

Dados de Catalogação na Publicação (CIP) Internacional
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

B264t
2.ed.
Barreto Filho, Oscar, 1922-1983.
Teoria do estabelecimento comercial : fundo de comércio ou
fazenda mercantil / Oscar Barreto Filho. — 2. ed. — São
Paulo : Saraiva, 1988.
Bibliografia.
1. Direito comparado 2. Estabelecimentos comerciais
3. Fundos de comércio I. Título.

88-0838

CDU-347.715
-347.715:340.5

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito comparado : Estabelecimentos comerciais
347.715:340.5
2. Estabelecimentos comerciais : Direito comercial
347.715
3. Estabelecimentos comerciais : Direito comparado
347.715:340.5
4. Fazenda mercantil : Direito comercial 347.715
5. Fundos de comércio : Direito comercial 347.715

0811

 editora
SARAIVA

Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP: 01139 — Tel.: PABX (011) 826-8422 —
Barra Funda — São Paulo - SP

Distribuidora Saraiva de Livros Ltda.

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 31 — Centro
Fone: (092) 234-4664 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (071) 244-0139 — Salvador

DISTRITO FEDERAL

CLS 302-A — Bloco B — Loja 25 — Asa Sul
Fone: (061) 226-3722 — Brasília

GOIÁS

Rua Oitenta e Cinco, 322 — Setor Sul
Fone: (062) 225-2882 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua Maracaju, 926 — Centro
Fone: (067) 382-3682 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Célia de Souza, 571 — Sagrada Família
Fone: (031) 461-9962 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Padre Eutíquio, 1332
Fone: (091) 222-9034 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Nunes Machado, 1577 — Reboças
Fone: (041) 234-2622 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/RIO GRANDE DO NORTE

Avenida Conde da Boa Vista, 1136 — Boa Vista
Fone: (081) 231-1764 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Rua Lafayette, 94 — Centro
Fone: (016) 634-0546 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO

Avenida Marechal Rondon, 2231 — Sampaio
Fone: (021) 201-7149 — Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Avenida Chicago, 307 — Floresta
Fone: (0512) 43-2986 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Avenida Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (011) 826-8422 — São Paulo

164. Resumindo o que foi dito, pode o estabelecimento ser objeto unitário de qualquer negócio jurídico, translativo ou constitutivo, *inter vivos* ou *mortis causa*, que não seja incompatível com sua natureza.

Com apoio na legislação comparada e na doutrina, podemos organizar a seguinte enumeração:

- 1.º, negócios de alienação *inter vivos*, a título oneroso (cessão ou trespasse, permuta, conferência em sociedade, dação em pagamento) ou a título gratuito (doação);
- 2.º, negócios de alienação *mortis causa* (sucessão legítima ou testamentária);
- 3.º, negócios de gestão para fim de desfrute (arrendamento, usufruto, comodato, constituição de dote) ou de garantia (penhor).

Vamos examinar, em seguida, os temas que oferecem maior relevância e interesse prático, tratando, sucessivamente, do trespasse, do arrendamento, do usufruto e do penhor do estabelecimento.

CAPÍTULO IX

NEGÓCIO DE ALIENAÇÃO: O TRESPASSE DO ESTABELECIMENTO

SUMÁRIO: 165 – Transmissão do estabelecimento. 166 – Característico do trespasse. 167 – Conservação do valor de aviamento. 168 – Transferência do fundo e sucessão na empresa. 169 – Unidade do negócio translativo. 170 – Elementos incluídos na alienação. 171 – A cessão da marca. 172 – A transferência do nome comercial objetivo. 173 – Sistemas legais de publicidade do trespasse. 174 – O sistema da lei francesa. 175 – Os credores e o trespasse do estabelecimento. 176 – O sistema da lei brasileira. 177 – Razão de ordem. 178 – Sucessão nas obrigações relativas ao estabelecimento cedido. 179 – No direito francês. 180 – No direito germânico e no suíço. 181 – No direito italiano: a) Sucessão nos contratos. 182 – b) Destino dos débitos e créditos. 183 – No direito pátrio: a) Cessão de créditos. 184 – b) Transmissão de débitos. 185 – A assunção de débitos no projeto de código de obrigações. 186 – O direito à exibição dos livros. 187 – Sucessão nos contratos de trabalho. 188 – Sucessão nas obrigações tributárias. 189 – Efeitos do trespasse em relação a outros contratos. 190 – Promessa de trespasse. 191 – Reserva de domínio. 192 – Incorporação do estabelecimento ao patrimônio social. 193 – O fundo de comércio nas desapropriações. 194 – Transferência do fundo “*mortis causa*”.

165. Como vimos, o estabelecimento pode ser objeto de vários negócios, *inter vivos* ou *mortis causa*, que visam à transferência de sua titularidade ou, como preferem outros, de sua propriedade.

Desses negócios, o mais freqüente na prática mercantil é o de cessão ou venda do estabelecimento, que, por isso mesmo, tem suscitado maior número de questões perante nossos tribunais. Também é comum a conferência do estabelecimento para realização do capital de sociedade de que participe o titular. Modalidade negocial que se vem difundindo é a venda com reserva de domínio. Os outros negócios translativos do estabelecimento (permuta, dação em pagamento, doação) são de rara ocorrência.

Esclarece *Barbosa de Magalhães* que o termo *trespasse* — cujo significado etimológico é o de transmissão ou transferência — abrange, no sistema da lei portuguesa, qualquer transmissão do estabelecimento em conjunto, isto é, *sub specie universitatis*¹.

No direito brasileiro, contudo, chama-se de *trespasse* ou *trespasso* especificamente a transferência do estabelecimento que se opera por efeito de venda ou cessão². É preferível empregar o termo *cessão*, porquanto a *venda* se refere à transferência do domínio das coisas corpóreas (código civil, art. 1.122).

Utilizando o termo no sentido mais restrito de *cessão*, não há problema maior, pois as mesmas disposições são geralmente aplicáveis às demais modalidades de negócios a título oneroso (código civil, arts. 996 e 1.164; decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 4.º e segs.).

166. Deve-se falar de *trespasse* do estabelecimento somente quando o negócio se refere ao complexo unitário de bens instrumentais que servem à atividade empresarial, necessariamente caracterizado pela existência do aviamento objetivo. O princípio geral que inspira toda a disciplina jurídica do *trespasse*, como vem expressa nas várias legislações, é sempre o de resguardar a integridade do aviamento, por ocasião da mudança de titularidade da casa comercial.

Quando o contrato não se fixa, expressa ou implicitamente, sobre o aviamento, não se trata mais de *trespasse* do es-

1. *Do estabelecimento comercial*, n. 36, pág. 211.

2. *Tratado*, VII, n. 1.597, pág. 330.

tabelecimento, como tal, mas da simples transmissão de um acervo desconexo de bens; não haverá, como observa *Casanova*, cessão, mas cessação do estabelecimento³.

O sobre-valor representado pelo aviamento não pode, obviamente, ser objeto de circulação autônoma, e somente se determina quando da transferência do estabelecimento⁴.

Por ocasião das tratativas preliminares para a formação do contrato, fixa-se o preço que o adquirente está disposto a pagar e que, por sua vez, o alienante se dispõe a aceitar, tendo em vista o estabelecimento no seu conjunto. Acontece, comumente, que esse preço é mais elevado do que o resultante da soma dos valores dos elementos singulares que o compõem; essa diferença constitui justamente o valor do aviamento.

O aviamento 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. Atendendo a essa realidade da vida negocial, o art. 2427 do código civil italiano, ao cuidar do balanço das sociedades por ações, permite que o aviamento seja lançado no ativo do balanço do adquirente, somente quando tenha sido paga uma importância a esse título na aquisição do estabelecimento a que se refira, e por montante não superior ao preço pago. Ocorrendo tal hipótese, o valor do aviamento deverá ser amortizado, nos sucessivos exercícios, de acordo com o prudente critério dos administradores e dos fiscais.

167. 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 falên-

3. *M. Casanova, Azienda, em Novissimo Digesto Italiano*, II, n. 31.

4. Ao sobre-valor do aviamento se denomina, vulgarmente, entre nós, de *luvas*, e, em Portugal e nos países hispano-americanos de *chaves*.

cia. Mesmo nessa hipótese, a lei procura evitar o seu desaparecimento, que seria conseqüente à extinção da casa comercial⁵.

O recurso à teoria do aviamento explica de modo satisfatório várias construções legais. É precisamente na preocupação de conservar o valor econômico do aviamento que se fundam os institutos da continuação do negócio do falido (lei de falências, art. 74), da venda englobada dos bens na liquidação (art. 116, § 1.º) e das formas extraordinárias de liquidação do ativo, quando os credores ou o cessionário de bens continuam o exercício do comércio por conta própria (art. 123, § 1.º).

Existem, em contabilidade, fórmulas complexas para a estimação do valor do aviamento, em função dos variados fatores que interferem na sua formação.

168. Debate-se, na Itália, acerca dos reflexos que o trespasse do estabelecimento tem para a empresa de que é instrumento.

Uma corrente de escritores (*Ghidini, Graziani, Mossa*) entende que a mudança na titularidade do estabelecimento acarreta necessariamente a sucessão na empresa, constituindo mesmo um fenômeno unitário. Nesta linha de idéias, afirma *Casanova* que alienação de estabelecimento é, portanto, passagem deste e, ao mesmo tempo, passagem da empresa; o adquirente da casa comercial é o continuador e novo titular da empresa preexistente⁶.

A essa orientação objeta *Ascarelli* que a atividade do adquirente do estabelecimento não se distingue, do ângulo econômico, daquela desenvolvida pelo alienante; mas, do ponto de vista jurídico, a atividade de um sujeito não pode ser continuada pela atividade de outrem. A atividade é imanente ao sujeito, o que impede a transferência da empresa. A qualificação de empresário se adquire necessariamente a título originário, exatamente em virtude da impossibilidade de sucessão na empresa⁷.

5. *Messineo, Manuale*, I, 9.ª ed., § 29, n. 10, pág. 417.

6. *Casanova, Azienda*, loc. cit., *Imprese*, n. 448, pág. 668.

7. *Ascarelli, Corso*, cap. X, n. 5, pág. 273; *Ferri, Manuale*, n. 106, pág. 169.

A questão não comporta desate em poucas linhas, dadas as implicações no direito do trabalho; tudo depende, essencialmente, da concepção que se adote de empresa, como sujeito ou objeto de direitos, ou, ainda, como atividade do empresário (v. *supra*, n. 15)⁸.

169. O trespasse do estabelecimento pode efetuar-se através de contrato único, apesar da pluralidade dos bens considerados, desde que nele sejam observadas todas as formalidades peculiares a cada um desses bens. A vantagem de incluir num só instrumento todas as cláusulas e condições do trespasse está em salientar a *unidade* do negócio jurídico (*supra*, n. 152), que pode servir de critério ilustrativo para as dúvidas ocorrentes.

Na interpretação desse contrato, deve-se ter presente a unidade característica da *universitas* que é objeto da transferência, a fim de preservar sua integridade.

O trespasse não perde seu caráter unitário pelo fato de que a determinação do preço dos elementos singulares, e também do valor do aviamento, seja feita destacadamente; aliás, essa prática pode ser conveniente para fins fiscais.

Embora *uno* o negócio, nada impede que o trespasse da casa comercial se opere através de vários contratos visando ao mesmo fim. Constitui peculiaridade da *universitas facti* a circunstância de que as coisas singulares que a compõem não perdem sua individualidade, podendo ser objeto, separadamente, de atos e de relações jurídicas.

170. Já vimos que, em princípio, compete à vontade das partes determinar a composição do estabelecimento objeto do negócio, ou, em outras palavras, quais os elementos que se reputam incluídos no trespasse (*supra*, n. 155). Algumas legislações enumeram quais os elementos que, na falta de referência, se devem entender como compreendidos na alienação⁹.

8. Sobre o assunto, ver *Evaristo de Moraes Filho, Sucessão nas obrigações*, II, parte III.

9. É o caso da lei francesa de 1909; na falta de designação pre-

Normalmente, no trespasse do estabelecimento costuma-se fazer a individualização dos bens transferidos, mediante o inventário físico dos elementos singulares, o qual é anexado ao contrato. Na falta de inventário, a referência a determinado estabelecimento como objeto do trespasse significa a inclusão de todos os bens mencionados nos livros, obrigatórios ou facultativos¹⁰.

Todo negócio sujeita-se a uma *álea* normal, que é o risco peculiar ao qual cada parte implicitamente se submete concluindo o contrato. No trespasse da casa comercial, esta *álea* coincide com a diferença de valor que vem a fixar-se entre a coisa vendida e o preço pactuado, por efeito de uma relativa indeterminação da quantidade ou qualidade das coisas vendidas ou do seu preço¹¹. Esta *álea* ocorre particularmente na fixação do valor do aviamento.

Em princípio, no trespasse convencionado sem qualquer reserva ("de portas fechadas") deve-se entender que se incluem todos os bens da universalidade¹². Admite-se, porém, que alguns bens sejam excluídos do contrato, sob ressalva das partes, desde que sua exclusão não seja de molde a destruir os fatores do aviamento¹³.

A matéria comporta alguns esclarecimentos, notadamente no tocante à transmissibilidade, em separado, da marca e do nome comercial.

cisa, o privilégio do vendedor compreende os elementos ditos principais ou ordinários (*supra*, n. 115).

10. Casanova, *L'impresa*, n. 456, pág. 678; Ascarelli, *Corso*, cap. XIII, n. 1, pág. 337.

11. Vide Aldo Boselli, *Alea*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, t. 1.º, pág. 476.

12. Da aplicação desse princípio, segue-se que se inclui no trespasse, salvo convenção em contrário, a transferência do direito ao uso da linha telefônica instalada no local, de vez que a prestação decorrente do contrato celebrado com a empresa concessionária representa um serviço de inegável valor econômico para o usuário, constituindo, portanto, um elemento da casa comercial. Neste sentido, vide acórdãos na *Revista dos Tribunais*, 212/592, 280/576 e 290/333. Contra: *Revista dos Tribunais*, 232/196 e 253/452.

13. G. Valeri, *Manuale*, II, n. 213, pág. 15.

171. O estabelecimento pode ser trespasado sem a marca ou outro sinal distintivo, desde que a exclusão seja expressa no contrato. Na falta de convenção em contrário, os sinais distintivos, como elementos acessórios do estabelecimento, compreendem-se virtualmente na transferência deste¹⁴.

O anterior código da propriedade industrial (decreto-lei n. 7.903, de 27 de agosto de 1945), em conformidade com a tradição do nosso direito, só permitia a transferência da marca, ou outro sinal distintivo, juntamente com a do estabelecimento ou do gênero de indústria ou de comércio, para o qual tivesse sido adotado.

Esse preceito de lei não foi reproduzido no novo código expedido pelo decreto-lei n. 254, de 28 de fevereiro de 1967, que, abolindo a cláusula limitativa da parte final do art. 116, induz sua filiação ao sistema da livre alienação da marca.

Elucida Gama Cerqueira que os motivos em que se apóiam os sistemas legais que vedam a cessão isolada da marca não se referem quer à sua natureza intrínseca, quer à natureza do direito do seu titular. Para o ilustre tratadista, o que justifica a proibição legal é a função objetiva das marcas, qual seja, a função de distinguir os produtos diferenciando-os de outros de procedência diversa.

Diríamos, numa palavra, que a proibição da cessão da marca, sem a transferência do estabelecimento, visa a proteger o público contra erro ou engano quanto à procedência dos produtos, e encontra fundamento no princípio geral de repressão à concorrência desleal. O próprio caráter acessório da marca impõe a sua

14. No sentido do texto: João da Gama Cerqueira, *Tratado da Propriedade Industrial*, II, tomo II, n. 96, pág. 179; Ramella, *Tratado de la Propiedad Industrial*, trad. esp., II, n. 489, pág. 112; Chénévard, *Traité de la Concurrence Déloyale*, I, n. 147, pág. 264; Carvalho de Mendonça, *Tratado*, V, parte I, n. 334, pág. 328; Almeida Nogueira, *Marcas Industriais e Nome Comercial*, I, n. 219, pág. 117; Afonso Celso, *Marcas Industriais e Nome Comercial*, n. 91, pág. 88; Waldemar Ferreira, parecer na *Revista dos Tribunais*, 318/28. Vejam-se também os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, in *Revista dos Tribunais*, 26/370 e 46/468.

inaccessibilidade separadamente do estabelecimento ou do ramo de comércio ou indústria a que se acha ligada¹⁵.

Os escritores nacionais, a começar por *Afonso Celso*, e a maior parte dos tratadistas e das leis estrangeiras são contrários à cessão livre da marca¹⁶. Não vemos justificativa para a guinda feita em nossa legislação pelo decreto-lei n. 254, de 1967.

Na vigência das leis anteriores, entendia-se que a marca também não podia, isoladamente, ser objeto de penhor ou de penhora; no caso de falecimento do seu titular, somente poderia ser atribuída, em partilha, ao herdeiro ou herdeiros aos quais coubesse o estabelecimento¹⁷.

172. O nome comercial tem, a par da sua função *subjativa*, como o nome sob o qual a pessoa física ou jurídica exerce o comércio e se assina nos atos a ele relativos, uma função *objetiva*, como projeção da individualidade do comerciante ou do complexo do estabelecimento no campo da concorrência¹⁸. Somente quando encarado em sua função objetiva o nome comercial tem valor patrimonial e constitui elemento do estabelecimento.

Além da *firma* do comerciante singular ou das sociedades de pessoas, e da *denominação* das sociedades de capitais, que se prendem à pessoa do titular, também se compreendem no nome

15. *Gama Cerqueira, Tratado*, cit., II, tomo II, n. 91, pág. 170. V. a respeito o voto do ministro *Philadelpho Azevedo* no Supremo Tribunal Federal, *Revista Forense*, 100/268; *Revista dos Tribunais*, 155/392.

16. Estabelece o art. 2.573 do código civil italiano: "O direito exclusivo ao uso da marca registrada só pode ser transferido com o estabelecimento ou com um ramo particular deste. Quando a marca for constituída por um sinal figurativo, por uma denominação de fantasia ou por uma firma derivada, presumir-se-á que o direito ao uso exclusivo dela seja transferido juntamente com o estabelecimento".

17. Cf. *Gama Cerqueira, Tratado*, II, tomo II, n. 100, pág. 183. A respeito do penhor, v. acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na *Revista dos Tribunais*, 81/110.

18. Cf. *Gama Cerqueira, Tratado*, II, n. 221, pág. 290.

comercial o título de estabelecimento e a insígnia, e qualquer outro elemento que, deste ou daquele modo, se relacione com a atividade da empresa ou com o seu titular. Estão nesse caso, lembra *Gama Cerqueira*, os pseudônimos, as alcunhas, as iniciais da firma, as siglas formadas pelas iniciais ou sílabas destacadas do nome da empresa ou da sociedade, a palavra característica das denominações sociais, quando adquirem segundo sentido e passam a indicar o estabelecimento ou seus produtos, o nome dos produtos e dos lugares de produção e quaisquer outros elementos ligados ao complexo do estabelecimento¹⁹.

O nome comercial, considerado do ângulo subjativo — firma ou denominação designativa do comerciante singular ou da sociedade mercantil — e que vem regulado pelas leis comerciais, é um direito da personalidade, inerente à pessoa do titular, e, como tal, insuscetível de apreciação pecuniária, intransmissível e imprescritível²⁰.

Já o nome objetivo — que abrangeria o *nome de empresa*, indicativo não da pessoa, mas da atividade exercida pelo titular, mais o *título de estabelecimento* e a *insígnia* — está compreendido na categoria ampla dos sinais distintivos, que abrangem todos os meios de individuação da atividade empresarial.

Em relação ao nome comercial objetivo, deve-se reconhecer, em princípio, que possui valor patrimonial, podendo ser objeto de cessão, transmissão e perda²¹. Ao titular do nome comercial se

19. *Tratado*, cit., I, n. 189, pág. 476. O atual código da propriedade industrial, promulgado pelo decreto-lei n. 254, de 28 de fevereiro de 1967, quiz salientar a função *objetiva* do nome comercial, rebatizando-o como *nome de empresa*, mas, além de inscrever no art. 90 a antiga noção subjativa, no art. 93 identifica o nome de empresa com as firmas e as denominações das sociedades.

20. *Carvalho de Mendonça, Tratado*, II, n. 180; *Waldemar Ferreira, Tratado*, VI, n. 1.262. No direito alemão vige orientação diversa, pois a *Firma* pode ser objeto de transferência ao adquirente do fundo (código comercial, HGB, § 22).

21. *Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado*, I, pág. 195; *Teoria Geral*, págs. 69 a 74; *Spencer Vampré, Tratado Elementar de Direito Comercial*, I, § 50.

reconhece a faculdade de cedê-lo, assim como a de renunciar ao seu direito²².

O nosso direito positivo disciplina o título de estabelecimento e a insígnia como categoria à parte do nome comercial ou de empresa. Mas o art. 116 do código da propriedade industrial em vigor enquadra ambas categorias no mesmo regramento, no tocante à sua circulação, referindo-se expressamente à transferência, por ato negocial ou em virtude de sucessão, da propriedade de nome de empresa, título de estabelecimento ou insígnia. Inovou, como se vê, profundamente o direito anterior, não só ao autorizar a transferência negocial do nome de empresa, mas, ainda, ao permitir que tal cessão se faça livremente, sem a transferência simultânea do respectivo gênero de indústria ou de comércio. Afigura-se injurídico, todavia, admitir possam o nome de empresa, o título de estabelecimento ou a insígnia ser transferidos a outrem, independentemente da atividade ou do complexo de bens ao qual se referem²³.

173. Em matéria de alienação de estabelecimento comercial, coloca-se o problema da proteção dos credores do alienante, que têm precisamente no patrimônio dêste a garantia do pagamento dos seus créditos. E pode acontecer que, recebendo o preço da transferência, o devedor procure fraudar seus credores, subtraindo bens a eventual execução.

Disso decorre a necessidade de um sistema de proteção ao crédito mercantil, que tem sido organizado de maneira diferente nos vários países.

22. *Gama Cerqueira, Tratado*, I, n. 193, pág. 489.

23. Dispõe o art. 2565 do código civil italiano que a firma (*ditta*) não pode ser transferida separadamente do estabelecimento. A mesma regra prevalece, entre nós, em relação à firma, considerada em sua função subjetiva; preceitua o art. 7.º do decreto n. 916, de 24 de outubro de 1890: "É proibida a aquisição de firma sem a do estabelecimento a que estiver ligada. Parág. único — O adquirente por ato *inter vivos* ou *mortis causa* poderá continuar a usar da firma antecedendo-a da de que usar com a declaração — "sucessor de...".

Na França (lei de 1909), nos Estados Unidos, no Peru (lei n. 2259, de 1916) e na Argentina (lei n. 11.867, de 1934), instituiu-se uma publicidade especial, submetendo-se as transmissões de estabelecimentos comerciais a diversas formalidades.

No sistema desses países, a lei enumera quais os elementos que se reputam compreendidos no fundo, para o efeito de se submeterem ao regramento específico. Por outro lado, cria em favor do alienante um privilégio sobre o preço do estabelecimento. É vedada a transferência de determinados bens, separadamente do estabelecimento (ou de uma secção do mesmo), a fim de tutelar a boa fé do público consumidor; é o caso do nome comercial, da insígnia e da marca.

Na Itália, os contratos que versam sobre a alienação ou desfrute do estabelecimento devem, por iniciativa das partes, ser inscritos no registro das empresas, dentro de trinta dias a contar de sua celebração (código civil, art. 2.556). Através desse meio, procura-se assegurar a necessária publicidade, perante terceiros, sobre as modificações na titularidade do estabelecimento²⁴. Essa norma teve sua vigência protraída, em virtude da falta de instalação do registro das empresas. Atribui, aliás, *Ascarelli* à ausência de adequado sistema de publicidade, que defina precisamente a responsabilidade das partes, a relativa raridade, na prática, de arrendamento ou usufruto de estabelecimento²⁵.

174. Na França, a lei de 17 de março de 1909, modificada por vários diplomas posteriores, criou um sistema de publicidade sobre a venda do fundo de comércio, que permite a oposição dos credores ao pagamento do preço; oferece-lhes a possibilidade de apresentar propostas com melhores condições de preço; organiza o privilégio do vendedor e o exercício da ação de rescisão. Lei posterior, de 29 de junho de 1935, veio proteger o comprador defraudado no tocante ao valor do fundo.

24. Cf. *Auletta, Commentario*, pág. 24; *Graziani, La impresa*, págs. 88-90; *Pavone La Rosa, Il registro delle imprese*, Milão, 1954, pág. 264 e segs.

25. *Ascarelli, Corso*, cap. XIII, n. 8, pág. 357.

Já se decidiu, e bem, que se inclui na indenização, em processo expropriatório, o valor do fundo de que é titular o expropriado; e, ainda, que não há razão amparando o entendimento de que essa parcela deva ser reclamada em ação direta, quando o expropriado é o próprio titular do fundo⁷¹. A jurisprudência dominante em nossos tribunais entende, todavia, que a apuração dessa verba não deve ser feita no processo expropriatório.

194. Como elemento do patrimônio do "de cuius", o estabelecimento comercial se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários, tão logo seja aberta a sucessão (código civil, art. 1.572).

No caso da sucessão *mortis causa*, as obrigações ativas e passivas do titular do estabelecimento passam aos seus herdeiros (código civil, art. 928). A transmissão se produz *ope legis*, não havendo necessidade de convenção expressa para que a obrigação opere entre os herdeiros das partes; os herdeiros não são terceiros, e respondem dentro das forças da herança (código civil, art. 1.587). Mas as partes podem ajustar ou a lei determinar que o negócio jurídico se modifique, ou se extinga com a morte de uma das partes⁷².

A herança, que é uma *universitas juris* (código civil, art. 57), representada pelo inventariante (código de processo civil, art. 85), tem legitimação para exercer todos os direitos decorrentes das relações jurídicas de que o defunto era titular. A comunhão hereditária persiste até que se verifique a adjudicação ou partilha do espólio.

A partilha coloca o problema da divisibilidade do estabelecimento, tendo-se em conta a possível perda ou desvalorização do aviamento. Por esse motivo, a doutrina se tem pronunciado, em princípio, pela indivisibilidade do fundo de comércio⁷³.

71. *Revista de Direito Administrativo*, 41/207.

72. *J. X. Carvalho de Mendonça, Tratado*, VI, parte I, n. 370.

73. *Rotondi, Trattato*, II, pág. 261; *Ferrara Jr., Teoria cit.*, pág. 387; *Ferri, Manuale cit.*, pág. 103.

CAPÍTULO X

NEGÓCIO DE ALIENAÇÃO: A INTERDIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

SUMÁRIO: 195 — A chamada "cessão de clientela". 196 — A proibição de restabelecimento do alienante. 197 — Teorias sobre o fundamento da proibição. 198 — A interdição de concorrência no direito italiano. 199 — A obrigação de não-concorrência no direito francês. 200 — Doutrina de **Carvalho de Mendonça**. 201 — Posição de **Rui Barbosa**. 202 — Opiniões de **Waldemar Ferreira** e **Pontes de Miranda**. 203 — A cláusula de não-concorrência é implícita na alienação. 204 — Legitimidade da convenção de não-restabelecimento. 205 — Aplicações do pacto restritivo.

195. O adquirente de um estabelecimento comercial tem evidente interesse em conservar sua clientela, que é um dos fatores do aviamento — modo característico de ser que se traduz na capacidade de produzir lucros — em vista do qual pagou um preço maior (v. *supra*, n. 137).

Mas é claro que, não se revestindo da natureza de *res*, a clientela não pode ser objeto de cessão ou transmissão, isoladamente. A impropriamente chamada "cessão de clientela" pressupõe, necessariamente, o trespasse do estabelecimento, ou ao menos a transferência do fator ao qual a freguesia se acha, no caso concreto, mais de perto correlacionada (o local, a insígnia, os serviços, a patente de invenção).

Na denominada "cessão de clientela", o suposto cedente não tem a disponibilidade física dos clientes, nem pode influir na sua vontade a ponto de garantir a fidelidade à casa, nem o

cessionário tem meios de reter materialmente a freguesia¹. Os próprios escritores franceses reconhecem a inconveniência da expressão².

Não existe, como vimos, direito absoluto à clientela (*supra*, n. 141). O que na verdade ocorre é a transmissão dos bens que, por sua vez, constituem fatores da clientela, assim como a cessão de contratos ou a assunção de obrigações de fazer e de não fazer que tem por objetivo possibilitar ao novo sujeito conservar a clientela do predecessor. Não é o conjunto de clientes em si que é objeto da transferência, nem o interesse do novo sujeito em relação à clientela pode ser protegido diretamente. A tutela jurídica do adquirente se verifica de modo indireto, através de prestações e de abstenções do alienante³.

A chamada "cessão de clientela", em última análise, resolve-se em vários tipos de obrigações do alienante, a saber:

- 1.º, obrigações de *dare*, que se referem à transmissão dos bens que constituem fatores de clientela;
- 2.º, obrigações de *facere*, que consistem na apresentação do novo titular aos clientes (através da publicidade, da cessão da insígnia e do título da casa), na *autorização* ao adquirente para designar-se como sucessor, na *comunicação* dos dados relativos à exploração (fichários, endereços de clientes, listas de fornecedores, correspondência);
- 3.º, obrigações de *non facere*, que impõem ao alienante a interdição de concorrência em relação ao adquirente⁴.

196. Efeito típico e peculiar do *trespasse* do estabelecimento é a proibição de concorrência imposta ao alienante, que é

1. Diz Ferrara Jr., de modo pitoresco, que a "clientela" é sempre uma entidade fugidia (*sfuggente*) e inapreensível (*inafferabile*); *Teoria*, n. 45, pág. 115.

2. J. Escarra, *Principes*, n. 436, pág. 434.

3. T. Ascarelli, *Corso*, cap. XIII, n. 9, pág. 359.

4. No sentido geral do texto, Hamel e Lagarde, *Traité*, II, ns. 946 e 1.018, Ascarelli, *Corso*, loc. cit.

sancionada em alguns países, de modo expresso, pela lei (Itália) e é acolhida, em outros, pela jurisprudência (França, Alemanha, Bélgica).

A obrigação, para o alienante, da abstenção de qualquer ato de concorrência em relação ao adquirente, é de particular relevância, dada a circunstância de que o *aviamento subjetivo* ou *pessoal* do antigo titular é intransmissível (v. *supra*, n.º 132). É claro que as qualidades inerentes à personalidade do comerciante acompanham-no para onde for, e se externam em qualquer atividade por ele eventualmente exercida. Daí ser necessário impedir, dentro de limites razoáveis, que a atividade concorrente do antigo titular vá perturbar a tranqüila fruição da clientela adquirida pelo novo titular.

Se fosse permitido ao alienante continuar a atividade empresarial, o público não veria no adquirente do estabelecimento o sucessor e continuador daquele, mas, ao revés, seria levado, pelo hábito e pela rotina, a permanecer fiel ao antigo titular. Na frase feliz de Casanova, o valor instrumental do estabelecimento cedido, com referência à empresa, seria diminuído e, substancialmente, o alienante viria retomar, em todo ou em parte, aquilo que havia transferido⁵.

No sentido de manter as *relações de fato* (não jurídicas) do novo titular da casa com a clientela, devem prever a lei ou a convenção, ou, na sua falta, prever a jurisprudência.

197. São várias as teorias formuladas, em doutrina, para explicar a proibição de concorrência que impende ao alienante do estabelecimento.

No direito italiano, duas concepções, hoje superadas, fundamentavam a interdição de concorrência, ou na obrigação de garantia por evicção (*Vivante, La Lumia*) ou na repressão à concorrência desleal.

Trata-se, porém, de uma obrigação contratual, cuja natureza, atualmente, duas concepções procuram explicar. Para a pri-

5. M. Casanova, *Azienda*, n. 38, pág. 11.

meira delas, de autoria de *Casanova*, a obrigação de não-concorrência é "aquela mesma obrigação de entregar a coisa, a qual, realizada a entrega, se transforma e continua sob aspecto diverso"⁶; mas parte do pressuposto inaceitável de que a clientela é bem, objeto de uma obrigação de dar.

A segunda, que se deve a *Auletta*, explica a vedação de concorrência como obrigação autônoma de não fazer, limitativa da liberdade pessoal do sujeito passivo e, portanto, não essencial à transferência do fundo; a proibição constitui o instrumento jurídico específico para permitir ao adquirente do estabelecimento a consolidação da clientela, ou antes, a tutela a este dispensada em confronto com o alienante, considerando a periculosidade da concorrência por ele exercida. Esta doutrina admite, portanto, que haja trespasse do estabelecimento, mesmo que as partes tenham, de comum acordo, excluído a proibição⁷.

198. Contém o art. 2.557 do código civil italiano norma expressa, no sentido de proibir a concorrência por parte de quem aliena o estabelecimento, ou o concede em desfrute (usufruto ou arrendamento). O alienante deve abster-se, por um período de cinco anos a contar da transferência, de iniciar nova empresa que, pelo objeto, por sua localização ou outras circunstâncias, seja idônea para desviar a clientela do estabelecimento transferido.

O pacto de abstenção de concorrência com limitações mais amplas do que as previstas na lei é válido, desde que não impeça toda atividade profissional ao alienante. Não pode ter ele duração excedente a cinco anos a contar do trespasse. Se for indicada duração maior ou não estiver prefixada a duração, valerá a proibição de concorrência pelo período de cinco anos a contar da transferência. A fixação desse prazo apóia-se no pressuposto de

6. *M. Casanova, Imprese commerciali*, n. 469, pág. 698. No mesmo sentido, *Graziani, Studi di diritto civile e commerciale*, Nápoles, 1953, pág. 457; *Despax, L'entreprise*, pág. 49 e segs.

7. *G. Ferrari, Azienda*, n. 22, pág. 708. Contra: *Ascarelli, Corso*, cap. XIII, n. 9.

que constitui o lapso de tempo suficiente para consolidar, em relação ao novo titular, o aviamento da casa comercial.

A proibição diz respeito diretamente ao desenvolvimento da atividade empresarial, e não à concorrência desleal. Para *Ascarelli*, o fundamento da proibição se encontra no princípio de deverem os contratos ser interpretados e executados de boa fé; ora, versando o contrato sobre o estabelecimento, isto impede o alienante de desenvolver uma concorrência qualificada pela sua posição peculiar⁸.

Entende a doutrina dominante que a interdição de concorrência, revestindo-se da natureza de obrigação de não fazer, é pessoal e intransmissível, tanto *causa mortis* como *inter vivos*, do lado passivo; isto se explica porque a concorrência dos herdeiros ou dos sucessores do alienante não é qualificada por particular periculosidade⁹.

Ao contrário, a obrigação de não-concorrência é transmissível, do lado ativo, seguindo a sorte do estabelecimento ao ser novamente transferido para outro adquirente. Neste caso, o interesse do primeiro adquirente na observância da obrigação é mais intenso, porque, por seu turno, ele também responde pela abstenção da concorrência própria e do primeiro alienante, perante o sub-adquirente¹⁰.

199. Na França, onde inexistente regulamentação legal a respeito, coube à doutrina e à jurisprudência elaborar a teoria da obrigação de não-concorrência, como aspecto particular da garantia do fato pessoal do vendedor.

Encontrou eco entre os escritores a doutrina de *Aubry e Rau*, para os quais a obrigação de garantir a posse pacífica da coisa vendida acarreta, para o vendedor e seus herdeiros, a abstenção de qualquer ato que possa inquietar o comprador, ou privá-lo de par-

8. *T. Ascarelli, Teoria della concorrenza*, cap. II, n. 9, pág. 72.

9. Cf. *Ascarelli, Teoria*, pág. 66; *Casanova, Imprese*, pág. 712 e segs.

10. *Ferrari, Azienda*, n. 24, pág. 710; *Casanova, Azienda*, n. 40, pág. 11.

te das vantagens com que pudesse contar, segundo o destino e o estado em que ela se achava no momento da venda. Assim o vendedor do fundo de comércio não pode, ao menos em época próxima à venda, abrir na vizinhança estabelecimento da mesma natureza¹¹. A interdição de restabelecimento, como se vê, é nessa doutrina limitada quanto ao espaço, ao tempo e ao objeto.

Mas outros escritores, como *Laurent*, entendem que, constituindo a liberdade de comércio princípio de direito público, a obrigação de não-restabelecimento somente pode decorrer de contrato, desde que a lei não a fixou. De qualquer forma, tal obrigação, além de expressa, deve ser limitada, sob pena de nulidade¹².

Tendo em conta a necessidade de conciliar a obrigação implícita de não-concorrência com o princípio da livre concorrência, orienta-se a doutrina francesa no sentido de atribuir aos juízes a apreciação, em cada caso concreto, da possibilidade de o restabelecimento do vendedor configurar infração àquela obrigação¹³.

A fim de obviar a discussão, costuma-se incluir no contrato de venda a cláusula expressa de não-restabelecimento. Mesmo nesta hipótese, a jurisprudência firmou-se no sentido de que a interdição não pode ser a um tempo *permanente* (ilimitada quanto à duração) e *geral* (ilimitada quanto ao espaço). O vendedor do fundo se obriga validamente a não se restabelecer jamais numa zona determinada, ou a não exercer sua atividade em lugar algum durante certo tempo; seria nula, porém, a estipulação de nunca se restabelecer em lugar nenhum. O compromisso estipulado, em princípio, se transmite ativa e passivamente aos sucessores das partes contratantes. A sanção natural da violação do pacto é o fechamento da nova casa comercial do vendedor, com eventual atribuição de perdas e danos ao comprador prejudicado¹⁴.

11. *Cours de Droit Civil Français*, V, n. 355.

12. Apud *Waldemar Ferreira, Tratado*, VII, n. 1.613.

13. *Hamel e Lagarde, Traité*, II, n. 1.060; *Escarra, Principes*, I, n. 485, pág. 512.

14. *Hamel e Lagarde, Traité*, II, ns. 1.061-1.063.

200. Não encontramos, na lei brasileira, normas especiais regulando a interdição de restabelecimento do alienante, como efeito do trespasse do estabelecimento.

Na prática negocial, entretanto, as questões que se têm suscitado a propósito da teoria do estabelecimento (afora os litígios sobre renovação de locação comercial ou sobre os institutos da propriedade industrial) dizem respeito, ora à responsabilidade do adquirente pelo passivo, ora à abstenção imposta ao alienante do fundo, de modo implícito ou explícito, de atos suscetíveis de desviar a clientela.

Indaga-se, na ausência de regra legal, se, não dispondo as partes expressamente, prevalece a proibição de concorrência.

Uma autorizada corrente doutrinária, com *Carvalho de Mendonça* à frente, opina no sentido de que, entre as garantias devidas pelo alienante da casa comercial, se inclui a de fazer boa ao adquirente a coisa vendida, e não inquietá-lo na sua posse e gozo. A garantia pelo fato pessoal do vendedor é assegurada pelo art. 214 do código comercial¹⁵; trata-se, portanto, de obrigação *ex lege*, de pleno direito, que existe, ainda quando as partes estipulem o contrário, o que envolveria dolo. É, ainda, uma obrigação indivisível, de modo que o vendedor não pode molestar o comprador, no gozo ainda que parcial da coisa vendida¹⁶.

A principal aplicação desse preceito, enfatiza *Carvalho de Mendonça*, está, justamente, no trespasse do estabelecimento comercial, que acarreta para o alienante a proibição de concorrência, efetivada mediante desvio total ou parcial da clientela, ainda que seja por via oblíqua (constituição de sociedade de que faça parte) ou por interposta pessoa (negócio fiduciário com parente ou amigo). Nem os próprios herdeiros podem infringir o preceito legal¹⁷. Nestas condições, ao vendedor não é lícito,

15. Código comercial, art. 214, *ab initio*: "O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma".

16. *J. X. Carvalho de Mendonça, Tratado*, VI, parte II, n. 667, pág. 82; *Cunha Gonçalves, Da Compra e Venda*, n. 138, pág. 410.

17. *Tratado*, VI, parte II, n. 666, pág. 81.