

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

JANDER BULHÕES PÉRICO MACHADO

**EFEITOS DO TRESPASSE SOBRE A LOCAÇÃO
EMPRESARIAL DE IMÓVEL**

Juiz de Fora

2010

JANDER BULHÕES PÉRICO MACHADO

**EFEITOS DO TRESPASSE SOBRE A LOCAÇÃO
EMPRESARIAL DE IMÓVEL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientadora: Luciana Maria de Abreu Andrade

Juiz de Fora

2010

JANDER BULHÕES PÉRICO MACHADO

**EFEITOS DO TRESPASSE SOBRE A LOCAÇÃO
EMPRESARIAL DE IMÓVEL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

DATA DE APROVAÇÃO: ___/___/_____

Prof. Orientadora Luciana Maria de Abreu Andrade

Prof. Fabrício de Souza Oliveira

Prof. Pedro do Carmo Baumgratz de Paula

Aos meus pais Paulo e Rogéria pelo apoio incondicional.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o trespasse e seus efeitos no contrato de locação empresarial do imóvel no qual se instalou o estabelecimento a ser alienado. Serão enfocadas as conseqüências da alienação em relação ao ponto empresarial situado no imóvel locado, demonstrando-se o conflito de interesses entre locador e locatário empresário que pode surgir em razão da transferência do estabelecimento. Será apresentado um exame acerca dos direitos em choque, demonstrando-se a repercussão que a tutela de um e de outro acarretará a alguns princípios básicos do ordenamento, de modo que, ao final, seja apresentada uma proposta de conciliação dos interesses antagônicos, de acordo com a melhor solução para cada caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Ponto empresarial – Trespasse – Locação empresarial – Cessão locatícia – Anuência do locador

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ELEMENTOS INTEGRANTES.....	10
2.1. EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	10
2.2. ESTABELECIMENTO E PATRIMÔNIO.....	12
2.3. A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	13
2.4. DA NATUREZA JURÍDICA.....	15
2.5. ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	18
2.5.1. Aviamento.....	19
2.5.2. Clientela.....	21
2.5.3. Dívidas e créditos.....	22
2.5.4. Imóveis.....	23
2.5.5. Contratos.....	24
2.5.6. Da relevância dos elementos do estabelecimento e dos demais fatores para o incremento da atividade empresarial, e a proteção legal conferida a eles.....	25
2.6. DO PONTO EMPRESARIAL.....	27
2.7. DO TRESPASSE.....	30
3. DOS EFEITOS DO TRESPASSE SOBRE O PONTO EMPRESARIAL E SOBRE A LOCAÇÃO EMPRESARIAL DE IMÓVEL.....	38
3.1. DO TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO CONSTITUÍDO EM IMÓVEL LOCADO.....	39
3.2. DA EXIGÊNCIA LEGAL DE CONSENTIMENTO DO LOCADOR PARA REALIZAÇÃO DA CESSÃO LOCATÍCIA.....	40
3.3. DAS CONSEQÜÊNCIAS DA NEGATIVA DO LOCADOR SOBRE A TRANSFERÊNCIA DO PONTO EMPRESARIAL.....	42
3.4. DO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE DO LOCADOR E DO EMPRESÁRIO LOCATÁRIO.....	44

3.5. DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO ACERCA DOS INTERESSES DO LOCADOR E DO EMPRESÁRIO LOCATÁRIO.....	47
3.5.1. 1º Plano: Identificação da intensidade da intervenção sobre o direito de propriedade.....	47
3.5.2. 2º Plano: Importância dos fundamentos justificadores da limitação do direito de propriedade	47
3.5.2.1. O conflito entre os direitos de propriedade e o Princípio da Preservação da Empresa.....	49
3.5.2.1.1. Do papel dos princípios no direito brasileiro.....	49
3.5.2.1.2. Do Princípio da Preservação da Empresa.....	51
3.5.2.1.3. Da violação ao Princípio da Preservação da Empresa a justificar o afastamento da regra do art. 13 da Lei 8.245/91.....	53
3.5.2.2. O conflito entre os direitos de propriedade e a Função Social da Propriedade.....	54
3.5.2.2.1. Da Função Social da propriedade.....	54
3.5.2.2.2. Da inobservância ao cumprimento da função social a justificar o afastamento da regra do art. 13 da Lei 8.245/91.....	55
3.5.3. 3º Plano: Juízo de ponderação propriamente dito.....	56
3.5.3.1. Da acessoriedade legal.....	59
4. CIRCUNSTÂNCIAS DE PREVALÊNCIA DA PREVISÃO DO ART. 13 DA LEI 8.245/91.....	60
5. CONCLUSÃO.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	68

1. INTRODUÇÃO

Nos primórdios da civilização até meados da Idade Média, os grupos sociais buscavam produzir apenas o necessário para sua subsistência, principalmente por meio da exploração de atividades agrícolas, base da economia da época. Todavia, por volta do século XIII, a propriedade feudal auto-suficiente já dava claros sinais de decadência, em razão da necessidade de ampliação da produção decorrente do aumento populacional e do crescimento das cidades.

Neste período, as terras começaram a ser arrendadas e a mão-de-obra, ainda que lentamente, remunerada mediante salário. Operou-se, assim, o renascimento comercial, propiciando o surgimento de uma nova classe, a dos comerciantes, responsáveis pela implantação de uma nova configuração à economia, na qual a busca do lucro por meio de vendas e prestação de serviços passou a ter notado espaço.

A prática comercial evoluiu com o passar do tempo, passando os bens a ser encarados não mais pelo seu valor de uso, mas pelo valor de troca. Teve início, então, a utilização da moeda como base da economia, imprimindo uma nova lógica a ela. Com essa transformação, o comerciante passou a atuar tendo como objetivo final o alcance máximo de lucros e acúmulo de capitais. Esta lógica fortaleceu-se com o aumento de riquezas proporcionado pela nova ordem, eclodindo na Revolução Industrial, consolidando-se o capitalismo.

Com isso, as relações comerciais passaram a ter como característica principal a detenção dos fatores de produção pelos particulares, de modo que os indivíduos atuantes nas diversas atividades econômicas assumiram as tarefas de geração de riquezas, circulação de bens e serviços e pesquisa científico-tecnológica, indispensáveis para o bem-estar da coletividade, possibilitadas pela exploração destas atividades.

A fim de possibilitar a obtenção deste bem-estar social através do exercício da atividade econômica, os meios de produção eram empreendidos de forma organizada, ajustando-se em uma única direção os diversos elementos integrantes da atividade explorada, como a força de trabalho, o capital, e os bens ou serviços destinados à troca e venda, em busca da aquisição de lucros.

Este tipo de exploração pautada no gerenciamento dos fatores de produção em mãos dos particulares, por meio da qual se procura a obtenção de lucros por meio da circulação de produtos e serviços, mediante a admissão dos riscos e eventuais prejuízos decorrentes do exercício, caracteriza a atividade empresarial. Assim, ela surge como circunstância primordial

para o desenvolvimento da vida em sociedade, fomentando a celebração de negócios entre os mais diversos sujeitos no ambiente globalizado.

Para que se opere o exercício da atividade empresarial, vital para o conforto e para a própria manutenção da coletividade, é fundamental que o empresário, antigo comerciante, empreenda esforços e possua um valioso arcabouço de elementos e bens a ser utilizados na exploração da atividade econômica, que permita a ele desenvolvê-la da forma mais rentável possível.

Neste sentido, os instrumentos dos quais se vale o empreendedor para o exercício da empresa (atividade) são imprescindíveis para o sucesso do negócio, uma vez que determinam a qualidade e a eficiência com que é prestado determinado serviço ou postos em circulação certos bens, refletindo diretamente no sucesso do ator na competitividade comercial.

Os instrumentos destinados pelo empresário ao exercício da atividade empresarial compõem o estabelecimento empresarial. Entre tais elementos estão compreendidos todos os bens, materiais ou não, utilizados em prol da empresa, como maquinário, matéria-prima, ferramentas, balcões, marcas, patentes e o local em que se executam os negócios, o ponto empresarial. Este, inclusive, constitui uma das mais importantes ferramentas do executor da empresa.

O local em que o empresário exerce suas atividades tem grande impacto sobre a lucratividade da atividade. Isto porque o ponto empresarial é objeto de apreciação econômica própria, haja vista que a proximidade do estabelecimento às fontes de insumo, aos distribuidores, à clientela, e a um fácil acesso, por exemplo, são fatores que impõem menores custos para o exercício da atividade, o que acarreta uma valorização do estabelecimento situado naquele ponto. Ademais, o exame do valor de um ponto também pode ter como perspectiva a boa/má fama que o estabelecimento adquiriu entre os consumidores, devido à elevada/baixa qualidade dos serviços e bens disponibilizados no local, decorrente do sucesso/insucesso dos esforços empreendidos pelo empresário na condução do negócio, o que influi na expectativa de lucros possíveis de ser gerados por meio daquele estabelecimento.

Em razão da valoração econômica do ponto e da sua importância para o desenvolvimento da empresa, tal elemento é objeto de tutela específica pelo ordenamento. É o que se busca, por exemplo, por meio do instituto da renovação compulsória do contrato de locação empresarial de imóvel.

Neste passo, sendo o estabelecimento um conjunto de bens de propriedade do empresário, pode ser objeto de negócios jurídicos, estando sujeito à livre disposição do titular, de acordo com o que julgar mais conveniente para sua atuação.

Assim, observando uma estratégia negocial, o executor da atividade empresária pode vender seu estabelecimento, negócio denominado trespasse, a fim de adquirir outro mais robusto, ou que seja mais próximo de terminada fonte de clientes ou de materiais, ou ainda para gerar capital a fim de exercer outra atividade por meio de um estabelecimento mais modesto. O trespasse, desta forma, se revela como importante meio de o empresário desenvolver e evoluir sua atividade, em sintonia com aquilo que entende capaz de gerar maiores rendimentos, atendendo ao ideal de lucro e geração de riquezas para a sociedade, propugnado pela ordem econômica atual.

Contudo, o empresário em geral e, notadamente, o pequeno e micro empresário, por questões financeiras ou de ordem estratégica, acaba formando seu estabelecimento em imóvel locado. Sendo assim, o ponto empresarial é fixado em um prédio não pertencente ao empreendedor.

Nesta situação, desejando o empresário locatário alienar seu estabelecimento e, via de consequência, o ponto empresarial que integra aquele complexo de bens, o trespasse acarretará, necessariamente, uma cessão da locação ao adquirente. Isto porque o ponto não seria acobertado pelo direito de propriedade, mas pelos direitos de fruição e gozo do imóvel, titularizados pelo vendedor, em decorrência da locação existente.

Entretanto, o art. 13 da Lei 8.245/91 dispõe que o locador pode se opor, ainda que imotivadamente, à cessão locatícia. Aqui reside um grande problema: caso o locador do imóvel se oponha à cessão da locação, não será possível a transmissão do ponto empresarial com o trespasse, que depende da cessão para se operar, tendo em vista que o empresário alienante não é proprietário do imóvel em que se fixou o ponto.

Sendo assim, verifica-se um claro conflito de interesses entre o locador do imóvel, que não aceita a cessão da locação para o adquirente do estabelecimento, e o empresário locatário, que deseja alienar o complexo de bens, mas se vê impedido de transferir o ponto em conjunto com os demais elementos.

Este conflito acaba envolvendo, em última análise, a permanência ou não da atividade explorada no imóvel locado. Desta forma, tendo em mira os interesses da coletividade sobre a empresa e as vantagens que ela traz à sociedade, bem como o próprio direito de propriedade detido pelo locador sobre o imóvel e pelo locatário empresário sobre o estabelecimento e sobre o ponto, cumpre analisar qual dos interesses em conflito deve prevalecer de acordo com as nuances do caso concreto, a fim de se alcançar a solução mais consentânea aos princípios norteadores do ordenamento pátrio.

2. DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ELEMENTOS INTEGRANTES.

Diante da consolidação do capitalismo como sistema econômico dominante das relações comerciais modernas, visualiza-se no meio negocial uma concentração dos fatores de produção nas mãos dos particulares, a quem passa a cumprir o papel da geração de riquezas e proventos para a satisfação dos interesses da coletividade reunida em sociedade.

Para que os meios de produção detidos pelos particulares possam alcançar o objetivo de geração de riqueza e bem-estar, é necessário que sua exploração seja feita de forma organizada, por meio de uma combinação dos fatores produtivos, voltados para a obtenção do resultado econômico mais vantajoso possível.

Esta forma de exploração consiste na atividade empresarial, caracterizada pela articulação dos meios de produção concentrados em poder dos particulares, capaz de gerar lucros mediante o oferecimento ao mercado de bens e serviços. Revela-se, pois, como fator essencial para possibilitar o desenvolvimento da vida em sociedade, viabilizando a evolução das relações globalizadas e o aumento do fluxo de transações travadas entre os sujeitos de direito.

2.1. EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

A atividade empresarial, núcleo do Direito Empresarial, está consubstanciada no conceito de empresa, que consiste na atividade econômica cuja marca essencial é a obtenção de lucros mediante o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, por meio da organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). (COELHO, 2008, p. 18-19).

O particular detentor dos meios de produção que atua na exploração da empresa é o empresário, a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens e serviços, sob sua responsabilidade. É o que se depreende do teor do art. 966 do Novo Código Civil.¹ Essa pessoa pode ser tanto física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como jurídica, nascida da união de esforços de seus constituintes, que resultará na criação de uma sociedade empresária.

¹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

No primeiro caso, o executor da atividade econômica é o empresário individual, enquanto no segundo o empresário será justamente a sociedade empresária, e não os sócios integrantes desta.

O empresário, ao tomar a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens e serviços, deve constituir um patrimônio por meio do qual viabilizará o exercício da empresa.

Este patrimônio é compreendido por um complexo de bens materiais e imateriais que o empresário reúne para a implantação e exploração de sua atividade econômica, indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, tais como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, além da tecnologia, marca e demais sinais distintivos. Tal conjunto de bens forma o estabelecimento empresarial, o grupo de elementos do qual se vale o empresário para executar uma atividade econômica organizada.

No entanto, para Alberto Asquini (*apud* VERÇOSA, 2008, p. 155-159), a empresa se apresenta não apenas sob o aspecto que corresponde à sua força vital, ou seja, à atividade organizada do empresário, coordenadora do capital e do trabalho, à qual ele denomina perfil funcional da empresa. Ela também possuiria outros três feitiços, quais sejam: a) o perfil subjetivo, pelo qual o termo empresa é confundido como sinônimo de empresário, vez que somente ele possui personalidade jurídica; b) o perfil objetivo, que aduz ser a empresa o próprio estabelecimento, ou seja, o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos destinados ao exercício da atividade, c) o perfil corporativo ou institucional, em que a palavra empresa indica uma organização de pessoas formada em função de um objetivo comum, correspondendo aos esforços conjuntos do empresário e de seus colaboradores.

Contudo, para o presente trabalho, o termo empresa será utilizado apenas em seu perfil funcional, designando atividade empresária, caracterizada por uma organização que se propõe, por meio da combinação de diversos elementos, quais sejam, natureza, trabalho, capital, bens ou serviços destinados à troca e venda, com expectativa de obtenção de lucros, contendo riscos suportados pelo empresário, isto é, por aquele que agrupa e coordena esses elementos.

Esclarecidos estes conceitos, não se deve confundir a empresa (atividade), com empresário (sujeito), nem com o estabelecimento empresarial (coisa).

O estabelecimento é, assim, o "instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade.". (REQUIÃO, 2009, p. 278). É impossível, portanto, dar início a uma atividade empresarial sem a organização de um estabelecimento.

2.2. ESTABELECIMENTO E PATRIMÔNIO

Importante ressaltar que o estabelecimento não se confunde com o conceito de patrimônio social.

O patrimônio consiste no conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes a um titular. Mais que isso, é ainda, segundo a doutrina, o complexo de relações jurídicas dotadas de um valor econômico. Assim, Clóvis Beviláqua (*apud* GONÇALVES, 2008, p. 241) expõe que

Compreendem-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas. É a atividade econômica de uma pessoa, sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil.

Portanto, o patrimônio de um empresário consiste na união de bens e direitos por ele titularizados, em relação aos quais possui a mais completa disposição, dando a eles a destinação que entender mais conveniente. Neste passo, o patrimônio configura um todo unitário e indivisível, representado pelo complexo de relações jurídicas, direitos e bens, apreciáveis economicamente e passíveis de alienação.

A este caráter de unidade, caracterizador do patrimônio, contrapõe-se a teoria moderna ou da afetação, segundo a qual o patrimônio seria constituído apenas pelo ativo, e não seria um todo unitário e indivisível, pois seria composto por diversos núcleos separados, destinados a fins específicos, como seria o caso da massa falimentar, da herança e do estabelecimento empresarial, enquanto conjunto de bens destinado à exploração da empresa.

Contudo, como bem sintetiza Francisco Amaral (*apud* GONÇALVES, 2008, p. 242):

Nada há que impeça destacarem-se determinados bens do patrimônio geral para se afetarem a fim específico. Tais bens, entretanto, continuam no patrimônio geral da pessoa. Em face disso pode-se reiterar que: 1) uma pessoa tem apenas um patrimônio; 2) toda pessoa tem necessariamente um patrimônio.

Verificado o caráter unitário do patrimônio, infere-se que o estabelecimento é tão somente a parcela deste voltada para a exploração da empresa. Neste passo, o empresário pode dispor de alguns de seus bens a fim de integrá-los ao estabelecimento empresarial, destinando-os ao exercício da atividade empresarial.

Com efeito, os bens componentes do estabelecimento estão incluídos no patrimônio do empresário, mas nem todos os bens que compõe o tal patrimônio integram o estabelecimento empresarial, como é o caso, por exemplo, de um clube de propriedade de uma sociedade empresária destinado à recreação de seus funcionários. Por óbvio, ele não está afetado à exploração da atividade fim da sociedade, não compondo, deste modo, o estabelecimento, mas integra o patrimônio daquela, eis que constitui um bem apropriável dotado de valor econômico.

Percebe-se, assim, a diferença entre o patrimônio do empresário e seu estabelecimento.

2.3. A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O estabelecimento empresarial está previsto no Código Civil de 2002, no Título III do seu Livro II, que proporcionou um grande avanço no tratamento da matéria, eis que, através deste diploma, pela primeira vez no país delimitou-se a disciplina específica do estabelecimento.

No meio jurídico, principalmente antes do advento do Novo Código Civil, a doutrina costumava utilizar vocábulos diversos para denominar o estabelecimento. Alguns autores, por influência dos autores franceses, empregavam a expressão "fundo de comércio" (*founds de commerce*) ou, numa concepção um pouco mais atual, "fundo de empresa". Outros, por inspiração dos juristas italianos, preferiam a locução *azienda*. (CARVALHOSA, 2005).

Embora tais locuções sejam consagradas entre os autores tradicionais do direito comercial, tendo em vista que a Lei Civil de 2002 utiliza apenas a expressão "estabelecimento", e considerando a definitiva incorporação da teoria da empresa em nosso ordenamento jurídico, convém seja adotada a expressão "estabelecimento empresarial", que designa de forma mais completa o instituto.

O direito brasileiro, até a sanção do Estatuto Civilista de 2002, encontrava-se extremamente atrasado na construção legislativa do moderno instituto. O Código Civil de 1916 não contemplou o tratamento do estabelecimento empresarial, assim como não existia, nem mesmo em leis esparsas, uma disciplina jurídica sistemática do assunto.

Havia, tão somente, a previsão legal de alguns dos aspectos relacionados ao estabelecimento, tais como a proibição da sua venda em fraude contra credores na falência, a extensão da responsabilidade ao adquirente do estabelecimento pelos débitos trabalhistas e

tributários pré-existentes (arts. 10² e 448³ da Consolidação das Leis Trabalhistas e art. 133 do Código Tributário Nacional), a autorização para a penhora, no processo de execução, recair sobre o estabelecimento (art. 677, parágrafo único, inciso I do Código de Processo Civil⁴) e a possibilidade de o juiz determinar o levantamento do balanço do estabelecimento logo após o falecimento do empresário individual que o titularizava (art. 993 do Código de Processo Civil⁵).

A despeito das normas esparsas que à época disciplinavam alguns efeitos do instituto, já se sentia a necessidade de um tratamento legal sistemático, como forma de conferir maior estabilidade às relações jurídicas empresariais, notadamente aquelas envolvendo a alienação do estabelecimento.

Desta forma, a fim de sanar a omissão legislativa sempre existente no Direito pátrio, a Comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do Código Civil de 2002, ao término de três anos de trabalhos, já havia confeccionado um esboço de tratamento sistemático para a matéria. Isso se deveu principalmente ao acatamento das sugestões formuladas pelo saudoso professor Oscar Barreto Filho, jurista pioneiro no estudo do instituto no Brasil.

Nas "Diretrizes Fundamentais" da Exposição de Motivos do anteprojeto, o Prof. Miguel Reale explicita os objetivos da nova regulamentação do estabelecimento, afirmando que:

Acolhidas pelo elaborador do Anteprojeto sugestões que solicitara ao Prof. Oscar Barreto Filho, o Título III determina o seu conceito e caráter unitário; os efeitos da alienação, quanto a terceiros, e a responsabilidade do adquirente; as condições de abstenção de concorrência; a sub-rogação nos contratos ajustados; o efeito da transferência dos créditos, em relação aos respectivos devedores (REQUIÃO, 2009, p. 283).

Motivada pela ausência de normas que regulamentassem, principalmente, os efeitos da alienação do estabelecimento e a responsabilidade das partes envolvidas, a doutrina construiu

² Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

³ Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

⁴ Art. 677. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias a forma de administração.

⁵ Art. 993. Dentro de 20 (vinte) dias, contados da data em que prestou o compromisso, fará o inventariante as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado. No termo, assinado pelo juiz, escrivão e inventariante, serão exarados: (...)Parágrafo único. O juiz determinará que se proceda: I - ao balanço do estabelecimento, se o autor da herança era comerciante em nome individual; (...)

uma teoria própria do estabelecimento, inspirando-se na lei italiana (arts. 2.555 a 2.562 do Código Civil Italiano de 1942).

Neste sentido, o Código Civil de 2002, no que concerne ao estabelecimento empresarial, teve como maior fonte o direito italiano, de modo que a quase totalidade dos artigos do Título III possui uma correspondente relação com o diploma civil da velha bota.

Com efeito, o novo estatuto civil conceitua o estabelecimento empresarial como um complexo de bens organizado pelo empresário para exercício da empresa, podendo ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza (REQUIÃO, 2009).

Assim, pela primeira vez surgiu no direito brasileiro a disciplina jurídica do estabelecimento empresarial de forma definida e sistemática, pondo fim às dúvidas e incertezas que pairavam sobre as relações empresariais.

2.4. DA NATUREZA JURÍDICA

Ainda sob a égide do vetusto Código Civil de 1916, o estabelecimento empresarial já era encarado pelas leis esparsas como um todo unitário, objeto de direitos e negócios jurídicos próprios e distintos daqueles que possam vir a recair sobre os bens dele integrantes individualmente considerados.

Como exposto, esta noção foi corroborada pela sistemática delineada pela Lei Civil de 2002, que em seus arts. 1.142⁶ e 1.143⁷ dispõe que o estabelecimento consiste em uma especial organização de bens economicamente apreciáveis e complementares entre si, tendo em vista a exploração de uma atividade econômica, configurando um objeto unitário de direitos e obrigações formado por diferentes elementos.

Portanto, esta complexa figura jurídica não se confunde com uma simples reunião de coisas homogêneas, como uma biblioteca ou um rebanho. Pelo contrário, em razão de seu caráter instrumental da atividade empresarial, o estabelecimento é composto por elementos heterogêneos, cada qual com suas características e funções específicas, que passam a ser indissociáveis enquanto instrumento da empresa.

Nesta toada, os elementos integrantes do estabelecimento são encarados como um todo unitário, uma universalidade, não somente em razão da relação de complementaridade que

⁶ Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

⁷ Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

envolve tais elementos, mas também porque é vontade do seu titular organizá-los em torno de uma comum destinação econômica.

Isso significa não somente conferir ao estabelecimento o tratamento de todo unitário, mas também reconhecer a permanência deste todo. Desta forma, o empresário pode, quando julgar conveniente, excluir, substituir ou empregar novos bens na sua atividade, sem que o conjunto dos mesmos deixe de formar o estabelecimento empresarial.

Neste sentido, o direito brasileiro reconhece ao estabelecimento a natureza jurídica de universalidade de bens.

O Novo Código Civil não trouxe uma definição acerca das coisas coletivas ou universais, ao contrário do Código de 1916, que em seu artigo 54 dispunha que “As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas”, sendo no inciso II deste artigo previa que as coisas coletivas ou universais são aquelas que “se encaram agregadas em todo”.

Desta forma, as universalidades são conjunto de bens que, conforme ensinamento de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 190)

Não se consideram de per si, independentemente das demais, mas que se encaram agregadas em todo: “um conjunto de coisas que, todas elas, podem ser consideradas em na sua singularidade mas que, reunidas, adquirem uma individualidade incomum”.

Conforme esposado pelo mestre Modesto Carvalhosa (2005, p. 632), “Reconhecer o estabelecimento como uma universalidade tem grande relevância para a compreensão dos fenômenos que envolvem sua transferência, ou dos direitos de uso e gozo que lhe são inerentes, sob qualquer título.”

Deste modo, o estabelecimento pode ser objeto de negócios jurídicos distintos daqueles eventualmente celebrados sobre os bens individualmente considerados, os quais, embora considerados como integrantes de um todo unitário, podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

Em razão disso, o empresário titular poderá ter sobre os bens componentes da universalidade o direito de propriedade ou tão somente o direito de uso e gozo. Isso não descaracteriza a compreensão de universalidade conferida ao estabelecimento, pois, para que os itens integrantes do complexo sejam empregados na atividade empresarial, basta que estejam disponíveis ao empresário.

A despeito da natureza de universalidade de bens reconhecida ao estabelecimento empresarial, é necessário ainda classificá-lo entre uma das categorias das universalidades disciplinadas pelo ordenamento: de fato ou de direito.

A universalidade de direito, nos termos do art. 91 do Código Civil⁸, consiste em um complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. Tendo em vista que estas relações são decorrentes de lei, a universalidade de direito só se constitui por força legal.

Neste diapasão, a herança e o patrimônio, por exemplo, são casos típicos de universalidade de direito, como expunha expressamente o art. 57 do Código de 1916⁹, haja vista que “a idéia fundamental da universalidade jurídica é um conjunto de relações de direito, e não propriamente as coisas sobre que recaem” (PEREIRA, 2009, p. 370). Desta forma, o patrimônio, seja ele geral ou especial, isto é, separado, configura uma *universitas juris*.

O patrimônio separado, nos ensinamentos de Saleilles (*apud* REQUIÃO, 2009, p. 279) também denominado patrimônio de afetação, é a parcela do patrimônio do indivíduo afetado ou destinado a determinado fim. Esta parcela, assim considerada, teria certa autonomia caso encarada como sujeito dos direitos dele decorrentes. Serviria para explicar, desta forma, determinadas figuras jurídicas que, embora não tenham personalidade jurídica própria, possuem certa autonomia subjetiva.

Verificada esta premissa, o estabelecimento somente poderia ser concebido como universalidade de direito caso lhe fosse atribuído um caráter de patrimônio especial, isto é, separado ou afetado, coexistindo com o patrimônio geral do empresário. É justamente o que fazia parte da doutrina, que classificavam o estabelecimento como uma modalidade específica de patrimônio.

Contudo, tendo em vista que o direito brasileiro consagra o princípio da unidade patrimonial, é impossível juridicamente separar o patrimônio do sujeito em geral e separado.

Isto porque, segundo este princípio, o patrimônio de um sujeito de direito deve ser encarado como um todo único, não se admitindo que sob sua titularidade existam massas patrimoniais distintas, de modo que o sujeito responde pelas suas obrigações com todos seus bens, não podendo destacar núcleos patrimoniais independentes.

⁸ Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

⁹ Art 57. O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais.

Neste sentido, o empresário não pode, por vontade própria, separar massas patrimoniais distintas, subtraindo, com isso, bens que serviriam de garantia a seus eventuais credores. Apenas a lei pode determinar a criação de patrimônios afetados.

Sendo assim, inexistindo previsão legal no sentido de que o estabelecimento consiste em um patrimônio distinto, não se pode reconhecer a ele a natureza de *universitas juris*.

Além disso, o estabelecimento não consiste em um complexo de relações jurídicas, circunstância fundamental para caracterizar uma universalidade de direito, nos termos do art. 91 do Código Civil¹⁰, figurando apenas como objeto de negócios jurídicos, o que também afasta o entendimento que o enquadra como *universitas juris*.

Superada a concepção do estabelecimento como universalidade de direito, a doutrina reconhece ao instituto a natureza jurídica de universalidade de fato.

Segundo o art. 90 do Código Civil, a universalidade de fato é a “pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”. Tal destinação é determinada pela vontade do titular da pluralidade, que, ao conferir a um grupo de bens uma finalidade específica, cria uma universalidade.

Como verificado, o estabelecimento configura a reunião de determinados elementos heterogêneos pelo empresário, destinados ao exercício de uma atividade econômica específica. O que mantém esses elementos reunidos para a satisfação de um objetivo, qual seja, a exploração da empresa, além da sua relação de complementaridade funcional e econômica, é justamente a vontade do empresário que o titulariza.

Portanto, em consonância com a conceituação trazida pelo Código Civil, a natureza jurídica do estabelecimento empresarial, enquanto complexo de bens destinado, pela vontade do empresário, ao exercício de uma atividade empresarial, é de universalidade de fato, formada por bens materiais e imateriais. Em outras palavras, um complexo de bens cuja finalidade é determinada pela vontade do empresário, diferindo da universalidade de direito, que é composta por um complexo de bens cuja finalidade é determinada por lei.

2.5. ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O estabelecimento, enquanto universalidade de fato, é um complexo de bens organizado por seu titular destinado ao exercício da empresa. A doutrina convencionou dividir os bens que integram a universalidade em dois tipos: elementos materiais e imateriais.

¹⁰ Ver nota de n° 8.

Entre os elementos materiais incluem-se a matéria-prima, as mercadorias do estoque, as instalações, os mobiliários, utensílios, veículos, maquinários e “todos os demais bens corpóreos que o empresário utiliza na exploração de sua atividade econômica” (COELHO, 2008, p. 100). Já entre os elementos imateriais situam-se o título do estabelecimento, os bens industriais (patente de invenção de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título de estabelecimento) e o ponto empresarial.

Contudo, tendo em vista as peculiaridades desta complexa figura jurídica, a classificação de alguns itens relacionados ao estabelecimento utilizado pelo empresário na exploração da atividade empresarial tem desafiado a argúcia dos juristas para enquadrá-los como elemento da *azienda*. É o que ocorre com o aviamento, com a clientela, com as dívidas e créditos, com os contratos e com os imóveis.

2.5.1. Aviamento

Uma vez organizado o estabelecimento empresarial e articulado em função da empresa, o conjunto de bens adquire um valor no mercado superior à simples soma de cada um deles em separado. Isto se dá em função do investimento realizado pelo empresário na organização do estabelecimento, das perspectivas de lucratividade da empresa através dele exercida, e na valorização que o mercado reconhece ao complexo de bens de um empresário bem sucedido.

A este valor agregado ao estabelecimento dá-se o nome, no meio empresarial, de *goodwill of a trade* ou simplesmente *goodwill*. Já no âmbito jurídico, é denominado “aviamento” (do italiano *avviamento*), ou “sobrevalor”. Outros se valem da expressão fundo de comércio, utilizada por alguns ao referir-se ao estabelecimento empresarial, para designar esta mais valia (COELHO, 2008).¹¹

Sendo assim, nos dizeres de Garrigues (*apud* REQUIÃO, 2009, p. 346-347), o aviamento é

A esperança de obter certos benefícios pela melhor organização da empresa, pelas qualidades pessoais do comerciante e de seus auxiliares, pela localização favorável do negócio, pela feliz conjuntura de vendas, pelo barateamento do preço de custo, pela extensão do círculo da clientela, pela eliminação da concorrência, por mil circunstâncias, enfim, que determinam

¹¹ Este também é o entendimento de alguns tribunais pátrios, como se verifica na AC n. 267.079-2/São Carlos, 2ª Câmara do TJSP, v.u., j. 10-12-1996.

uma maior ou menor certeza na venda dos produtos ou no fornecimento dos serviços.

Em resumo: aviamento é a aptidão da empresa de produzir lucros, decorrente da qualidade e da melhor perfeição de sua organização.

Disso se infere que o aviamento apresenta um caráter objetivo e outro subjetivo. O aviamento objetivo decorre das vantagens proporcionadas pelo local em que se situa o estabelecimento (*local goodwill*), como um fácil acesso e certa proximidade à fontes de insumo, distribuição e clientela, enquanto o caráter subjetivo advém da competente atuação do empresário à frente dos negócios (*personal goodwill*), que gera a lucratividade em razão da excepcional qualidade de seus trabalhos e dos funcionários, permitindo a captação de clientela ainda que situado em local desfavorável ao desenvolvimento da atividade.

A despeito da tranqüila caracterização do aviamento, existe vasta discrepância entre os autores na definição da sua natureza. A principal divergência gira em torno do enquadramento do sobrevalor como elemento do estabelecimento ou como atributo deste.

Parte dos estudiosos ensina que o aviamento, por representar o potencial de lucratividade da empresa, consiste em elemento imaterial da universalidade de bens, derivado do engenho do empresário e da sua atividade volitiva. Neste sentido, Waldemar Ferreira (1962, p. 209).

No entanto, a doutrina moderna, de forma majoritária, sustenta que o aviamento não é elemento, mas um atributo, uma qualidade do estabelecimento (COELHO, 2008, p. 101). Isto porque o sobrevalor não possui existência autônoma, de modo que não pode constituir, por si só, objeto de relações jurídicas específicas, dependendo do estabelecimento. Consiste tão somente na utilidade do estabelecimento como instrumento para geração de lucros.

Desta forma, configura uma característica inerente a todos os estabelecimentos empresariais, e não um elemento individual como os demais bens integrantes da universalidade.

Esta qualidade, ou atributo, portanto, consiste em um valor que se agrega ao estabelecimento. Não corresponde ao valor contabilizado no patrimônio destinado à exploração da empresa, mas surge como um *plus* que se adiciona ao montante resultante da adição dos valores objetivos dos bens que integram o estabelecimento. Assim, não é tutelado de forma autônoma, mas enquanto valor reunido à *azienda*.

Seguindo a linha majoritária, o saudoso mestre Oscar Barreto Filho (1969, p.170) soluciona a controvérsia:

Constitui mera abstração falar do aviamento como coisa ou elemento existente por si próprio, independentemente do estabelecimento. O aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo, constituindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem. O aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento, e, portanto, não pode constituir em si e por si autônomo de diretos, suscetível de ser alienado, ou dado em garantia.

2.5.2. Clientela

“Clientela é o conjunto de pessoas que mantém habitualmente relações de procura de bens e/ou de serviços oferecidos pelo empresário no estabelecimento” (BARRETO FILHO, 1969, p. 178).

Pode o termo clientela ser empregado como sinônimo de freguesia, embora há quem diferencie tais expressões. Neste sentido, Oscar Barreto Filho (*apud* REQUIÃO, 2009, p. 347-348), ensina que

Possui o termo freguesia acentuada conotação de lugar, donde a vantagem de empregá-lo para exprimir a idéia de conjunto de pessoas ligadas a certo estabelecimento, em vista de sua localização ou outros fatores objetivos, reservando-se o termo clientela para o conjunto de pessoas relacionadas com as qualidades subjetivas do titular da casa comercial.

Tal como se debatem os juristas acerca da inclusão do aviamento como elemento da azienda, o mesmo ocorre em relação à clientela.

Os franceses entendem que a clientela é elemento essencial do estabelecimento empresarial sob os argumentos de que este só passa a ter existência a partir do momento em que passa a ter clientela, e que o *fundes de commerce* desaparece com sua clientela. Desta sorte, o empresário não seria proprietário do fundo, mas da clientela que pertence a este fundo (FRANCO, 2009, p. 138).

Contudo, não é este o entendimento da doutrina brasileira. Sendo a clientela o conjunto de pessoas que habitualmente consomem os produtos ou serviços fornecidos pelo empresário, não poderia ser considerada um bem material ou imaterial, eis que insuscetível de apropriação pelo empresário, não se enquadrando, portanto, na noção de elemento.

Superado o enquadramento da clientela como elemento da azienda, verifica-se que seu conceito está intimamente ligado ao de aviamento.

Isto porque, o sobrevalor, enquanto mais-valia dos bens formadores do estabelecimento empresarial, é composto por uma série de fatores, como a habilidade e

correção nos negócios, a qualidade dos serviços prestados, os métodos de produção e comercialização, as relações com fornecedores e, também, o número de clientes que o empresário foi capaz de atrair e manter.

Neste passo, constituindo a clientela um índice de valorização do estabelecimento perante o mercado, a ser levado em consideração na mensuração do aviamento, ela não pode ser concebida como um bem em si mesmo. Ela é, desta forma, “um fator do aviamento” (REQUIÃO, 2009, p. 349). Quanto mais clientes um empresário conquistar, maior será a perspectiva de lucros da empresa, ou seja, maior será o aviamento.

Sendo assim, verificado que o sobrevalor é um atributo do estabelecimento, a clientela é um fator integrante deste atributo. Não pode ser concebida, portanto, como elemento da universalidade.

2.5.3. Dívidas e créditos

Ao pôr em prática a atividade empresarial, os empresários em geral buscam ampliar seus lucros mediante a facilitação de aquisição de bens e serviços pela clientela, o que é feito muitas vezes por meio da disponibilização de aquisições a crédito. Também celebram negócios jurídicos com fornecedores e parceiros. Sendo assim, no decorrer da atuação empresarial, o empresário adquire uma série de créditos em face dos compradores e beneficiários de serviços, ou ainda em face dos fornecedores e contribuidores inadimplentes.

Os créditos constituem direitos ao cumprimento de uma prestação contraída por outrem em benefício do credor, sendo dotados de valor econômico apropriável pelo titular. Desta forma, inserem-se na noção de bens, que são justamente os valores, corpóreos ou incorpóreos, que podem ser objeto de uma relação de direito. Com efeito, constituem objeto de relações jurídicas, podendo ser submetidos à circulação, tal como os demais bens (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2007, p. 286).

Portanto, configurando uma espécie de bens, os créditos podem perfeitamente compor o complexo de itens destinados pelo empresário ao exercício da atividade empresarial, mesmo porque se originam desta atividade. Destarte, figuram como elementos do estabelecimento.

Por outro lado, o mesmo não se pode afirmar sobre os débitos.

Primeiramente, deve-se ter em mente que o estabelecimento não se confunde com o patrimônio do empresário, conforme já exposto. O patrimônio consiste na gama de bens pertencentes ao titular, enquanto o estabelecimento é apenas uma fração daqueles bens

destinada ao desenvolvimento de uma atividade empresarial, formando uma universalidade de fato.

Assim sendo, embora os débitos integrem o patrimônio, eis que compreendem o complexo de valores passivos do conjunto de relações jurídicas, apreciáveis economicamente, das quais é parte o empresário, isto não significa que eles compõe a parcela do patrimônio destinada à exploração da empresa.

Isto porque os débitos não são bens. Representam apenas obrigações contraídas em virtude da utilização do estabelecimento para o exercício da empresa, ainda não cumpridas, gravando o patrimônio, que por eles responde. Neste passo, tendo em vista que a *azienda* é formada por um conjunto de bens destinado à exploração de uma atividade empresarial, não podem os débitos ser conceituados como elemento do estabelecimento.

Assim, segundo Rubens Requião (2009, p. 296), “os débitos do empresário, embora decorrentes da manutenção da *azienda*, nela não se integram”.

Não obstante a autorizada doutrina do mestre Requião, o Código Civil de 2002 traz em seu art. 1.146¹² a regra segundo a qual os débitos contraídos pelo empresário em virtude da exploração de um estabelecimento seguem o destino deste, isto é, caso a *azienda* venha a ser transferida a outrem, as dívidas relativas à universalidade também serão transferidas.

Portanto, embora os débitos não constituam, tecnicamente, elementos do estabelecimento, por não configurarem bens, eles seguem a sorte da *azienda* em razão do qual sejam contraídos, acompanhando sua destinação, desde que preencham a condição de estarem contabilizadas..

2.5.4. Imóveis

O empresário, ao explorar a empresa, necessita, por óbvio, instalar-se em um local no qual desenvolverá sua atividade, onde receberá sua clientela e realizará a gestão e os negócios necessários para a manutenção da atividade. O imóvel, assim, é um fator fundamental para viabilizar o início da atividade empresarial, pois nele é que se fixará o estabelecimento empresarial.

Embora o bem imóvel seja destinado à exploração da empresa, por configurar o local em que o empresário atua, há quem entenda que esta espécie de bem não integra a *azienda*.

¹² Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

Neste sentido, Rubens Requião (2009, p. 292) aduz que o estabelecimento, em sua unidade, é uma coisa móvel, de modo que um bem imóvel, por conclusão lógica, não poderia fazer parte daquele. Tal tipo de bem comporia apenas o patrimônio do empresário.

Seria tão somente um elemento da empresa, eis que destinado ao exercício desta, mas não elemento da *azienda*.

Contra este entendimento, Rocha Furtado (*apud* VERÇOSA, 2008, p. 278) afirma que seria contraditório admitir o ponto empresarial como elemento do estabelecimento, mas não o imóvel no qual está constituído.

Todavia, Haroldo Verçosa (2008, p. 278) põe uma pá de cal na questão, aduzindo que

No entanto, não pode ser superada a crítica contrária a tal inclusão, na medida em que a tutela do estabelecimento não abrange a tutela do imóvel no qual se localiza, mesmo que ele pertença ao empresário e não seja alugado. Neste caso, por exemplo, a venda do estabelecimento não pode ser objeto de um único instrumento contratual, devendo a transferência do imóvel ser feita por meio de contrato de compra e venda específico, reconhecendo-se a mudança do titular da propriedade imobiliária tão-somente quando obedecidas as solenidades legais (escritura pública e registro em Cartório de Imóveis).

2.5.5. Contratos

O contrato, nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 2), “é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”, isto é, “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”. É, assim, espécie de negócio jurídico, que exige o consentimento das partes e a conformidade com a ordem legal, e não bens.

Nesta toada, verificado que a universalidade de fato caracterizada pela *azienda* é composta pelos bens destinados pelo empresário à execução da empresa, os contratos não integrariam o estabelecimento empresarial.

Os negócios jurídicos firmados pelo empresário têm como objeto, normalmente, um ou mais bens que fazem parte do complexo da *azienda*, prestando-se à operacionalização desta. Destarte, os contratos são um instrumento utilizado para o exercício da empresa, tal como o estabelecimento, e não um elemento da universalidade.

Neste sentido, o saudoso Rubens Requião (2009, p. 293) ensina serem os contratos um elemento da empresa, e não do estabelecimento.

Ademais, não se pode confundir empresa com estabelecimento, haja vista que aquela é o exercício da atividade empresarial, da qual o estabelecimento é instrumento. Na execução da atividade, o empresário necessita celebrar uma série de contratos, que configuram, desta forma, elementos de exercício da empresa, ao lado do estabelecimento. Portanto, os contratos não podem ser incluídos como elementos da *azienda*, pois integram, na verdade, a própria atividade empresarial.¹³

Todavia, sejam os contratos classificados ou não como elementos do estabelecimento, o tratamento conferido a eles pelo Código Civil de 2002 é o mesmo. Conforme se exporá oportunamente, o art. 1.148¹⁴ do novo estatuto civil determina que, operada a transferência do estabelecimento para outrem, os contratos celebrados para a exploração da *azienda* são transmitidos juntamente com a universalidade, seguindo a sua sorte.

Esta disposição visa a permitir a sub-rogação do novo titular na posição jurídica contratual antes ocupada pelo transmitente, fundamental para viabilizar a completa utilização do estabelecimento pelo comprador e para assegurar a continuação da exploração da empresa por meio da universalidade transmitida.

2.5.6. Da relevância dos elementos do estabelecimento e dos demais fatores para o incremento da atividade empresarial, e a proteção legal conferida a eles

Não obstante a discussão doutrinária acerca da inclusão destes fatores entre os elementos do estabelecimento empresarial, não se pode perder de vista que todos eles constituem bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, uma vez que imprescindíveis para a manutenção da atividade empresarial.

Tanto a clientela que influencia o aviamento quanto os débitos, os imóveis e os contratos, mesmo que não sejam classificados como elementos do estabelecimento, constituem itens que influenciam diretamente na apreciação da possibilidade de sucesso da empresa e, via de conseqüência, no valor do estabelecimento destinado à sua exploração. Isto porque, um elevado número de clientes que gera grande sobrevalor, um valorizado imóvel, um número reduzido de dívidas e uma gama de contratos rentáveis, por exemplo, explicitam que o empresário empreendeu grandes esforços na condução de seus negócios, e que a

¹³ Rubens Requião (2009, p. 293) ressalta que no direito italiano a matéria é controvertida, havendo quem entenda que os contratos integrariam a *azienda*, como Santoro-Passarelli, Ferrara e Casanova.

¹⁴ 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.

empresa, por conseguinte, possui um alto potencial de lucratividade, o que majora o valor de mercado da *azienda*.

Em razão deste impacto, tais fatores são alvo de diferentes formas de proteção pelo direito, tanto em relação ao empresário como em face de terceiros. É o caso, por exemplo, do direito a que a clientela não seja subtraída de um empresário através de um procedimento ilícito, resguardado pelas normas de vedação à concorrência desleal, do direito de propriedade sobre os imóveis, e da impossibilidade de que os débitos e obrigações contratuais venham a atingir os sócios de uma sociedade empresária de responsabilidade limitada ou terceiros alheios à relação jurídica da qual se originaram os compromissos contraídos.

Por sua vez, os elementos materiais e imateriais do estabelecimento, fatores que também, de forma ainda mais direta, influenciam na valorização da *azienda*, são igualmente objeto de amparo legal, eis que compõem o complexo de bens destinado ao exercício da empresa.

Em um primeiro momento, são protegidos mediante a atribuição de sua titularidade ao empresário, a fim de impedir a utilização patrimonial por terceiros.

Tal amparo manifesta-se pelo reconhecimento de um direito de uso, gozo e disposição exclusivo ao titular do estabelecimento, consubstanciado no direito de propriedade, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, XXIX)¹⁵, tendo por finalidade não só identificar o produtor de um bem ou prestador de determinado serviço, permitindo aos interessados saber o que compra e de quem compra, com as qualidades a que está acostumado a obter determinado bem ou serviço, como também blindar os bens integrantes da universalidade contra a ingerência indevida de terceiros. Entre tais medidas de proteção, citem-se como exemplos: a) a obrigação de o Poder Público indenizar, em casos de desapropriação, tanto o proprietário do imóvel quanto o locatário titular do estabelecimento, que exerceu a empresa; b) a possibilidade de reivindicação do estabelecimento, como um complexo organizado de bens, assim como de cada um de seus bens componentes; c) a renovação compulsória dos contratos de locação de imóvel no qual se fixa o estabelecimento, em benefício do locatário empresário; d) a vedação de restabelecimento do alienante de estabelecimento no trespassse.

A proteção dispensada sobre o estabelecimento é verificada com grande clareza na tutela sobre o ponto empresarial, elemento imaterial da *azienda* que, por sua relevância no presente estudo, será analisado em separado no tópico a seguir.

¹⁵ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade;

2.6. DO PONTO EMPRESARIAL

Uma das principais questões a ser apurada pelo empresário ao se estabelecer, é a localidade na qual fixará o seu negócio. A depender do vulto do empreendimento, do tipo de atividade e do perfil da clientela, o local escolhido para o exercício da empresa é fundamental para o sucesso da atividade.

Isto porque existem diversos fatores que influem diretamente nos custos e na rentabilidade da atividade, como a distância em relação às fontes de insumos, aos mercados consumidores, à acessibilidade dos consumidores, ou mesmo à reputação da localidade.

Por exemplo, para determinados comércios varejistas de produtos alimentícios, será benéfico que o empresário se situe em locais próximos a pontos de parada de ônibus urbano, estações de metrô ou em vias de grande fluxo de pessoas, e para um comércio de material escolar, interessante seria que se situasse nas proximidades de uma escola, pois assim o acesso a seus serviços será facilitado, dotando-os de maior visibilidade, o que aumenta as chances de sucesso da atividade. Do mesmo modo, alguns ramos de comércio e prestação de serviços buscam concentrar-se em grandes conglomerados comerciais das áreas urbanas, os quais já são conhecidos pelos consumidores como pólos de referência sobre determinada atividade, como é o caso da Avenida Paulista, vista por todos como centro financeiro que concentra a quase totalidade dos bancos do país (COELHO, 2008).

Neste passo, o local em que se situa o estabelecimento, denominado ponto empresarial, é um dos fatores decisivos para o sucesso do empreendimento, pois a depender da localidade escolhida, os custos para o exercício da empresa, o acesso à clientela e a visibilidade do negócio serão maiores ou menores, o que altera diretamente a rentabilidade da atividade.

Portanto, o ponto empresarial é o local em que está o estabelecimento, para o qual se dirige a clientela.

Devido à importância que o ponto possui em relação à continuidade da empresa, ele é prestigiado e protegido pelo direito contra a ingerência de terceiros. Neste sentido, caso um indivíduo pleiteie para si o local em que o empresário constituiu seu ponto empresarial, o interesse deste em permanecer na localidade em que instalou seu estabelecimento deve ser resguardado, não apenas porque a mudança de estabelecimento empresarial costuma trazer transtornos, despesas, suspensão da atividade, perda de tempo, mas principalmente porque a mudança pode acarretar prejuízos ou redução de faturamento em função da nova localização,

como forma de preservar o prestígio e o sucesso obtidos no local, bem como a clientela ali convergida. A este interesse Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 102) denomina de “*direito de inerência ao ponto*”.

Claro que, por vezes, a mudança pode se revelar como um fator de crescimento da atividade econômica explorada, mas isto cabe ao empresário dimensionar. Se ele considera mais útil ao seu negócio permanecer no local em que já se encontra estabelecido, este seu interesse é legítimo e merece amparo jurídico.

Deste modo, caso o empresário seja proprietário do local, isto é, do imóvel em que se instala o estabelecimento, seu direito ao ponto será suficientemente assegurado pelo direito constitucional de propriedade que detém sobre a edificação.

Por outro lado, se o empresário figurar tão somente como locatário do imóvel, a doutrina ensina que a tutela ao ponto empresarial será feita por meio da renovação compulsória do contrato de locação.

Baseando-se nos postulados de que o valor incorpóreo referente ao ponto empresarial está intimamente ligado ao valor do imóvel no qual se fixa o estabelecimento, e de que não seria justo atribuir exclusivamente ao proprietário do imóvel o enriquecimento derivado da valorização do ponto empresarial, subtraindo-o do inquilino que criou tal valor, elaborou-se o Decreto nº 24.150/34, a denominada Lei de Luvas.

Segundo este diploma, o empresário que locasse determinado imóvel para a exploração de uma empresa, por um prazo mínimo de 5 anos, sem que tivesse alterado o ramo de atividade nos últimos 3 anos anteriores, teria direito à renovação do contrato de locação independentemente da vontade do locador.¹⁶

Nesta esteira, o direito à renovação compulsória era assegurado apenas àquele que, efetivamente, trouxe uma valorização ao local, o que se presumia através do preenchimento daqueles requisitos pelo interessado.

¹⁶ A renovação compulsória do contrato de locação estava prevista nos arts. 1º, 2º e 4º do vetusto Decreto, nos termos a seguir: “Art. 1º: Não havendo acordo entre os interessados, a renovação dos contratos de arrendamento do prédio, urbano ou rústico, destinado pelo locatário, ao uso comercial ou industrial será sempre feita na conformidade com os dispositivos desta lei.”; “Art. 2º: Para que as renovações de arrendamento fiquem sujeitas aos dispositivos desta lei, é essencial que os respectivos contratos, além dos requisitos do artigo precedente preencham os seguintes: a – A locação do contrato a renovar deve ser por tempo determinado; b – O prazo mínimo da locação, do contrato a renovar, deve ser de 5 (cinco) anos; c – O arrendatário deve estar em exploração do seu comércio ou indústria, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo ininterrupto de 3 (três) anos”; “Art. 4º: O direito à renovação do contrato de locação nas condições e modo estabelecidos nesta lei deve ser exercido pelo locatário, no interregno de 1 (um) ano, no máximo, até 6 (seis) meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do contrato a prorrogar.”

Com o advento da Lei 8.245/91, que revogou a Lei de Luvas, estabeleceram-se novas condições para a renovação obrigatória dos contratos de locação não-residenciais. Portanto, nos termos do art. 51 da Lei de Locações¹⁷, atualmente exige-se que: a) o contrato de locação tenha sido celebrado por escrito e por prazo determinado; b) o prazo do contrato a ser renovado, ou a soma dos contratos ininterruptos eventualmente celebrados deve ser de, no mínimo, 5 anos; c) o locatário deve estar em exploração da mesma atividade pelo prazo mínimo de 3 anos.

Sendo assim, o direito à proteção do ponto empresarial do empresário locatário é assegurado por meio da renovação compulsória do contrato, desde que atendidos aqueles requisitos.

Contudo, existem situações em que a tutela do ponto por meio da renovação compulsória do pacto locatício acarretará uma desproporcional vedação ao exercício do direito de propriedade do locador. Tratam-se das hipóteses trazidas pelo art. 52 da Lei 8.245/91¹⁸, as quais buscam resguardar interesses legítimos do dono do imóvel ou do Estado, como, por exemplo, o direito deste de exigir a realização de obras urgentes no imóvel, ou daquele de tomar para si o prédio quando sentir necessidade de utilizá-lo para benefício próprio ou de sua família.

A despeito disso, mesmo nas hipóteses do art. 52 há uma preocupação em não se afastar injustamente a tutela da renovação compulsória, de modo que se procura evitar um enriquecimento sem causa do locador, impondo a ele o dever de indenizar ao locatário os prejuízos com a mudança e desvalorização da atividade, caso a renovação não ocorra devido à melhor proposta de terceiro, ou no caso de o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar.¹⁹

¹⁷ Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

¹⁸ Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se: I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade; II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

¹⁹ Art. 52. (...) §1º Na hipótese do inciso II, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences; § 2º Nas locações de espaço em *shopping centers*, o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo; §3º O locatário terá direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver que arcar com mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de

Como se constata, a tutela do ponto do empresário locatário trazida pela legislação, através do direito à renovação compulsória, destina-se a abarcar apenas a hipótese em que ele deseja permanecer no imóvel diante da aproximação do termo final do contrato. Ou seja, a tutela trazida pelos arts. 51 a 57 da Lei 8.245/91 presta-se tão somente a garantir que o empresário locatário permaneça no imóvel em que instalou o ponto empresarial, mesmo em face do término da relação locatícia, a fim de evitar que o proprietário, diante da retomada da posse do local com o fim do contrato, venha a enriquecer-se injustamente com o valor do ponto inerente ao imóvel.

Entretanto, existe uma série de outras situações nas quais podem ocorrer violações ao direito ao ponto do empresário locatário não tuteladas pelo direito à renovação compulsória assegurada pela Lei 8.245/91.

Sendo assim, tendo em vista que o ponto empresarial, enquanto elemento do estabelecimento, é fator decisivo para a manutenção e o sucesso da atividade, empreendendo o empresário inúmeros esforços para sua valorização, ainda que uma dada hipótese sofra uma transgressão que não seja caso de tutela pela renovação compulsória, mesmo assim será resguardado pelo ordenamento, por outras vias. É o que ocorre no trespasse do estabelecimento empresarial de um empresário que seja locatário do imóvel em que instalou sua atividade.

2.7. DO TRESPASSE

Como exposto, o empresário que tem interesse em permanecer no local em que se situa o estabelecimento possui o direito a ali permanecer. No entanto, há casos em que a vontade do empresário é desvincular-se do seu estabelecimento, transferindo-se para outra localidade, onde adquirirá um novo estabelecimento empresarial para exploração de sua atividade, pois, segundo suas avaliações, esta mudança será vantajosa para os negócios.

Da mesma forma, um indivíduo interessado em iniciar a exploração de uma atividade empresária pode optar em adquirir um estabelecimento já formado, ao invés de adquirir bens em separado para criar sua própria azienda.

Nesta toada, sendo o estabelecimento uma universalidade de bens destinada à exploração de determinada atividade econômica, dispõe o Art. 1.143 do Código Civil que

três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar.

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

Sendo assim, o estabelecimento empresarial pode ser vendido pelo empresário que o titularize e adquirido por outro, o que é feito pelo contrato de trespasse, o contrato de compra e venda de estabelecimento empresarial, conhecido no meio empresarial por meio da expressão “passa-se o ponto”. Apesar deste termo, o trespasse não acarreta a transferência apenas do ponto empresarial, mas de todos os demais elementos que o compõem. Opera-se, desta forma, a venda do estabelecimento como um todo, encarado em conjunto.

O reconhecimento do estabelecimento empresarial como uma universalidade de fato tem como consequência a desnecessidade de que o empresário dela titular seja proprietário dos bens que a integrem para que seja possível a celebração do trespasse. Basta que o empresário tenha livre disponibilidade sobre seus elementos ou sobre o próprio estabelecimento, o que pode ser assegurado por um direito real ou contratual sobre tais bens (CARVALHOSA, 2005).

A transferência envolve todos os elementos, materiais e imateriais, que compõem a universalidade de fato. Desta forma, os itens não caracterizados como elementos do estabelecimento não podem ser alienados. É o que ocorre, por exemplo, com a clientela e com o aviamento.

Como analisado, a clientela não é apropriável por quem quer que seja, não sendo passível, portanto, de transferência. Já o aviamento, por constituir tão somente um sobrevalor acrescido aos elementos componentes do estabelecimento, decorrente da atividade organizacional empreendida pelo empresário alienante, também não é um bem, não podendo ser transmitido.

No entanto, o aviamento e a clientela, sendo esta fator daquele, são inerentes ao estabelecimento, pois constituem atributos da universalidade. Neste passo, apesar de não serem transferidos propriamente, devem ser tomados em consideração ao se calcular o preço do estabelecimento a ser alienado pelo trespasse. Aqui se constata a importância destes fatores na caracterização do estabelecimento empresarial.

É importante esclarecer que o trespasse não se confunde com a cessão de quotas de sociedade limitada ou alienação de ações de sociedade anônima. Tratam-se de institutos jurídicos bastante distintos.

No trespasse, o estabelecimento empresarial, ou seja, a universalidade de bens corpóreos e incorpóreos, destinados à exploração de uma atividade econômica, é o objeto da

venda, o qual deixa de integrar o patrimônio de um empresário (alienante) e passa a integrar o patrimônio de outro (adquirente).

Por sua vez, na cessão de quotas de sociedade limitada ou na alienação de ações de sociedade anônima, não se altera o titular do estabelecimento empresarial. Tanto antes como após a cessão ou alienação, o complexo de bens pertencia e continua a pertencer ao empresário (sociedade empresária). A sociedade, no entanto, sofre uma alteração do seu quadro societário, eis que, na cessão de quotas ou na alienação de ações o objeto da venda é a participação na sociedade (COELHO, 2008).

Neste sentido, o trespasse e a cessão de quotas demonstram-se como caminhos diferentes para se obter um mesmo objetivo, qual seja, a transferência da empresa explorada pela sociedade empresária. No primeiro, a transferência da titularidade da atividade empresária ocorre por meio da alienação do estabelecimento empresarial, enquanto no segundo, se dá através da alienação da participação societária.

O trespasse é consumado mediante contrato firmado entre as partes, devendo ser levado a registro na Junta Comercial e publicado na imprensa oficial para que produza efeitos perante terceiros, nos termos do art. 1.144 do Código Civil.²⁰

A publicidade faz com que o documento objeto de registro possa ser acessado pelo público, o que se torna possível por meio do seu arquivamento perante a entidade competente, qual seja, a Junta Comercial. Uma vez registrado, a constatação pelo público torna-se possível mediante o regime de certificação, que permite ao terceiro interessado obter junto ao ente registrário comprovantes acerca do teor do documento de alienação (CARVALHOSA, 2005).

A seu turno, a publicação oficial tem por finalidade estabelecer a presunção legal de que os terceiros têm conhecimento dos negócios jurídicos publicados. É a partir da publicação na Imprensa Oficial, momento em que se fixa aquela presunção, que se estabelece, perante terceiros, a validade e a eficácia do trespasse.

Além destas formalidades, caso, após a venda do estabelecimento, não restem ao alienante bens suficientes para solver eventual passivo relacionado à universalidade vendida, o empresário alienante deve cumprir uma outra exigência para que o trespasse tenha eficácia: proceder ao pagamento de todos os débitos pré-existentes ao negócio, ou obter a anuência dos credores em relação à transferência.

²⁰ Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Caso o alienante não quite as obrigações já contraídas relativas ao estabelecimento, a produção de efeitos do trespasse perante terceiros dependerá do consentimento dos credores, que poderá ser expresso (por escrito), ou tácito (caracterizado pela inércia do credor, nos 30 dias seguintes à notificação extrajudicial), conforme o art. 1.145, CC.²¹

Portanto, o direito brasileiro estabelece uma formalidade, prévia ou concomitante ao trespasse, que é anuência dos credores, dispensada apenas no caso de solvência do alienante após a transferência. Se tal formalidade não for cumprida, a consequência é altamente prejudicial ao empresário adquirente, pois, além de o trespasse não produzir efeitos em face de terceiros, será decretada a falência do devedor que transferir seu estabelecimento sem tal consentimento, nos termos do art. 94, III, “c” da Lei 11.101/05²², podendo vir a ele poderá perder o estabelecimento em favor da coletividade de credores, segundo o art. 129, VI do mesmo diploma²³.

A fim de evitar a ineficácia do trespasse em razão da falta de consentimento dos credores, costuma-se convencionar a assunção das obrigações pelo adquirente, transferindo-se a este a responsabilidade pela solução das dívidas ligadas ao estabelecimento transacionado. Isto permite ainda que o adquirente possa administrar diretamente os passivos de algum modo relacionados ao estabelecimento adquirido, o que evita inesperadas ingerências futuras dos credores sobre os bens integrantes do estabelecimento.

Cumpridas as formalidades necessárias para que o trespasse tenha eficácia, a transferência do estabelecimento gera alguns efeitos na órbita jurídica tanto do alienante quanto do adquirente.

No Brasil, principalmente até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, já se considerava que o passivo não integrava o estabelecimento,²⁴ de modo que os credores do empresário alienante da universalidade não podiam cobrar os débitos do empresário adquirente. Admitia-se somente que, por convenção contratual, o adquirente do

²¹ 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.

²² Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: (...) III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: (...) c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

²³ Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: (...) VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;

²⁴ Entendimento capitaneado por Rubens Requião, conforme exposto no tópico 2.5.3. *supra*.

estabelecimento assumisse as dívidas listadas em contrato e, por força de lei, estaria obrigado pelas dívidas trabalhistas e fiscais.

Porém, ainda que os débitos não sejam elementos do estabelecimento, o art. 1.146²⁵ do estatuto civilista dispõe que o adquirente do estabelecimento responde por todas as dívidas e obrigações relacionadas ao negócio explorado por meio do estabelecimento adquirido, desde que regularmente contabilizadas. No entanto, o alienante é responsável solidário pelas obrigações contraídas até a data de realização do trespasse, durante o período de 1 (um) ano, a contar da data em que o negócio começa a produzir efeitos.

Assim, é efeito do trespasse a assunção das dívidas contabilizadas pré-existentes à transferência ao adquirente do estabelecimento empresarial.

Como exposto, as partes podem ajustar a responsabilidade do adquirente por todos os débitos pré-existentes. Contudo, nada obsta que seja estabelecido no contrato de trespasse a não assunção, pelo comprador, do passivo prévio atinente ao estabelecimento. Convencionada esta cláusula, tendo em vista que ainda assim o art. 1.146 impõe a responsabilidade do adquirente por estas obrigações, desde que contabilizadas, fica o alienante obrigado em regresso a indenizar o adquirente pelas despesas que arcar caso um credor venha a obter a responsabilização deste em juízo.

Assim sendo, o adquirente só pode ser responsabilizado pelas dívidas relativas ao estabelecimento empresarial que estejam regularmente contabilizadas. Esta previsão tem o escopo de impedir que o comprador tenha que arcar com obrigações desconhecidas por ele, as quais, se conhecidas anteriormente ao trespasse, poderiam fazer com que não tivesse interesse em celebrar o negócio. É, portanto, uma garantia do adquirente contra eventos surpresas que possam inviabilizar o uso do estabelecimento adquirido.

Contudo, a regular contabilização da dívida para fins de responsabilização do comprador do estabelecimento empresarial não se aplica aos débitos de natureza trabalhista e fiscal. Também não se verifica em relação a eles a liberação do alienante após o prazo de 1 (um) ano.

Isto porque, de acordo com o art. 448, CLT²⁶, as mudanças na propriedade da empresa não afetam os contratos de trabalho, o que permite ao empregado demandar tanto o antigo proprietário do estabelecimento, quanto o atual.

²⁵ Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

²⁶ Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Quanto ao passivo tributário, deve-se observar as situações previstas pelo art. 133, CTN.²⁷ Caso o adquirente passe a explorar atividade econômica diversa da que anteriormente era exercida no local em que se situa o estabelecimento adquirido, ele não responde pelos débitos fiscais contraídos em momento anterior ao trespasse. Por outro lado, se ele continuar a exploração da mesma atividade, como é a regra, será responsável pelas dívidas tributárias relativas ao estabelecimento. Tal responsabilidade será direta, na hipótese de o alienante deixar de explorar qualquer atividade econômica, ou subsidiária, caso o vendedor do estabelecimento continue a exploração de alguma atividade em outra localidade nos seis meses seguintes à alienação.

Deste modo, são inoponíveis perante o fisco os termos do trespasse ou a omissão da contabilidade em relação a tais débitos. As obrigações assumidas no contrato de trespasse servirão tão somente para fundamentar o direito de regresso daquele que arcar com eventuais despesas contra a parte que assumir, na relação particular, estas obrigações.

São estes os efeitos do trespasse na esfera dos empresários envolvidos na transação do estabelecimento em relação aos débitos previamente existentes.

Contudo, o adquirente não assume apenas os ônus inerentes ao estabelecimento, como também os créditos referentes a ele. É o que expõe o art. 1.149 do Código Civil²⁸.

Neste contexto, o comprador da universalidade de bens também passa a ser o titular de todas as relações jurídicas que envolvem o estabelecimento transacionado, as quais eram antes ocupadas pelo empresário alienante.

Isto é o que se infere do teor do art. 1.148 do Código Civil, que define:

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. (Sem grifos no original).

²⁷ Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

²⁸ Art. 1.149. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

Portanto, efetivado o trespasse e não havendo disposição em contrário, passa o adquirente a ocupar, por meio do instituto da sub-rogação, automaticamente, a posição jurídica que antes pertencia ao alienante em todos os negócios, de caráter não pessoal, que envolvam o estabelecimento empresarial.

No entanto, conforme verificado, vige a concepção de que os contratos, por não serem bens, mas negócio jurídicos, não seriam elementos corpóreos ou incorpóreos do estabelecimento. Não se admite, portanto, que os contratos firmados pelo empresário, mesmo aqueles que de alguma forma se relacionem com o estabelecimento, ou com os direitos neles consubstanciados, façam parte da universalidade de bens.²⁹

Contudo, isto não impede que o comprador da *azienda* passe a ocupar a posição contratual em que antes figurava o empresário alienante. Neste sentido, o art. 1.148, CC determina ser efeito do trespasse a sub-rogação do comprador nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, salvo os de caráter pessoal e desde que o terceiro não se oponha por justa causa.

Não poderia ser outra a posição adotada pelo Código. A sub-rogação do adquirente na posição jurídica contratual antes ocupada pelo alienante é indispensável para viabilizar a total utilização do estabelecimento pelo comprador e para assegurar a continuação da exploração da empresa, eis que permite ao adquirente conduzir os negócios jurídicos que envolvam os bens materiais e imateriais necessários para exploração da atividade da maneira que entender mais conveniente para o sucesso dos negócios.

Desta sorte, a previsão do aludido art. 1.148, CC tem o nítido escopo de permitir ao adquirente o pleno uso e gozo de todos os elementos e atributos do estabelecimento empresarial transacionado pelo trespasse, fundamentais para o exercício da atividade econômica explorada através da universalidade, o que seria impossível caso não se operasse a aludida sub-rogação.

Na mesma sintonia, ensina Modesto Carvalhosa (2005, p. 654) que

A finalidade primordial do art. 1.148 reside em um fato de fácil verificação prática. Sem a transmissão de determinadas posições contratuais (principalmente aquelas em contratos diretamente relacionados à atividade empresarial), a transferência integral de um estabelecimento seria impossível.

²⁹ Em relação a este entendimento, remete-se o leitor ao tópico 2.5.5.

Sendo assim, com o intuito de permitir ao adquirente o exercício pleno do direito de propriedade que passa a ter sobre o estabelecimento adquirido, a sub-rogação ocorrerá automaticamente em relação aos negócios jurídicos celebrados com a finalidade de exploração do estabelecimento.

Note-se que somente se sujeitam a ela os contratos bilaterais em curso de execução, pois, se houve cumprimento por um dos contratantes, a obrigação passa a ser unilateral, sendo possível, neste caso, transmitir-se apenas a condição de credor ou devedor, e não do contrato em si.

No entanto, conforme se verifica na redação do art. 1.148, CC, existem algumas exceções a regra geral da sub-rogação automática.

Não há sub-rogação nos contratos de caráter pessoal, ou seja, naqueles em que não admite o adimplemento por outro sujeito que não por aquele que originalmente contratou, como, por exemplo, a contratação de um pintor de renome para elaboração de um quadro, ou de um profissional liberal para prestação de determinado serviço.

Nesses exemplos, devido à relevância das qualidades pessoais do sujeito na relação jurídica, é impossível substituí-lo sem que com isso se desvirtue a obrigação anteriormente contratada.

Outra exceção à regra geral da sub-rogação contratual automática ocorre quando o terceiro com quem o alienante celebrou determinado negócio jurídico opta por romper o vínculo obrigacional após a transferência do estabelecimento.

Entretanto, não pode o terceiro rescindir o contrato por seu livre arbítrio, simplesmente por não aceitar como contraparte o novo titular do estabelecimento. Deve haver justa causa, isto é, uma razão plausível que o estimule a romper o vínculo.

Portanto, ressalvadas as exceções legais, o adquirente do estabelecimento empresarial, salvo estipulação em contrário, sub-roga-se em todos os contratos firmados com a finalidade de permitir a exploração do estabelecimento e de garantir ao empresário os meios necessários à realização da atividade econômica desenvolvida por meio da universalidade de bens transacionada.

3. DOS EFEITOS DO TRESPASSE SOBRE O PONTO EMPRESARIAL E SOBRE A LOCAÇÃO EMPRESARIAL DE IMÓVEL

A aquisição de um estabelecimento pelo empresário tem o objetivo de viabilizar a exploração da atividade empresária por ele escolhida e a geração de lucros dela decorrente.

Como verificado, a capacidade de geração de lucros, proporcionada pela *azienda*, caracteriza o aviamento. Deste modo, é fundamental que o empresário, ao adquirir um estabelecimento, escolha um que se situe em local que propicie boas expectativas de sucesso, no qual exista, por exemplo, clientela potencial, visibilidade, fácil acesso às fontes de insumos.

Isto porque um dos fatores indicativos de um elevado valor agregado ao estabelecimento e, conseqüentemente, de uma alta perspectiva de lucros disponibilizadas por ele, é justamente a sua localização, que consiste no viés objetivo do aviamento (*local goodwill*). Assim, a capacidade de geração de lucros proporcionada pelo estabelecimento é mensurada não apenas pela valorização decorrente da competente atuação do empresário à sua frente (*personal goodwill*), mas também pela localidade na qual se situa (VERÇOSA, 2008).

Como exemplo, cite-se um comércio de cópias xerográficas localizado nos corredores de uma universidade. Ele tem a capacidade de gerar grandes lucros independentemente da boa qualidade da atuação do empresário que exerce a atividade, uma vez que os alunos certamente recorrerão àquele estabelecimento quando houver a necessidade de realização de cópias de textos e livros, imprescindíveis para seus estudos, haja vista a comodidade e o curto deslocamento até o comércio. Este é justamente o aviamento objetivo.

Portanto, o local em que se situa o estabelecimento é fator decisivo para o sucesso do empreendimento, tanto que recebe a proteção do direito por meio da tutela ao ponto empresarial.

Ocorre que, tendo em vista o reduzido valor dos aportes do qual dispõe, em geral, o empresário que inicia sua atividade, tendo que recorrer muitas vezes aos créditos bancários para viabilizar o exercício da empresa, ele não dispõe de um imóvel próprio por meio do qual exercerá sua atividade. Sendo assim, na maioria dos casos, o estabelecimento empresarial se encontra em imóvel locado pelo empresário, de modo que a propriedade da edificação na qual se explora a empresa não pertence ao empresário, mas ao terceiro locador do prédio.

Em casos desta espécie, de forma alguma se poderia cogitar que o imóvel integrasse o estabelecimento, nem o patrimônio do empresário locatário.³⁰ O que compõe a universalidade de bens neste caso é apenas o ponto empresarial, representado pela posição contratual de locatário ocupada pelo empresário no negócio jurídico de locação de imóvel celebrado com terceiro.

Nesta hipótese, o ponto empresarial não está abrangido pelo direito de propriedade sobre o imóvel, mas pelo próprio contrato de locação titularizado pelo empresário locatário do prédio.

3.1. DO TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO CONSTITUÍDO EM IMÓVEL LOCADO

Nos ensinamentos de Clóvis Bevilacqua (*apud* DINIZ, 2002, p. 203), a locação é "o contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração paga pela outra, se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível".

Por força do contrato de locação, o empresário locatário passa a ter as faculdades de uso e fruição do bem locado enquanto não cessa sua eficácia. Tais faculdades formam justamente o ponto empresarial titularizado pelo empresário naquele local. Neste passo, tendo em vista que o ponto consiste em um elemento constituinte da *azienda*, infere-se que as faculdades de uso e fruição do bem, formadoras do ponto empresarial, também são elementos do estabelecimento.

Assim, o ponto não é formado pelo imóvel locado propriamente dito, mas pelos direitos de uso e fruição que possui em relação ao bem, de que goza o empresário locatário. Tendo em vista que tais direitos compõem o ponto empresarial, sendo, portanto, elementos do estabelecimento, também são passíveis de alienação por parte do empresário.

Diante disso, ao se efetuar um trespasse, o que se transfere em relação ao imóvel locado não é a propriedade do mesmo, uma vez que pertencente ao terceiro locador, mas o ponto empresarial e, por conseguinte, os direitos de uso e fruição do imóvel decorrentes da condição de locatário detida pelo empresário alienante do estabelecimento.

Com efeito, a venda do estabelecimento e, portanto, do ponto comercial que o compõe, implica na transferência pelo locatário dos direitos de uso e fruição da edificação. Desta maneira, tendo em vista a locação empresarial existente, o trespasse tem como efeito a

³⁰ Conforme abordado no tópico 2.5.4., vige o entendimento segundo o qual, ainda que o empresário seja proprietário do imóvel, este bem não integra o estabelecimento empresarial.

cessão da locação, isto é, a transferência da posição de locatário em favor do empresário adquirente, necessário para que se transmita o ponto empresarial.

O negócio jurídico de cessão de posição contratual, no caso em tela, consiste na substituição da pessoa do locatário na posição jurídica subjetiva passiva do contrato de locação. O empresário alienante, antigo locatário, deixa de ser parte no contrato, substituindo-se pelo adquirente do estabelecimento, que assume a obrigação de pagar os aluguéis, em contrapartida ao uso e fruição do bem.

Portanto, a mudança de titularidade do ponto empresarial, nesta situação, depende da cessão da condição de locatário.

3.2. DA EXIGÊNCIA LEGAL DE CONSENTIMENTO DO LOCADOR PARA REALIZAÇÃO DA CESSÃO LOCATÍCIA

A cessão realizada por força do trespasse é decorrência da previsão do art. 1.148, CC que, como analisado, define ser efeito do trespasse a sub-rogação do adquirente nos negócios jurídicos estabelecidos para exploração do estabelecimento transacionado, que não tenham caráter pessoal, como é o caso da locação. Neste sentido, afirma-se que “Decorrência da cessão é a sub-rogação do cessionário na qualidade creditória do cedente” (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2007, p. 576).

No entanto, para que se opere a cessão e, conseqüentemente, a sub-rogação, é necessário o consentimento do senhorio, sem o qual inexistente o negócio de cessão. É o que dispõe o artigo 13 da Lei 8.245/91: “A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador”.

Antes do advento do Código Civil de 2002, os contratos de locação empresarial de imóveis sujeitavam-se à disciplina da Lei 8.245/91, e também do estatuto civilista de 1916, que previa em seu art. 1.201 e parágrafo único

Não havendo estipulação em contrário, o locatário, nas locações a prazo fixo, poderá sublocar o prédio, no todo ou em parte, antes ou depois de havê-lo recebido, e bem assim emprestá-lo, continuando responsável ao locador pela conservação do imóvel e solução do aluguer. Parágrafo único: Pode também ceder a locação, consentindo o locador.

Com a revogação do Código Civil de 1916, a locação empresarial passou a ser exclusivamente disciplinada pelo aludido art. 13 da Lei de Locações, atualmente em vigor, que, como se verifica, exige o consentimento prévio e por escrito do proprietário do imóvel,

para que o locatário alienante no trespasse possa ceder a locação, indispensável para a transmissão do ponto, juntamente com os outros elementos do estabelecimento.

Para justificar a exigência de anuência do locador do imóvel, afirma Modesto Carvalhosa (2005, p. 661) que

é elemento fundamental do contrato de locação imobiliária a pessoa do locatário do imóvel. O locador do imóvel não se pode ver coagido a aceitar um novo ocupante de seu imóvel simplesmente porque houve uma transferência do estabelecimento empresarial ali situado.

Portanto, nos casos de cessão de locação empresarial de imóvel, seria afastada a aplicação da regra geral de sub-rogação automática do art. 1.148, CC, pois a eficácia da cessão da locação, ou seja, da transferência da posição de locatário do alienante para o adquirente do estabelecimento, depende de um requisito essencial, qual seja, o prévio e inequívoco consentimento do proprietário do imóvel locado.

Como se constata, a legislação pretende pôr a salvo o direito fundamental de propriedade do locador, assegurado pelo art. 5º, XXII da Constituição Federal, permitindo a ele que, enquanto senhor do imóvel, dê ao bem a destinação que entender mais conveniente, condicionando a cessão da locação ao seu prévio consentimento.

Nos ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 91), a propriedade “é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”. Destarte, o locador do imóvel, titular da propriedade sobre a edificação, tem o direito de empregar o bem no seu próprio benefício, dele fruindo da forma que entender mais consentânea com seus interesses.

Em razão disso, o locador é quem tem o poder de determinar quem se utiliza ou não dos seus recintos, de acordo com seus anseios pessoais. Deste modo, caso o locatário realize um trespasse, o senhorio, no exercício do seu direito de propriedade, poderia se opor ao ingresso do adquirente do estabelecimento no seu imóvel, mesmo imotivadamente, caso o novo locatário não lhe agrade. Esta é, portanto, a justificativa da previsão do art. 13 da Lei do Inquilinato: resguardar o direito de propriedade do locador.

Contudo, a questão não é tão simples quanto parece.

3.3. DAS IMPLICAÇÕES DA NEGATIVA DO LOCADOR SOBRE A TRANSFERÊNCIA DO PONTO EMPRESARIAL

A necessidade de anuência do locador quanto à cessão configura um choque de direitos subjetivos ostentados por locador e locatário empresário. Embora o locador seja titular do domínio do imóvel onde se forma o ponto empresarial, de modo que caberia a ele decidir quem pode ou não ocupar o prédio de sua propriedade, não se deve perder de vista que o empresário locatário possui o direito subjetivo de propriedade sobre o estabelecimento empresarial e, conseqüentemente, sobre o ponto comercial que lhe é parte integrante.

Constituindo o estabelecimento uma universalidade de fato, infere-se que ele configura uma espécie de bem, sendo, desta forma, algo apropriável. Neste sentido, o empresário titular de uma *azienda* exerce sobre ela o direito constitucional de propriedade, bem como sobre todos os bens individualmente considerados que compõem a universalidade, como é o caso do ponto empresarial, ao qual também se denomina, em razão disso, de “propriedade comercial” (VERÇOSA, 2008, p. 274).

Assim, a posição subjetiva ativa que o empresário apresenta em relação ao estabelecimento lhe confere a faculdade de uso e os poderes de fruição e disposição sobre o ponto, ainda que se situe no imóvel de terceiro, e dependa da cessão locatícia para ser transferido, caso o seu titular decida celebrar um trespasse.

Ou seja, o empresário locatário, como qualquer outro, é pleno proprietário do estabelecimento e, por conseguinte, do ponto empresarial e dos demais elementos que o integram, mantendo sobre eles total disponibilidade.

No entanto, em observância à norma do art. 13 da Lei de Locações, caso o empresário locatário decida dispor de seu estabelecimento, celebrando um trespasse, o ponto empresarial, elemento indispensável da *azienda*, só poderia ser transferido caso o locador consentisse com a troca do ocupante da posição contratual de locatário, haja vista que a transferência do ponto depende de uma cessão da locação.

Deste modo, se o locador, por razões íntimas, não anui com a cessão da locação decorrente do trespasse, inviabiliza-se a transferência do ponto empresarial constituído no imóvel locado, de modo que, sendo o locatário impedido de ceder o contrato de locação do imóvel, não poderia, em última análise, transferir a própria *azienda* (BUZZAID, 1991).

Neste contexto, embora a lei resguarde o direito de propriedade do locador por meio da previsão do art. 13 da Lei de locações, permitindo a ele dar ao imóvel a destinação que julgar mais conveniente aos seus interesses por meio da vedação de uma cessão de locação

que o desagrado, o ordenamento também protege o direito de propriedade do empresário sobre o ponto empresarial integrante do estabelecimento empresarial adquirido.

A proteção dispensada pelo Direito ao ponto empresarial é visualizada, segundo a doutrina, nos artigos 51 a 57 da Lei 8.245/91, que assegura ao empresário locatário o direito à renovação compulsória do contrato de locação do imóvel no qual fixou seu estabelecimento empresarial, mesmo em face do direito de propriedade do locador, como exposto no tópico relativo ao ponto empresarial.

Disto se infere que o ponto empresarial é tutelado pelo ordenamento ainda que este elemento decorra apenas de uma relação contratual que paire sobre o imóvel, e não necessariamente de um direito de propriedade sobre a edificação. Assim, seja o empresário locatário ou proprietário do prédio no qual se instalou o estabelecimento, o seu ponto empresarial será resguardado pelo Direito.

Neste sentido, ensina Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 103):

Quando o empresário é o proprietário do imóvel em que se estabeleceu, o seu direito de inerência ao ponto é assegurado pelo direito de propriedade de que é titular. Quando, entretanto, ele não é proprietário, mas o locatário do prédio em que se situa o estabelecimento, a proteção do seu direito de inerência ao ponto de corre de uma disciplina específica de certos contratos de locação não residencial que assegura, dadas algumas condições, a prorrogação compulsória.

Contudo, a proteção dispensada pela renovação compulsória não se presta a resguardar o direito de disposição do empresário locatário sobre o ponto empresarial na hipótese em que pretende alienar seu estabelecimento situado em imóvel locado, mas se vê impossibilitado de fazê-lo devido à recusa do locador em aceitar a cessão locatícia ao empresário adquirente da universalidade, na qual está inserido o ponto, elemento da *azienda*.

Neste sentido, verificado que a negativa do proprietário do prédio em aceitar a cessão da locação impede a transferência do ponto empresarial fixado no imóvel locado, deve-se assegurar por outros meios o direito à livre disposição que o empresário alienante detém sobre todos os elementos integrantes do estabelecimento por ele titularizado, entre eles o ponto, ainda que em face do direito de propriedade do terceiro locador. Caso não se resguarde a tutela do ponto empresarial, impossibilitar-se-á o exercício do direito do empresário locatário de alienar o próprio estabelecimento empresarial, bem como do empresário adquirente de usufruir de todo instrumental necessário para dar continuidade à empresa explorada por meio da *azienda*.

3.4. DO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE DO LOCADOR E DO EMPRESÁRIO LOCATÁRIO

Através de uma análise superficial, poder-se-ia aduzir que a única forma de proteção ao ponto empresarial assegurada pelo ordenamento brasileiro consiste no direito à renovação compulsória do contrato de locação empresarial, delineada no art. 51 da Lei 8.245/91, uma vez que o ordenamento pátrio não traz expressamente em qualquer outro diploma uma forma distinta de proteção a este elemento do estabelecimento empresarial.

Nesta toada, na hipótese de o empresário locatário realizar um trespasse, recusando-se o locador a anuir com a cessão da locação decorrente daquele negócio, de modo que a transferência do ponto não poderia ser realizada, não haveria outro meio de resguardar o direito que o empresário alienante tem de dispor sobre o ponto. Assim, prevaleceria a tutela do direito constitucional de propriedade do locador, nos termos do art. 13 da Lei 8.245/91, em detrimento do direito do locador à disposição do ponto empresarial.

É neste sentido a opinião de Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 107): “Uma disposição de lei ordinária que contemplasse o locatário com uma tutela incompatível com a proteção à propriedade seria, com certeza, inconstitucional”.

Deste modo, prevaleceria a tutela do direito constitucional de propriedade do terceiro locador.

Todavia, como demonstrado, o empresário locatário possui direito de propriedade sobre o seu estabelecimento e sobre todos os elementos dele integrantes, individualmente considerados, entre os quais se insere o ponto empresarial, também denominado propriedade comercial.

Assim, no caso em que, operado o trespasse, o terceiro locador se nega a anuir com a cessão da locação, há um conflito entre o direito de propriedade do locador, que deseja impedir que o empresário adquirente atue em seu imóvel, e o direito de propriedade do locatário, que almeja alienar seu estabelecimento e, por conseguinte, os elementos que o compõem, entre eles o ponto empresarial, o que só é possível mediante a cessão da locação obstada pelo dono da edificação.

Tem-se, portanto, um conflito de direitos de mesma hierarquia, qual seja, um embate entre direitos fundamentais, qual seja, o direito de propriedade, assegurado pelo art. 5º, XXII da Constituição Federal, de dois diferentes sujeitos de direito.

Como ensinado pela doutrina constitucionalista, “Fala-se em colisão de direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 331).

Deste modo, ainda que um direito fundamental não contenha, no texto constitucional, uma expressa restrição legal, isto é, mesmo que não seja prevista uma hipótese na qual tal direito não será observado, caso ele entre em conflito com outro direito fundamental que impeça sua incidência, poderá ele ser limitado, não produzindo efeitos naquela circunstância.

Neste sentido, a Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que

tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente a restrição legal expressa (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 336).

Ocorrendo um conflito de direitos fundamentais, no qual a observância de um afasta a incidência do outro, de modo que seja impossível a convivência harmônica entre ambos, como ocorre no caso em apreço, a solução para o problema deve ser buscada por meio de um juízo de ponderação, que revelará qual dos direitos deverá ceder espaço ao outro.

Desta sorte, deve-se delimitar a forma pela qual será exercido este juízo de ponderação.

O juízo de ponderação não se limita a estabelecer entre os princípios constitucionais conflitantes uma hierarquia, atribuindo-se abstratamente maior significado a um deles, ao qual seria dada precedência. Isto porque, embora a Constituição não repugne a identificação de normas de diferentes pesos, a fixação de uma rigorosa hierarquia, pré-estabelecida, entre os direitos individuais, acabaria por afastar a incidência de determinado direito em todas as hipóteses em que colidisse com outro ao qual se conferisse maior valor, o que nem sempre seria a melhor solução em determinados casos. Com isso, se engessaria a interpretação das normas constitucionais.

Ademais, no caso em tela, seria impossível falar-se em maior hierarquia de um dos direitos em detrimento de outro, haja vista que se trata de conflito entre direitos fundamentais idênticos, o direito de propriedade.

Sendo assim, no juízo de ponderação, indispensável entre os valores em conflito, deve-se observar as peculiaridades do caso concreto.

Uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma “ponderação de bens tendo em vista o caso concreto” (*Güterabwägung in konkreten Fall*), isto é, de uma ponderação que leve em conta todas as circunstâncias do caso em apreço (*Abwägung aller Umstände des Einzelfalles*) (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 336).

Portanto, não se pode definir, *a priori*, qual direito deve ceder espaço a outro, em virtude de uma precedência definida em abstrato, cumprindo ao aplicador do Direito avaliar, em cada caso concreto, de acordo com suas peculiaridades, qual direito fundamental deverá prevalecer.

Neste ínterim, Robert Alexy (*apud* MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 336) ensina que o juízo de ponderação realiza-se em três planos:

No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então, se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação” segundo a qual, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores desta intervenção.

Verificada a forma pela qual deve ser exercido o juízo de ponderação, cumpre analisar o conflito de direitos existente entre o direito de propriedade do empresário locatário de imóvel no qual fixou seu estabelecimento empresarial, que deseja aliená-lo juntamente com o ponto empresarial, mas que se vê impossibilitado de fazê-lo devido ao exercício do direito de propriedade do locador que, nos termos do art. 13 da Lei de Locações, não anui com a cessão da locação decorrente do trespasse, isto é, dos direitos de uso e fruição que possui sobre a edificação, necessária para que se transfira o ponto empresarial, elemento da *azienda* alienada.

Ao se realizar esta análise, constatar-se-á que, em certos casos, a proteção do direito do empresário locatário de disposição sobre o ponto empresarial deverá prevalecer em detrimento da prerrogativa trazida pelo art. 13 da Lei 8.245/91, de modo que o locador poderia ser compelido a figurar numa relação locatícia, para com a qual não concorreu com seu consentimento. Por outro lado, há situações em que o direito do locador de alugar seu imóvel a quem lhe aprouver é que prevalecerá, necessitando o empresário alienante no trespasse obter a concordância do locador para transferir um bem de seu próprio patrimônio. A solução do conflito exigiria, portanto, a verificação acerca do interesse preponderante em determinado caso concreto. É o que se passa a expor.

3.5. DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO ACERCA DOS INTERESSES DO LOCADOR E DO EMPRESÁRIO LOCATÁRIO

3.5.1. 1º Plano: Identificação da intensidade da intervenção sobre o direito de propriedade

Tomando por base os planos pelos quais deve ser realizado o juízo de ponderação, conforme ensinamento de Alexy, verifica-se que, no caso em tela, a intensidade da intervenção consiste no afastamento de uma das prerrogativas do exercício do direito de propriedade do locatário ou do locador. Isto porque, caso se entenda que deva prevalecer o direito do locatário empresário, o terceiro locador será privado de exercer seu direito de uso e gozo sobre o imóvel, sendo obrigado a aceitar a ocupação do prédio por terceiro adquirente do estabelecimento e do ponto empresarial. Se, de outro modo, concluir-se que o direito do locador é que deve prevalecer, o direito de fruição decorrente da propriedade do locatário é que será afastado, pois será impedido de alienar o estabelecimento e o ponto dele integrante.

3.5.2. 2º Plano: Importância dos fundamentos justificadores da limitação do direito de propriedade

Por sua vez, o segundo plano, qual seja, a importância dos fundamentos justificadores da intervenção em um dos direitos em disputa merece uma abordagem mais específica. Mesmo porque é com base neste plano, tendo em vista a relevância da limitação de um e de outro, que se conclui qual dos direitos em conflito deve ceder espaço.

Como analisado, no caso de um empresário instalar seu estabelecimento em um imóvel locado, ao se realizar o *trespasse*, a transferência do ponto empresarial, elemento da *azienda*, constituído, neste caso, pelos direitos de uso e fruição decorrentes do contrato de locação, será feita por meio de uma cessão locatícia decorrente do *trespasse*, autorizada pelo art. 1.148 do Código Civil.

Contudo, nos termos do art. 13 da Lei de Locações, o locador do prédio deveria anuir com esta cessão, sob pena de não se operar.

Assim, caso o locador não consinta com a realização da cessão, ainda que não tenha um motivo plausível para tal, o empresário locatário se verá impedido de transferir seu ponto empresarial. Poderia, assim, vender tão somente os demais bens integrantes da *azienda*. Isto

acarretaria um desmantelamento indesejado do estabelecimento, privando o adquirente de usufruir de todos os elementos da *azienda* por ele adquirida.

Em razão disso, certamente haveria uma perda do interesse do adquirente na aquisição da universalidade, pois de nada lhe adiantaria apanhar um estabelecimento sem seu ponto empresarial, um dos elementos de maior relevância e valor para o exercício da empresa que se pretende explorar por meio da universalidade comprada. Assim, seria extremamente difícil ao alienante encontrar um comprador disposto a aceitar essas condições, o que, em uma última análise, inviabilizaria o próprio exercício do direito de disposição sobre o estabelecimento.

Portanto, a realização do trespasse do estabelecimento do empresário locatário ficaria indevidamente condicionada à anuência de um terceiro estranho à relação travada entre alienante e adquirente, qual seja, o locador da edificação.

Além disso, também o comprador da *azienda* seria extremamente prejudicado no trespasse, pois com a recusa do locador, ele adquiriria todos os elementos do estabelecimento, como maquinário, insumos, matéria-prima, mas não teria onde desenvolver a atividade empresarial, pois não poderia obter o ponto empresarial, devido à recusa do locador.

Não bastasse, ainda que o empresário locatário obtivesse êxito em celebrar um trespasse que não abrangesse o ponto empresarial, o valor deste elemento não poderia ser incluído no preço negociado, subtraindo-se do alienante a vantagem econômica que adquiriria em razão da transferência do ponto. Haveria, desta forma, um indevido prejuízo a ele, pois vedando o locador a realização da cessão da posição de locatário e, por conseguinte, a transferência do ponto, o alienante não seria ressarcido pelos esforços que empregou na consolidação do ponto empresarial, nem receberia os lucros decorrentes da sua valorização ao longo do tempo que o explorou, possibilitada pela diligência e atuação do empresário locatário na atividade desenvolvida naquele ponto empresarial. Disso decorreria um indevido enriquecimento sem causa do locador que se opôs à cessão da locação, o qual, recuperando a posse do imóvel, passaria a deter também a posse do ponto empresarial fixado no prédio até então locado.

Pelo exposto, verifica-se que o afastamento do exercício de uma das prerrogativas do direito de propriedade do locador, qual seja, a possibilidade de impedir a cessão locatícia, nesta situação, é medida fundamental para permitir ao empresário locatário a livre disposição sobre o ponto empresarial, bem como impedir que o locador se enriqueça às custas do locatário, ao retomar a posse do imóvel e se valer da valorização e da lucratividade do ponto ali fixado.

Mais que isso, o afastamento da prerrogativa referente ao exercício do direito de propriedade do locador consubstanciada no art. 13 da Lei 8.245/91 é medida que se impõe tendo em vista o princípio da preservação da empresa, bem como a função da social que a propriedade do terceiro locador deve exercer.

3.5.2.1. O conflito entre os direitos de propriedade e o Princípio da Preservação da Empresa

Em um primeiro momento, a previsão do art. 13 da Lei de Locações parece ser um óbice intransponível para a cessão dos direitos de gozo e fruição do imóvel, formadores do ponto empresarial na hipótese em comento, uma vez que o texto legal é bem claro ao dispor que a cessão locatícia depende da anuência expressa por escrito do locador.

Contudo, esta norma não pode ser interpretada isoladamente, como um dogma inexorável, devendo ser visualizada em consonância com os princípios e demais preceitos protegidos pelo ordenamento jurídico. Portanto, deve ser lida como parte integrante de um todo unitário, representado pela ordem jurídica, que busca não apenas, no caso em tela, proteger o direito de propriedade do locador, mas também de conformar a utilização desta propriedade como instrumento para se alcançar o bem estar social.

Neste contexto, o princípio da preservação da empresa revela-se como postulado fundamental a ser observado para que se alcance o bem estar social, objetivo precípua do ordenamento jurídico brasileiro.

3.5.2.1.1. Do papel dos princípios no direito brasileiro

Os princípios de Direito são diretrizes gerais e básicas, que fundamentam e conferem unidade a um sistema jurídico. Assim, nas lições de Miguel Reale (1980, p. 299), princípios são

verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Os princípios delineiam a essência da ordem jurídica, isto é, a sua composição e objetivos, bem como os parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema. Portanto, constituem proposições lógicas basilares do sistema jurídico.

Tendo em vista que os princípios destinam-se a conferir unicidade ao ordenamento, definindo as bases pelas quais deverá ser visualizado e aplicado o regramento previsto pelo sistema jurídico, eles influenciam diretamente sobre a forma de aplicação das normas. Ou seja, sendo os princípios mandamentos nucleares da ordem jurídica, verdadeiros alicerces deste, suas disposições irradiam sobre as normas, servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo.

Neste sentido, ensina Celso Bastos (2000, p. 57) que:

Os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito (...) devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios.

Mais do que orientar a aplicação e interpretação das regras de direito, os princípios revelam-se, segundo ensinamento de Robert Alexy (*apud* MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 291), como verdadeiras normas, que podem ser satisfeitas em diferentes graus, a depender da situação em concreto. Assim, trazem consigo disposições que devem ser cumpridas, em maior ou menor nível, conforme as circunstâncias jurídicas e fáticas que se apresentarem. São, desta forma, mandatos de otimização:

princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandatos de otimização (*Optimierungsgebote*). Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas.

Assim, no âmbito do Direito Empresarial, entre os princípios que orientam sua aplicação e interpretação, insere-se o princípio da preservação da empresa, cujos preceitos devem ser observados para que se confira ao art. 13 da Lei 8.245/91 uma correta aplicação, o que acarretará, em última análise, o afastamento desta norma no caso do locador que se nega a aceitar a cessão da locação decorrente do trespasse de estabelecimento fixado em imóvel locado. É o que se verifica a seguir.

3.5.2.1.2. Do Princípio da Preservação da Empresa

O princípio da preservação da empresa tem sua origem atrelada à evolução da perspectiva do Direito Privado ao longo dos últimos anos.

No início do século XXI, o direito civil pátrio passou por uma reformulação dos critérios de interpretação, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe um rol de princípios e normas que passaram a intervir diretamente nas relações privadas, como, por exemplo, a dignidade da pessoa, o valor social da livre iniciativa, a defesa do consumidor e a função social da propriedade.

Em razão desta mudança de perspectiva, o direito civil abandonou a máxima de que os indivíduos são por si só auto-suficientes para estabelecer relações privadas, de modo que a ótica egoística do indivíduo deu espaço a uma maior preocupação com a tutela da coletividade. Desta forma, prestigia-se com maior empenho a justiça social, voltada à distribuição de riquezas, em detrimento da proteção cega aos interesses meramente individuais.

Verificada a alteração de paradigma, infere-se que o princípio da preservação da empresa se insere justamente entre os instrumentos de que se vale o ordenamento para alcançar o objetivo de assegurar justiça e bem estar social.

A atividade empresária afigura-se atualmente como um dos pilares da economia moderna, apresentado-se, desta forma, como fonte geradora de empregos, rendas tributárias, disponibilização de produtos e serviços em geral, indispensáveis para o conforto e subsistência dos indivíduos. Portanto, revela-se como fator basilar para a manutenção da vida cotidiana.

Neste sentido, aduz Bulgarelli (1985, p. 268) que:

é natural, como centro polarizador da atividade econômica moderna já chamada de célula-mater da economia em nossos tempo, convergisse para a empresa uma variada gama de interesses, dizendo respeito aos trabalhadores, aos credores, ao Estado (quer na sua função mais mesquinha de arrecadador de impostos, quer como incentivador das atividades produtoras, quer ainda como intérprete das aspirações populares ou do bem público), aos sócios ou acionistas e, relação ao empresário coletivo; aos consumidores, à comunidade, etc.

A importância da empresa para a sociedade teve início a partir do século XVIII, com a revolução industrial, que impulsionou o surgimento das fábricas e a invenção das máquinas a vapor. Contudo, verifica-se no meio negocial atual uma perda gradativa da força da empresa

tradicional, voltada para a transformação de matéria-prima em produtos, haja vista a eclosão de novas modalidades de atividades empresárias, direcionadas, principalmente, para a área de prestação de serviços e produção de bens intangíveis, as lojas virtuais.

Disso decorre um mercado cada vez mais competitivo e inovador, o que exige um crescimento e amadurecimento dos empresários em seus respectivos ramos, que se vêm obrigados a formular novas estratégias para manter a sobrevivência no mercado, aumentando os riscos da atividade.

Não obstante os riscos naturais inerentes a atividade empresária, os empresários ainda têm que lidar com a excessiva carga tributária que assombra o exercício da empresa.

A despeito destas dificuldades, o ordenamento brasileiro reconhece à atividade empresária sua importância crucial para a sustentação da economia, bem como o seu papel para a satisfação dos interesses da coletividade, como a geração de emprego, arrecadação de tributos, fornecimento de bens e serviços e inovação tecnológica.

Sendo assim, o princípio da preservação da empresa se faz presente em todo o direito empresarial. Por exemplo, cite-se a previsão do art. 974 do Código Civil,³¹ que ao permitir ao empresário que, porventura, se torne incapaz, que continue a exercer a empresa por ele explorada enquanto capaz, por meio de um representante ou assistente, tem o claro escopo de impedir a extinção da empresa exercida por tal empresário.

Da mesma maneira, o art. 47 da Lei 11.101/05, que consagra expressamente o princípio da preservação da empresa, ao dispor que

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.³²

Portanto, tendo em vista a importância da empresa para os interesses da coletividade, constituindo uma verdadeira unidade de distribuição de bens e serviços, um ponto de alocação de trabalho, fonte de arrecadação de tributos e centro propugnador de melhorias tecnológicas, o ordenamento consagra o princípio da preservação da empresa, segundo o qual a atividade empresária deve ser mantida e resguardada contra eventuais ingerências que busquem

³¹ Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

³² BRASIL. Lei n° 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 fev. 2005

eliminá-la, tendo em vista que o seu desaparecimento certamente causará seqüelas irremediáveis no âmbito de toda coletividade.

Sendo assim, enquanto a atividade se demonstrar viável economicamente, prestando-se a servir à sociedade como fonte de melhorias e de desenvolvimento, deverá ser protegida (COSTA JUNIOR, 2007).

3.5.2.1.3. Da violação ao Princípio da Preservação da Empresa a justificar o afastamento da regra do art. 13 da Lei 8.245/91

Por todo exposto, é fácil deduzir que a negativa do terceiro locador em anuir com a cessão da locação, necessária para que se transfira o ponto empresarial no caso do trespasse de estabelecimento situado em imóvel locado, revela-se como uma afronta ao princípio da preservação da empresa.

Isto porque, como analisado, a impossibilidade de realização da cessão locatícia, com base no art. 13 da Lei 8.245/91, impede que se transfiram os direitos de uso e fruição sobre o imóvel, formadores do ponto empresarial, titularizados pelo empresário alienante do estabelecimento. Isto acarreta a vedação ao empresário locatário de dispor livremente do seu próprio patrimônio, consubstanciado no estabelecimento empresarial.

Assim, não tendo o empresário locatário interesse em permanecer exercendo aquela empresa, tanto que deseja alienar seu estabelecimento, e tendo em vista a impossibilidade de se transferir a *azienda* a outro empresário, em razão da negativa do locador, a consequência é que a empresa explorada por meio daquele estabelecimento empresarial será encerrada, em franco prejuízo à coletividade que depende dos serviços, bens, empregos, arrecadação de tributos e melhorias tecnológicas proporcionadas pela atividade.

Desta sorte, a previsão do art. 13 da Lei de Locações fere de morte o princípio da preservação da empresa. Neste passo, verificado que os princípios são parâmetros de interpretação e incidência das normas integrantes da ordem jurídica, infere-se que a aplicação de tal dispositivo no caso do trespasse de estabelecimento localizado em imóvel locado está em descompasso com o interesse do direito em manter o exercício da empresa.

Conclui-se, deste modo, que a previsão do art. 13 da Lei 8.245/91 deve ser afastada no caso em tela, em observância ao princípio da preservação da empresa.

3.5.2.2. O conflito entre os direitos de propriedade e a Função Social da Propriedade

Outro fator a justificar a prevalência do direito do empresário locatário em face da recusa do locador é a função social da propriedade.

3.5.2.2.1. Da Função Social da propriedade

Tradicionalmente, o direito de propriedade era visto pela ideologia liberal como puro direito subjetivo, colocando o proprietário em uma posição de superioridade, pela qual se reconhecia a ele a possibilidade de gozar e dispor da coisa como bem entendesse, sem qualquer interferência dos demais.

Porém, com o passar do tempo, verificou-se que o absoluto direito de propriedade passou a servir de instrumento de exclusão social, haja vista que, reconhecendo-se ao proprietário a possibilidade de utilizar-se da coisa da forma que julgasse mais conveniente, o titular poderia muito bem optar por deixar de usar, fruir ou dispor da coisa, submetendo-a ao ócio. Assim, aqueles que nada possuíam, viam-se impossibilitados de adquirir certo bem pois ele já se submetia à propriedade de outrem, embora muitas vezes tal bem não fosse utilizado.

Desta forma, ainda que, em um primeiro momento, seja lícito ao proprietário valer-se da coisa, da forma que entender mais conveniente, para atender a seus anseios econômicos, o exercício do direito de propriedade de forma que lese a finalidade social para a qual tal direito foi concedido pelo ordenamento acarreta a caracterização da atuação desproporcional do titular como sendo um ato ilícito (FARIAS e ROSENVALD, 2009).

Neste passo, a primitiva concepção do direito de propriedade, suscitado no estágio inicial do capitalismo, segundo o qual importava tão somente a mera apropriação de bens pelo indivíduo, sem se cogitar dos anseios de uma coletividade que com ele convivesse, está superada.

Na fase inicial de consolidação do sistema econômico capitalista, vigia o entendimento de que a exclusão de controle por parte do Estado sobre os meios de produção, no qual se insere a propriedade, proporcionaria a geração de riqueza individual, o que beneficiaria indiretamente a toda a coletividade. Entretanto, com o passar das dificuldades vivenciadas no século XX, como as crises econômicas e os quadros de desequilíbrio econômico, constatou-se que a liberdade de uns poucos importava a opressão de uma massa de pessoas, que se viam impedidas de ter acesso aos bens mínimos necessários para sua subsistência, sendo violadas em sua dignidade humana.

Com o término do período de guerras, assumiu-se um compromisso com a tutela da dignidade humana e com o princípio da solidariedade, de forma que a perspectiva do indivíduo considerado apenas em sua individualidade cede espaço para a visão da pessoa solidária, que convive em sociedade e encontra nas necessidades do outro o limite à sua liberdade.

Sendo assim, a fim de combater a subutilização da propriedade, causa de fomento da exclusão da social, a Constituição Federal de 1988, em sintonia com a doutrina alemã, consagrou expressamente, em seu artigo 5º, XXII, o princípio da função social da propriedade, ao dispor que: “a propriedade atenderá a sua função social;”.

Neste ínterim, a função social da propriedade consiste, portanto, no princípio segundo o qual o direito de propriedade deve ser exercido em conformidade com os anseios sociais que com ele se relacionam. É um princípio básico que incide sobre o próprio conteúdo do direito de propriedade, somando-se à faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar.

Desta forma, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 204) ensinam com brilhantismo que

a tutela do direito de propriedade e dos poderes econômicos e jurídicos de seu titular passa a ser condicionada ao adimplemento de deveres sociais. O direito de propriedade, até então tido como um direito subjetivo na órbita patrimonial, passa a ser encarado como uma complexa situação jurídica subjetiva, na qual se inserem obrigações positivas do proprietário perante a comunidade.

3.5.2.2.2. Da inobservância ao cumprimento da função social a justificar o afastamento da regra do art. 13 da Lei 8.245/91

A função social impõe limites ao exercício do direito de propriedade, modelando e conformando sua forma de utilização. Presta-se ainda a incentivar a adequada fruição da coisa, de modo a evitar que o exercício do domínio se revele ocioso ou especulativo.

Portanto, no caso do locador que, por motivos de foro íntimo, se opõe à cessão dos direitos de usar e fruir o imóvel locado ao empresário adquirente do estabelecimento situado em imóvel locado, impedindo, com isso a transferência do ponto empresarial, infere-se que sua negativa caracteriza um claro descumprimento da função social de sua propriedade.

Como verificado, a atividade empresarial possui imprescindível importância para o sustento da economia capitalista atual, figurando como meio fundamental de geração de empregos, modernização tecnológica, prestando-se ainda ao fornecimento de bens e serviços, enfim, à geração de riquezas em prol da sociedade. Sendo assim, é interesse da coletividade a

manutenção da empresa situada em determinado imóvel, por trazer uma série de benefícios à população em geral.

Ao se realizar um trespasse de estabelecimento fixado em edificação locada, há necessidade de realização de uma cessão da locação ao empresário adquirente, para que possa ser a ele transferido o ponto empresarial. Contudo, o locador poderia se opor à cessão, sem justificativa alguma, conforme autoriza o art. 13 da Lei de Locações, o que inviabiliza a aquisição do estabelecimento, do qual é parte integrante. Assim, o senhorio que, por meros caprichos, se recusa a anuir com a cessão, em razão, por exemplo, de não simpatizar com empresário adquirente, não confere à sua propriedade a função social que cumpria a ela, eis que inviabilizará a continuidade da empresa que era explorada no imóvel, prejudicando a coletividade que se servia dos serviços, bens e empregos disponibilizados naquele local.

Portanto, a observância irrestrita do art. 13 da Lei 8.254/91 pode acarretar uma violação ao princípio da função social da propriedade, hipótese em que deverá ser afastada sua incidência.

Saliente-se que, caso o locador se negue a anuir com a cessão e, não sendo caso de renovação compulsória do contrato de locação, confira à propriedade uma outra função, como, por exemplo, destine o imóvel à moradia, ou dê seguimento à mesma ou a outra atividade empresarial a ser exercida nele, não haverá a violação à função social, como se demonstrará oportunamente.

Por hora, resta concluir que a previsão do art. 13 da Lei do Inquilinato não é um preceito absoluto, de modo que o seu exercício, nas hipóteses em que a negativa no locador for imotivada, acarretará descumprimento da função social da propriedade, devendo ser afastada, caso em que o dono da edificação será obrigado a aceitar que o empresário adquirente da *azienda* atue no imóvel.

3.5.3. 3º Plano: Juízo de ponderação propriamente dito

No caso do trespasse de estabelecimento localizado em imóvel locado, verificou-se que a não anuência da cessão da locação pelo locador implica uma indevida restrição ao direito do empresário locatário de livre disposição sobre sua *azienda*, bem como um enriquecimento sem causa do locador, que ao retomar a posse do imóvel, tendo em vista o desinteresse do empresário alienante do estabelecimento em permanecer no local, se valerá da valorização do prédio decorrente do ponto ali fixado. Inferiu-se ainda que a negativa do

proprietário do imóvel importa uma violação aos princípios da preservação da empresa e da função social da sociedade.

Estes são, portanto, os fundamentos justificadores da restrição ao direito de propriedade do locador em prol do direito de propriedade do locatário sobre o estabelecimento e o ponto formados na edificação, o que acarreta o afastamento da prerrogativa trazida pelo art. 13 da Lei de Locações.

Supera-se, desta forma, o segundo plano de análise da ponderação entre os direitos fundamentais em conflito. Sendo assim, passa-se ao juízo de ponderação em sentido estrito.

A preponderância do direito de propriedade do locador no caso em tela teria o escopo de resguardar as faculdades de uso, fruição e disposição sobre o imóvel, permitindo a ele se opor a uma cessão locatícia que o desagrade, mesmo injustificadamente, tendo em vista seu direito de contratar apenas com quem lhe aprouver.

Por sua vez, a prevalência da tutela do direito de propriedade do locatário sobre o estabelecimento e, via de consequência, sobre o ponto empresarial instalado no imóvel locado, acarreta não só a proteção da livre disposição sobre a *azienda*, como também a vedação ao enriquecimento sem causa do locador, haja vista a valorização do ponto, bem como a proteção ao princípio da preservação da empresa e a satisfação da função da propriedade.

Analisando-se o âmbito de proteção dos direitos em conflito, constata-se que o direito do locador tutela tão somente seu interesse privado de locar o imóvel a quem lhe aprouver, enquanto o direito do empresário locatário, além de resguardar seu interesse individual de disposição sobre estabelecimento, assegura também interesses coletivos sobre a transação, quais sejam, a manutenção da empresa e das vantagens proporcionadas por ela à população.

Portanto, no conflito de direitos individuais em tela, deve-se dar prevalência ao direito de propriedade do locatário em detrimento da prerrogativa do proprietário do imóvel de obstar a cessão locatícia, tendo em vista que o âmbito de proteção daquele abarca um maior número de bens jurídicos, em relação aos quais não se justifica o afastamento em prol de um interesse meramente egoístico do locador.

Disto se conclui que, nos casos em que o locador não apresentar uma justificativa capaz de afastar os interesses jurídicos assegurados pela prevalência do direito de propriedade do locatário, será obrigado a aceitar a cessão dos direitos de fruição e uso do imóvel, formadores do ponto empresarial, decorrente do trespasse. Afastasse-se, deste modo, a incidência do art. 13 da Lei de Locações em prol do direito de livre disposição do

estabelecimento empresarial, do princípio da preservação da empresa, e da função social da propriedade.

Neste sentido, leciona Oscar Barreto Filho (1969, p. 261) que “a cessão da locação do imóvel é meio indispensável para que a transferência do estabelecimento logre seu objetivo”. Destarte, com a realização do trespasse, opera-se, imediata e automaticamente, a cessão da locação do imóvel, sendo dispensada a realização de um negócio jurídico de cessão locatícia autônomo, uma vez que ela já está inserida no trespasse.

Na jurisprudência encontram-se decisões no sentido de que estipulações proibitivas da cessão do contrato de locação, no trespasse, são consideradas atentatórias aos princípios legais de defesa do estabelecimento empresarial, não incidindo nesta hipótese a regra do artigo 13 da Lei de Locações.

Assim, já se afirmou que “tanto a doutrina quanto a jurisprudência de há muito já assentaram que na venda do estabelecimento pode o comerciante ceder ao comprador a locação, sem necessidade de anuência do senhorio”.³³

No mesmo teor já decidiu o Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão em que se sustentou que

a cessão do negócio não pode ficar a mercê de autorização do locador, sobretudo no caso em que este poderá inviabilizar o próprio negócio do locatário, constituindo-se, assim, em verdadeiro abuso de direito à proteção legal do fundo de comércio.³⁴

Sendo o ponto empresarial elemento componente de um bem maior, a universalidade consistente no estabelecimento empresarial, não se pode proibir a cessão ou qualquer outra forma de transferência ao adquirente da azienda.

Caso o ponto fosse alienado isoladamente pelo empresário, transferindo-se sua posição jurídica no contrato de locação, caberia a oposição deste. Porém, quando alienado juntamente com o restante dos elementos que integram o estabelecimento, este passa a ter maior relevância que os interesses exclusivamente privados do locador, dispensando-se, desta forma, a regra da manifestação favorável do senhorio acerca da cessão.

Portanto, afastada a incidência da regra do art. 13 da Lei do Inquilinato, opera-se a sub-rogação automática do adquirente do estabelecimento em todos os contratos estipulados para a exploração da azienda, nos termos do art. 1.148 do Código Civil.

³³ Apel. 72400, 5ª Câm., TJGB, rel. Des. Luiz Antônio de Andrade, RT 441/226

³⁴ Ap Cível 3.579/96, 4ª Câmara do TARJ

3.5.3.1. Da acessoriedade legal

Neste ponto, ensina Vera Helena de Mello Franco (2009, p. 126) que,

mesmo antes do advento do novo Código, determinadas relações jurídicas, cuja conexão econômica com o fundo de comércio (estabelecimento) era intrínseca, posto constituírem, inclusive, seu elemento, seguiam, forçosamente, o destino do estabelecimento.

É o que ocorre com a locação celebrada tendo como objeto o imóvel no qual se fixou o estabelecimento. Isto porque, haja vista a necessidade de realização da cessão da locação para que possa ser transferido o ponto empresarial, ao se alienar um *trespasse* é imprescindível que a locação acompanhe a sorte da *azienda*, a fim de que o ponto seja titularizado pelo adquirente.

Assim, a ilustre doutrinadora ensina que a obrigatoriedade de o contrato de locação seguir a destinação do estabelecimento decorre do fenômeno denominado acessoriedade legal. Assim explica:

Nestas situações, pelo fato de ser muito estrito o nexó econômico entre os bens componentes do estabelecimento e as prestações derivadas daquelas relações, surge o fenômeno da acessoriedade legal, e aqueles contratos seguiam o destino do conjunto. Com o novo Código, todas estas relações acompanharão o destino do estabelecimento (FRANCO, 2009, p. 126).

Portanto, realizado o juízo de ponderação, conclui-se que o *trespasse* de estabelecimento situado em imóvel locado gera a obrigatoriedade de sujeição do locador à cessão dos direitos de fruição e uso do prédio, constituintes do ponto empresarial, ao empresário adquirente, em razão da acessoriedade legal que rege a relação. Com isso, alcança-se a proteção do direito do locatário de dispor de sua *azienda*, bem como do princípio da preservação da empresa e da função social da propriedade, em detrimento do direito privado do locador de se opor à cessão, que deve ceder espaço aos outros bens jurídicos.

4. CIRCUNSTÂNCIAS DE PREVALÊNCIA DA PREVISÃO DO ART. 13 DA LEI 8.245/91

A despeito da necessidade de afastamento da norma do art. 13 da Lei de Locações detectada por meio do juízo de ponderação realizado no conflito de direitos de locador e locatário empresário, existem situações em que deverá prevalecer a regra da necessidade de anuência do locador.

É o que ocorre nos casos em que o empresário adquirente apresenta pouca solvabilidade. Nesta situação, o locador não poderia ser coagido a aceitar um novo locatário que não demonstrasse possuir condições financeiras para honrar as obrigações devidas em razão da locação, sob pena de se sujeitar a eminentes prejuízos tendo em vista a grande chance de o empresário adquirente inadimplir suas obrigações.

Não se pode, desta forma, submeter o locador a uma relação que está fadada ao insucesso, pois é evidente a possibilidade de ocorrer conflitos entre senhorio e novo locatário decorrentes do descumprimento das obrigações pelo locatário que provavelmente ocorrerá.

Aqui, o princípio da preservação da empresa e a função social da sociedade não autorizariam o afastamento da prerrogativa de o locador impedir a cessão. Isto porque tais postulados só se justificam enquanto a intervenção no direito de propriedade do locador for legítima, isto é, caso não gere um prejuízo desproporcional ao senhorio.

Contudo, no caso do empresário adquirente que apresenta uma frágil situação financeira, sendo evidente que ele não arcará com seus deveres, a obrigação de o proprietário do imóvel aceitar a cessão representaria a imposição de um prejuízo desproporcional ao dono do prédio, pois ele nem mesmo receberia a remuneração a que teria direito em razão da utilização de sua propriedade por outrem.

Nesta hipótese, a faculdade de o locador impedir a realização da cessão prevista pelo art. 13 da Lei de Locações deve ser observada, não podendo prevalecer o princípio da preservação da empresa, sob pena de se impor ao senhorio um injustificado prejuízo a que não está obrigado a se submeter.

Entretanto, mesmo que o empresário adquirente possua pouca solvabilidade, a prerrogativa do art. 13 da Lei 8.245/91 será inobservada caso o cessionário apresente alguma espécie de caução ao locador. Isto porque, garantida a obrigação, não há mais a possibilidade de ocorrer indevidos prejuízos ao locador, não havendo, portanto, justificativa para o afastamento da proteção ao princípio da preservação da empresa e da função social da propriedade.

Ademais, deve-se ter em mente que a cessão locatícia decorrente do trespasse é consequência da regra de sub-rogação automática trazida pelo art. 1.148 do Código Civil. Nesta toada, referido dispositivo dispõe que, ocorrendo a sub-rogação do empresário adquirente nos contratos contraídos para a exploração da empresa, “os terceiros poderão rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante”.

Deste modo, caso haja justa causa, o direito prestigia o direito de propriedade do locador em detrimento dos bens jurídicos resguardados pela regra do afastamento do art. 13 da Lei do Inquilinato.

O conceito de justa causa, apesar de ser juridicamente indeterminado, contempla hipóteses em que o senhorio necessita do imóvel para atender necessidades imediatas, como, por exemplo, utilizá-lo para moradia sua ou de um ente querido que encontra-se desabrigado, ou para ele mesmo exercer alguma atividade empresarial no imóvel. Assim, algumas hipóteses de justa causa seriam aquelas previstas nos arts. 52³⁵ e 72, II e III da Lei de Locações,³⁶ que se destinam a excepcionar, em favor do proprietário do imóvel, a renovação compulsória da locação empresarial, quais sejam: a) realização de obras no imóvel, que importem sua radical transformação, por exigência do Poder Público; b) reformas no imóvel, que o valorizem, pretendidas pelo locador; c) proposta melhor de terceiros; d) uso próprio.

Na hipótese da negativa da cessão motivada pela alegação de que o imóvel será utilizado pelo locador, é vedado ao senhorio explorar no prédio a mesma atividade empresarial ali exercida pelo locatário alienante do estabelecimento. Nos termos do art. 53, §1º da Lei 8.245/91, tal vedação não ocorre nos casos de locação-gerência, isto é, na locação cujo objeto é o imóvel e o estabelecimento já existente na edificação, como é o caso da locação de um posto de combustíveis.

A impossibilidade de se enquadrar a alegação de utilização do imóvel pelo próprio locador, no caso de o proprietário objetivar exercer ali a mesma atividade explorada pelo empresário locatário, tem o condão de evitar que o senhorio se aproprie dos investimentos feitos para valorização do ponto empresarial, bem como dos lucros proporcionados pela clientela formada pelo locatário, impedindo uma vantagem ilícita, um enriquecimento sem causa do dono do prédio.

³⁵ Ver nota de nº 18.

³⁶ Tratam-se das matérias que o locador pode suscitar para se opor à renovação compulsória do contrato de aluguel, quais sejam: Art. 72. (...) II - não atender, a proposta do locatário, o valor locativo real do imóvel na época da renovação, excluída a valorização trazida por aquele ao ponto ou lugar; III - ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores;

Portanto, tendo em vista a ponderação entre os bens jurídicos envolvidos no trespasse de estabelecimento localizado em imóvel locado, a regra é a obrigatoriedade de o dono do imóvel anuir com a cessão da locação decorrente da alienação, necessária para se operar a transferência do ponto empresarial. Contudo, em algumas situações específicas, o locador poderá apresentar uma justa causa para se opor à realização da cessão, caso em que deverá ser observada a necessidade de anuência do senhorio nos termos do art. 13 da Lei de Locações.

5. CONCLUSÃO

Com o advento do Código Civil de 2002, pela primeira vez na história do ordenamento pátrio houve uma regulamentação sistêmica do trespasse, antes relegado à disciplina de diplomas esparsos que regiam apenas alguns aspectos deste negócio jurídico, de modo que a transação envolvendo o estabelecimento empresarial, até então carente de normas reguladoras, era dotada de inaceitável insegurança jurídica.

Diante da nova sistemática, o trespasse passou a ser regido em todos seus aspectos, desde a forma de celebração até os efeitos produzidos, chegando ao fim o vazio normativo que pairava sobre o negócio, causador de desentendimentos e dúvidas entre as partes.

Assim, foi dispensada ao instituto a atenção merecida, tendo em vista a importância da compra e venda do estabelecimento empresarial para a viabilização da manutenção da atividade nos casos em que o empresário necessita se transferir para outro local, ou em que precisa gerar capital para investir em ramo diverso, configurando um instrumento capaz de sustentar a saúde financeira do empreendedor bem como a evolução dos negócios.

Diante da nova regulamentação, ficou assentado que um dos efeitos da venda do estabelecimento na esfera jurídica dos contratantes é a sub-rogação do adquirente em todos os contratos pré-existentes, de caráter não pessoal, contraídos a fim de viabilizar o exercício da atividade empresarial por meio do estabelecimento a ser vendido, a não ser que haja um justo motivo, nos termos do art. 1.148 do Código Civil.

Tal efeito tem especial importância na hipótese em que o estabelecimento se situa não em imóvel próprio do empresário, mas em prédio locado de terceiro. Como verificado, ao desenvolver determinada atividade, o empresário necessita escolher o local em que atuará, ou seja, em que será realizada a gestão dos negócios, para onde será convergida a clientela, de modo que, por questões de eficiência e estratégia concorrencial, ele pode optar por desenvolver sua atividade em edificação locada.

Nesta hipótese, o ponto empresarial, isto é, o local em que se situa o estabelecimento, está caracterizado não pelo direito de propriedade sobre o imóvel, eis que pertencente ao terceiro locador, mas pelos direitos de fruição e uso que o empresário locatário possui sobre o prédio em virtude do contrato de locação empresarial da edificação.

Embora a *azienda* se situe em imóvel locado, isto não impede, de forma alguma, que o empresário locatário realize a alienação da universalidade de bens por meio de um trespasse e, via de consequência, seja transferido o ponto empresarial, elemento integrante daquela. Isto

porque, sendo o estabelecimento um complexo de bens pertencente ao empresário, por ele destinado ao desenvolvimento da empresa, o empreendedor é proprietário da *azienda* e de todos os bens individualmente considerados que dela façam parte, podendo dispor livremente da universalidade, ainda que situada em imóvel objeto de locação.

Ao se operar o trespasse de estabelecimento localizado em prédio locado, a alienação terá como efeito necessário a cessão da locação do imóvel ao empresário adquirente, como forma de viabilizar a transferência do ponto empresarial, elemento fundamental da *azienda*, haja vista que este elemento é formado, no caso, pelos direitos de fruição e uso sobre a edificação, assegurados pelo contrato locatício. É o que autoriza o art. 1.148 do Diploma Civil.

Contudo, o art. 13 da Lei 8.245/91, objetivando resguardar o direito de propriedade do locador do imóvel, dispõe que o dono da edificação tem direito a se opor à cessão locatícia, uma vez que ele não é obrigado a contratar com quem não deseja, pelo motivo que for.

Deste modo, caso o proprietário do prédio se oponha à cessão da locação, ocorrerá um grave conflito de direitos entre locador e empresário locatário. Embora o dono do imóvel tenha a propriedade sobre o bem, direito constitucional que é, não se pode olvidar que o empresário locatário possui direito de propriedade sobre a *azienda* constituída naquele local e, via de consequência, sobre o ponto fixado no prédio locado. Assim, a possibilidade de vedação da cessão entra em choque com o direito do locatário sobre o estabelecimento, uma vez que, nesta situação, o empresário será impossibilitado de transferir o ponto empresarial, que depende da cessão para se operar, o que inviabiliza, em última análise, a alienação do próprio estabelecimento, eis que formado pelo ponto em conjunto com os demais elementos.

Neste sentido, apesar de a previsão do art. 13 da Lei de Locações resguardar o direito do locador, ela acaba violando a prerrogativa de disposição sobre o estabelecimento da qual é titular o empresário locatário, em virtude do seu direito de propriedade sobre a *azienda*.

Tendo em vista o latente choque de direitos constitucionais, no qual a observância de um exclui a incidência do outro, deve-se buscar uma solução para o embate por meio de um juízo de ponderação.

Para isso, deve-se analisar o âmbito de proteção de um direito e de outro, de modo que, àquele que se prestar a proteger um maior volume de bens jurídicos deve-se reconhecer prevalência.

Neste contexto, verifica-se que a tutela do direito de propriedade do locador, trazida pelo art. 13 da Lei do Inquilinato, tem o intuito de assegurar o direito privado do dono da

edificação de contratar apenas com quem lhe aprouver, ainda que não apresente uma justificativa para tal. Não se poderia coagir o proprietário a locar o bem a quem não deseja.

Por sua vez, o direito de propriedade do empresário locatário sobre o estabelecimento e sobre o ponto, enquanto elemento daquele, tutela o direito do empreendedor a dispor livremente da *azienda* situada no imóvel locado, permitindo a ele aliená-la a quem lhe convir, o que exigiria o afastamento da previsão do art. 13 da Lei 8.245/91. Além disso, o direito de propriedade do empresário locatário tem o condão de resguardar uma série de outros bens jurídicos.

Desta forma, a prevalência do direito do empresário locatário em detrimento da prerrogativa do aludido art. 13 assegura ainda a vedação ao indevido enriquecimento sem causa que teria o locador caso obstasse a cessão. Isto porque, vedando o locador a realização da cessão da posição de locatário e, por conseguinte, a transferência do ponto, o alienante seria privado dos lucros decorrentes da valorização do ponto fixado no local, possibilitada pela sua diligência na atividade desenvolvida. Este lucro ficaria atrelado ao local em que se encontra o ponto, que seria apropriado pelo locador ao retomar a posse do imóvel.

Ademais, o afastamento da possibilidade de vedação da cessão pelo locador em prol do direito de propriedade do empresário tem ainda o escopo de assegurar o princípio da preservação da empresa. A atividade empresarial possui um papel imprescindível para a manutenção da vida social, atuando como fonte de empregos, de arrecadação de tributos, de prestação de serviços e circulação de bens, e de desenvolvimento tecnológico-científico, fatores essenciais para a melhoria da qualidade de vida da população em geral. Deste modo, é de interesse da coletividade a existência da empresa, em razão de todos estes benefícios por ela proporcionados.

Entretanto, o locador do imóvel, ao impedir a cessão da locação, acaba impossibilitando a transferência do estabelecimento e, por conseguinte, do ponto empresarial. Desta forma, não tendo o empresário locatário interesse em permanecer exercendo a empresa por meio daquele estabelecimento, e tendo em vista a impossibilidade de se transferir a *azienda* a outro empresário, em razão da negativa do locador, a consequência é que a empresa desenvolvida por meio daquele estabelecimento será encerrada, prejudicando a coletividade que depende dos serviços, bens, empregos, arrecadação de tributos e melhorias proporcionadas pela atividade ali exercida.

Desta sorte, a previsão do art. 13 da Lei de Locações agride o princípio da preservação da empresa. Assim, tomando por base o fato de que os princípios são parâmetros de interpretação e incidência das normas jurídicas, constata-se que a aplicação irrestrita de tal

dispositivo nestes casos está em descompasso com o interesse do direito em manter o exercício da atividade empresarial.

O mesmo ocorre em relação ao princípio da função social da propriedade. O locador, dono do imóvel, deve conferir ao bem a utilidade que a coletividade legitimamente espera dele. Não pode o prédio servir exclusivamente ao atendimento das vontades egoísticas de seu dono, cumprindo a ele o papel de participação no processo de busca do bem-estar social. Deste modo, a recusa do locador a anuir com a cessão que, como verificado, impede a continuidade da empresa em seu imóvel, acaba ferindo os anseios sociais de que a empresa seja explorada naquele local, retirando da coletividade as vantagens que a atividade conferia a ela.

Portanto, é fácil constatar que a tutela do direito de propriedade do empresário locatário abarca um âmbito de bens jurídicos maior que a prerrogativa do locador de se opor a uma cessão que lhe desagrade. Enquanto este logra êxito em resguardar tão somente o interesse privado do dono do prédio, aquele protege fundamentais interesses da coletividade.

Conclui-se, deste modo, que a regra do art. 13 da Lei do Inquilinato deve ser afastada em prol da garantia do direito de propriedade do locatário sobre o estabelecimento, bem como do princípio da função social da propriedade, da preservação da empresa e da vedação do enriquecimento sem causa do locador. De tal modo, o contrato de locação empresarial é dotado de uma acessoriedade legal, segundo a qual ocorrendo a transferência do estabelecimento, os direitos de fruição e uso concedidos pelo pacto locatício segue a sorte da *azienda*, sendo inseparáveis dela. Esta é a regra.

No entanto, existem situações em que a tutela de tais direitos acarreta um prejuízo desproporcional ao locador. Seriam os casos, por exemplo, em que o adquirente do estabelecimento apresenta pouca solvabilidade, ou quando o locador deseja reaver o imóvel para realizar obras no prédio, que importem sua radical transformação, por exigência do Poder Público, ou para efetivar reformas no bem que o valorize, pretendidas pelo próprio locador, ou quando haja proposta melhor de terceiros, ou ainda para o uso próprio.

Nestas hipóteses, a tutela dos interesses coletivos na manutenção da empresa deixa de ser legítima, pois impõe ao locador uma injustificada restrição ao seu direito de disposição sobre imóvel. Aqui se detecta o justo motivo trazido pelo art. 1.148 do Código Civil, capaz de impedir a automática sub-rogação do adquirente do estabelecimento no contrato de locação do imóvel em que se situa a *azienda*.

No entanto, ainda que o adquirente possua pouca solvabilidade, caso ele apresente uma caução, qualquer que seja, o locador será obrigado a anuir com a cessão. Da mesma

forma, ainda que o locador vede a cessão por pretender reaver o imóvel para uso próprio, não poderá nele exercer a mesma atividade antes explorada pelo locatário, sob pena de se apropriar, indevidamente, do ponto empresarial titularizado pelo empresário locatário constituído naquele local.

Sendo assim, havendo o trespasse de estabelecimento situado em imóvel locado, a regra é o afastamento da previsão do art. 13 da Lei 8.245/91, de modo que a cessão locatícia da qual depende a transferência do ponto empresarial e, por conseguinte, da própria *azienda* de que faz parte, independe da anuência do dono imóvel, em homenagem aos princípios da preservação da empresa e da função social da propriedade, operando-se a acessoriedade legal.

Contudo, existem exceções à regra geral, casos em que se verificará o justo motivo previsto pelo art. 1.148 do Código Civil, capaz de impedir a sub-rogação do adquirente nos contratos contraídos em prol do exercício da empresa por meio do estabelecimento. Neste caso, incidiria a prerrogativa do art. 13 da Lei de Locações, pois a tutela dos princípios supracitados será desproporcional.

Portanto, a tutela dos direitos de locador e locatário empresário deverá ser analisada de acordo com as especificidades do caso concreto, pois só assim será possível a realização de um juízo de ponderação capaz de indicar qual interesse merece prevalência, tendo em vista os diferentes bens jurídicos resguardados pelo ordenamento.

BIBLIOGRAFIA

- BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo, Max Limonad: 1969.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BULGARELLI, Waldirio, **A empresa na realidade jurídica brasileira**. São Paulo: RT, 1985.
- BUZZAID, Alfredo, **Da ação renovatória**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil: parte especial: do direito de empresa (arts. 1.052 a 1.195)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 13 v.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1 v.
- COSTA JÚNIOR, José Vinícius Bicalho. **O princípio da preservação da empresa e o instituto da recuperação extrajudicial no direito brasileiro: a responsabilidade social do empresário**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. **Direito empresarial I: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008. 1 v: parte geral.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro. Forense: 2009. 1. v.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro. Forense: 2007. II v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense: 2008. IV. v.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1 v.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de.

Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar: 2007.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. 1 v.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jan. 1916.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 out. 1966.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1991.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 fev. 2005.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 267.079-2, 2ª Câmara, v.u., j. 10-12-1996.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara. Apelação Cível 72400, 5ª Câmara. RT 441/226.

_____. Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 3.579/96, 4ª Câmara. 1996.