opera<sup>18</sup>.

De qualquer forma, é intuitivo que a não concorrência do alienante é o único caminho que reflete o princípio da boa-fé objetiva, pois não se espera daquele que vende um estabelecimento que faça concorrência ao lado ao adquirente. Por esta razão, o Código Civil determina que, sendo omissos o contrato, o restabelecimento está vedado pelo prazo de cinco anos.

Vale notar, apenas, que, no caso da vedação, existe uma limitação temporal advinda do direito concorrencial, pois o CADE já sumulou que: “É lícita a estipulação de cláusula de não concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”<sup>19</sup>. Ou seja, o direito concorrencial contém uma presunção *juris tantum* de que vedações de não concorrência superiores a cinco anos são ilegais.

## 9. SUB-ROGAÇÃO LEGAL

Para exercer sua atividade empresarial no estabelecimento e manter a unicidade organizacional que gera o aviamento, o empresário necessita, logicamente, de contratos com terceiros que viabilizem esta atividade. Tais contratos não são, *a priori*, elementos do estabelecimento e, portanto, não seriam passados automaticamente ao adquirente. Como o estabelecimento não é sujeito de direitos, os referidos contratos não estão em nome do estabelecimento, mas sim do empresário alienante.

Para cobrir esta lacuna no substrato econômico, o art. 1.148 do Código Civil<sup>20</sup> prevê a sub-rogação legal (arts. 346 e 348 a 351) do adquirente nos contratos referentes à exploração do estabelecimento. Assim, por força do dispositivo em comento, o adquirente se sub-roga automaticamente nos contratos atinentes à exploração do estabelecimento. As partes do contrato de

<sup>18</sup> COELHO. Op. cit., 2013, v. 1, p. 191.

<sup>19</sup> Súmula n. 5, publicada no *DOU* de 9-12-2009.

<sup>20</sup> “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”.

trespasse podem contratualmente definir quais contratos serão objeto de sub-rogação e quais não, de acordo com a precificação do negócio realizado.

Não há uma lista fechada de quais seriam esses contratos, podendo ser contratos de fornecimento de mercadorias ou de serviços. O que se exige é que haja um nexó entre o contrato e a atividade daquele estabelecimento<sup>21</sup>. A sub-rogação legal não se realiza se o contrato for de caráter pessoal. Por óbvio, sendo pessoalíssimo o contrato firmado com o alienante, por sua natureza não há que se falar em transferência. A regra visa a proteger relações deste jaez, que são excepcionais no dia a dia empresarial.

No caso da locação, contrato primordial para o estabelecimento, muito se discutiu sobre a sub-rogação automática do adquirente. A jurisprudência mais corrente é a da não sub-rogação automática, com base no art. 13 da lei locatícia<sup>22</sup>, conforme entendimento do STJ<sup>23</sup>.

Como na vida empresarial se faz necessária uma confiança sobre a seriedade e a solvência ou condição operacional e econômica de cumprimento do

<sup>21</sup> TOMAZETTE. Op. cit., 2012, v. 1. p. 117.

<sup>22</sup> “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”.

<sup>23</sup> STJ, REsp 1202077-MS (2010/0134382-4), rel. Min. Vasco Della Giustina, j. em 1º-3-2011. Ementa: “Recurso especial. Transferência do fundo de comércio. Trespasse. Contrato de locação. Art. 13 da lei n. 8.245/91. Aplicação à locação comercial. Consentimento do locador. Requisito essencial. Recurso provido.

1. Transferência do fundo de comércio. Trespasse. Efeitos: continuidade do processo produtivo; manutenção dos postos de trabalho; circulação de ativos econômicos.

2. Contrato de locação. Locador. Avaliação de características individuais do futuro inquilino. Capacidade financeira e idoneidade moral. Inspeção extensiva, também, ao eventual prestador da garantia fidejussória. Natureza pessoal do contrato de locação.

3. Desenvolvimento econômico. Aspectos necessários: proteção ao direito de propriedade e a segurança jurídica.

4. Afigura-se destemperado o entendimento de que o art. 13 da Lei do Inquilinato não tenha aplicação às locações comerciais, pois, prevalecendo este posicionamento, o proprietário do imóvel estaria ao alvedrio do inquilino, já que, segundo a conveniência deste, o locador se veria compelido a honrar o ajustado com pessoa diversa daquela constante do instrumento, que, não raras vezes, não possuirá as qualidades essenciais exigidas pelo dono do bem locado (capacidade financeira e idoneidade moral) para o cumprir o avençado”.

contrato, dado que um inadimplemento pode prejudicar toda uma cadeia de produção, a lei permite aos terceiros contratantes que, no prazo de 90 dias, rescindam o contrato por justa causa. O conceito de justa causa é um conceito jurídico indeterminado, cabendo ao magistrado analisar o caso concreto para inferir sua ocorrência. A justa causa pode dizer respeito a uma questão pessoal, econômica ou até de conflito entre o contratante e o novo titular do estabelecimento. Uma vez rescindido o contrato, caberá o ressarcimento do terceiro contratante pelo alienante, em regra.

## 10. CESSÃO DO CRÉDITO

Diferentemente dos contratos, os créditos passam junto com o estabelecimento ao adquirente, excepcionando-se a regra civil comum da cessão de crédito, que estabelece que a cessão somente se opera perante o devedor após a sua notificação (art. 290). Para fins do *trespasse*, a publicação prevista no art. 1.144 aperfeiçoa a cessão dos créditos ao empresário adquirente.

Não obstante a regra acima estipulada, o dispositivo em comento, ao seu final, exonera o devedor de boa-fé que pagar ao alienante. A nosso ver, a parte final do artigo torna inócua a regra do aperfeiçoamento da alienação do estabelecimento com a publicação, pois desta decorreria não poder ser alegado o desconhecimento do negócio levado a efeito. Embora alguns autores reconheçam a justiça desta regra diante da baixa probabilidade de se checarem registros e publicações<sup>24</sup>, nosso entendimento é de que ou bem o Código deveria ter mantido a obrigação de se notificar o devedor nos termos do art. 290 ou não deveria ter excepcionado a regra, pois as duas atitudes são incoerentes.

Uma interpretação possível seria dar ao devedor a obrigação de provar a peculiaridade do seu caso para poder alegar a boa-fé mesmo após a publicação, mas não vemos um exemplo prático a fim de demonstrar tal situação.

<sup>24</sup> TOMAZETTE. Op. cit., 2012, v. 1, p. 116.