

# **ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL**

**Marino Luiz Postiglione**  
Professor de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

## **PASSA-SE O PONTO**

### **Introdução**

Essa espécie de oferta negocial é rotineira em nossa paisagem urbana, revelando não só aspectos de poluição visual urbana, o fechamento de pequenos estabelecimentos comerciais e também uma errônea técnica, que é o propósito desse trabalho, que não se volta às teorias a respeito da criação do estabelecimento empresarial, nem à discussão de sua natureza jurídica, tampouco diz respeito à posição dos seus componentes, mas tem como objetivo a visão jurídica da circulação econômica do estabelecimento comercial e das relações jurídicas que o tenham como objeto.

O breve estudo perquire, basicamente, o conhecimento dos direitos que tem o estabelecimento e seus fundamentos jurídicos contratuais, trata de abordagem superficial dessa espécie negocial não disciplinada por nosso ordenamento jurídico.

Desde logo, cabe esclarecer que, nos referiremos ao estabelecimento empresarial, por simplificação, somente como “estabelecimento”, sem prejuízo para seu entendimento, haja vista que *ponto*, ou melhor, ponto comercial, é apenas parte do estabelecimento, ou seja, uma potencialidade contratual obtida pelo empresário diligente, que se insere nesse contexto.

### **Do estabelecimento**

Para haver negociação de estabelecimento, devemos partir da questão de saber o que é, em que consiste e qual a disciplina jurídica aplicável ao estabelecimento. Cuida de uma universalidade de fato, que deve ser examinada pela óptica do direito privado, porque é no domínio do Direito Comercial que nos situamos, cumprindo salientar que estabelecimento é uma realidade econômica considerada relevante desde os tempos iniciais do comércio<sup>1</sup>, bem como sua negociação.

Observa-se, na história um contínuo desenvolvimento da vida econômica, pela divisão do trabalho, pela especialização, pelo desenvolvimento tecnológico e industrial, em suma, uma devoção econômica que sempre favoreceu o estabelecimento, sendo que sua importância hoje excede em muito àqueles primeiros tempos.

O estabelecimento pode ser entendido como o conjunto de meios de que o empresário se serve para o exercício de sua atividade empresarial, assim conceituado e aceito pela maioria de nossos doutrinadores, como Oscar Barreto Filho<sup>2</sup>, Hernani Strella<sup>3</sup>, Fábio Ulhoa Coelho<sup>4</sup>, Rubens Requião<sup>5</sup>, Fran Martins<sup>6</sup>, João Eunápio Borges<sup>7</sup> e tantos outros.

Também é consabido que estabelecimento é um enfoque “determinado”<sup>8</sup> da empresa, ou seja, outro modo de dizer “empresa”. Na atual legislação comercial é comum a utilização das expressões “estabelecimento” e “empresa” para significarem uma mesma realidade, nesse sentido, o estabelecimento é aquilatado como o núcleo mais importante da vida econômica ao qual ligam-se múltiplas relações econômicas, como afirma Fábio Konder Comparato<sup>9</sup>: “*Se se quiser indicar uma instituição social, que pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa*”.

Essa realidade econômica é peculiar e tem sua relevância jurídica denotada não quando se consideram os elementos singulares que a constituem, os quais, de per si, não reclamam tutela especial, já que são amparados pelo direito comum; mas peculiarmente relevada quando vista como um todo organizado e unitário, levando-se em consideração os múltiplos e variados elementos que concorrem para esse todo, como um conjunto.

A importância fundamental do estabelecimento enquanto *organização* de bens, serviços e relações econômicas é realçada por ser o meio ou instrumento imprescindível para a atividade econômica empresarial; desse modo, o Direito não pode manter-se indiferente, visto que a vida real o suscita e por ele deve ser modelado.

É certo que os negócios que versam sobre o estabelecimento não são previstos na legislação comercial, mas nem por isso são menos importantes, sequer poderiam ser encaixados como contratos “inominados”, mas sim negócios da vida corrente, que pela sua importância econômica, tratam de figura contratual bastante repetida, as vezes mais que outros contratos “nominados”.

Alguns parâmetros balizam esses negócios há muito tempo, pois as partes contratantes, costumeiramente, não inventam nada, antes se remetem a uma prática anterior como que herança prática dos comerciantes, haja vista tratar-se de ramo do Direito que

---

<sup>1</sup> O estabelecimento, como noção econômica, é tão antigo como o comércio e a indústria. Os comerciantes dos tempos mais remotos tiveram um estabelecimento porque necessitaram para os seus negócios daqueles elementos que permitiam realizá-los. Elementos como locais, mercadorias, nome, clientela etc. sempre foram inerentes ao exercício de qualquer comércio.

<sup>2</sup> Teoria do estabelecimento comercial, p. 60.

<sup>3</sup> Curso de direito comercial, p.256.

<sup>4</sup> Curso de direito comercial, p. 92.

<sup>5</sup> Curso de direito comercial, p. 197.

<sup>6</sup> Curso de direito comercial, p. 425.

<sup>7</sup> Curso de direito comercial terrestre, p. 184.

<sup>8</sup> ALBERTO ASQUINI, *apud* Fábio Konder Comparato, RDM, 104:111.

<sup>9</sup> Direito Empresarial, p.03.

teve sua gênese fundada nos estilos dos comerciantes medievais, consubstanciando um direito consuetudinário que mantém tradicionalmente o prestígio dos usos e costumes como constituição de seus regramentos.

As codificações são originadas no passado, posto que sintetizaram os usos e costumes incorporados em repertórios organizados pelas *corporações* e, o legislador, quando da elaboração de regramentos específicos conhece a inteligência inventiva e a engenhosa capacidade técnica dos comerciantes, que criaram, por meio de práticas a asseguaração do desenvolvimento e a segurança de seus negócios.

Do mesmo modo, pela prática reiterada, denotou-se a consubstanciação da figura jurídica do estabelecimento empresarial que, reconhecida pelo Direito, é preservada como um todo, por ser a um só tempo riqueza e fator gerador de circulação, suscitando tutela a ser conferida como uma unidade, mediante condições jurídicas que permitam manter intacta essa organização produtiva, tanto do ponto de vista estático, quanto do dinâmico.

Do ponto de vista *estático*, de que não se ocupa este restrito estudo, o Direito garante ao estabelecimento as condições jurídicas da sua existência, pela preservação da sua identidade (regime do nome, título de estabelecimento, insígnia etc.), pela proteção dos seus produtos no mercado (regime da propriedade industrial) e pela imposição de regras que impeçam a concorrência desleal.

Sob o ponto de vista *dinâmico*, o Direito deve garantir a circulação do estabelecimento, justamente para impedir que ele se desagregue quando o seu titular deixe, queira ou tenha de deixar de estar à sua frente<sup>10</sup>. É sob esse enfoque, da circulação voluntária do estabelecimento, que situamos esse estudo, com a figura contratual de negócio de transmissão *lato sensu*<sup>11</sup> do estabelecimento, denominado *traspasse*<sup>12</sup>.

Situado o tema, à guisa de ressalva para as dificuldades do tema, que carece de regramento próprio, cabe transcrever as reservas feitas por Guillermo J. Jiménez Sánchez, que reproduzem situação idêntica de lacuna de nosso sistema jurídico: “*Los problemas derivados de las carencias conceptuales de la empresa se hacen, ahora, evidentes y delicados: de un lado, hay que determinar, tanto desde el punto de vista económico como jurídico, qué es lo que se transmite, lo que plantea el problema conceptual de la compleja unidad económica y jurídica de la empresa y la necesidad de su preservación como valor patrimonial de explotación económica resultante de la actividad ejercitada por el empresario transmitente mediante el establecimiento mercantil; y, de otro, hay que determinar el régimen jurídico aplicable a cada negocio transmissorio de la empresa, cuestión no menos grave y complicada, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico carece también de un cuadro de normas reguladoras de los mismos.*”<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Poderíamos exemplificar com três situações diferentes: o falecimento do titular do estabelecimento e a conseqüente transmissão deste mortis causa; a transmissão voluntária dele (ou da sua exploração) e a execução forçada do estabelecimento.

<sup>11</sup> Dizemos transmissão, em sentido lato, para nela englobar tanto a cessão parcial do estabelecimento como a total, em que se transmite o próprio estabelecimento, inclusive sua exploração.

<sup>12</sup> A palavra “traspasse” por ser corrente na linguagem comercial, é a que preferimos. São-lhe equivalentes, contudo com menos uso os termos *traspasse*, *traspasso* e *traspasso*.

<sup>13</sup> SANCHES, GUILLERMO J. JIMENEZ, Lecciones de derecho mercantil, p. 67.

Enfim, como o empresário tem sobre o estabelecimento empresarial livre disponibilidade, assim como sobre seus bens e porque o estabelecimento integra seu patrimônio e também por ser entendido como garantia de credores, algumas vezes a alienação fica sujeita à observância de cautelas específicas, que as disposições legais dispersas criaram, mais com vistas à tutela dos interesses dos credores olvidando a necessária proteção ao próprio *organismo* em estudo, situação que deve ser revertida.

## Abrangência

A expressão *estabelecimento* tanto pode aparecer numa aceção *lata*, referente à organização global do empresário, ou seja, ao conjunto ou complexo de coisas corpóreas e incorpóreas organizado para o exercício da empresa de determinada pessoa singular ou coletiva, ou, numa aceção *restrita*, no que diz como unidade técnica ou de produção de bens, onde se realiza a empresa.

A análise levada a efeito é no sentido amplo concernente aos elementos necessários ao desempenho da atividade do empresário, que os agregou e organizou para a realização de sua empresa, assim, o estabelecimento é entendido como uma unidade econômica, composta por vários elementos, quais sejam, as *coisas corpóreas* ou *materiais*: móveis, imóveis, dinheiro, títulos de crédito, mercadorias, máquinas, mobiliário, prédios etc.; as *coisas incorpóreas* ou *imateriais*, patentes de invenção, modelos e desenhos industriais, marcas, nome, direitos, relações jurídicas instrumentais ao exercício do comércio, inclusive as relações de fato que têm valor econômico, como os consumidores (clientela), fornecedores e financiadores (crédito) e demais elementos.

Confere balizamento ao estudo, a compreensão de que a alienação de estabelecimento é entendida como a transferência definitiva, unitária ou global, da titularidade de um estabelecimento empresarial, por esse indicativo, consideramos como elementos indiscutivelmente comuns ao *negócio jurídico*<sup>14</sup>:

- a) a existência de um estabelecimento;
- b) a transmissão de modo unitário ou global.

Imprescindível a análise, ainda que superficial, desses elementos comuns, a fim de melhor aferir essa figura jurídica.

## A existência do estabelecimento

A existência de um estabelecimento empresarial<sup>15</sup> é entendida como o conjunto de bens, materiais e imateriais, agregados e organizados pelo empresário para sua atividade.

<sup>14</sup> Referimo-nos aos elementos que são pacificamente aceitos como integrantes.

<sup>15</sup> Poderíamos discutir se, para haver *trespasse*, seria necessário que o estabelecimento estivesse sendo explorado. Em princípio, parece-nos que tal não é necessário, desde que se trate de uma situação temporária ou transitória (a de não exploração) e desde que o estabelecimento se mantenha apto à exploração, que, em qualquer momento, possa ser retomada, podemos aventar a hipótese de alguém que herde um estabelecimento, mas não seja comerciante e tampouco pretenda exercer o comércio, nem por isso estaria desfigurado o estabelecimento, ou obstada sua alienação.

A doutrina<sup>16</sup> classifica esses bens em materiais ou imateriais; outras vezes, fala de elementos corpóreos e incorpóreos, como já exemplificado.

Não vamos nos embrenhar no estudo das questões desses elementos, pois não têm aproveitamento prático ou resultado jurídico, já que cada negócio deverá ter sua análise própria, perscrutando-se o porte, o ramo e os vários componentes que se negociam; além disso, este trabalho tem objeto diverso. De qualquer modo, à alienação de estabelecimento empresarial, algumas constatações devem ser feitas:

1) o estabelecimento é efetivamente constituído por um primeiro elemento de ordem *substancial* ou material: o complexo ou o conjunto de elementos de natureza diversa, coisas corpóreas, incorpóreas e direitos;

2) desse complexo ou conjunto não fazem parte, contudo, alguns elementos costumeiramente apontados; assim a clientela e o aviamento, que devem ser entendidos como qualidades ou características do estabelecimento, mas não como seus elementos<sup>17</sup>;

3) não parece que se deva defender a existência, em abstrato, de elementos essenciais do estabelecimento, ou seja, aqueles que sempre existem num estabelecimento e que têm de ser encontrados em qualquer realidade que se configure como tal; isso porque aquele conjunto de elementos<sup>18</sup> não é de composição fixa, nem mesmo quanto a um número reduzido de elementos; muito ao contrário, o estabelecimento é usualmente reconhecido como de conteúdo variável<sup>19</sup>;

4) saber se determinada realidade é ou não um estabelecimento, o resultado de uma análise a se fazer caso a caso, levando em consideração um outro e fundamental elemento do conceito ora proposto – a *organização* –, que, verdadeiramente, delimita e caracteriza o item anterior, já que no estabelecimento empresarial não se trata só de um conjunto de bens ou elementos, mas de um conjunto de bens organizados para uma atividade produtiva, sendo certo que essa organização pode ser muito simples ou muito complexa, da mesma forma que seus bens ou elementos podem ser poucos ou muitos.

De tudo concluir que a organização há de ser *estável e autônoma*, porque funcionalmente dirigida ao exercício de uma atividade empresarial, devendo consistir na predisposição de seus vários elementos, recíproca ou complementarmente coligados para servirem de instrumental dessa *organização* produtiva.

---

<sup>16</sup> FÁBIO ULHOA COELHO, Curso, p.95; JOÃO EUNÁPIO BORGES, Curso, p. 187; RUBENS REQUIÃO, Curso, p. 207; e, FRAN MARTINS, Curso, p. 431.

<sup>17</sup> Trata de questão debatida. Parece-nos, no entanto, que a correta combinação dos fatores produtivos, a qualidade dos produtos ou os serviços do estabelecimento, a boa reputação do seu titular etc., tudo isso é que determina, em maior ou menor medida, a qualidade aviamento do estabelecimento, como determina o maior ou menor fluxo de adquirentes daqueles bens ou serviços a clientela, que será, esta mesma, um dos fatores do aviamento. Por outro lado, o fato de serem qualidades do estabelecimento não retira que tenham um valor e que, como tal, devam ser protegidas (nomeadamente, pelas regras da concorrência).

<sup>18</sup> Nem parece haver interesse em falar-se num mínimo de suporte material, o que, aliás, pode ser discutível, em certos termos, v. g., a hipótese concebível do estabelecimento do correto que visite os seus clientes.

<sup>19</sup> Não é possível dizer quais os elementos componentes de todos os estabelecimentos, apenas se pode apontar aqueles que normalmente o constituem.

Por essa abordagem, temos que aquele conjunto de bens há de estar erigido numa organização estável, não se levando em conta a etimologia do termo “estabelecimento”, ou seja, que este tenha de funcionar em local fixo, porquanto o local pode até não ser elemento do estabelecimento, do mesmo modo que um estabelecimento pode estar repartido em vários locais. A alusão à estabilidade da *organização* significa que ela deve ser de modo a que se mantenha apta ao exercício de uma atividade empresarial, apesar da mutabilidade dos seus elementos.

Também não deve tratar-se de uma organização efêmera ou ocasional, mas de organização montada para permitir, com continuidade, o exercício da atividade a que se propõe.

Outro aspecto: essa organização há de ser *autônoma*, o que não significa independência absoluta; a filial ou sucursal de uma empresa pode constituir um estabelecimento dela, desde que desempenhe a atividade complementar ou secundária, que tenha autonomia suficiente, mas que seja dependente do principal estabelecimento.

Tal autonomia significa que a organização se destaca ou pode ser destacada com aptidão própria para o desempenho da atividade empresarial, de modo que uma empresa possa ter vários estabelecimentos. Estruturalmente, a organização dos elementos, não pode ser de qualquer tipo, deve estar funcionalmente dirigida – elemento teleológico – para o exercício de uma atividade empresarial e essa função influi de forma decisiva sobre o modo por que se hão de coligar esses elementos.

Em suma, podemos entender o estabelecimento empresarial como a organização estável e autônoma de um conjunto de elementos, materiais e/ou imateriais, instrumental e recíproca ou complementarmente coligados para o desempenho de uma atividade empresarial, de modo que possa ser de qualquer porte ou ramo.

## A transmissão global ou unitária

Também é importante verificar, além do objeto da alienação, o que se está negociando, pois o Direito garante a circulação do estabelecimento como um todo – uma unidade –, preservando seu valor econômico, representado pela unidade econômica, que corresponde a uma *unidade jurídica negocial*<sup>20</sup>.

Assim se admite e provê a manutenção do estabelecimento como uma unidade, ensejando ser objeto de negócio jurídico único, que, naturalmente, acarretará uma particular disciplina desse contrato que trate da transmissão de estabelecimento.

Ainda pode ser *global* ou *unitária*, mesmo que sugira até redundância a utilização das expressões “global” ou “unitária”, para haver alienação de estabelecimento, pois transmite-se justamente esse todo organizado com seus múltiplos elementos – a organização que ele constitui. Essa transmissão é sempre global, e não poderia deixar de ser, pois, de outro modo, o que se transmitiria não seria o estabelecimento mas os elementos singulares que o compõem ou um conjunto deles.

<sup>20</sup> O estabelecimento pode ser considerado como uma unidade jurídica, como, por exemplo, no caso de sua reivindicação; do mesmo modo, para efeitos sucessórios ou até de execução forçada.



Contudo, dados os problemas que podem sobrevir dessa transmissão e o interesse em que se transmita o estabelecimento como conjunto, não pelos seus elementos singulares ou pelo mero conjunto desses elementos, caso em que não se tutelaria o estabelecimento como um todo.

Por se tratar de modalidade específica de transmissão, devemos discutir acerca de quantos e quais elementos poderão eventualmente subtrair-se à alienação, sem que, com isso, seu objeto perca a qualidade de estabelecimento. Não nos parece, porém, que tal discussão possa levar a determinação concreta de quais são esses elementos, pois o estabelecimento é de conteúdo variável, não sendo possível inventariar quais elementos seriam essenciais a todo estabelecimento, como aqueles que sempre hão de estar presentes qualquer que seja o ramo ou porte; mas, pelo fato de que nosso sistema jurídico não oferece qualquer regulamentação da disciplina do estabelecimento, neste contexto, pelo menos se admite a tentativa de enunciar um critério geral, um princípio objetivo e adequado às práticas do mercado, subsumido às tendências jurisprudenciais.

Assim, entendemos que a transmissão global do estabelecimento implica a transferência dele, de sua organização como uma “unidade essencial”, de modo a que o adquirente esteja em condições de explorá-lo.

Não haverá transmissão global de um estabelecimento quando, em virtude das cláusulas do negócio, não se transfiram elementos cuja falta, no caso concreto, acarrete o desaparecimento da funcionalidade da organização, que impossibilite a continuação da sua atividade.

Em consonância, no caso de se tratar de transmissão global, bastará a indicação dos elementos que permitam individualizar aqueles que sejam indispensáveis para caracterizar o estabelecimento que se transmite, por exemplo, o nome, a atividade exercida, o local onde esteja instalado etc.

Será fora de dúvida que, na maioria dos casos, o trespasse implique a transmissão de *mercadorias, máquinas, utensílios e móveis* que integram o estabelecimento, pois a transmissão desses elementos verifica-se ainda que eles não sejam individualmente mencionados no ato de transmissão. Contudo, não se torna absolutamente indispensável a indicação dos elementos, pelo que seu *inventário* é aconselhável<sup>21</sup>.

Mesmo na carência de disciplinas normativas da negociação de estabelecimento, há o entendimento geral de que, na ausência de estipulação negocial ou de disposição específica em contrário, se transmitem-se todos os elementos que o integrem, sempre se ressaltando a observância às disposições legais, de direito comum, que condicionem alguns elementos a determinados requisitos de forma ou de consentimento.

O regime da transmissão do estabelecimento, não pode deixar de deduzir-se de lei, ainda que esta não o estabeleça de modo sistemático e completo, como sucede no nosso Direito, mas esse fato não significa que é facultado sair do sistema, pois, quer quando se

<sup>21</sup> Assim se evitarão possíveis conflitos, mesmo sobre a existência de bens que integrariam o estabelecimento, e não só sobre a questão de saber se eles se transmitiram ou não, integrados no estabelecimento.

considerem as regras gerais do direito, quer quando se considerem as esparsas referências legais ao estabelecimento e à sua transmissão, será apenas destas e daquelas que poderemos e deveremos deduzir o regime respectivo.

## Natureza jurídica

Por enquadrar-se no espectro desse estudo, cabe indagar qual a natureza jurídica da alienação. A alienação pode importar em vários negócios, não sendo relevante se o empresário adquire o estabelecimento para alienar ou para qualquer outro fim; mas, precisamente para explorá-lo, situação em que o adquirente será comerciante, e a *coisa*, do comércio.

Na generalidade dos casos, o alienante do estabelecimento empresarial é o empresário, pessoa natural ou jurídica, que é titular dele, podendo acontecer que seja o espólio de empresário individual ou massa falida, mas devemos nos ater à maioria dos negócios, que têm por fim dar continuidade à atividade como instrumento da exploração empresarial, ficando, portanto, sujeito às normas de Direito Comercial.

E, em função do comércio que o alienante exercia como gestor em nome próprio de seu estabelecimento, que é o objeto do instrumento de transmissão, a transferência de titularidade o caracteriza como comerciante.

Seguindo esse raciocínio, temos que a venda por comerciante de coisa comercial, no sentido do Direito Comercial, aplica-se inclusive na acepção excludente do art. 69, do Código Civil; assim, pois, o negócio relaciona empresários e não consumidores.

Nesse sentido, sem pretender revivificar a estéril discussão da dicotomia no direito privado nacional, mas a propósito do tópico, interessante lembrar o revogado *Regulamento nº 737*, que, em seu art. 12, dispunha: “*A parte não comerciante é sujeita à jurisdição comercial, ou interviesse no contrato, ou seja herdeiro sucessor, cessionário, sub-rogado, possuidor de títulos e papéis de crédito comerciais...*”. Desse modo, conclui-se, pois, que mesmo não sendo o interessado “comerciante”, ao adquirir um estabelecimento, terá atividade empresarial, submetendo-se ao espectro do Direito Comercial.

Finalizando quanto à natureza jurídica do estabelecimento, pela maioria da doutrina pátria, temos por aceita a concepção de que se trata de universalidade de fato, e por isso não iremos entrar aqui na *vexata quaestio* do enunciado e crítica às múltiplas teses a esse respeito, como a da personalização, a do patrimônio autônomo, a da universalidade de fato ou de direito, as teorias atomísticas etc.<sup>22</sup>

Para concluir esse tópico, melhor situar a discussão na solução preconizada por Fábio Ulhoa Coelho, que sintetizou, “*da rica discussão, basta apenas destacar três pontos essenciais: 1º) o estabelecimento empresarial não é sujeito de direito; 2º) o estabelecimento empresarial é uma coisa; 3º) o estabelecimento empresarial integra o patrimônio da sociedade empresária*”<sup>23</sup>. Por esses parâmetros, que ficam adotados, podemos prosseguir no estudo.

<sup>22</sup> Algumas dessas teses são, porém, claramente de se afastar em face do nosso sistema jurídico; assim, desde logo, a que personaliza o estabelecimento ou a que vê nele um patrimônio autônomo. Por sua vez, nossa doutrina prestigia a tese da universalidade de fato.

<sup>23</sup> FÁBIO ULHOA COELHO, Curso, cit., p. 94.



## Importância econômica do instituto

É consabido que os interesses econômicos afetam diretamente o mundo jurídico pelo aludido *direito-custo*<sup>24</sup>, que, de modo superficial, é entendido como a interferência das normas jurídicas no custo da atividade empresarial.

A própria atividade empresarial sendo negociada denota a importância econômica desse contrato, sendo evidente que se negocia a própria empresa.

## Do trespasse

O estabelecimento pode ser objeto de negócios *inter vivos* ou *mortis causa*, que ensejam a transferência da sua titularidade, Barbosa de Magalhães, citado por Oscar Barreto Filho<sup>25</sup>, esclarece que o termo “trespasse” tem o étimo de transmissão ou transferência e abrange, no sistema da lei portuguesa, qualquer transmissão do estabelecimento em conjunto. No Direito brasileiro, “trespasse” também é entendido como a transferência de estabelecimento, que se opera por efeito de venda ou cessão de acervo dotado de aviamento. A doutrina de Oscar Barreto Filho<sup>26</sup> preconiza a preferência pelo termo “cessão”, vez que a venda se refere a transferência do domínio das coisas corpóreas, na conformidade do que dispõe o Código Civil, em seu art. 1.122.

Como referido, não havendo prescrição legal, nada está regulado em termos de forma, destarte, não há exigência de instrumento solene para o *trespasse*. Pode ele efetivar-se por instrumento particular ou público, como assevera Waldemar Martins Ferreira<sup>27</sup>: “A publicidade do trespasse dá-se, costumeiramente, não, porém, por imposição legal, visto que a lei não disciplinou, especificamente, o contrato. Rege-se ele, portanto, pelas regras do direito comum. Tanto pôde constar de instrumento público, como de particular. Não poucos se trespasam por via de simples recibos e, até, por troca de cartas. Se assim é quanto à forma do contrato, de tanta simplicidade, o mesmo não se dá quanto aos seus efeitos”.

O estabelecimento é entendido como uma universalidade de fato adequada a uma realidade econômica, devendo ser tratado como um conjunto de bens delimitados pelo seu proprietário, o empresário, que reúne bens economicamente relevantes para o desempenho de sua atividade. É de se reconhecer sua heterogeneidade, daí os numerosos problemas que suscita o *trespasse* do estabelecimento, desde sua formação, os elementos do contrato, as obrigações dele derivadas e demais questões, tanto para o alienante quanto para o adquirente.

Como tratamos apenas dos efeitos típicos e peculiares dessa figura negocial, podemos indagar de qual espécie contratual trata. Diz-se que um contrato é típico ou nominado quando a lei lhe atribui um *nomem juris*, prevendo-o e regulando-o<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Cf. FÁBIO ULHOA COELHO, Curso, p. 36.

<sup>25</sup> Teoria do estabelecimento comercial, p. 208.

<sup>26</sup> Teoria, cit., p. 208.

<sup>27</sup> Instituições de direito comercial, p. 208.

<sup>28</sup> O fato de a lei designar ou referir um contrato não é, por si só, suficiente para o considerarmos nominado: por outro lado, se a lei prever e regular um contrato, ele será nominado, ainda que lhe não dê um nome.

O interesse de distinguir entre contratos nominados e inominados reside em que aqueles têm disciplina ou regulamentação legal própria, enquanto estes, porque não a têm, não de ser regidos, para além das estipulações das partes, pelas normas gerais das obrigações ou dos contratos em geral e pelas normas não excepcionais dos contratos nominados que com eles mais se assemelhem ou apresentem maior analogia.

É dessas esparsas disposições, devidamente interpretadas, que, num esforço de adequação sistemática, se há de denotar regulamentação própria. Como já dissemos, quanto ao *traspasse*, o sistema legislativo nacional não o prevê e tampouco o regula; apenas em pontuais disposições, por esparsos diplomas legais, de forma incompleta e assistemática, há alguma referência a esse instituto, pois o ordenamento jurídico o reconhece, em alguns aspectos até regula, conferindo-lhe limitação.

Com efeito, chama-se *traspasse* toda transmissão definitiva e global, *inter vivos* e voluntária de um estabelecimento, independentemente de essa transmissão ser efetivada por compra e venda, por permuta, por doação ou outro negócio.

Compreende-se, por isso, que possa vir a idéia de negócio abstrato. De fato, não são poucas as dificuldades que esses negócios suscitam para a sua elaboração prática, dificuldades decorrentes da ausência de regulação legal e de elaboração doutrinal e jurisprudencial. Trata-se, na realidade, de modalidade negocial mantida praticamente à sombra da legislação locativa, falencial e fiscal, pelas quais se têm mais deduções que definições.

Essa situação sempre trouxe algumas confusões à consubstanciação contratual do *traspasse*; já que tanto para a fixação de conceitos, como para a caracterização de seus elementos, há insegurança na eficácia dessa transmissão, pois devem-se observar as formalidades legais inerentes a cada elemento envolvido, por exemplo, nos casos que se referem ao registro tratado pela Lei de Propriedade Industrial quanto às transmissões no que for pertinente à propriedade intelectual, embora em regra ela possa ocorrer independentemente da transmissão do estabelecimento, e mesmo os elementos que possam suscitar alguma forma preconizada em lei.

O *traspasse* é negócio sobre estabelecimento empresarial, e, dada sua importância, motiva a intervenção dos operadores do Direito, pois pode originar litígios e decisões dos tribunais. Somente a prática inventiva que delinea esse contrato pode não oferecer o enquadramento jurídico necessário que teoria e legislação deveriam conferir. Enfim, a respeito do *traspasse*, muitas são as divergências, as incertezas, as dúvidas.

## Caracterização

A utilização da palavra “*traspasse*” indica a alienação de estabelecimento comercial, sendo mais adequada que “venda” ou “cessão”, porque essas espécies contratuais podem não abranger todo o negócio, mas apenas alguns aspectos que não compreendam o estabelecimento empresarial: se coisas – a venda; se direitos – a cessão. Ambos integram o estabelecimento, porém, por si só, não constituem o *traspasse* na acepção que a prática de mercado lhe deu, como transferência onerosa do estabelecimento empresarial.

Por via de regra, o *traspasse* compreende a transferência de todos os valores – mensuráveis ou imensuráveis – do estabelecimento, ou, pelo menos, de valores que permitam sua continuidade. Se excluído algum dos componentes que o constituem, se desconsiderada a unidade instrumental que o caracteriza, o negócio deixará de ser *traspasse*, para ser *venda e compra*, se a transferência for de coisas corpóreas; ou, *cessão* se apenas direitos forem transferidos; ou *abstenção de concorrência*, se a transferência for do acesso a freguesia.

É de se considerar seu conteúdo e suas conseqüências na ordem jurídica, tendo a abrangência de alienação do complexo constitutivo de estabelecimento empresarial: coisas corpóreas, incorpóreas, relações e, ainda, a assunção pelo alienante, explícita ou implicitamente, da obrigação de abster-se de disputar a freguesia existente quando da realização do negócio. Tudo é necessário como instrumento de realização da atividade empresarial.

## Diferenciação de figura contratual confúndia

Constata-se que existe labor doutrinal não muito vasto sobre uma *teoria jurídica do estabelecimento*, haja vista que a única referência legislativa sistemática trata-se da antiga iniciativa do Projeto do Código Civil, que tramita no Congresso Nacional há mais de vinte e quatro anos, ainda assim, em seus parcos oito artigos nela estaria englobada importantes as questões, de modo superficial, sobre a circulação ou transmissão do estabelecimento.

Essa ausência de definição e conceituação gera dissensões a respeito de muitos dos seus problemas, inclusive enseja a não distinção entre figuras não idênticas, porque sujeitas a confusões. A prática sugere a adoção de meios e instrumentos expressos para a concretização da vontade das partes interessadas, e a falta de prescrição legal enseja até figuras contratuais teratológicas, que devem ser repudiadas, de que é exemplo o fato de, em único instrumento, contemplar-se a cessão de participação societária e o *traspasse*, institutos jurídicos bastante distintos, que não têm a mesma finalidade, apesar da ressalva de Fábio Ulhoa Coelho: “*embora com efeitos econômicos idênticos, na medida em que são meios de transferência da empresa*”<sup>29</sup>.

E prossegue o doutrinador aludindo às diferenças: “*No traspasse, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para o de outro (o adquirente). O objeto da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial.* Já na cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou na alienação de controle de sociedade anônima, o estabelecimento empresarial não muda de titular. Tanto antes como após a transação, ele pertencera e continua a pertencer à sociedade empresária. Essa, contudo, tem a sua composição de sócios alterada. Na cessão de quotas ou alienação de controle, *o objeto da venda é a participação societária.* As repercussões da distinção jurídica são significativas, em especial no que diz respeito à sucessão empresarial, que pode ou não existir no *traspasse*, mas não existe na transferência de participação societária”<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> FÁBIO ULHOA COELHO, Curso, cit., p. 111.

<sup>30</sup> FÁBIO ULHOA COELHO, Curso, cit., p. 112.

## Considerações finais

Dada a brevidade de espaço, o estudo deve ter prosseguimento, com a elucidação de inúmeros detalhes como o objeto do contrato, as repercussões de caráter patrimonial, suas formalidades, implicações com demais contratos, tributos, credores, funcionários e demais aspectos como as dívidas anteriores, proibição de concorrência, reserva de domínio e outros temas relacionados que poderão tratados e oportunidade futura.

Não obstante, a guisa de finalizar, podemos ponderar que melhor seria o ordenamento jurídico brasileiro oferecer um tratamento atual e sistematizado da matéria, a fim de ensejar maior desenvolvimento, segurança e garantia a esse contrato de tanta importância para o meio empresarial, de modo a inserir as seguintes situações, que, ficam propostas:

a) no transpasse, a transmissão do estabelecimento há de ser *global ou unitária*, sendo este um importante e essencial elemento caracterizador desse contrato;

b) as partes podem excluir algum ou alguns elementos da transmissão, mas é necessário que continue a ser global no sentido de que se transmita mantendo a identidade da organização, tendo, por consequência, a funcionalidade do conjunto;

c) em consonância com o fato de se tratar de uma transmissão global do estabelecimento, uma vez que seja determinado pelos elementos que o individualizam, há de se considerar como princípio, que nessa transmissão são englobados todos os elementos constitutivos do estabelecimento, mesmo que não sejam especificamente referidos, salvo expressa estipulação em contrário; a transmissão do estabelecimento abrange todas as mercadorias, máquinas, utensílios e instalações, a posição do transmitente nos contratos de trabalho, o nome, a insígnia, marcas, enfim, todos os elementos;

d) no entanto, há elementos que, se, no caso concreto, forem essenciais à própria organização, devem como tal ser referidos, v. g., a transmissão da posição de locatário ou da posição de parte integrante em contratos continuados ou em vigência, para o que se torna necessário não só o acordo das partes nesse sentido, como a verificação de outros requisitos, nos diversos contratos atinentes à transmissão de dívidas, créditos e posições contratuais.

## Bibliografia

- ASCENSÃO, Oliveira. *As operações comerciais*. Coimbra, Liv. Almedina, 1988.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. 3ª ed., Belém, Cejup, 1988.
- BARBOSA, Mário Figueiredo. *Valor da clientela no fundo de comércio*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro, Forense, 1971.
- BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*. São Paulo, Saraiva, 1990.
- ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1973.
- FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. São Paulo, Freitas Bastos, 1944. V. 2.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Comercial*. São Paulo, Max Limonad, 1956. v. 1, t. 1.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- GONZALES Y MARINEZ, Jerónimo. *La casa comercial - Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*. Madrid, 1948. t III.
- LEITE, Geraldo Magela. *O estabelecimento comercial como objeto de negócio jurídico*. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982 (tese de doutorado).
- MARTINS, Waldemar Ferreira. *Instituições de direito comercial*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934.
- REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo, Saraiva, 1988.
- SANCHES, Guillermo J. Jimenez, *Lecciones de derecho mercantil*, 4<sup>a</sup> edição, Madrid, Tecnos, 1998.
- VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de direito commercial*. Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1921.