

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE

Tânia da Consolação Bahia Carvalho Siqueira

**OS DEVERES DE CONDUTA NO CONTRATO
DE TRESPASSE**

Especialização em Direito Contratual

SÃO PAULO

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Tânia da Consolação Bahia Carvalho Siqueira

**OS DEVERES DE CONDUTA NO CONTRATO
DE TRESPASSE**

Monografia apresentada na Especialização de Direito Contratual da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como pré-requisito para obtenção título de Especialista em Direito Contratual, sob orientação da Professora Karla Cristina Franca Castro.

SÃO PAULO

2013

AVALIAÇÃO : _____

ORIENTADOR: _____

RESUMO

SIQUEIRA, Tânia da Consolação Bahia Carvalho. *Os deveres de conduta no contrato de trespasse*. 2013. 128 f. Monografia (Especialização em Direito Contratual) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

Considerando que a relação contratual, sob seu aspecto funcional, se afasta do mero cumprimento de obrigações clausuladas, pretendeu este estudo investigar o conjunto de deveres laterais – também chamados de anexos ou instrumentais – que traduzem as legítimas expectativas das partes no contexto do trespasse, contrato que implica transmissão onerosa do estabelecimento empresarial. Por meio da articulação de argumentos dogmáticos com a prática jurídica, foram estabelecidos eixos temáticos que levaram à conclusão da possível resolução do contrato quando descumpridos deveres laterais de conduta, assentados na boa-fé e na confiança, com potencial de impactar, de maneira significativa, os interesses pessoais ou patrimoniais de qualquer das partes. O foco do objeto pesquisado, portanto, é o da perspectiva dinâmica dos interesses contidos na relação empresarial – o trespasse – moldada na racionalidade econômica, nos usos e costumes comerciais e nos riscos inerentes ao negócio, mas a ser interpretado em aliança com a boa-fé que legitima a exigência de conduta compatível com a cooperação para o cumprimento do contrato, de modo que as expectativas dos envolvidos sejam satisfeitas e o pacto alcance a sua função social. Como técnica de pesquisa científica, predomina a identificação de conceitos abstratos subsumidos em negócio comumente pactuado no dinâmico contexto empresarial – o trespasse –, o qual, quando debatido nos tribunais sob o enfoque do inadimplemento, se submete à ponderação entre a observância estrita aos princípios cardinais do regime contratual estruturado no Código Civil e as regras de interpretação dos contratos comerciais, cuja prioridade é manter a estabilidade do mercado e das relações jurídico-econômicas.

Palavras-chave: Trespasse. Deveres laterais de conduta. Boa-fé objetiva. Inadimplemento.

ABSTRACT

SIQUEIRA, Tânia da Consolação Bahia Carvalho. *The duties of conduct in the sale of business contract*. 2013. 128 s. Monograph (Expertise in contract law) – Pontifical Catholic University, São Paulo.

Considering that contractual relations, from their functional aspect, go beyond mere performance of the obligations prescribed in the agreement, this study investigates the parallel set of duties – also known as ancillary or instrumental duties – which reflects the legitimate expectations of the parties within the context of a sale of business contract, the agreement by which a business (including its goodwill, tangible and intangible assets) is sold. By articulating dogmatic arguments and legal practice, one conceives thematic axis that lead to the conclusion that it is possible to terminate the agreement if parallel duties of conduct, underpinned by good faith and trust, are not complied with, which may significantly impact the personal or proprietary interests of either party. Accordingly, the focus of the subject-matter under scrutiny is the dynamic perspective of the interests underlying the corporate relationship – the sale of business contract – molded into economic rationality, trade usage and custom and into the risks inherent in the business and that must, however, be interpreted in alliance with good faith, which legitimates a demand for a conduct compatible with cooperation towards performance of the agreement, in order that the expectations of the parties are met and that the agreement accomplishes its social function. The predominant technique adopted in this scientific research is the identification of abstract concepts subsumed under the mutual agreement entered into within the dynamic corporate context – the sale of business contract – and that, when taken to court on the basis of non-compliance, must be subject to an analysis that weights the strict observance of the cardinal principles of the agreement, as framed in the Brazilian Civil Code, and the rules of interpretation of commercial contracts, whose major priority is preserving the stability of both the market and the economic-legal relations.

Keywords: Sale of business contract. Parallel duties of conduct. Strict good faith. Non-compliance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	13
1.1 Considerações	13
1.2 Conceito de estabelecimento	13
1.3 Natureza jurídica	19
1.4 Elementos componentes do estabelecimento	22
1.4.1 Bens corpóreos	23
1.4.2 Bens incorpóreos	26
1.4.3 Nome empresarial e título de estabelecimento	30
1.4.4 Aviamento e clientela	31
1.4.5 Ponto empresarial	34
1.5 O estabelecimento como objeto de direitos e de negócios jurídicos	35
2. O CONTRATO DE TRESPASSE	40
2.1 Considerações	40
2.2 Características e natureza jurídica do contrato de trespasse	41
2.2.1 Natureza jurídica	45
2.3 O contrato de trespasse categorizado como contrato empresarial	49
2.4 A causa como parte integrante do negócio jurídico empresarial	53
2.5 A interpretação aplicável ao contrato de trespasse à luz dos princípios de direito comercial	57
2.6 Sucessão empresarial	64
2.7 Cláusulas contratuais essenciais	69
3. DEVERES LATERAIS DE CONDUTA DECORRENTES DO CONTRATO DE TRESPASSE	81
3.1 Considerações	81

3.2 Deveres laterais de conduta	83
3.2.1 Dever de informação	91
3.2.2 Dever de confidencialidade	96
3.2.3 Dever de não concorrência	98
3.3 Resolução contratual pelo descumprimento de dever lateral de conduta	101
3.4 Decisões judiciais.....	107
CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	124

INTRODUÇÃO

O objetivo principal do presente estudo foi abordar peculiaridades do contrato empresarial e, nessa categoria, especificamente o contrato de trespasse, aquele que se caracteriza quando há transmissão de todos os bens necessários, de ordem material e imaterial, para a realização da atividade produtiva, i.e., para o exercício da empresa, dando-se continuidade a uma fonte geradora de riquezas e emprego.

A categoria dos contratos empresariais é acentuada pela paridade dos seus protagonistas detentores de técnica suficiente para deliberar quanto ao conteúdo do pacto, imbuídos da perspectiva de lucro e sujeitos a um regime que distribui entre todos os riscos do negócio, premissas próprias do mundo empresarial. A alocação do risco contratual em cotejo com os deveres de conduta que se exigem das partes e que não se confundem com o cumprimento das prestações avençadas serve de fulcro e limite deste estudo.

A intenção é o exame não só científico, mas também tecnológico. Tenta-se enfrentar as razões e o contexto histórico das normas que disciplinam o trespasse e, por via do método dialético de pesquisa, os sentidos que se extraem das normas postas capazes de dar sustentação à sua finalidade, que é manter a estabilidade da organização de bens articulados para o exercício de atividade econômica dirigida à produção e circulação de bens e serviços. As intenções que levam os agentes econômicos a operacionalizar o trespasse são de diversas ordens e é assunto que foge aos limites deste estudo. No entanto, preocupou-nos consignar que, se da operação participarem grupos que tenham registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou

superior a R\$ 400.000.000,00, e, cumulativamente, pelo menos outro grupo envolvido tenha registrado faturamento anual ou volume de negócios, no último balanço, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00, deverá o ato ser submetido previamente à aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), conforme determina a Lei n.º 12.529/2011, para que seja aferida eventual lesão à concorrência.

Fazendo uso do método de abordagem descritivo, cujo propósito foi gerar conhecimentos para aplicação qualitativa em casos concretos, demos início à pesquisa, no capítulo primeiro, pela dogmática do instituto do estabelecimento. Foi necessário traçar os aspectos de direito material para deixar claro que eventual negociação sobre bens específicos do patrimônio da sociedade não configura trespasse.

Também consideramos importante analisar, a partir do segundo capítulo, a tutela conferida à relação contratual de alienação do estabelecimento em cotejo com a função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil, e não tão somente em razão dos interesses subjetivos nela envolvidos. Na dinâmica de interpretação e valoração dos interesses, foi preciso voltar os olhos para a causa como função socioeconômica do contrato empresarial, isto é, entendemos pela necessidade de observar o negócio pela sua perspectiva dinâmica, pelas suas consequências práticas.

A interpretação do contrato empresarial de trespasse não há de se restringir à sua função estrutural (partes, objeto e forma), mas à sua dinâmica funcional, retrospectiva e prospectiva da função econômica e social do negócio jurídico que

avança dos limites pessoais e patrimoniais das partes. Há um conjunto de circunstâncias a serem consideradas e sem as quais não teria sido concluída a negociação e, conseqüentemente, o contrato.

O contrato de trespasse não há de ser interpretado à luz isolada de suas cláusulas. Há uma álea a ser considerada quando se cogita de desequilíbrio das prestações ou de não cumprimento por uma das partes, o que não afasta a interpretação do negócio jurídico segundo as circunstâncias que o cercam, os usos e costumes comerciais e a boa-fé, norma que impõe objetivamente um dever de conduta.

A problemática envolvendo o padrão de conduta que se impõe às partes, prévia, concomitante e após a celebração de contrato, cuja eficácia relaciona-se com a sua função econômica e social, conclui a análise proposta por este estudo a partir do terceiro e último capítulo. Os aspectos de destaque a serem debatidos circunscrevem-se na peculiaridade da relação empresarial, acentuada pela paridade jurídica e econômica das partes e à alocação de riscos, mas também sujeita à simetria de informações que assume contornos de dever lateral de conduta a ser observado pelos contratantes empresários.

Os deveres laterais de conduta como desdobramentos da boa-fé preenchem o conteúdo que o terceiro capítulo deste trabalho pretende alcançar, concluindo pela possível resolução do vínculo, mesmo se cumprida a prestação principal, caso deixem de ser consideradas obrigações como: (i) a de informar; (ii) a de cooperar para a consecução da finalidade do contrato de trespasse; (iii) a de agir segundo usos e costumes; (iv) a de agir com lealdade; (v) a de guardar sigilo. O cumprimento

de um contrato não se resume ao adimplemento das prestações avençadas. Há, certamente, deveres outros de natureza obrigacional e decorrentes do comportamento a serem observados pelo trespessante e trespessário desde o momento em que se iniciam as negociações com o escopo de tornar boa a transmissão do estabelecimento.

A questão, todavia, não é cartesiana, pois determinadas condutas e circunstâncias podem ser consideradas ínsitas à álea contratual, variável comum em pactos empresariais. O suporte fático, portanto, para a efetiva aplicação da teoria da violação positiva do contrato é determinante para definir se o caso concreto suscita mera indenização, resolução do contrato, inclusive sob o espeque de exceção do contrato não cumprido, ou nenhuma das hipóteses. Afinal, quais condutas, no âmbito do trespasse, poderiam ser consideradas ínsitas aos riscos do contrato afastando a sua resolução? E quais seriam reputadas fora do risco contratual dando espaço para a resolução pelo rompimento de um dever lateral de conduta que compromete a base objetiva do negócio jurídico? Como o Judiciário enfrenta tais aspectos? O contato com casos concretos em torno dos quais orbitam as discussões sobre a quebra dos deveres laterais (ou anexos) de conduta nos permite articular conceitos teóricos com a elasticidade da prática jurídica, possibilitando a utilização dos argumentos jurisprudenciais tanto como materiais de trabalho quanto como instrumentos de qualificação da pesquisa. Voltados a tal finalidade, valemos-nos do método dedutivo naturalmente, pesquisando os posicionamentos dos cinco tribunais estaduais que, segundo dados constantes da última edição do relatório elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), concentram o maior estoque de novos casos ajuizados (ações

ordinárias), a saber: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraná, além da pesquisa nos tribunais superiores.

Enfim, com o propósito de pesquisar a que ponto o comportamento de agentes econômicos compromete a relação contratual vista sob a perspectiva socioeconômica do trespasse, e fazendo uso de métodos de abordagem explicativo e indutivo, consolidados a partir de material oriundo da legislação, doutrina e jurisprudência, sobreveio a conclusão de que é ínsita ao contrato de trespasse a observância da boa-fé na medida em que a transmissão do estabelecimento deve ser boa, firme e coincidente com as expectativas de todas as partes envolvidas, como forma de garantir a segurança das relações jurídicas empresariais e a continuidade da empresa. O abalo a essa estabilidade pode comprometer a relação a tal ponto que justifique, além de indenização, a resolução do contrato por inadimplemento.

1

O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

1.1 Considerações

Na estruturação do tema central deste estudo, necessário se faz traçar breves e preliminares linhas sobre o estabelecimento, objeto do contrato de trespasse. Por questões didáticas, há de se iniciar pela leitura da dogmática, esperando alcançar com mais clareza a compreensão quanto ao equilíbrio da relação negocial e o grau de intervenção estatal na relação contratual de ordem privada (o trespasse) em cotejo com os riscos assumidos pelas partes e com a sua função econômico-social.

O propósito é contextualizar o objeto que centraliza o negócio jurídico consubstanciado na alienação convencional conhecida por trespasse, apontando sucintamente as disposições gerais estabelecidas na legislação e, principalmente, os feixes de interesses individuais tutelados pelo legislador: interesses do alienante, do adquirente e dos credores do alienante, os quais têm vocação para dialogar com o interesse social.

Partindo, portanto, dessa premissa, passemos à análise do instituto cerne da modalidade contratual que delimita o conteúdo deste estudo.

1.2 Conceito de estabelecimento

O Código Civil brasileiro, em seu art. 1.142, traz o conceito de estabelecimento nos termos seguintes: “Considera-se estabelecimento todo

complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Até a edição do Código Civil de 2003, o estabelecimento era tratado expressamente em alguns dispositivos do Código Comercial de 1850 que os relacionava ao lugar em que o comerciante se encontrava com a sua clientela, tanto que o art. 75 dispunha que:

Os preponentes são responsáveis pelos atos dos feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos, praticados dentro das suas casas de comércio, que forem relativos ao giro comercial das mesmas casas, ainda que não se achem autorizados por escrito.

A expressão “casas de comércio” implicava estabelecimento dissociado, neste artigo específico, da ideia de conjunto de bens.

O art. 1.º do mesmo Código Comercial, ao tratar daqueles que poderiam exercer o comércio, também trazia referência ao estabelecimento:

Art. 1.º Podem comerciar no Brasil:

[...]

3. Os filhos-família que tiverem mais de 18 (dezoito) anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública.

O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis.

O Código Civil italiano de 1942 tratou da questão conceituando azienda, em seu art. 2.555, como “o complexo dos bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa”. A partir daí, a teoria do estabelecimento se concretizou em

realidade tecnológica, conforme explica Marino Luiz Postiglione,¹ tornando-se necessário regular a transferência e o arrendamento do estabelecimento.

Abordando as origens históricas do instituto, não podemos deixar de anotar que o instituto acabou consagrado pelas expressões *fonds de commerce* na França, por meio de uma lei fiscal de 1872; *azienda commerciale* na Itália; *goodwill of trade* na Inglaterra e Estados Unidos, consagrando-se na legislação pátria a expressão estabelecimento comercial.²

Na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil, o Professor Miguel Reale expôs o objetivo da nova regulamentação em dissipar dúvidas acerca da distinção entre empresa e estabelecimento, tratando-se o último de instrumento ou meio de ação da empresa e, portanto, objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.³

Para Fabio Ulhoa Coelho, estabelecimento empresarial

[...] é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como a mercadoria em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc.⁴

Doutrina Oscar Barreto Filho⁵ que estabelecimento:

¹ Marino Luiz Postiglione, *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*, p. 4.

² Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 65-66.

³ Disponível em: <www.senado.gov.br/novocc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

⁴ Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 157.

⁵ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, 75.

[...] é um complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem os instrumentos de trabalho do comerciante, no exercício de sua atividade produtiva; 2.º não se configura como o complexo de relações jurídicas do comerciante, no exercício do comércio, e, portanto, não constitui um patrimônio comercial distinto do patrimônio civil; 3.º é formado por bens econômicos, ou seja, por elementos patrimoniais, sendo duvidoso se compreende elementos pessoais; 4.º é uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária que lhe é dada pela vontade do comerciante; 5.º apresenta um caráter instrumental em relação à atividade econômica exercida pelo comerciante.

Percebe-se, pois, independentemente da doutrina, a identidade de dois elementos preponderantes: a organização e o complexo de bens que instrumentaliza o estabelecimento. Fabio Ulhoa Coelho deixa claro que “não existe como dar início à exploração de qualquer atividade empresarial, sem a organização de um estabelecimento”.⁶

E essa organização é elemento responsável por atribuir ao estabelecimento um significado econômico, articulado por características dinâmicas. Ou seja, o estabelecimento corporifica um sobrevalor que vai além dos bens individualmente integrantes desse complexo. O Professor Fabio Ulhoa Coelho bem explica que “enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado”.⁷

O sobrevalor se refere ao chamado “fundo de empresa”, isto é, “o valor agregado ao referido conjunto, em razão da mesma atividade”.⁸

⁶ Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 157.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 159.

⁸ Idem, p. 159.

Não significa que os vários elementos (corpóreos e incorpóreos) não possam ser desarticulados, desde que não sejam essenciais ao exercício da atividade. Ocorre que os componentes unificados consistem no instrumento para atingir o objetivo empresarial e determinam o preço em caso de alienação. Essa concepção jurídica e econômica outorga ao estabelecimento a natureza de universalidade de fato passível de transferência, conforme preconiza o art. 1.143 do Código Civil.⁹

Esse conjunto de bens é concebido como unidade patrimonial desde que visem exercer determinada atividade econômica, havendo entre eles uma vinculação funcional. Tanto é assim que a III Jornada sobre o Código Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal trouxe Enunciado nos seguintes termos:

Enunciado 233. A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo CC 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu,¹⁰ ao tratar da funcionalidade do estabelecimento empresarial (ou sua potencialidade produtiva), ensina que:

[...] os bens de que o estabelecimento é feito ou, mais restritamente, os seus “fatores produtivos” (os objetos e instrumentos de trabalho ou capital, num sentido amplo, e o trabalho) não são meramente agregados ou somados, não se encontram numa simples relação de intermutabilidade ou cumulatividade. Estão articulados, inter-relacionados, estruturados estavelmente, com vistas à consecução (eficiente ou “racional”) de um fim (econômico-produtivo). Quer dizer, o estabelecimento é um sistema: um complexo de elementos em interação, uma unidade complexa (*unitas complex*), isto é, global, não elementar (constituída por partes diversas inter-relacionadas) e original (com qualidades próprias), um todo que é

⁹ “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.”

¹⁰ Jorge Manuel Coutinho Abreu, *Da empresarialidade*: as empresas no direito, p. 43-44.

mais que a soma das suas partes, com propriedades novas ou emergentes.

Estabelecimento, portanto, é o resultado da organização de elementos estruturados para o exercício de determinada empresa (atividade) que adquire valor econômico como universalidade de fato,¹¹ podendo ser alienado, onerado, arrestado ou penhorado. A organização, não é demasiado enfatizar, é gerada pela união entre capital (aplicado nos bens necessários para o desempenho da empresa) e trabalho (a aptidão do empresário responsável por atribuir êxito ao empreendimento).

Precisas as palavras de Jorge Manuel Coutinho de Abreu¹² sobre o estabelecimento como bem jurídico e sua dinâmica:

Além disso, o estabelecimento descobre-se-nos como sistema “aberto”, em intercâmbio com o exterior, com o “mercado”; nele se cruzam fluxos entrando (objectos e instrumentos de trabalho, receitas) e saindo (produtos); é um centro de trocas sistemáticas. Desse intercâmbio resultam as já referidas relações de facto de valor econômico com clientes fornecedores, financeiros. Relações de facto que constituem como que um “campo de forças” ligado à empresa, “sistema de referência inercial”. O estabelecimento manifesta-se ainda como um sistema autossuficiente (capaz de se bastar com os resultados das suas trocas) e autônomo – um ente com identidade própria, como tal reconhecido no mundo macroeconômico.

Para concluir, não podemos deixar de transcrever a precisa lição de Oscar Barreto Filho,¹³ que bem compila a ideia até então exposta acerca do conceito econômico de patrimônio e sua relação com o estabelecimento:

¹¹ Unitariamente se distingue dos vários elementos que o compõem e que, como objeto de direito, protagoniza relações jurídicas.

¹² Jorge Manuel Coutinho Abreu, *Da empresarialidade: as empresas no direito*, p. 44.

¹³ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 221

No sentido econômico, o patrimônio comercial, tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, se constitui, inicialmente, pelo capital, que, de ordinário, é representado por dinheiro. Mas, para a consecução do objetivo econômico, faz-se mister aplicar o capital em bens adequados ao exercício do comércio (máquinas, matérias-primas, mercadorias etc.). Da transformação do capital num complexo de bens apropriados para o exercício da atividade mercantil, resulta o estabelecimento comercial. Não é suficiente, contudo, o elemento estático, representado pelo capital, para formar o estabelecimento comercial, como unidade econômica. Faz-se mister juntar-lhe o elemento dinâmico representado pelo trabalho que se converte em serviços, por sua vez adequados aos objetivos que se tem em mira alcançar. Esses bens (oriundos do capital) e serviços (provenientes do trabalho) são conjugados em função do fim colimado, e aí surge o elemento estrutural: a organização.

1.3 Natureza jurídica

Apesar de inúmeras teorias voltadas a apontar a natureza jurídica do estabelecimento, desde a discussão de tratar-se de pessoa jurídica, até a de considerá-lo patrimônio autônomo, distinto do patrimônio do empresário, a concepção de estabelecimento como universalidade acabou predominando na doutrina,¹⁴ havendo aqueles que o consideravam universalidade de direito e outros como universalidade de fato, e

[...] no primeiro caso, a azienda seria um complexo de relações jurídicas, contendo, além de bens corpóreos e incorpóreos, créditos, dívidas e contratos. Na segunda hipótese – *universitas facti* – o estabelecimento compreenderia apenas bens corpóreos e incorpóreos, sem se referir a relações jurídicas.¹⁵

Fabio Ulhoa Coelho ensina que o estabelecimento empresarial é uma universalidade de fato “por encerrar um conjunto de bens pertinentes ao empresário

¹⁴ Marino Luiz Postiglione, *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*, p. 18.

¹⁵ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 18.

(cuja propriedade titulariza ou dos quais é locador, comodatário, arrendatário etc.) e destinados à mesma finalidade, de servir à exploração de empresa”.¹⁶

E, como universalidade de fato, os bens podem

[...] ser objeto de relações jurídicas autônomas, segundo dispõe o parágrafo único do art. 90 do Código Civil. Os bens do estabelecimento podem ser negociados de maneira unitária e, no caso, tem lugar o trespasse, ou mesmo comportam negociações singulares.¹⁷

A reunião dos componentes destinados ao exercício da atividade econômica dá-se por vontade do empresário. A nova figura que surge dessa conjugação de componentes é fruto da vontade do empresário, e não em razão de dispositivo de lei, admitindo compor relações jurídicas próprias, desempenhando função econômica própria. Temos assim sua concepção como universalidade de fato.

Há, contudo, doutrina recente¹⁸ que sustenta ser o estabelecimento uma universalidade de direito a partir do texto do art. 1.146 do Código Civil que determina a integração das dívidas do empresário no chamado “fundo de empresa”, quando vier a alienar o estabelecimento, tornando o adquirente do estabelecimento responsável pelo pagamento de todas as obrigações existentes até o momento da transferência.

No nosso ponto de vista, e cientes de que o estabelecimento empresarial se manifesta de forma dinâmica e autônoma (a par dos seus componentes),

¹⁶ Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 161.

¹⁷ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 22.

¹⁸ Sérgio Henrique Tedeschi, *Contrato de trespasse de estabelecimento empresarial e sua efetividade social*, p. 26.

comungamos do posicionamento de parte da doutrina que vê o estabelecimento como universalidade de fato, distinto do patrimônio do empresário que é conceito mais amplo (aquele que envolve o ativo imobilizado e o ativo circulante) e que compreende também o estabelecimento. O patrimônio do empresário é uma universalidade de direito, isto é, representa posições ativas e passivas (débitos), e também pode ser objeto de alienação, independentemente da operação de alienação do estabelecimento.

O patrimônio envolve as relações jurídicas dotadas de valor econômico, o que lhe assegura o caráter de universalidade de direito, segundo o conceito disposto no art. 91 do Código Civil.

Quando se fala em alienação do estabelecimento não se está fazendo referência à alienação de todo o patrimônio do empresário, mas do complexo de bens organizados com a finalidade de servir de instrumento para o exercício da empresa.

Os bens que compõem o estabelecimento integram o patrimônio da sociedade empresária, isto é, o patrimônio é gênero, enquanto estabelecimento seria a espécie.

A tutela do interesse de terceiros na transmissão do estabelecimento (como o conteúdo do art. 1.146 do CC) não desconstrói a natureza jurídica do estabelecimento que se qualifica como conjunto de **bens** organizados por empresário ou sociedade empresária para o exercício de atividade econômica.

Conforme bem pondera Marcelo Andrade Féres enquanto o art. 1.142 do Código Civil conceitua estabelecimento, “outras normas, na sequência, cuidam dos efeitos obrigacionais de sua negociação unitária”.¹⁹

1.4 Elementos componentes do estabelecimento

Conforme já anotado, o estabelecimento é integrado por diversos elementos corpóreos e incorpóreos.²⁰ A doutrina explica que “tal rol de bens não pode e nem deve ser taxativo, em vista da velocidade da evolução que hoje assola os negócios empresariais, com o surgimento de várias modalidades e tipos de bens”.²¹

O rol dos bens que compõem o estabelecimento é apresentado pela doutrina e não pela legislação brasileira, haja vista a redação do art. 1.146 do CC ao conceituar estabelecimento genericamente como “complexo de bens”. Assim, Fabio Ulhoa Coelho relaciona as mercadorias do estoque, os mobiliários, utensílios, veículos, maquinaria como bens materiais, além de outros que venham a ser utilizados no desempenho da atividade econômica, destacando que os elementos imateriais são principalmente “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 (local onde se explora a atividade econômica”.²²

¹⁹ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 11.

²⁰ Ensina Maria Helena Diniz que “bens incorpóreos não têm existência tangível e são relativos aos direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos de seu intelecto ou contra outra pessoa, apresentando valor econômico, tais como: os direitos reais, obrigacionais, autorais” (*Curso de direito civil brasileiro*, v. 1, p. 157).

²¹ Sérgio Henrique Tedeschi, *Contrato de trespasse de estabelecimento empresarial e sua efetividade social*, p. 37.

²² Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 162.

É claro que os elementos que constituem o estabelecimento variam de acordo com o segmento de negócio explorado pelo empresário, cuja articulação se mostre necessária para a funcionalidade da atividade, razão pela qual a doutrina enumera os componentes mínimos. É certo, todavia, que o critério para se limitar o conjunto de bens é aquele que avalia tudo o que se vincula ao exercício do objeto da sociedade, à manutenção da sua funcionalidade, podendo se mostrar tanto na forma de coisas corpóreas como incorpóreas.

Marino Luiz Postiglione²³ indica três categorias de elementos que podem ser considerados na conformação mínima de algum estabelecimento:

Os elementos corpóreos, que tratam dos materiais que servem para a exploração da atividade (mobiliário e equipamentos); os elementos incorpóreos (a insígnia, o nome comercial, o ponto comercial, a clientela, os direitos de propriedade industrial e demais; o aviamento, pelo qual, de acordo com determinada reunião de vários elementos, materiais, imateriais e pessoais, haverá capacidade de produzir lucros, tratando-se de aptidão para a obtenção de lucros.

Passemos, assim, à análise sucinta de alguns dos elementos constitutivos do estabelecimento apontados pela doutrina.

1.4.1 Bens corpóreos

Inicialmente importante ponderar que bens corpóreos são aqueles, segundo define Francisco Amaral,²⁴ que têm existência concreta e material.

²³ Marino Luiz Postiglione, *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*, p. 43.

²⁴ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, p. 312.

Vale lembrar a impossibilidade de enumerar taxativamente os bens materiais que compõem o estabelecimento diante da diversidade de negócios e setor da economia em que atua o empresário. A doutrina bem esclarece que “[...] concorrem para a composição do estabelecimento bens corpóreos e incorpóreos, móveis e imóveis. Não há qualquer restrição prévia; tudo depende da sorte da empresa a que se destinam os bens”.²⁵

Os bens dotados de corpo físico que comumente compõem o estabelecimento são representados por maquinários, mobiliários, mercadorias, insumos, matérias-primas, estoque e o imóvel afetado ao exercício da empresa.

Gladston Mamede expõe que:

Incluem-se nesse conceito tanto bens materiais (coisas) a exemplo dos imóveis empregados na atividade empresarial, maquinário, instrumental, mercadorias destinadas à negociação, assim como bens imateriais (direitos) como marcas e patentes destinados à atividade empresarial. Daí dizer-se que o estabelecimento define o aspecto estático da empresa e as atividades empresárias (seu aviamento) definem seu aspecto dinâmico.²⁶

A integração do imóvel ao estabelecimento era questão que suscitava polêmica²⁷ até a entrada em vigor do Código Civil que, ao conceituar estabelecimento em seu art. 1.142 como complexo de bens necessários para o exercício da atividade, parece ter deixado clara a inclusão das instalações físicas que viabilizam o desempenho da empresa.

²⁵ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 25.

²⁶ Gladston Mamede, *Manual de direito empresarial*, p. 250.

²⁷ Rubens Requião não considera os imóveis integrantes do estabelecimento, uma vez que o estabelecimento em sua unidade é coisa móvel, e não complexo de bens, que também pode ser constituído por bens imóveis, até mesmo porque as negociações envolvendo bens imóveis estavam submetidas às normas civis, e não comerciais (*Curso de direito comercial*, p. 283).

A doutrina vem sustentando que os imóveis são elementos integrantes do estabelecimento empresarial. Nessa linha, Marcelo Andrade Féres:

O empresário, quando se vale de um imóvel para organização de sua atividade – e esta é a normalidade dos casos – pode arrolar o bem como integrante do estabelecimento; pode, inclusive, negociá-lo no bojo do trespasse, sem necessitar de anuência conjugal.²⁸

O mesmo doutrinador prossegue sua linha argumentativa sustentada na orientação do art. 978 do Código Civil²⁹ que assegura ao empresário o direito de alienar ou gravar de ônus reais, sem a necessária outorga uxória, bens que integrem o patrimônio da empresa. Adverte que “em lugar de patrimônio da empresa, leia-se estabelecimento. A empresa, na norma transcrita, assume um perfil objetivo, ou seja, foi empregada pela lei querendo revelar, sem dúvida, a figura do estabelecimento”.³⁰

Oscar Barreto Filho admite a integração do imóvel ao estabelecimento pontuando que “não se presume alienado o fundo de comércio sem o local em que funciona; o que se deve indagar, diante das circunstâncias do caso concreto, é se foi alienado o domínio ou o uso do imóvel”.³¹

Ainda no tocante à inclusão do imóvel na composição do estabelecimento, Oscar Barreto Filho justifica a natureza do estabelecimento como universalidade de fato se seu acervo estiver constituído exclusivamente por bens móveis. Adverte, sem

²⁸ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 29.

²⁹ “Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.”

³⁰ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 29.

³¹ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 201.

deixar de considerar a possibilidade de bens imóveis comporem o estabelecimento que:

No entanto, o fundo será sujeito ao regime jurídico dos bens imóveis, quando na sua composição incluir terrenos, edifícios e construções aos quais aderem, por acessão intelectual, as pertencas aplicadas em sua exploração industrial (código civil, art. 43, III). Tais acessórios, a qualquer tempo, poderão ser dissociados do imóvel, pela simples vontade do titular, recobrando a sua qualidade própria de móveis (Código Civil, art. 45).³²

Portanto, os imóveis envolvidos no exercício da empresa integram o estabelecimento, mostrando-se oportuno esclarecer que, caso o imóvel não seja de propriedade do empresário ou sociedade empresária, mas locado, servindo ao escopo produtivo do empreendimento, integrará o estabelecimento o direito ao seu uso. Ou seja, o ponto comercial integra o estabelecimento (como elemento imaterial) tanto que a Lei de Locação assegura ao locatário de imóveis destinados ao comércio, o direito à renovação compulsória do contrato de locação desde que preenchidos os requisitos legais (art. 51 da Lei n.º 8.245/1991).

1.4.2 Bens incorpóreos

Para Francisco Amaral,³³ bens incorpóreos são os bens que têm existência abstrata, intelectual. São construções jurídicas, direitos que possuem valor econômico e que são transmitidos por cessão e não compra e venda, como ocorre em relação aos bens corpóreos.

³² Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 201.

³³ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, p. 312.

Como premissa para adentrar no conceito de estabelecimento, Oscar Barreto Filho explica que bens incorpóreos são “produtos de ordem jurídica, não têm existência material, mas o direito os reconhece como objetos necessários nas relações jurídicas”.³⁴

Fabio Ulhoa Coelho ensina que os elementos imateriais do estabelecimento “são, principalmente, 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 (local em que se explora a atividade econômica”.³⁵

Os bens industriais estão tutelados pela Lei n.º 9.279/1996 – Lei de Propriedade Industrial e pela Lei n.º 8.934/1994 – Lei de Registro Público de Empresas e atividades afins, além da tutela disposta no Código Civil, consistindo nos sinais distintivos (nome empresarial, título de estabelecimento, marcas comerciais e sinais de propaganda) os privilégios de invenção (patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais, direitos de autor), o *know-how*, o ponto comercial e as autorizações administrativas de funcionamento da empresa.

Oscar Barreto Filho reúne o tema nas seguintes palavras, deixando expresso que a enumeração não é taxativa, pois outros institutos que também representam valores econômicos podem estar presentes a depender da natureza do empreendimento:

Os bens imateriais, por sua vez, abrangem:

a) Os bens que, sendo tutelados como objetos de direito, têm existência meramente ideal, e não subsistem *per se*,

³⁴ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 37.

³⁵ Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 162.

independentemente da forma concreta pela qual exteriorizam (as criações intelectuais);

b) as prestações decorrentes de direitos obrigacionais, dentre as quais sobressaem os serviços;

Além desses, costumam alguns autores incluir como elemento constitutivo o aviamento, isto é, a expectativa de lucros futuros, fundada sobre a organização dos bens materiais e imateriais. Mas a doutrina moderna considera o aviamento, não elemento constitutivo, mas atributo do estabelecimento encarado no seu todo [...].³⁶

Os bens imateriais, portanto, implicam conteúdo econômico relevante e vinculado à perspectiva de rentabilidade do estabelecimento, aspecto importante no momento de operacionalizar o trespasse. Assume, muitas vezes, caráter estratégico em mercado competitivo pela sua capacidade de agregar lucros, informações, qualidade diferenciada aos produtos etc.

Tratando da tutela aos bens imateriais envolvidos nas atividades empresariais, Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho explicam:

Com isso, a par dos elementos materiais que compõem o estabelecimento, de conformidade com a natureza da atividade (máquinas, móveis e utensílios), os bens imateriais vêm, sucessivamente, ganhando vulto maior e, em consequência, merecendo atenção mais detida do titular, seja quanto à sua concepção e materialização, seja sobre a sua posterior fiscalização e proteção. Em verdade, significativas obras de arte e de literatura, de um lado, e formas utilitárias e engenhosas, de outro, estão hoje agregadas a estabelecimentos e produtos de uso comercial ou industrial, conferindo ao patrimônio incorpóreo da empresa um vulto, nem sempre cogitado, ou mesmo mensurado, na prática.³⁷

Certo é, contudo, que a perda da utilidade dos bens imateriais retira de imediato o seu valor, isto é, enquanto a marca não caducar, agregará valor ao

³⁶ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 155.

³⁷ Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*, p. 158.

estabelecimento, assim como, enquanto uma patente não se esgotar, também terá o condão de agregar valor. No entanto, ultrapassado o direito de uso exclusivo do bem, comprometido fica o seu conteúdo econômico.

Trata-se de ativos cujo valor não é estático, tanto que sua alocação contábil não é tarefa simples. As patentes e marcas, por exemplo, segundo Fabio Konder Comparato³⁸ seriam ativos intangíveis identificáveis, compondo o Imobilizado, enquanto o *know-how* seria bem não identificável, não compondo o Imobilizado. O tratamento dado pelos demonstrativos contábeis seria distinto, inclusive a depender de se tratar de ativo gerado no exercício da atividade daquele adquirido de terceiro.

Os intangíveis decorrentes do exercício da atividade, por exemplo, sequer devem ser contabilizados porque seu real valor é gerado a partir de expectativas de resultados futuros que o bem trouxer para a sociedade empresária. Já os intangíveis adquiridos de terceiros que assegurem lucros à sociedade seriam contabilizados com base no custo de sua aquisição, contribuindo na aferição do patrimônio líquido.

Não é demasiado consignar o alerta de Oscar Barreto Filho sobre a possibilidade de o estabelecimento ser trespasado sem a marca ou outro bem imaterial, desde que a exclusão conste expressamente no contrato, pois, caso contrário, há de se compreender que houve a transferência.³⁹

³⁸ Fabio Konder Comparato, *Novos ensaios e pareceres*, v. 1, p. 119.

³⁹ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 213.

1.4.3 Nome empresarial e título de estabelecimento

O nome empresarial identifica o empresário, e, mais, “revela sua reputação junto a fornecedores, financiadores e outros empresários; com relação aos consumidores, tem o papel de diferenciá-lo dos demais que levam os seus produtos e serviços ao mercado”.⁴⁰

A doutrina⁴¹ aponta o perfil subjetivo e o perfil objetivo do nome empresarial: o primeiro diz respeito ao atributo da personalidade do empresário e o segundo se caracteriza pela identificação da atividade econômica.

Assim, sob o viés subjetivo, vedada é a alienação do nome empresarial (art. 1.164 do CC). Eduardo Goulart Pimenta, citando José Maria Rocha Filho, transcreve que:

[...] em nosso direito, o nome empresarial não se inclui entre os elementos componentes do estabelecimento comercial. O título de estabelecimento, sim, por designar o local em que a atividade é exercida e, como tal, ser um elemento de exercício da empresa. Já o nome empresarial designa a pessoa – física ou jurídica – do comerciante [empresário], não o seu estabelecimento comercial.⁴²

Nessa esteira, o nome empresarial não integraria o complexo de bens que compõem o estabelecimento. Todavia, conforme bem pondera Fábio Ulhoa Coelho, o mercado atribui valor ao nome empresarial como bem intangível da empresa,

⁴⁰ Marino Luiz Postiglione, *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*, p. 91.

⁴¹ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 241.

⁴² Eduardo Goulart Pimenta, O estabelecimento. In: Frederico Viana Rodrigues (Coord.), *Direito de empresa no novo Código Civil*, p. 110.

sendo, portanto, possível reconhecer sua natureza patrimonial e, assim, negociável quando da alienação do estabelecimento pelo empresário.⁴³

Certo é que, por força do parágrafo único do art. 1.164 do Código Civil, o adquirente do estabelecimento poderá utilizar o nome empresarial do alienante, precedido do seu próprio nome e com a qualificação de sucessor.

No tocante ao título do estabelecimento dúvidas não há sobre a sua integração ao acervo imaterial que compõe o estabelecimento, passível, portanto, de alienação por meio da operação do trespasse.

Fabio Ulhoa Coelho explica que o título do estabelecimento é sinal distintivo do local em que se desenvolve a atividade e ilustra com o seguinte exemplo: “quando o consumidor se dirige à agência do Banco Itaú S.A., encontra-a identificada pela expressão Itaú. É este o título do estabelecimento, o designativo referente ao lugar do exercício da atividade”.⁴⁴

1.4.4 Aviamento e clientela

No que tange ao aviamento, importante registrar a divergência da doutrina quanto a configurar-se como elemento do estabelecimento. Fabio Ulhoa Coelho bem pondera que aviamento é atributo da empresa e não componente do estabelecimento, pois significa o potencial de lucratividade que a empresa

⁴³ Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 241-242.

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 248.

proporciona. Ou seja, aviamento é o sobrevalor, é o fator econômico agregado ao complexo de bens, que supera a soma dos seus elementos singulares.⁴⁵

Marcelo Andrade Féres conclui que:

[...] apesar de não constituir um elemento do estabelecimento, mas um atributo deste, o aviamento ganha significativa importância nos negócios incidentes sobre o estabelecimento. No mais das vezes, é a aviamento o fator determinante de valores elevados para as empresas.⁴⁶

Temos, portanto, o aviamento como atributo do estabelecimento, isto é, como potencial de lucratividade que a empresa pode gerar a partir da organização daqueles elementos racionalmente unificados.

O aviamento se manifesta pelo estabelecimento, corresponde a um valor. Oscar Barreto Filho, em sua clássica obra sobre estabelecimento, esclarece que “em cada estabelecimento existe aviamento, maior ou menor, como decorrência da organização dos fatores da produção”, aliada às qualidades pessoais do comerciante, como habilidade, cortesia, trabalho, honestidade. Com isso, possível falar em duas formas de aviamento: o objetivo, aquele inerente à organização dos elementos do estabelecimento, e o subjetivo derivado da personalidade e prestígio do empresário titular. Tanto que na língua inglesa aviamento corresponde à expressão *goodwill of a trade* significando “o valor de um negócio medido em termos de freguesia ou reputação”.⁴⁷

⁴⁵ Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 162.

⁴⁶ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 36.

⁴⁷ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 171-174.

Observa o jurista, porém, que só é transmitido pelo trespasse o aviamento objetivo, tanto que passível a inserção no contrato de trespasse da cláusula de não restabelecimento do alienante, o que tem o caráter de limitar a concorrência em relação à mesma atividade por prazo determinado.⁴⁸

Aliás, a cláusula de não restabelecimento do alienante no exercício da mesma atividade tem o condão de evitar, inclusive, que a clientela seja desviada. Não se pode garantir a fidelidade da clientela, mas se pode evitar que o alienante concorra com o adquirente em prejuízo da expectativa de lucro do adquirente do estabelecimento.

Oscar Barreto Filho sustenta que, a exemplo do aviamento, a clientela não é elemento do estabelecimento, não é um bem imaterial. “Quando o estabelecimento é explorado, forma-se uma clientela atual; quando não o é, existe a possibilidade de uma clientela potencial.”⁴⁹

A clientela, portanto, como fator do aviamento, não consiste em elemento do estabelecimento e não é alienável, mas “o direito de explorar este potencial de clientes é alienado com a transferência da universalidade patrimonial”.⁵⁰

⁴⁸ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 176.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 183.

⁵⁰ Eduardo Goulart Pimenta, O estabelecimento. In: Frederico Viana Rodrigues (Coord.), *Direito de empresa no novo Código Civil*, p. 117.

1.4.5 Ponto empresarial

A doutrina esclarece que o ponto comercial “se destaca da propriedade imóvel e pertence ao empresário, consistindo, pois, em um elemento incorpóreo do estabelecimento”.⁵¹ E se destaca da propriedade porque pode ocorrer de o empresário deter a posse mediante locação e não ser o titular do domínio. Aliás, é irrelevante o fato de o empresário ser proprietário dos bens que integram o estabelecimento, pois “basta que possua a livre disponibilidade sobre esses bens, ou sobre o próprio estabelecimento, assegurada por um direito real ou contratual”.⁵²

O ponto, ou local onde se encontra instalado o estabelecimento, é elemento incorpóreo da mais expressiva relevância, tanto que há lei dispondo quanto a renovação compulsória do contrato de locação de imóvel comercial quando atendidos certos requisitos (art. 51 da Lei n.º 8.245/1991).

E, na hipótese de o imóvel ser de propriedade do empresário titular do estabelecimento, levado a desarticular o ponto em função de desapropriação, por exemplo, também se imporá a proteção legal por meio da justa indenização não apenas em relação à propriedade, mas também pela perda do ponto empresarial.

Assim, “em ambos os casos, quando se trata de imóvel de propriedade do empresário ou por ele alugado, fala-se em elemento do estabelecimento”.⁵³

⁵¹ Sérgio Campinho, *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*, p. 344-345.

⁵² Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, p. 634.

⁵³ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 30.

Contudo, José Tadeu Neves Xavier sustenta a impossibilidade de atribuir ao ponto empresarial

[...] a condição de elemento integrador do estabelecimento, na medida em que este está vinculado a manutenção do contrato de locação, o qual, por sua vez, tem caráter personalíssimo, não autorizando a sua automática continuação em caso de alienação do estabelecimento”.⁵⁴

Sem embargo, vale registrar que as obrigações assumidas pela sociedade, cujo estabelecimento estiver sendo alienado, acompanham o negócio. Se não houver cláusula autorizando a cessão do contrato de locação, certamente comprometida estará a transferência do estabelecimento, a menos que o ponto seja elemento excluído da negociação, por não comprometer a sua funcionalidade. Sendo o caso de transferência de bens suficientes para a atribuição funcional da empresa, haverá trespasse. Pode ocorrer de o adquirente dispor de ponto para manter o estabelecimento adquirido.

Enfim, os elementos que compõem o estabelecimento devem ser compreendidos como fatores produtivos (em sentido amplo) articulados para atingir determinado fim econômico. Daí dizer que o estabelecimento é uma organização.

1.5 O estabelecimento como objeto de direitos e de negócios jurídicos

Conforme já pontuado, o estabelecimento como universalidade, isto é, como conjunto de elementos organizados para exploração de específica atividade econômica, é objeto de negócios jurídicos e o seu valor econômico dependerá do

⁵⁴ José Tadeu Neves Xavier, *Revista de Direito Mercantil*, v. 129, p. 104.

grau de eficiência que tiver alcançado. Vale, ainda, lembrar que os elementos que compõem o estabelecimento, individualmente considerados, também são objeto de negócios jurídicos como bens singulares⁵⁵ que são (art. 90, parágrafo único).

E como universalidade de fato, porque seus elementos são reunidos pela vontade humana para cumprir determinado fim, isto é, com destinação unitária,⁵⁶ preocupou-se a legislação civil em traçar critérios e exigências relacionados à sua transferência, com intuito de conferir maior estabilidade ao negócio jurídico. Nessa linha, o art. 1.143 do Código Civil: “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”.

Portanto, organizados por vontade do empresário para instrumentalizar a atividade empresarial, é o estabelecimento passível de transferência, tendo o Código Civil disciplinado regras a serem observadas quando da operação, visando conferir estabilidade ao negócio jurídico (arts. 1.144 a 1.149).

Jorge Manuel Coutinho de Abreu registra que o estabelecimento se manifesta como um sistema “autossuficiente (capaz de se bastar com os resultados de suas trocas) e autônomo – um ente com identidade própria, como tal reconhecido no mundo macroeconômico”.⁵⁷

⁵⁵ Bens singulares são os que se consideram em sua individualidade distintos de quaisquer outros bens.

⁵⁶ Francisco Amaral, *Direito civil*: introdução, p. 328.

⁵⁷ Jorge Manuel Coutinho Abreu, *Da empresarialidade*: as empresas no direito, p. 44.

Como bem jurídico, transmissível por deliberação do seu titular qualificando-se o negócio como *trespasse*.

Embora este trabalho se limite a analisar a alienação do estabelecimento por ato *inter vivos* a título oneroso, não podemos deixar de apontar a possibilidade de outras modalidades de negócio envolverem o estabelecimento, como a alienação *mortis causa*, o arrendamento, o usufruto ou o penhor (garantia).

Faz-se necessário enfatizar, também, a distinção entre alienação do estabelecimento (como unidade) e a cessão de quotas ou ações da sociedade empresária, situação que implica transferência das quotas sociais ou ações representativas do capital societário sem qualquer relação com a transferência da titularidade sobre o estabelecimento. Tal distinção é relevante na medida em que a transferência de participação societária (quotas da sociedade) não implica sucessão.

Retomando o foco na transmissão *inter vivos* do estabelecimento, Jorge Manuel Coutinho de Abreu⁵⁸ indica três espécies de valores que podem ser atribuídos ao estabelecimento quando da celebração do negócio: (1) os valores ostensivos que se constituem pelo conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que integram o estabelecimento e que, individualmente falando, mantêm uma relativa autonomia jurídica e econômica em relação a ele; (2) os valores de organização que decorrem da articulação dos elementos que integram o estabelecimento; (3) os valores de exploração que são aqueles gerados das relações de fato que se estabelecem com os clientes, que seria o sobrevalor, ou o valor agregado segundo a posição do estabelecimento no mercado por conta do seu diferencial.

⁵⁸ Jorge Manuel Coutinho Abreu, *Da empresarialidade*: as empresas no direito, p. 55.

Cabível enfatizar que o estabelecimento tem, por si só (em razão da organização dinâmica de elementos voltados ao exercício da atividade econômica, isto é, ao exercício da empresa), um valor econômico próprio. Daí porque se diz que o estabelecimento é objeto de direito em movimento.

Para que se garanta a eficácia negocial à alienação do estabelecimento, necessária a anuência dos credores da sociedade empresária ou mesmo o atendimento aos pressupostos legais, conforme dispõem os arts 1.144 e 1.145 do Código Civil.

Isso para que sejam preservados os interesses de credores da sociedade empresária titular do estabelecimento que está sendo alienado. A eficácia do trespasse se subordina à solvência do alienante ou ao consentimento dos credores, os quais deverão ser notificados acerca da operação. Vejamos como a questão é analisada pelo Judiciário:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. EXTINÇÃO SEM MÉRITO. RECURSO INTERPOSTO PELO REVEL. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. CONDIÇÃO DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

[...]

3. O art. 1145 do Código Civil estabelece que é condição de EFICÁCIA perante terceiros a anuência dos credores quando da realização do trespasse, quando a sociedade empresária a ser transferida não tenha patrimônio suficiente para quitar seus débitos. Não havendo prova documental da notificação do trespasse e da anuência do credor, não há meios de se afastar a responsabilidade dos devedores pelo pagamento do débito.⁵⁹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução. Decisão que indeferiu pedido de penhora do caixa da empresa sucessora da executada-agravada, sob a fundamentação de que não restou vislumbrada a

⁵⁹ TJSP, 20.^a Câmara de Direito Privado, Ap. 9167707-25.2009.8.26.0000, Rel. Des. Maria Lucia Pizzotti, j. 10.12.2012, v.u. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcórdão=6414463>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

suposta sucessão. A empresa que atualmente se encontra estabelecida no ponto que pertenceu à executada deve responder pelos débitos, mormente porque o grau de parentesco existente é conotativo de possível fraude na transferência do estabelecimento comercial. A transferência de estabelecimento comercial só produz efeitos perante terceiros quando registrada à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresarial, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial, nos termos do art. 1144, do CC/2002. Além disso, a eficácia do negócio está intimamente ligada à satisfação das obrigações com seus credores, consoante determina o art. 1145 do mesmo Códex. Por fim, o art. 1146 do CC/2002 impõe a responsabilidade solidária pelos débitos anteriores à transferência. Recurso provido, com observação.⁶⁰

Não é demasiado registrar que as normas do Código Civil que disciplinam os efeitos obrigacionais da transmissão do estabelecimento, tanto a contida no art. 1.144 como também aquela presente nos artigos 1.146 a 1.149, e que acabam por nortear o contrato de trespasse, são importantes alavancas no cálculo dos empresários interessados na operação de alienação. Constituem o que Fábio Ulhoa Coelho chama de “direito-custo”.⁶¹

⁶⁰ TJSP, 24.^a Câmara de Direito Privado, AI 7.070.238-2, Rel. Des. Walter Fonseca, j. 13.07.2006, v.u. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordão=321429>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

⁶¹ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 58.

2

O CONTRATO DE TRESPASSE

2.1 Considerações

O trespasse é contrato empresarial pontuado pela alocação de riscos entre as partes contratantes. Tem uma forte vertente econômica e é motivado pelo encontro de interesses egoísticos dos empresários que o protagonizam, o que é próprio do universo empresarial que trabalha com a expectativa de lucro. Conforme bem coloca a Professora Paula Forgioni, o vínculo entre empresários tem como pressupostos básicos “a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa da em que se encontram”, e a expectativa de que a contratação atinja objetivos determinados, ou seja, que desempenhe certa função.⁶²

No entanto, ao mesmo tempo o contrato exerce um papel de equilíbrio entre a racionalidade egoística dos empresários e a função social que o vínculo reflete, decorrente até mesmo da manutenção de uma fonte produtiva geradora de riquezas e empregos.

E é nesse encontro de interesses (o individual e o social) que reside o foco da nossa análise. Só que para alcançar a resposta às nossas indagações em torno do ponto ótimo de equilíbrio entre tais interesses, temos que trilhar o caminho do conhecimento quanto às principais características do contrato de trespasse, as

⁶² Paula A. Forgioni, Interpretação dos negócios empresariais. In: Guilherme Teixeira Pereira, *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*, p. 194.

obrigações das partes, os efeitos obrigacionais dele decorrentes e suas cláusulas essenciais. Passemos, assim, por tal percurso.

2.2 Características e natureza jurídica do contrato de trespasse

O contrato de trespasse⁶³ se caracteriza pela alienação do estabelecimento de um empresário para outro. Trata-se, assim, de contrato empresarial, ou seja, aquele que tem como elemento essencial a presença de empresários em ambos os polos da relação jurídica.

Modesto Carvalhosa assim se refere ao tema ao comentar o art. 1.143 do Código Civil:

Com o advento do Código Civil de 2002 o trespasse passa a ser considerado um contrato nominado, ou típico, porque seus principais caracteres são objeto de disciplina legal. E, para que se aperfeiçoe perante terceiros, faz-se necessária sua averbação à margem do registro do empresário ou da sociedade empresária, e subsequente publicação na Imprensa Oficial (art. 1.1.44).⁶⁴

Também a Lei de Falências e Recuperação de Empresas fala em trespasse como uma das possibilidades de se promover a recuperação de empresas. Assim dispõe o texto legal:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

[...]

⁶³ Trespasse tem o significado etimológico de transmissão ou transferência, segundo esclarece Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 208.

⁶⁴ Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, v. 13, p. 636.

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados.

Explica Oscar Barreto Filho que “deve-se falar em trespasse do estabelecimento somente e quando o negócio se refere ao complexo unitário de bens instrumentais que servem à atividade empresarial, necessariamente caracterizado pela existência do aviamento objetivo”.⁶⁵

Tanto é assim que, para a formação do contrato, o preço é fixado segundo o valor que o alienante está disposto a pagar e o adquirente disposto a aceitar, considerando o estabelecimento em seu conjunto. Daí a importância da identificação dos critérios para apuração do valor econômico do negócio que é obtido não somente pela soma dos valores dos vários elementos que compõem o estabelecimento, mas também levando em conta o aviamento (sobrevalor).

Assim, contabilmente há “fórmulas complexas para a estimação do valor do aviamento, em função dos variados fatores que interferem na sua formação”.⁶⁶

Caracteriza, portanto, o trespasse a negociação unitária, em caráter definitivo, não só do complexo de bens instrumentais à exploração da atividade, mas também daqueles bens que garantam a sua funcionalidade, isto é, que assegurem a sua potencialidade e aptidão de gerar ganhos.

Não podemos deixar de anotar que, caso a operação de trespasse tenha a potencialidade de gerar domínio de mercado ou de limitar ou prejudicar a

⁶⁵ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 208.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 210.

concorrência, estará sujeita à aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Fabio Ulhoa Coelho deixa claro que, “quando presente, no negócio jurídico, o efeito, real ou virtual, de restrição ou limitação à concorrência, a aprovação pelo Cade é exigida, na lei, como condição de aperfeiçoamento”.⁶⁷

Certamente não é todo e qualquer ato de expansão de mercado ou concentração que se submete à prévia aprovação do Cade, mas somente aqueles capazes de impactar a concorrência em substancial mercado relevante, aqueles que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços (§ 5.º do art. 88 da Lei n.º 12.529/2011). E atos de concentração ocorrem, segundo a lei, quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

O *caput* do art. 88 da Lei n.º 12.529/2011 também deixa claro que somente atos de concentração que envolva valores efetivamente relevantes serão submetidos ao Cade, isto é, deverão ser submetidos ao Cade os atos de concentração em que pelo menos um dos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no

⁶⁷ Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, p. 526.

ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00; e cumulativamente pelo menos um dos envolvidos tenha registrado no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00.

Outro aspecto importante de nota diz respeito à distinção entre o *trespasse* e a compra e venda de empresas que implica transferência de participação societária (quotas de sociedade limitada ou ações de sociedades anônimas) em percentual que assegure ao adquirente o poder de controle. O *trespasse* é negócio jurídico distinto da aquisição de empresas, conforme bem explica a doutrina indicando que há um ponto em comum entre ambos os negócios jurídicos: “tanto no *trespasse* como na compra e venda de empresa, as preocupações dos potenciais adquirentes relativamente ao passivo dos alienantes são semelhantes, porque nas duas hipóteses aqueles podem vir a ser responsabilizados por dívidas destes”.⁶⁸

Fechando parênteses para as observações acima, ponderamos que, apesar de o objeto do contrato compreender a universalidade de fato, não é incomum a inserção de Anexo ao contrato com a indicação dos elementos compreendidos na negociação, favorecendo eventual discussão em torno do negócio.

Aliás, há quem sustente que o *trespasse* pode mesmo abranger bens que sequer estejam vinculados à exploração da atividade, isto é, bens que não estejam compreendidos na universalidade de fato e sim bens que componham o patrimônio

⁶⁸ Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, v. 3, p. 101.

do empresário. Assim, o trespasse representaria a transferência de universalidades ligadas ao empresário e não somente à universalidade de fato.⁶⁹

A nosso ver, o estabelecimento é composto por bens e também por direitos naquilo que estiver relacionado à unidade produtiva, até mesmo se levarmos em consideração que cada estabelecimento tem seus atributos próprios. Consideram-se, portanto, os bens corpóreos, incorpóreos e as relações jurídicas que envolvam o estabelecimento, como contratos, relações de trabalho, ativos e passivos.

Trata-se, enfim, de contrato consensual, oneroso, sinalagmático, comutativo e não solene. Abordemos, assim, a natureza jurídica do contrato de trespasse e, na sequência, passaremos a analisar a categoria à qual pertence essa modalidade de ajuste firmado entre empresários, uma vez estarmos tratando de alienação de estabelecimento empresarial.

2.2.1 Natureza jurídica

A doutrina classifica o contrato de trespasse como oneroso, bilateral e comutativo, na medida em que nele se insere, necessariamente, a ideia de compra e venda do estabelecimento, sendo que as partes “se obrigam à realização de prestações economicamente equivalentes, sob pena de enriquecimento sem causa de uma delas”.⁷⁰

⁶⁹ Leonardo Honorato Costa, Nova concepção do contrato de trespasse, *RT* 929/139.

⁷⁰ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 46.

É um contrato típico, pois sujeito à disciplina legal que traçou suas principais características (arts. 1.142 a 1.149 do Código Civil).

Oscar Barreto Filho, pontuando que o trespasse se opera por meio de um único contrato, indica a possibilidade de serem firmados vários contratos representativos de cada bem e direito componente do estabelecimento, desde que amparados pela mesma finalidade.⁷¹ Admite, assim, que o contrato de trespasse seja classificado como contrato misto, resultante da fusão de várias obrigações de dar, fazer e não fazer próprias de outras categorias de contratos.

Efetivamente o contrato de trespasse se configura como misto, uma vez que pode resultar da união de outros contratos, assim como podem a ele se unir outros tipos contratuais. O trespasse é um conjunto de figuras negociais, é constituído por negócios diversos que geram o efeito translativo da unidade.

O consensualismo do contrato decorre do fato de que sua formação se fixa a partir da manifestação das partes quanto ao preço da negociação pela transmissão do complexo de bens que foram organizados para o exercício da atividade.

Também tem a característica de não exigir solenidade, ou seja quanto à forma, tanto poderá se dar por instrumento público como particular. Sérgio Henrique Tedeschi lembra que, quando envolver a propriedade imóvel integrante do estabelecimento, deverá ser observada a forma pública.⁷²

⁷¹ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 211.

⁷² Sérgio Henrique Tedeschi, *Contrato de trespasse de estabelecimento empresarial e sua efetividade social*, p. 60.

A lei acaba por conduzir à obrigatoriedade de contrato escrito não só para fins de prova,⁷³ mas também para que gere efeitos perante terceiros.

Não podemos deixar de consignar que a forma é o componente estrutural do negócio jurídico e se distingue das formalidades necessárias para gerar eficácia.

A legislação civil prevê várias formalidades a serem observadas pelas partes quando diante de uma operação de trespasse, como a averbação do contrato escrito perante o Registro Público de Empresas Mercantis e a publicação na imprensa oficial. Isso para que gere efeitos perante terceiros, tratando-se de requisitos de validade e eficácia *erga omnes* do negócio jurídico.

Modesto Carvalhosa ensina que enquanto o regime de publicidade visa tornar público o documento, a publicação oficial tem por fim estabelecer presunção legal do conhecimento por terceiros. Assevera que:

Essa presunção é relevantíssima para o direito, na medida em que é a partir da publicação na Imprensa Oficial que se estabelece perante terceiros a validade e a eficácia do ato ou negócio jurídico. É, outrossim, a partir da publicação oficial que se iniciam os prazos aquisitivos e extintivos dos direitos subjetivos desses mesmos terceiros.⁷⁴

A publicidade, no caso, visa sustar eventuais transferências fraudulentas, além de ter por finalidade estabelecer o limite temporal da responsabilidade solidária

⁷³ O art. 227 do Código Civil assim dispõe: “Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo em que foram celebrados. Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária e complementar da prova por escrito”.

⁷⁴ Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, p. 638.

do alienante com o adquirente do estabelecimento pelo pagamento dos débitos anteriores à transmissão.

Isso porque, nos termos do art. 1.146 do Código Civil, há solidariedade entre alienante e adquirente em relação ao pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, pelo período de um ano pelos débitos vencidos antes da publicação.

Portanto, a data da publicação do contrato de trespasse na imprensa oficial é marco temporal de responsabilidade solidária do adquirente, para fins de segurança e proteção aos credores do estabelecimento negociado. Se débitos com vencimento em data posterior à publicação, a responsabilidade do alienante se estende a um ano do vencimento dos créditos, se ocorrerem após a publicação.

A lei estabelece a solidariedade entre trespasante e trespasário como medida de tutela aos interesses dos credores, conforme já mencionado, e a responsabilidade do adquirente, nessas condições, encontra limite na regular escrituração das transações comerciais da sociedade empresária. Caso se trate de débitos da sociedade não contabilizados, a responsabilidade pelo pagamento é do alienante, e não do adquirente. Logicamente que o contexto é de dívidas já contraídas quando da celebração do trespasse.

Neste particular, destaca-se a importância da informação a ser prestada ao trespasário a fim de restarem resguardados os interesses dos credores e do próprio adquirente do estabelecimento que, certamente, não pode (nem o será) responsabilizado por obrigações cuja existência desconhecia, cabendo-lhe o ônus

de provar a não escrituração ou a ocultação das informações relacionadas às operações passivas da sociedade. Nessa linha, o posicionamento da jurisprudência:

ALIENAÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO. DÍVIDAS ANTERIORES À ALIENAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE. DEMONSTRAÇÃO DE QUE O DÉBITO NÃO ESTAVA CONTABILIZADO QUANDO DA COMPRA. ÔNUS QUE SE IMPUTA AO ADQUIRENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.146 DO CÓDIGO CIVIL. O adquirente do fundo de comércio responde pelas dívidas contraídas pelo estabelecimento anteriormente à alienação, sendo ônus do adquirente demonstrar que o débito não estava consoante artigo 1.146 do Código Civil. Recurso não provido.⁷⁵

MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE JULGADO CONTRA O ESTABELECIMENTO COMERCIAL, EM RAZÃO DA MUDANÇA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. O adquirente que seguiu com o acervo empresarial e na exploração da mesma atividade comercial, deve responsabilizar-se por todas as obrigações do estabelecimento, mesmo que anteriores ao trespasse, conforme as regras da sucessão empresarial, principalmente, a teor do artigo 1.142 do Código Civil. Denegada a segurança.⁷⁶

2.3 O contrato de trespasse categorizado como contrato empresarial

Conforme pontuado anteriormente, o contrato de trespasse envolve a transferência de titularidade do estabelecimento tratando-se, alienante e adquirente, de empresários. O estabelecimento é o produto da organização levada a efeito pelo empresário para o exercício da atividade empresária.

Portanto, pertinente dizer que o contrato de trespasse integra a categoria dos contratos empresariais, isto é, aqueles celebrados entre empresários que

⁷⁵ TJSP, 17.^a Câmara de Direito Privado, Ap. 9217333-13.2009.8.26.0000, Rel. Des. Nelson Jorge Junior, j. 04.07.2012, v.u. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6076458>>. Acesso em: 31 jul. 2013.

⁷⁶ TJRS, 8.^a Câmara Cível, MS. 70027711183, Rel. Alzir Felipe Schmitz, j. 26.03.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

[...] realizam o pacto em condições de igualdade econômica, na medida em que têm plena ciência de direitos e obrigações, assim como da extensão e consequências daquilo que foi convencionado, informações essas obtidas por intermédio de uma assessoria jurídica.⁷⁷

No entanto, para que determinado contrato seja considerado integrante da categoria dos contratos empresariais, não basta que contenha em ambos os polos a figura de empresários (sociedade empresária ou empresário individual). Há outros elementos a serem considerados para a configuração da categoria, pois a sociedade empresária celebra vários contratos no âmbito do exercício da sua atividade, inclusive contratos que podem colocá-la na posição de consumidora. Imaginemos uma sociedade empresária que adquire um veículo para uso exclusivo da diretoria. A relação entre as sociedades (compradora e vendedora dos veículos) será considerada de consumo.

Como primeira conclusão, podemos afirmar que a categoria dos contratos empresariais demanda compreendermos a paridade econômica e jurídica das partes que, presume-se, conheçam os riscos alocados na negociação, próprios do ambiente empresarial.

Tratando-se de contrato empresarial, são as partes detentoras de técnica suficiente para compreender o alcance das cláusulas. Não por outra razão, há o Enunciado 28, fruto da 1.^a Jornada de Direito Comercial, dispondo que, “em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência”.

⁷⁷ Rogério Donnini, Contratos empresariais e a cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista da Academia Paulista de Direito*, p. 277.

Paula Forgioni comenta que:

Traço diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro bilateral, que condiciona o comportamento das partes, sua “vontade comum” e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar.⁷⁸

Estando ambos os contratantes amparados por informações suficientes à negociação do trespasse, não haveria falar em revisão ou ruptura do vínculo simplesmente porque as expectativas de um dos empresários não se concretizaram.

Essa é a lógica do mundo empresarial que não se subordina ao regime dos contratos civis *stricto sensu*⁷⁹ e, portanto, permeável à absoluta ingerência estatal acerca das hipóteses e consequências de sua revisão e rescisão.

O objeto dos contratos empresariais deve envolver, necessariamente, elementos relacionados à exploração da empresa e, por via de consequência, ao se interpretar um contrato empresarial um dos vieses de análise é a racionalidade econômica geradora do negócio que acaba por se sobrepor à racionalidade jurídica que é a legítima expectativa da contraparte.⁸⁰

Daí a importância de indagar acerca da causa final, da função econômico-social do contrato empresarial. Quando empresários firmam o trespasse, pretendem atingir certa função econômica. Essa é a base individual que corporifica o contrato de trespasse.

⁷⁸ Paula A. Forgioni, *Teoria geral dos contratos empresariais*, p. 46.

⁷⁹ Haroldo Malheiros D. Verçosa explica que contratos civis *stricto sensu* seriam aqueles celebrados à margem de qualquer atividade econômica profissional (*Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*, p. 139).

⁸⁰ Paula A. Forgioni, *Teoria geral dos contratos empresariais*, p. 222.

A causa, nesse contexto e objetivamente falando sobre o trespasse, adquire dimensão social na medida em que reflete no mercado e na economia, mantendo ativa uma unidade de produção ou serviços. Aliás, a importância da análise da causa contratual vem ao encontro do art. 421 do Código Civil ao prescrever que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

No entanto, na seara empresarial, importante dosar a aplicação da função social do contrato a ponto de justificar revisão ou ruptura do negócio jurídico, conforme visão extraída do Poder Judiciário que tem orientação no sentido de que:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato como aqueles derivados das condições da lavoura.⁸¹

Possível extrair a conclusão de que a função social do contrato empresarial não pode limitar expressivamente a autonomia privada,⁸² mas sim portadora de certo equilíbrio, consideradas circunstâncias concretas, com destaque para os custos de transação⁸³ e a suficiência de informações (assimetria) entre as partes alicerçando a negociação.

Portanto, cientes de que os elementos que categorizam o contrato de trespasse como empresarial são a qualidade das partes (empresários negociando os

⁸¹ STJ, 3.^a Turma, REsp 803.481/GO (2005/0205857-0), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2007, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

⁸² Poder negocial outorgado às partes para definir o conteúdo dos negócios jurídicos.

⁸³ Custos de transação são custos incorridos pelas partes no processo de implemento da negociação.

elementos que constituem objeto da atividade) e a causa (escopo a ser alcançado pela negociação segundo o interesse das partes e a sua função econômica social) nos parece importante desenvolver um pouco mais o conteúdo da causa do contrato.

2.4 A causa como parte integrante do negócio jurídico empresarial

A causa configura o elemento que permite a análise funcional⁸⁴ do negócio. Francisco Amaral doutrina que “no direito utiliza-se a causa com três significados: como causa eficiente, como causa final e como causa impulsiva, ou motivo dos atos”.⁸⁵

Explicita que causa eficiente é tudo aquilo que produz efeito jurídico; causa impulsiva significa os motivos que levam à prática do ato, enquanto a causa final “aparece como razão determinante do ato jurídico”.⁸⁶ Complementa expondo que

Na teoria do negócio jurídico, a causa seria, portanto, a razão determinante das relações que se estabelecem, qualquer razão, de natureza objetiva ou subjetiva, pela qual as pessoas manifestam a sua vontade com eficácia jurídica, devendo ser, conforme a lei, a ordem pública, os bons costumes.⁸⁷

Luciano de Camargo Penteado afirma que há dois sentidos para “causa” no direito contratual que demandam atenção: a causa razoável e a causa suficiente. A

⁸⁴ Segundo Bobbio, a perspectiva funcional é aquela que permite a emissão de um juízo de valor sobre o negócio jurídico indagando acerca dos interesses ou finalidade presentes (Norberto Bobbio, Em direção a uma teoria funcionalista do direito. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito, p. 53).

⁸⁵ Francisco Amaral, *Direito civil*: introdução, p. 429.

⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 430.

⁸⁷ Idem, p. 430.

primeira está relacionada à identificação da juridicidade do acordo, isto é, qual o aspecto que torna jurídico aquele acordo de vontades, o que desencadeia a qualificação do acordo como contrato. Além dessa qualificação, outro fator que desencadeia a relação jurídica obrigacional é o sinalagma, ou nexo de interdependência entre as prestações.⁸⁸

Transpondo para o caso específico objeto deste estudo, podemos afirmar que a causa contratual (no sentido de causa razoável) do trespasse está bem delimitada quanto a sua qualificação (convenção dotada de juridicidade, inclusive por força da reciprocidade de prestações) estando claro o benefício patrimonial pretendido pelos contratantes. Há, portanto, um dever obrigacional assumido pelas partes.

Prosseguindo na análise da doutrina de Luciano de Camargo Penteado, explica-nos o jurista que a causa suficiente pressupõe a causa razoável (já que é pressuposto que o negócio tenha entrado no mundo do direito) tratando-se agora de “saber qual é a exata coordenação entre as prestações devidas e qual o grau de dependência entre elas. Será causa suficiente a identificação perfeita do nexo vinculativo entre prestação e contraprestação”.⁸⁹

Trazendo, mais uma vez, a lição anteriormente referida para a perspectiva do trespasse, podemos dizer que, na hipótese de não serem transmitidos todos os bens capazes de dar funcionalidade ao estabelecimento, não será considerada a operação como trespasse, isto é, não estando presente a causa suficiente para

⁸⁸ Luciano de Camargo Penteado, *Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros*. In: Alexandre dos Santos Cunha (Coord.), *O direito da empresa e das obrigações*, p. 260.

⁸⁹ Idem, *ibidem*, p. 262.

caracterizar o trespasse poderá ser levantada a situação de uma estrutura causal diversa, como mera operação de compra e venda de ativos.

Ou seja, o modelo jurídico de trespasse tem uma causa suficiente que é a transmissão do complexo de bens organizados para fins de manter ativa a exploração de determinada atividade mediante o pagamento do preço (função econômica).

Refletindo a questão sob a respeitável doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo, temos que os negócios causais (em contraponto aos abstratos) se caracterizam pelo seu elemento categorial inderrogável objetivo que pode se referir a um fato anterior ao próprio negócio (causa pressuposta) ou a um fato posterior a ser atingido pelo negócio (causa final). Assim explica o jurista:

[...] nos contratos bilaterais, o elemento categorial inderrogável consiste em se convencionar a prestação como causa da contraprestação e vice-versa (e a causa consiste, naturalmente, na dupla realização da prestação e da contraprestação). Segue-se, daí que, uma vez formado o contrato bilateral (plano da existência) e se for válido (plano de validade) o não cumprimento posterior da prestação (a falta da causa referida na sua constituição) autoriza a resolução, evitando que a parte inocente seja obrigada a cumprir a sua prestação, que se tornou sem causa.⁹⁰

Mais uma vez, aplicando a lição ao contrato de trespasse, forçoso concluir que se cuida de negócio causal. Tratando-se de partes regularmente representadas segundo seus estatutos diante de um objeto existente (estabelecimento) e forma escrita, teremos um negócio válido. Todavia, só seria eficaz se atingida a causa final, isto é, a função econômico-social do negócio, as finalidades e interesses

⁹⁰ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 155.

projetados pelas partes, fosse alcançada autorizando a parte prejudicada a pleitear a resolução ou mesmo revisão do contrato, desde que, não nos esquecendo da relação interempresarial, não se trate de mera quebra da expectativa de uma das partes como queda dos lucros esperados pelo adquirente ou má alocação dos riscos, por exemplo.

Aliás, tratando-se de contratos empresariais, Kleber Luiz Zanchim indica a causa geral própria como elemento de eficácia, esclarecendo que há interesses e circunstâncias decorrentes das cláusulas negociadas pelos empresários a merecer tutela. Assim expõe sua tese:

A causa geral própria exterioriza, pois, o alto grau de consciência dos empresários na celebração de um contrato, pois com este estarão ou organizando ou exercendo sua empresa. Nessas situações, as circunstâncias negociais consolidam a presunção de que os contratantes detêm o conjunto suficiente de informações que justificam a conclusão de um contrato. Além do estado de paridade econômica, os contratantes encontram-se também em paridade jurídica [...] É esse contexto de “hipersuficiência” ditado pela causa geral própria, que sustenta a categoria dos contratos empresariais.⁹¹

No contexto acima, portanto, deixemos claro que a breve análise sobre a causa contratual tem por escopo abrir a discussão em torno da resolução do contrato de trespasse, tema que não pode ser tratado sem a imprescindível reflexão quanto à estabilidade dos contratos empresariais assegurada pela autonomia privada e pela álea específica do contrato empresarial.

⁹¹ Kleber Luiz Zanchim, *Contratos empresariais*, p. 162-163.

2.5 A interpretação aplicável ao contrato de trespasse à luz dos princípios de direito comercial

Não há dúvida de que a relação jurídica que se estabelece entre empresários em negociações que envolvam objeto e bens relacionados a fatores de produção tem um diferencial se comparada às relações jurídicas firmadas entre parte não empresárias. Os interesses jurídicos em questão adquirem valores diferentes e se submetem, inclusive, a princípios jurídicos próprios do direito comercial.

Nesse contexto, podemos afirmar que as partes contratantes, ao celebrarem avenças de natureza empresarial, têm em vista o atingimento de certas finalidades de ordem econômica. O contrato irá regular os interesses outorgando a devida segurança ao fluxo da relação.

Sérgio Henrique Tedeschi é enfático ao ponderar que o pacto entre empresários deve ser interpretado de forma rígida, com observância ao *pacta sunt servanda*, desde que ausentes vícios de consentimento.

Isto porque deve ser garantida a segurança jurídica não só das avenças realizadas entre empreendedores, nas quais não tenha havido vício de consentimento, como também das decisões de nossos tribunais, que devem se pautar na análise do que foi efetivamente contratado, moderando-se na boa-fé entre as partes.

Com isso, pode-se afirmar que, para que se atinja a função social dos contratos realizados entre empresários, a sua interpretação deverá seguir critérios mais rígidos, com total respeito aos pactos realizados, minimizando-se os riscos envolvidos nestas avenças.⁹²

⁹² Sérgio Henrique Tedeschi, *Contrato de trespasse de estabelecimento empresarial e sua efetividade social*, p. 95.

E tal posicionamento dialoga com o que a Professora Paula Forgioni chama de “jogada equivocada”⁹³ do empresário, isto é, a tomada de decisão é ínsita aos agentes econômicos que podem, algumas vezes, ter adotado estratégias equivocadas, aspecto que está compreendido na álea normal da contratação. Assim sendo, os efeitos do erro do empresário não podem ser neutralizados pelo ordenamento jurídico sob pena de distorcer o mercado. Portanto, se o empresário tomou determinada decisão (adquirir um estabelecimento, por exemplo) deverá honrá-la ainda que dela não extraia os lucros que pretendia. Tal aspecto, todavia, não implica ausência da boa-fé objetiva, respeitadas as legítimas expectativas que cada um alimenta a partir da negociação.

É evidente que atos de deslealdade (ausência de informações claras e necessárias o suficiente para a tomada de decisão) e abuso da dependência econômica não de ser reprimidos pelo ordenamento jurídico que, no entanto, não pode desconsiderar a autonomia privada.

Paula Forgioni, citando Roppo, consigna que o direito, ao exercer controle dos contratos, se preocupa em salvaguardar o interesse público, compreendendo-se aqui a tutela da coletividade em face da tutela dos contratantes, e se preocupa em garantir a autonomia privada.⁹⁴ Deixa claro que:

O ordenamento não ampara as “concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual” porque “um certo grau de

⁹³ Paula A. Forgioni, *Interpretação dos negócios empresariais*. In: Guilherme Teixeira Pereira, *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*, p. 202.

⁹⁴ Enzo Roppo, *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, p. 225, apud Paula A. Forgioni, *Interpretação dos negócios empresariais*. In: Guilherme Teixeira Pereira, *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*, p. 206.

risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica”. Em suma: ao direito compete preservar o mercado (i.e., a fluência das relações econômicas) viabilizando o “jogo” mediante um sistema que procura levar ao respeito de suas regras, entre as quais a do *pacta sunt servanda*.

Portanto, no âmbito empresarial têm as partes total liberdade para negociar as cláusulas do contrato que irão expressar as suas necessidades e interesses, articulados, é certo, com as normas jurídicas, inclusive com a boa-fé e a função social. Aliás, no que se refere à boa-fé, o revogado art. 131 do Código Comercial brasileiro (Lei n.º 556, de 25.06.1850) já pautava a boa-fé como critério para interpretação e integração do contrato mercantil. Assim dispõe o item 1 do citado artigo de lei:

Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

Estando as partes vinculadas ao contrato, o seu cumprimento na forma pactuada traz a segurança jurídica necessária ao incremento de relações econômicas, outro aspecto que dialoga com a função social que se prospecta aos contratos empresariais a partir de sua função dinâmica de interação com o mercado. Sérgio Henrique Tedeschi conclui no sentido de que

[...] caso haja a flexibilização das cláusulas firmadas em um contrato empresarial, a economia e a sociedade terão uma perda, sendo que o mercado também sofrerá consequências negativas. Ainda, os empresários, via de regra, não podem ser considerados hipossuficientes. Isso porque não se concebe que o empreendedor, no exercício de sua atividade empresarial, não compreenda e não

possua conhecimento sobre uma obrigação assumida contratualmente.⁹⁵

O conteúdo clausulado, logicamente, está submetido a revisões judiciais mas em caráter excepcional, não bastando que se aponte a onerosidade excessiva de uma parte diante da vantagem extraordinária da outra.⁹⁶ A onerosidade deve ser grave a ponto de levar à ruína o contratante de boa-fé. E, evidentemente, não há de resultar de culpa sua, mas de eventos incontroláveis que justifiquem a intervenção estatal.

O conteúdo do contrato, que vai se traduzir em obrigações e deveres de fazer e não fazer, podendo até incluir obrigações de dar, refletirá um feixe complexo de prestações a serem observadas pelas partes visando à realização da finalidade principal que é a transmissão do estabelecimento, estrutural e funcionalmente considerado. Atingida a prestação principal na forma esperada pelos empresários, que buscam o escopo econômico da negociação, adimplido estará o contrato, veículo para a concreção desse escopo.

Portanto, a força vinculante do contrato desempenha papel importante na dinâmica do mercado. Nas respeitáveis palavras de Paula Forgioni:

O funcionamento do mercado exige que os pactos sejam respeitados. Se, em outras áreas do direito, esse pressuposto foi relativizado nas últimas décadas, a tendência do direito comercial vai no sentido de impor ao comerciante o respeito aos acordos aos quais livremente se vinculou.⁹⁷

⁹⁵ Sérgio Henrique Tedeschi, *Contrato de trespasse de estabelecimento empresarial e sua efetividade social*, p. 94.

⁹⁶ Fabio Ulhoa Coelho, *Princípios de direito comercial*, p. 51.

⁹⁷ Paula A. Forgioni, *Teoria geral dos contratos empresariais*, p. 81.

A interpretação dos contratos mercantis passa, ainda, pela consideração dos usos e costumes “como padrão para a definição da existência e alcance de qualquer obrigação entre empresários”.⁹⁸ Aqui entram as particularidades do segmento objeto do trespasse. Se estivermos tratando de trespasse de posto de abastecimento e revenda de combustíveis, por exemplo, o fluxo de veículos no entorno do imóvel é fator preponderante para se estabelecer até uma estimativa da capacidade de vendas com reflexos no preço da negociação.

A consagração dos usos e costumes no ambiente comercial advém do artigo 131 do Código Comercial brasileiro (Lei n.º 556, de 25.06.1850) acima referido que, em seu item 4, assim prescreve:

Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

[...]

4. o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras.

Outro princípio digno de nota aos fins perseguidos por este estudo, é o chamado princípio da proteção do contratante mais fraco, nas palavras do Professor Fabio Ulhoa Coelho trabalhando com a hipótese de relação de dependência econômica de um empresário em relação a outro, situação que se configura quando não dispõem os contratantes das mesmas condições culturais, econômicas,

⁹⁸ Fabio Ulhoa Coelho, *Princípios do direito comercial*, p. 54.

mercadológicas, de acesso à informação etc. No caso, hão de ser tutelados os interesses da parte mais fraca.⁹⁹

Adverte, todavia, que a interpretação do contrato não pode se dar isoladamente sob o viés desse princípio, isto é, o empresário

[...] não pode invocar esse princípio com o objetivo de se preservar das consequências econômicas, financeiras, patrimoniais ou administrativas das decisões que adota na condução da empresa, quando frustrarem suas expectativas ou se mostrarem prejudiciais aos seus interesses.¹⁰⁰

Cabível aqui citar julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em apelação interposta por adquirente de estabelecimento (no caso uma farmácia) que busca a revisão do valor do negócio (pretende a redução do valor pago) , sob o argumento de que lhe fora garantido pelos vendedores faturamento diverso daquele que estava ocorrendo na prática. O posicionamento do Tribunal foi no sentido de que se trata de relação negocial não cabendo aos autores, comerciantes, simplesmente alegar que foram enganados quanto ao movimento de clientes e vendas na região.

DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTAS PROMISSÓRIAS VINCULADAS A CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UMA FARMÁCIA. NÃO COMPROVADO O ALEGADO VÍCIO NO CONTRATO. NÃO INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CODECON.

Descabe a pretensa incidência do Código de Defesa do Consumidor à espécie, pois trata-se de uma relação negocial de compra e venda regida pela norma material civil (artigo 1.122 do Código Civil de 1916). No tocante à simulação acerca do faturamento da farmácia objeto do negócio jurídico, não há nos autos qualquer elemento de

⁹⁹ Fabio Ulhoa Coelho, *Princípios do direito comercial*, p. 52.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 54.

prova de sua existência, permanecendo essa situação no campo das meras alegações.

O ônus da prova incumbia aos autores, ora apelantes, por se tratar de fato constitutivo de seu direito. Os recorrentes se qualificam como comerciantes com atuação de muitos anos no ramo de farmácias, pelo que não cabe a alegação de que tenham sido enganados sobre o negócio. Apelo desprovido.¹⁰¹

Nesse contexto, impossível não concluir com Paula Forgioni para quem “o padrão de normalidade aceitável, para fins de cálculo do comportamento da outra parte, é o comerciante habituado àquele mercado. A racionalidade jurídica, mais uma vez, é aquela calcada pelo mercado”.¹⁰²

No que se refere ao Código Civil brasileiro, não podemos deixar de apontar algumas regras de interpretação aplicáveis aos negócios empresariais tais como: (i) a regra de que o real conteúdo da vontade das partes deve ser conjugado ao sentido literal da linguagem, valendo registro de que a intenção das declarações é analisada também no bojo dos elementos econômicos que levaram as partes àquela manifestação (art. 112); (ii) a regra de que a situação concreta deverá ser analisada à luz da boa-fé, isto é, da lealdade e transparência dos contratantes em prol da finalidade econômica e social do contrato (art.113); (iii) a boa-fé como valor e limitador da livre atuação das partes (art. 422) e como vetor da confiança que deve orientar as relações empresariais; (iv) a função social do contrato como cláusula geral mitigadora do princípio *pacta sunt servanda* diante da preocupação do impacto do contrato sobre o social sem se desprender do contexto econômico da relação jurídica.

¹⁰¹ TJRS, 12.^a Câmara de Direito Privado, Ap. 70013770870, Rel. Des. Naele Ochoa Pizzeta, j. 03.08.2006, v.u. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70013770870&tb=jurisnova&pesq=>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

¹⁰² Paula A. Forgioni, Interpretação dos negócios empresariais. In: Guilherme Teixeira Pereira, *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*, p. 225.

Não se mostra demasiado enfatizar o dever de o alienante do estabelecimento tem de prestar ao adquirente todas as informações necessárias e suficientes para a sua tomada de decisão. É aspecto, evidentemente, a ser levado em consideração em eventual pedido de invalidação do negócio jurídico, dado que a assimetria de informações há de ser vedada em prestígio à boa-fé. Aliás, nesta linha sobrevém a possibilidade de o contrato de trespasse instituir cláusula de não restabelecimento pelo alienante, evitando que ele venha a concorrer com o adquirente do estabelecimento no mesmo ramo de comércio ou indústria.

Enfim, certo é que os negócios firmados entre empresários guardam uma racionalidade econômica alinhada aos usos e costumes do segmento, que deve orientar a interpretação do texto do contrato a ser cumprido pelas partes em nome da responsabilidade contratual. Isso sem nos afastar de princípios que respeitem a prevalência do interesse público. Nessa esteira, consigne o Enunciado 26 da 1.^a Jornada de Direito Comercial ocorrida de 22 a 24.10.2012: “26. O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”.¹⁰³

2.6 Sucessão empresarial

O tema, que já foi objeto de calorosos debates doutrinários, acabou sendo contornado pelas disposições do Código Civil. Até então, sustentava-se que o trespasse não gerava a transmissão dos direitos oriundos das relações jurídicas nas

¹⁰³ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEF-Coedi/jornadas-cej>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

quais estava a sociedade envolvida. O trespasse implicava transmissão dos bens e sua operacionalidade, e não das relações jurídicas anteriores ao negócio, ou seja, o ativo e passivo não estavam compreendidos na avença.

As dívidas e obrigações de natureza trabalhista e tributária já recebiam tratamento legal específico e dispunham quanto à sucessão do adquirente, o que acabava por desestimular as operações de trespasse. Nesta esteira, os arts. 10 e 448 da CLT, bem como o art. 133 do CTN.

Na esfera da sistemática civil, a questão veio disposta no Código de 2002 que estampou regras gerais de sucessão na hipótese de transferência do estabelecimento, pontuando a solidariedade entre alienante e adquirente por débitos anteriores à efetiva transferência (art. 1.146); tratando da sub-rogação automática do adquirente nos contratos envolvidos com a exploração do negócio, desde que não se tratem de contratos de caráter pessoal¹⁰⁴ (art. 1.148); abordando os efeitos da cessão dos créditos decorrentes de contratos que se relacionem, seja direta ou indiretamente, com as atividades exploradas por meio do estabelecimento (art. 1.149) se assim as partes (alienante e adquirente) convencionarem.

Vê-se, assim, que se está falando de transação comercial (e transferência de ativos) sendo que a intenção da lei é outorgar certa segurança jurídica que acoberte a eficácia do negócio, até mesmo porque a responsabilidade pela sucessão é elemento custo da transação e impacta, portanto, na liquidez do negócio.

¹⁰⁴ Contratos personalíssimos são os que decorrem de qualidades próprias do contratante, único a quem incumbe satisfazer a obrigação contratada.

Portanto, mesmo as relações anteriores ao trespasse se transmitem ao adquirente, assim como se dá a sub-rogação nos contratos envolvidos com a exploração da empresa.

Citemos, como exemplo, o trespasse de posto revendedor de combustíveis que, uma vez vinculado a alguma bandeira (exibição de determinada marca identificando a origem do combustível ao consumidor) irá gerar a sub-rogação do adquirente nos contratos de licença de uso da marca e de compra e venda de combustíveis havidos entre a sociedade empresária e a distribuidora de produtos derivados de petróleo.

Tais relações jurídicas vinculadas diretamente à exploração da atividade econômica comportam um valor e, necessariamente, estão articuladas ao trespasse, via sub-rogação da posição contratual, isto é, assunção pelo adquirente das posições negociais ocupadas originalmente pelo alienante do estabelecimento, desde que relacionadas à atividade empresarial e que não tenham caráter pessoal.

Marcelo Andrade Féres adverte a esse respeito que:

O Código Civil de 2002, ao disciplinar a circulação do estabelecimento, ocupou-se dos efeitos obrigacionais, associa a sorte de contratos, créditos e dívidas do alienante ao destino da universalidade, ou seja, ele reconhece a pertinência econômica das relações obrigacionais ao estabelecimento e, por consequência, transfere-as ao novo titular da azienda. Procede-se, portanto, concomitantemente com o trespasse, à circulação de obrigações entre os sujeitos nele envolvidos.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 56-57.

A continuidade da empresa, após a transmissão do estabelecimento, fica assegurada pela sub-rogação referida no art. 1.148, a que Marcelo Andrade Féres chama de “inerência econômica”, associando a sub-rogação dos contratos também à transmissão das obrigações consubstanciadas nos créditos e débitos contabilizados que se relacionam com o estabelecimento, concluindo que o reconhecimento de tal inerência pela legislação civil estampa a ingerência estatal no contrato de trespasse.

Assim expõe o jurista:

Trata-se de verdadeiro dirigismo contratual. O Estado, ponderando os valores da preservação da empresa e da tutela dos credores, firma balizas ao negócio incidente sobre o estabelecimento empresarial. Não há críticas ao fenômeno em si. Apenas se observa que o Estado houve por bem disciplinar os efeitos obrigacionais do trespasse, fonte de tantas divergências no passado.¹⁰⁶

Portanto, em termos de sucessão, o Código Civil aponta os efeitos obrigacionais decorrentes do trespasse, com o intuito de não só assegurar a continuidade da empresa (no que se refere à sub-rogação dos contratos relacionados à exploração da atividade) como também de garantir os interesses dos credores da sociedade.

O contrato de trespasse deverá, assim, abordar a questão (os efeitos obrigacionais do negócio) observando, no mínimo, aquilo que a lei determina (arts. 1.146, 1.148 e 1.149 do Código Civil).

¹⁰⁶ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 60.

Questão interessante se coloca quando o contrato a ser transmitido por força do trespasse, inclusive porque vinculado à exploração da empresa (hipótese que conduziria à automática sub-rogação prevista no art. 1.148 do Código Civil, desde que não excluído pelas partes expressamente) contém cláusula vedando a sua cessão.

A pergunta que se faz é: por se tratar de contrato que guarda relação com a funcionalidade do estabelecimento, a cláusula nele contida vedando a cessão da posição contratual sucumbiria à sub-rogação decorrente do trespasse?

Marcelo Andrade Féres responde que não, em prestígio, inclusive, ao princípio da boa-fé. Defende que a cláusula impeditiva da cessão é eficaz e deve prevalecer.¹⁰⁷

Em nossa opinião, a situação demandaria análise quanto a integral funcionalidade do estabelecimento caso aquele contrato não viesse a ser transmitido por força do trespasse, pois a funcionalidade do complexo organizado pelo empresário para exploração da empresa e a manutenção da sua capacidade produtiva são atributos da universalidade. Pressupõe o trespasse a continuidade da exploração da mesma atividade, tanto que há quem afirme que os contratos essenciais para a exploração da empresa são elementos integrantes do estabelecimento.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Marcelo Andrade Féres, *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*, p. 80.

¹⁰⁸ Sérgio Henrique Tedeschi, *Contrato de trespasse de estabelecimento empresarial e sua efetividade social*, p. 49.

2.7 Cláusulas contratuais essenciais

O conteúdo do contrato é aspecto afeto à livre manifestação das partes, soberanas na decisão quanto aos termos que deverão pautar o trespasse. Certamente há limitações com intuito de tutelar interesse de credores e até mesmo da parte contratante que esteja em situação de dependência econômica em relação à outra, visando tornar equânimes as obrigações estabelecidas contratualmente.

Não é preciso dizer que é da essência do contrato que gere eficácia, isto é, que as obrigações clausuladas produzam os efeitos desejados pelas partes. Daí a importância de que as estipulações que caracterizam o tipo do negócio jurídico entabulado entre as partes sejam claras, determinadas ou determináveis, e que sejam observados requisitos legais à plena concretização do trespasse.

Em termos de regramento legal, o Código Civil dispõe expressamente que o contrato, para que gere validade perante terceiros, seja averbado à margem da inscrição do empresário ou da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis, com posterior publicação na imprensa oficial. A partir daí se dará publicidade ao texto do contrato para fins de fixação de termo de responsabilidade do alienante e para que terceiros diante de justificativa suficiente, possam romper eventual contrato não pessoal com o adquirente. Os credores também devem ser notificados da operação do trespasse, a menos que tenham seus créditos antecipadamente pagos. Deve ser dada oportunidade aos credores para se manifestar acerca da operação, seja expressa ou tacitamente. Daí a importância de o contrato trazer cláusula expressa dispondo sobre a emissão de Notificações, pelo empresário alienante do estabelecimento, aos seus credores

apontando-se a relação dos credores e as datas de emissão e recebimento das notificações.

Quanto à estipulação contratual, podem as partes dispor sobre a irretratabilidade do negócio, assim como a reserva de domínio que implica

[...] transferência do complexo de bens sob condição suspensiva incidente sobre a execução do contrato, reservando-se o alienante a propriedade, até o pagamento do preço. [...] Na pendência do ajuste, responde o adquirente pelos riscos da coisa que lhe foi entregue.¹⁰⁹

Assim, reserva-se ao alienante a titularidade sobre o estabelecimento até que o preço seja integralmente pago. Caso não haja descumprimento, caberá ao alienante constituir o devedor em mora para valer-se da cobrança na esfera judicial ou mesmo recuperar a posse do estabelecimento. Vejamos julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo envolvendo referida cláusula:

AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE VENDA DE ESTABELECIMENTO COM PACTO DE RESERVA DE DOMÍNIO. Provada a mora do comprador, de se deferir liminarmente a reintegração de posse ao vendedor, na forma do art. 1.071 do CPC. Prova da mora que se pode dar por outros meios que não o protesto cambial. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça. Protesto, todavia, que no caso concreto, embora lavrado após a propositura da ação, o foi com antecedência à decisão que negou a reintegração em primeiro grau. Configuração ao menos, ao se interpretar literalmente o art. 1.071, de fato superveniente relevante a ser levado em conta, do qual decorre o direito à reintegração (CPC, art. 462). Agravo de instrumento do vendedor a que se dá provimento, deferida a reintegração, reformada a decisão de primeira instância.¹¹⁰

¹⁰⁹ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 236-237.

¹¹⁰ TJSP, 10.^a Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 0193261-13.2012.8.26.0000, Rel. Cesar Ciampolini, j. 06.07.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordão=6857918>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

Também é comum a inserção de cláusula dispondo sobre a dedução de débitos que onerem o bem alienado do preço a ser pago pelo adquirente. No caso, a importância fica para a clareza da redação da cláusula e do dever de o alienante informar todas as dívidas e litígios incidentes sobre o objeto contratado.

Aliás, outra cláusula extremamente recomendável relacionada a pagamento diz respeito à assunção de débitos, especificando as obrigações pendentes de cumprimento e pagamento pelo alienante. Podem as partes clausular que os débitos existentes até o momento da transmissão do estabelecimento ficam sob a responsabilidade integral do trespassante.

Além de consolidar a transparência que se exige das partes na celebração dos negócios, evitam-se discussões futuras acerca da responsabilidade de cada um, mesmo a lei prevendo expressamente que o adquirente responde pelos débitos anteriores à operação que estejam devidamente contabilizados, significando que, caso não estejam contabilizados a responsabilidade cabe integralmente ao alienante. A clareza de uma cláusula contratual evita discussão em torno do ônus da prova. Ademais, é fator de eficácia do negócio a comunicação e/ou comprovação de pagamento dos credores do alienante caso não restem bens suficientes para solver o passivo que este alienante acumulou.

Não se mostra demasiado ilustrar com julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

ALIENAÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO. Dívidas anteriores à alienação. Responsabilidade do adquirente. Demonstração de que o débito não estava contabilizado quando da compra. Ônus que se imputa ao adquirente. Inteligência do artigo 1.146 do Código Civil. O adquirente do fundo de comércio responde pelas dívidas contraídas

pelo estabelecimento anteriormente à alienação, sendo ônus do adquirente demonstrar que o débito não estava contabilizado para fins de excluir sua responsabilidade, consoante artigo 1.146 do Código Civil. Recurso não provido.¹¹¹

Não podemos deixar de apontar, precipuamente, a importância de bem delimitar o objeto do contrato. Nesse particular, vale citar a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. Direito privado não especificado. Alienação de estabelecimento comercial. Bens materiais e imateriais. Descumprimento do contrato. O adquirente tinha pleno conhecimento do objeto do contrato, inexistindo qualquer vício de consentimento, porquanto tinha a exata percepção da realidade dos bens (corpóreos e incorpóreos) que integravam o contrato de compra e venda de comércio, configurando inequívoco trespasse.

Assim, considerando-se que o demandado tinha consciência inequívoca acerca do objeto do negócio jurídico, tanto antes quanto na celebração do ajuste com o demandado, a contratação apresentou-se perfeitamente válida, inexistindo motivo que pudesse justificar seu inadimplemento.

Apelo desprovido.¹¹²

A fim de evitar resistências posteriores e discussões na esfera judicial ou arbitral com pleitos até mesmo de indenização por ruptura do vínculo, não se mostra demasiado relacionar os bens da universalidade negociados via trespasse, indispensáveis, portanto, à continuidade da atividade empresarial. Vejamos situação análoga decidida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

RESCISÃO DE CONTRATO DE TRESPASSE. Impossibilidade de a autora usar o nome comercial do fundo de comércio alienado por recusa das vendedoras. O nome empresarial integra o conjunto de bens objeto da operação de trespasse. Às alienantes cabia estabelecer expressamente de quais bens materiais ou imateriais

¹¹¹ TJSP, 17.^a Câmara de Direito Privado, Apelação 921733-13.2009.8.26.0000, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. 04.07.2012. Disponível em: <<http://www.esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcórdão=6679612>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

¹¹² TJRS, 9.^a Câmara Cível, Apelação 70042155978, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. 10.08.2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

não desejavam ver negociados. Culpa contratual das alienantes reconhecida. Retorno da parte ao *status quo ante*. Rescisão da relação contratual. Devida a indenização por danos materiais. Incabível a condenação por danos morais pelo simples descumprimento de obrigações contratuais, pois o mero aborrecimento não caracteriza dano mora passível de indenização. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.¹¹³

Tecnicamente, mostra-se recomendável a inserção de um Anexo ao contrato relacionando os bens incluídos no objeto negociado “para garantir que não haja, posteriormente, surpresas indesejadas como, por exemplo, a discussão acerca da abrangência ou não de determinado bem”.¹¹⁴

Aliás, quando se fala em relação aos bens que compõem o estabelecimento, a depender do segmento de atividade possível que haja aspectos ambientais de relevo a serem abordados em cláusula contratual específica. Isso para que se abra espaço para o ressarcimento pelo adquirente perante o alienante, uma vez que a responsabilidade por danos ao meio ambiental é objetiva e certamente afetará o agente econômico que esteja na exploração da atividade poluidora ou potencialmente poluidora. Cauteloso, portanto, o trespessário que inserir dispositivo no sentido de que:

Previamente (ou durante eventual *due diligence*) à alienação do estabelecimento, o trespessante elaborará análise e estudos adequados a assegurar a conformidade, estanqueidade, inexistência de danos e passivos ambientais, na conformidade legal e normativa ambiental, cujos resultados serão avaliados e comunicados ao órgão ambiental competente, respondendo o trespessante por todos os danos pessoais ou materiais causados a terceiros, inclusive ao meio ambiente, decorrentes de vazamentos, infiltrações e sinistros de qualquer natureza, ficando certo e ajustado, desde logo, que

¹¹³ TJSP, 5.^a Câmara de Direito Privado, Apelação 9181464-86.2009.8.26.0000, Rel. Des. Fabio Podestá, j. 23.04.2013. Disponível em: <<http://www.esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?/cdAcordao=6679712>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

¹¹⁴ Leonardo Honorato Costa, Nova concepção do contrato de trespasse, RT 929/145.

qualquer indenização que o trespessário seja obrigado a responder deverá ser paga pelo trespessante que responde por quaisquer autuações que por este motivo sejam relacionados às condições do estabelecimento.

Outra cláusula digna de destaque é o eventual possível restabelecimento se assim restar deliberado pelas partes, pois o Código Civil é claro ao dispor que “não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência” (art. 1.147).

Caso silente o contrato, portanto, fica o alienante impedido de se restabelecer no mesmo ramo de atividade por certo tempo em determinada área, sob pena de responder pelos prejuízos que causar ao adquirente. Tal questão é indiscutível:

DIREITO COMERCIAL. TRESPASSE. CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. FECHAMENTO DO ESTABELECIMENTO. Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, já havia o entendimento de que, sendo omissa o contrato de trespasse, deve ser entendida implícita a cláusula de não restabelecimento. Comprovado o restabelecimento do alienante, impõe-se o fechamento do novo estabelecimento e indenização pelo prejuízo causado.¹¹⁵

A racionalidade da cláusula de não restabelecimento nos é esclarecida por Eros Grau e Paula Forgioni:

[...] restringir a concorrência entre o vendedor e o comprador, de forma que este possa explorar o comércio ou a indústria adquiridos, reduzindo o risco da não obtenção de retorno satisfatório do seu investimento. Ou seja: transferir efetivamente a capacidade de gerar

¹¹⁵ TJMG, 11.^a Câmara Cível, Ap. 1.0713.04.039318-1/001, Rel. Des. Mauricio Barros, j. 17.11.2005. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

lucros do estabelecimento comercial (ou da empresa) para o novo proprietário.¹¹⁶

Oscar Barreto Filho complementa com a constatação de que não se poderia permitir ao alienante dar continuidade àquela atividade empresarial, pois caso contrário, “o público não veria no adquirente do estabelecimento o sucessor e continuador daquele, mas ao revés, seria levado, pelo hábito e pela rotina, a permanecer fiel ao antigo titular”.¹¹⁷

Há, portanto, a possibilidade de as partes restringirem, por disposição contratual, o restabelecimento do alienante, com intuito de assegurar o nível de concorrência naquele determinado segmento. Embora a clientela não configure elemento do estabelecimento, a restrição contida no art. 1.147 do Código Civil acaba tutelando o direito do trespessário à clientela.

E, ao pactuar expressamente a restrição, podem as partes estabelecer, além do limite temporal máximo de cinco anos, limite territorial (limitação de área geográfica) e também de objeto (exercício de atividade análoga).

Não é demasiado ilustrar a questão com nova citação jurisprudencial:

AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA. PRELIMINAR. CONSTITUIÇÃO EM MORA. DESNECESSIDADE. CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITO. NÃO OBSERVÂNCIA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. COMPROVAÇÃO. NOME FANTASIA. UTILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONTRATUAL. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REPARTIÇÃO.

¹¹⁶ Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, *O Estado, a empresa e o contrato*, p. 284.

¹¹⁷ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 243.

[...] Constando expressamente no contrato a cláusula de proibição de montagem de novo estabelecimento comercial do mesmo ramo de atividade pelo prazo de um ano, não podia o alienante se abster de cumpri-la. Ora, sendo bilateral o contrato firmado entre as partes, suas cláusulas são eficazes entre os contratantes, incumbindo a ambos agir com lisura, o que não fora feito pelo alienante, ora segundo apelante, o qual tentou burlar a cláusula de não restabelecimento prevista no contrato, alterando maliciosamente o contrato social da empresa já existente e, posteriormente, mudando o estabelecimento comercial para a mesma avenida na qual está o estabelecimento adquirido pelo ao primeiro apelante. Restando comprovado o descumprimento da cláusula contratual de não restabelecimento, torna-se imperiosa a aplicação da sanção prevista na cláusula VI do contrato, a qual estabelece uma multa de 20% sobre o valor da transação para a parte que infringir qualquer das cláusulas firmadas.¹¹⁸

CONTRATO. Trespasse. Alienação de estabelecimento empresarial. Descumprimento da cláusula de não concorrência por parte dos alienantes. Prova documental e testemunhal que comprovou a continuidade da exploração da mesma atividade empresarial. Violação ao princípio da boa-fé objetiva, cláusula geral que deve nortear os contratos celebrados. Artigo 422 do Código Civil. Sucumbência. Tendo os autores decaído de parte mínima do pedido, os requeridos devem responder integralmente pelo pagamento das custas processuais e honorários de advogado. Aplicação do parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil. Ação procedente em parte. Apelação desprovida.¹¹⁹

A proibição inserta na cláusula de não restabelecimento, na doutrina de Oscar Barreto Filho, “deve ser restrita ao gênero de negócio e às circunstâncias de duração e território que tornem provável o desvio de clientela do estabelecimento que foi objeto de trespasse”.¹²⁰ E ainda, com propriedade, adverte:

Constitui ainda violação da proibição o exercício direto da atividade interdita, seja através de interposta pessoa, seja como empregado de outro comerciante.

¹¹⁸ TJMG, 16.^a Câmara Cível, Ap. 1.0024.09.572414-2/002, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 02.03.2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg/jurisprudencia/pesquisa>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

¹¹⁹ TJSP, 2.^a Câmara Reservada de Direito Empresarial, Ap. 0011394-47.2009.8.26.0597, Des. José Reynaldo, j. 25.02.2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6532869>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

¹²⁰ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 253.

Por outro lado, para caracterizar a violação da cláusula proibitiva, não se exige a coincidência total do ramo de atividade; basta ocorrer a identidade parcial para existir a possibilidade de desvio de clientela.¹²¹

Aspecto importante na redação da cláusula de não restabelecimento (sob o ponto de vista do trespassário) diz respeito à clareza da extensão territorial e material a ser considerada, evitando-se futuras discussões quanto à efetiva intenção das partes. Paula Forgioni adverte a respeito da interpretação restritiva adotada pela jurisprudência brasileira que tende a considerar os interesses daquele que teve a atividade comercial cerceada.¹²²

Também digno de se apontar cláusula de sigilo e confidencialidade, especialmente por força do arcabouço de informações que devem cercar a operação de trespasse com transparência e necessário acesso a livros contábeis, documentos fiscais, certificados de patentes, segredos industriais, além de cadastro e banco de dados de clientes e fornecedores. Sugere-se, nessa linha, algum dispositivo que contenha os seguintes termos:

As PARTES concordam em restringir o conhecimento das informações ao menor número possível de representantes e, em todo caso, restringir o acesso a tal conhecimento àqueles que estiverem diretamente ligados à negociação e sua eventual implementação. As PARTES concordam que as informações são e deverão permanecer como propriedade exclusiva da sua detentora até a efetiva conclusão da operação e extinção do presente contrato. Qualquer divulgação a terceiros, sob qualquer forma e meio, somente poderá ser efetuada mediante prévia e expressa autorização.

¹²¹ Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 255.

¹²² Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, *O Estado, a empresa e o contrato*, p. 295.

A cláusula compromissória pactuando as partes que eventual controvérsia seja submetida à arbitragem, é outro aspecto que tem se tornado cada vez mais comum em contratos empresariais.

Não menos importantes as cláusulas de alocação de risco de alterações depreciativas sobre o objeto contratado, comuns de negociações envolvendo aquisição de empresas, que merecem ser apontadas no âmbito deste trabalho: são as cláusulas conhecidas pelas siglas MAE (Material Adverse Event) e MAC (Material Adverse Change).

Tais cláusulas são apontadas como de salvaguarda ou, tratando-se de contratos preliminares, como de arrependimento, podem assumir caráter suspensivo dos efeitos da negociação ou resolutivo, a depender do que as partes estipularem.¹²³

Advinda do direito anglo-saxão, a cláusula MAC (em tradução livre seria cláusula de efeito adverso relevante) é utilizada em operações de fusão e aquisição como forma de proteger o comprador contra a ocorrência (ou diante da ocorrência) de certo evento que implicaria a revisão da negociação. O evento seria relevante a ponto de atingir o preço da negociação, por exemplo. Qualquer mudança substancial aferida na fase da *due diligence*¹²⁴ por exemplo, poderia levar à revisão ou até a não conclusão do negócio se assim as partes estipularem, dado que a racionalidade está voltada à manutenção do equilíbrio existente na gênese do contrato.

¹²³ Paulo Câmara e Miguel Brito Bastos, *O direito de aquisição de empresas: uma introdução*, p. 45.

¹²⁴ A *due diligence* atua como uma “radiografia” da sociedade. Trata-se de detalhada colheita de informações e documentos, de caráter jurídico e contábil, que amparem uma transação, uma vez que tendem a apontar riscos e passivos oriundos de contratos com terceiros, ações judiciais, processos administrativos, pontos críticos e estratégicos que possam afetar a operação.

A inserção de cláusula que condicione a transmissão do estabelecimento depois (e a depender, talvez) do resultado de uma *due diligence* sobre a situação do estabelecimento (cláusula MAE) pode evitar disputas posteriores desgastantes, recomendando-se sempre que se definam, nas cláusulas, quais os eventos adversos capazes de comprometer a negociação. A prevenção contra riscos futuros (o evento consubstancia a ideia de risco) intrínsecos à contratação encontra apoio no princípio da autonomia da vontade e poder de barganha, próprios dos contratos empresariais.

Uma situação que ocorre na prática e que pode gerar a inserção de cláusula específica é aquela em que o trespasante assegura ao trespasário a veracidade das informações por ele prestadas, dando-as por firmes e valiosas para fins de se concluir a negociação quando a *due diligence* ainda não tenha se esgotado. A declaração do trespasante atua, no caso, como garantia, com o objetivo de dar agilidade ao fechamento das negociações e assinatura do contrato. Como mero exemplo, apresentamos a seguinte redação:

Declaram os vendedores a conformidade das aprovações, licenças e alvarás necessários à exploração da atividade econômica, assim como declaram ter pesquisado amplamente eventuais rezoneamentos de área ou processos de desapropriação deflagrados pelo Executivo Municipal ou Estadual, nada existindo que possa comprometer o trespasse.

Apesar de tratar-se de operação paritária, acentuada pelos riscos do negócio próprios do contexto empresarial (significando que o risco assumido pelo trespasário em aceitar tal declaração é levado em conta) eventual inexatidão das informações poderá gerar calorosa discussão e demanda judicial manejada pelo trespasário que se sentir lesado pela inverdade. A questão se desdobrará,

certamente, para a interpretação de referida cláusula e a boa-fé será avocada para exercer as suas funções, tanto interpretativa como criadora de deveres laterais.

E dentre tais deveres está o de informação, como desdobramento da cooperação e como materialização da boa-fé. Sob tal vertente, impõe-se ao trespassante o dever de prestar todas as informações necessárias à tomada de decisões, principalmente quando somente o trespassante é o especialista naquele segmento. Naturalmente a questão comporta análise casuística, no contexto negocial específico, mas não se mostra inoportuno revelar a prudência em evitar referida cláusula, sempre que as circunstâncias assim permitirem, a fim de não se submeterem as partes a discussões que comprometam a confiança e coloquem em xeque a eficácia pós-contratual.

3

DEVERES LATERAIS DE CONDUTA DECORRENTES DO CONTRATO DE TRESPASSE

3.1 Considerações

Cientes de que o escopo das obrigações contratuais é o alcance dos objetivos das vontades das partes traduzidos no contrato de onde derivam os deveres a serem observados, e que nem sempre tal perspectiva se concretiza na forma intencionada, oportuno falar na possibilidade de inadimplemento (seja absoluto ou relativo¹²⁵) ou mesmo revisão do quanto originalmente pactuado (embora não seja objeto deste estudo a possível revisão), considerando, precipuamente, a complexidade da relação jurídica que projeta, inclusive, uma conduta exigível das partes e que vem agregada à noção de confiança.

Em relações obrigacionais, presentes estão os deveres primários e secundários da prestação¹²⁶ a que cada parte se obrigou. Os deveres primários consistem “na efetiva prestação desejada pelo credor (um bem da vida ou mesmo um serviço) que assume posição dominante”.¹²⁷ Os deveres secundários, diretamente ligados à realização de prestação determinada, têm a finalidade de complementar os deveres principais.

¹²⁵ A distinção se deve à possibilidade ou não de cumprimento da obrigação a destempo, se ainda proveitosa ao credor.

¹²⁶ Prestação consiste no objeto da obrigação, no seu conteúdo. Consiste em dar, fazer e não fazer.

¹²⁷ Eduardo Luiz Bussatta, *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, p. 12.

No contrato de trespasse enxergam-se claramente o dever principal e o dever acessório a partir da obrigação de o trespessante transmitir todo o complexo de bens que compõem o objeto do contrato (obrigação principal) mantendo a sua funcionalidade e com todas as informações necessárias à segurança do negócio (obrigação acessória).

A doutrina de Jorge Cesa Ferreira da Silva aponta, além dos deveres principal e acessório, os deveres laterais de conduta como integrantes do conjunto de deveres compreendidos na relação obrigacional. Ele os define como “todos aqueles deveres decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, diretamente, a realização ou a substituição da prestação”¹²⁸ deixando claro que os deveres laterais não estão prefixados em determinados tipos contratuais.

Os deveres laterais, também tratados pela doutrina como deveres instrumentais ou mesmo deveres anexos, consistem em categoria de posturas das partes da relação obrigacional que, embora não interessem diretamente à prestação principal, são essenciais para que a relação jurídica atinja a vocação de sua constituição.¹²⁹

Importante deixar claro, para os fins aqui pretendidos, que os deveres laterais podem ser exigidos a partir do mau cumprimento de uma obrigação (até mesmo em razão da inexistência de consenso em torno de todos os casos que estariam subsumidos no conceito de dever lateral) ou do descumprimento de deveres que

¹²⁸ Jorge Cesa Ferreira Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 75.

¹²⁹ Camilo Augusto Amadio Guerreiro, *Estrutura da relação obrigacional e deveres de conduta*. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.), *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*, v. 1, p. 623.

motivam a aplicação da teoria da violação positiva do contrato por ausência de cooperação ao melhor cumprimento do pacto.

Considerando a importância dos deveres laterais no âmbito obrigacional do trespasse, pacto que demanda simetria de informações em grau suficiente para análise e definição do custo da transação, nos debruçar-nos-emos a partir de agora na integração dos deveres laterais de conduta a serem observados por ambas as partes antes, durante a execução do contrato e mesmo após, sempre com foco na racionalidade empresarial que guarda especificidades. Aliás, oportuno reproduzir o Enunciado 29 da 1.^a Jornada de Direito Comercial: “Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil) em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.¹³⁰

3.2 Deveres laterais de conduta

Segundo expõe a doutrina,¹³¹ a relação contratual gera interesses e deveres a serem observados pelas partes. Tais deveres são de prestação e genéricos de conduta que se vinculam a outras fontes normativas, como o princípio da boa-fé. São os chamados deveres laterais de conduta, pois a relação contratual não se resume aos deveres de prestação.

Uma série de notas características distingue entre si essas espécies de deveres. Como se viu, eles decorrem de fontes normativas diversas. Daí sucede que os deveres laterais possam nascer antes dos deveres de prestação (casos de responsabilidade pré-contratual) ou se manifestarem ainda após a solvência destes (casos de responsabilidade pós-contratual), além de se subjetivarem tanto na pessoa do devedor como na do credor. De outra parte, esses deveres não se ligam à espécie de obrigação ou ao tipo do contrato, mas sim ao conjunto de circunstâncias concretas da relação, sendo,

¹³⁰ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

¹³¹ Jorge Cesa Ferreira Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 74.

por isso, mais fortes e intensos em algumas delas, como nas obrigações duradouras, do que em outras.¹³²

Judith Martins-Costa, ao tratar do tema elenca os mais comuns deveres laterais de conduta, pontua:

a) Os deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*; o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou do médico de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da vontade negocial; c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal [...] seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento por parte do devedor; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, *v.g.*, o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidente; g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos e fatos dos quais teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares.¹³³

As relações contratuais são dinâmicas gerando deveres que extrapolam o cumprimento de prestações e que se relacionam à conduta das partes por meio do reconhecimento da boa-fé objetiva. Segundo Clóvis do Couto e Silva,

[...] nos negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*) encontra sua fronteira nos

¹³² Jorge Cesa Ferreira Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 74-75.

¹³³ Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 439.

interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração.¹³⁴

Significa que o dever de consideração instaurado pela boa-fé, visando a cooperação para o atingimento dos legítimos interesses formalizados pelo contrato, consubstancia deveres laterais impostos aos contratantes, e a quebra de tais deveres laterais caracteriza a violação positiva do contrato, concepção de inadimplemento que vem sendo reconhecida pelos Tribunais, conforme se pode ilustrar pela decisão abaixo reproduzida. Embora o contexto da decisão seja no âmbito de relação trabalhista, em muito auxilia o escopo do presente trabalho, dado que os julgadores deixam claro que a conduta da reclamada, ao romper sem prévia comunicação ao empregado já demitido, o plano de saúde que vinha mantendo por seis meses após a ruptura do contrato de trabalho, configurou quebra de uma expectativa legítima que ela mesma criou. Fundamental que seja reproduzido trecho da decisão:

Tendo em vista a dimensão social e econômica alcançada pelas relações obrigacionais, espera-se das partes cooperação e confiança na realização dos negócios jurídicos. Atuam, aí, os princípios da proteção da boa-fé objetiva – criando deveres de cooperação, informação e lealdade – e, fundamentalmente, da confiança – vinculando as partes a não frustrar imotivadamente as expectativas legítimas criadas por sua conduta. Explica Jorge Cesa Ferreira da Silva, em seu *A boa-fé e a violação positiva do contrato* (Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 112), que:

“Considerados individualmente, pode-se dizer que os deveres de lealdade constroem as partes a não praticar atos (comissivos ou omissivos), anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, que venham frustrar as legítimas expectativas encerradas no ajuste, ou dele legitimamente deduzidas”.

¹³⁴ Clovis V. do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, p. 34.

Há, assim, instrumentalmente voltados para a proteção da legítima confiança, o nascimento de deveres de proteção, que devem ser observados pelos contratantes, sob pena de inadimplemento obrigacional na modalidade conhecida como **violação positiva do contrato**. Os deveres de proteção mais se impõem quanto maior é a assimetria entre os contratantes, encontrando expressão manifesta no Direito do Trabalho. Com efeito, se, por um lado, a confiança é um dos fundamentos dos negócios jurídicos, por outro, a constituição de uma relação de confiança se realça quando vinculada a uma situação de fato que, no caso, vinha sendo mantida entre as partes desde 1983 (quase trinta anos, portanto). Na espécie, a legítima expectativa da reclamante derivou da manutenção espontânea do seu plano de saúde por parte da reclamada, mesmo após a rescisão do contrato de trabalho. Por esse ato, dotado de inegável eficácia negocial, a reclamada vinculou-se à manutenção do plano de saúde da reclamante, fazendo com que ela criasse uma sensação de segurança de que poderia contar com aquele benefício para fazer frente ao tratamento da doença que a acometeu durante determinado período (câncer).

Não fosse a confiança que a reclamada demonstrou abertamente ao manter o plano de saúde depois da despedida da trabalhadora, nenhum compromisso a ela poderia ser imputado. A manifestação de vontade unilateral – no caso, a conduta positiva da reclamada em manter o plano de saúde da reclamante –, criando uma expectativa legítima na parte contrária, vincula juridicamente o sujeito que as produziu. O rompimento da conduta declarada, que pautou o comportamento alheio, se constitui, portanto, em verdadeiro inadimplemento negocial. A propósito, nesse sentido, a lição de Jorge Cesa Ferreira da Silva, em *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52:

“Aplicada sobre a relação obrigacional, portanto, a boa-fé – incluindo-se nela a ideia de confiança – desenvolve uma eficácia que se inicia com os primeiros contatos negociais entre as partes, passa pelo desenvolvimento do vínculo e sua interpretação e atinge os deveres posteriores à prestação”.

Resta claro, portanto, que a reclamada produziu, efetivamente, um ato negocial, cujo conteúdo foi determinante para que se obrigasse à manutenção do plano de saúde da reclamante, a qual, para que pudesse ser cessada, deveria ter sido objeto de prévio ajuste com a beneficiária, ou, ao menos, prévia comunicação, para que ela pudesse, com certa antecedência, buscar outras formas de custeio ao seu tratamento. No caso, porém, embora a reclamada afirme na contestação que o compromisso assumido quanto à manutenção do plano de saúde havia sido por período certo, ou seja, que a reclamante já sabia quando iria findar, nenhuma prova fez nesse sentido, sendo seu o ônus da prova, no particular, presumindo-se, assim, que o cancelamento do plano se deu de forma inesperada, causando surpresa à reclamante. É manifesto, nesse contexto, o descumprimento do dever de proteção por parte da reclamada, em razão do rompimento da conduta a que se vinculara mediante declaração de cunho negocial que criou expectativa no trabalhador, o

que se traduz em verdadeiro inadimplemento obrigacional gerador de danos à reclamante, por violação ao dever de boa-fé que os artigos 113 e 422 do Código Civil atribuem aos partícipes de qualquer relação contratual.¹³⁵

O respeito aos deveres laterais de conduta aliados ao cumprimento das prestações principais e acessórias, não é demasiado dizer, visam atender ao fim do contrato, assegurando a estabilidade das relações jurídicas e atendendo ao princípio da continuidade da empresa segundo o qual há de se prestigiar a organização produtiva.¹³⁶

Anderson Schreiber, ao tratar do tema “adimplemento”, assim se manifesta:

Atualmente, contudo, reconhece-se que a obrigação transcende, em muito, o dever consubstanciado na prestação principal. A própria noção de obrigação, identificada com um vínculo de submissão do devedor ao credor, vem sendo, gradativamente, abandonada em favor do conceito mais equilibrado de relação obrigacional, composta por direitos e deveres recíprocos, dirigidos a um escopo comum. Avultam, nesse sentido, em importância os chamados deveres anexos ou tutelares, que se embutem na regulamentação contratual, na ausência ou mesmo em contrariedade à vontade das partes, impondo comportamentos que vão muito além da literal execução da prestação principal.¹³⁷

E complementa o exame da transformação da noção de adimplemento apontando que:

[...] pode-se constatar a presença de novas figuras e construções que vêm sendo vinculadas, direta ou indiretamente, à boa-fé objetiva,

¹³⁵ TRT, 4.^a Região, Recurso Ordinário 0001965-17.2010.5.04.0231, Rel. Flavia Lorena Pacheco, j. 06.12.2012. Disponível em: <<http://gsa4.trt4.jus.br>>. Acesso em: 15.09.2013.

¹³⁶ José A. Engrácia Antunes, *Direito dos contratos comerciais*, p. 298.

¹³⁷ Anderson Schreiber, A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flavio Tartuce (Coord.), *Direito contratual: temas atuais*, p. 130.

como o inadimplemento antecipado, a violação positiva do contrato, o adimplemento substancial e a responsabilidade pós-contratual.¹³⁸

Tal concepção advém da visão solidarista da relação obrigacional pela qual não mais se enxergam as partes como polos antagônicos de interesses. Estabelece-se na verdade uma relação de cooperação para que os legítimos interesses das partes se concretizem por meio do integral cumprimento do contrato. É defeso a qualquer das partes comprometer, impedir ou dificultar o atingimento pleno dos interesses do outro contratante, dado que a relação contratual não é um fim em si mesma, mas “um instrumento para um fim de convivência, e esse fim é a tutela e a satisfação de um interesse do credor na cooperação do devedor”.¹³⁹

Portanto, exigível das partes conduta que permita a conclusão das prestações contratadas com o alcance da satisfação dos envolvidos no que tange às suas expectativas e interesses que justificaram a negociação naquelas bases originais. Emilio Betti esclarece que o comportamento das partes voltado à satisfação da expectativa alheia, como exigência de reciprocidade, advém da boa-fé que se caracteriza como

[...] critério de conduta que se funda na fidelidade ao vínculo contratual e no “empenho” no adimplemento da legítima expectativa da contraparte: empenho de envidar todos os esforços a serviço do interesse da contraparte, na medida exigida pelo tipo de relação obrigacional de que se trata; empenho de satisfazer integralmente o interesse da parte credora na prestação.¹⁴⁰

¹³⁸ Anderson Schreiber, A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flavio Tartuce (Coord.), *Direito contratual: temas atuais*, p. 131.

¹³⁹ Emilio Betti, *Teoria geral das obrigações*, p. 33.

¹⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 121-122.

Em uma negociação de trespasse, ambas as partes devem cooperar o suficiente para que o objetivo comum contratual seja plenamente atingido, e o objetivo, no caso, é a transmissão do estabelecimento com a regular continuidade da empresa, mantida a estrutura econômica informada pelo trespessante. Cabe ao trespessante o dever de alcançar informações ao trespessário relacionadas a (i) situação financeira e econômica do estabelecimento; (ii) situação creditícia; (iii) passivos financeiros; (iv) rol das relações jurídicas encerradas e em andamento e aqui dá-se destaque a relações locatícias envolvendo o ponto comercial; (v) autuações ambientais e fiscais; (vi) contingenciamento e provisionamento de recursos; enfim todas as informações e relações que afetem o objeto do contrato de trespasse com intuito de assegurar a finalidade precípua do pacto que é a garantia do adimplemento, sem subjetivismos.

Assume o trespessário o dever de sigilo, por exemplo, sobre documentos com os quais tenha tomado contato em razão da negociação, podendo ser citados como exemplos eventuais direitos de propriedade industrial; relação de devedores e credores da sociedade empresária; banco de dados e cadastros do trespessante com quem esteja negociando. Por outro lado, o trespessante tem o dever lateral de não concorrer com o trespessário nos cinco anos após a alienação como forma de evitar abalos na expectativa do adquirente quanto ao retorno do investimento, estando certo que o alienante não irá com ele concorrer por determinado período de tempo.

Questão interessante quando se fala em deveres laterais de conduta nos é trazida por Jorge Cesa Ferreira da Silva ao apontar entendimentos doutrinários que não atribuem natureza obrigacional aos deveres laterais. E isso porque a dogmática

acabou sistematizando a vinculação entre dever contratual com responsabilidade civil contratual e responsabilidade aquiliana àquilo que não está no contrato. No entanto, adverte, o fenômeno obrigacional não se limita à realização de prestações primárias e secundárias passíveis de indenização. Há um conjunto interno de deveres que dialogam com o estabelecimento de contornos dos limites contratuais e, de forma mais abrangente, com os limites obrigacionais.¹⁴¹

Não é demasiado enfatizar que os deveres laterais decorrem do princípio da boa-fé veiculado pelo contrato e por normas

[...] quando este não se destina a impor uma dada prestação, mas a impedir que danos venham a ser provocados à pessoa ou aos bens da outra parte, ou a determinar que o adimplemento se dê da forma qualitativa e objetivamente mais satisfativa aos interesses do credor e de forma menos onerosa ao devedor.¹⁴²

A boa-fé orienta atitudes de lealdade dos negociadores conectadas à confiança, o que impacta no fortalecimento das relações contratuais e funcionamento do mercado. A boa-fé visa proteger relação contratual e não as partes. Daí se destacam deveres que mesmo não expressamente previstos em contrato, sustentam valores de observância obrigatória voltados à proteção, lealdade, prestação de informações, os quais certamente amparam e justificam as declarações de vontade, reflexão não dissociada da habilidade, inclusive, técnica dos agentes que negociam o contrato. Tratando-se de contrato empresarial, impõe-se registrar que os deveres laterais de conduta também se fazem exigíveis diante da proibição de relações jurídicas incompatíveis com os princípios e valores dispostos

¹⁴¹ Jorge Cesa Ferreira Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 87-88.

¹⁴² Idem, *ibidem*, p. 95.

no ordenamento jurídico. Ademais, um dos princípios de direito comercial é a proteção do contratante em condição de dependência empresarial, ou seja, do empresário que necessita contratar.¹⁴³

Portanto, as finalidades perseguidas pelas partes por meio do contrato merecem tutela de forma a não se frustrarem em razão de comportamento culposos de alguma das partes, sob pena de responder o agente culposos pela resolução do vínculo, seja em razão do descumprimento ou do mau cumprimento.

Apesar de ordinariamente se falar que uma das características dos deveres laterais de conduta seja a impossibilidade de conhecimento prévio, visto que o nascimento decorrerá de circunstâncias concretas e fáticas, há possibilidade de conhecimento prévio do dever em razão do conhecimento prévio da situação que configurará o seu descumprimento. Seria justamente a hipótese de fornecimento de informações, de não restabelecimento pelo trespasse e de sigilo técnico e comercial, aspectos sobre os quais passaremos a nos deter a partir de então, embora sucintamente.

3.2.1 Dever de informação

Os deveres de informação (processo de comunicação entre as partes) são imperativos de conduta e decorrem da boa-fé vinculando as partes às suas expectativas. Os agentes econômicos, ao deliberarem por determinada relação jurídica, certamente estão imbuídos em dois pressupostos básicos, conforme aponta Paula Forgioni: “o primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em

¹⁴³ Fabio Ulhoa Coelho, *Princípios do direito comercial*, p. 52.

uma situação mais vantajosa da em que se encontram. [...] o segundo é que a contratação é feita na esperança de que atinja determinados objetivos”.¹⁴⁴

Nesse contexto, é de se exigirem lealdade e honestidade no trato dos negócios entre empresários, mas sem falar em hipossuficiência. Com fundamento na confiança, é de esperar que as partes estejam prestando mutuamente as informações necessárias e reais para a celebração do negócio, isto é, a definição quanto a concluir ou não a operação de *trespasse* extrai-se do conteúdo informacional disponibilizado pelos contratantes. E a partir do conteúdo das informações nascem as expectativas geradas pelo consentimento.

E nesse ponto acentua-se a tensão entre o *status* de empresário, a quem se atribui o dever de diligenciar as informações que sustentem a sua decisão, e a proteção ao empresário que não recebeu adequadamente as informações, sob o argumento de descumprimento de dever de conduta pela outra parte a quem caberia disponibilizá-las.

Ou seja, a assimetria de informações seria aceitável por se tratar de relação contratual empresarial? Sobrevindo resposta positiva, ainda restaria questionar se, mesmo no âmbito de operação de *trespasse*, se justificaria mitigar o dever de informação.

Um forte argumento no sentido de admitir a assimetria de informações encontra amparo nos riscos próprios da atividade empresarial e no dever legal de os administradores e gestores agirem com diligência em nome das sociedades. Isso

¹⁴⁴ Paula A. Forgioni, Interpretação dos negócios empresariais. In: Guilherme Teixeira Pereira, *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*, p. 195.

tudo aliado ao fato de que as partes são hipersuficientes. Paula Forgioni destaca que “o padrão imposto aos homens de negócio supõe que buscarão diligentemente as informações necessárias à tomada da sua decisão”.¹⁴⁵

Portanto, se aquele a quem cabia diligenciar não o fez, teria assumido o risco da informação insuficiente ou defeituosa. No entanto, isso não significa que os padrões da boa-fé ficaram superados, pois o que se espera pela prática de mercado é que as sociedades empresárias não omitam informações relevantes à contraparte.¹⁴⁶ Estando em igualdade de condições técnicas e jurídicas, estrategicamente, em termos de mercado, cabe aos empresários obter as informações relevantes à celebração do pacto negocial.

Por seu turno, João Ricardo Brandão Aguirre sustenta que a relativização do dever de informação poderá se consubstanciar em violação ao princípio da confiança impactando na manutenção da segurança jurídica. Embora efetivamente haja que se mitigar a assimetria informacional não se justificando protecionismo excessivo, a boa-fé deve prevalecer no caso concreto, pois o próprio Estado confere ao contrato o *status* de instrumento de políticas públicas e se opõe a práticas anticoncorrenciais e assimetria de informações.¹⁴⁷

Em nossa opinião, considerando que efetivamente da relação negocial nascem deveres laterais de obrigatória observância, verdadeiras normas de condutas positivas geradas da boa-fé objetiva, mas também considerando que o

¹⁴⁵ Paula A. Forgioni, *Teoria geral dos contratos empresariais*, p. 141.

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 140.

¹⁴⁷ João Ricardo Brandão Aguirre, *Responsabilidade e informação: efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares*, p. 43.

próprio mercado (usos e costumes) traça diretrizes de conduta em nome da estabilidade e segurança jurídica, e especificamente falando do contrato de trespasse, sustentamos que a simetria de informações pode ser fator de relevância a depender do caso concreto.

Nas relações empresariais realmente a assimetria de informações é predominante, abrindo-se exceção (e mesmo assim sem se admitir interpretação isolada) a contratante em situação de dependência, aspecto a ser aferido à luz da submissão de um empresário às instruções e ordens ditadas pelo outro, restringindo-se a dependência “à liberdade de organização da empresa”.¹⁴⁸

Mais uma vez destacamos o recorte em relação a outros contratos empresariais em que a flexibilidade do dever de informação se impõe em face dos riscos do negócio e do dever de diligência dos agentes, inerentes ao contexto empresarial. Este estudo está focado no contrato de trespasse cabendo ao trespessante colaborar e disponibilizar todas as informações possíveis à deliberação do trespessário acerca da operação negocial. Embora haja, certamente, meios de o trespessário diligenciar informações, impõe-se ao trespessante cooperar com uma *due diligence*. Possível a existência de infrações à legislação trabalhista e fiscal, por exemplo, sem que tais aspectos estejam retratados na contabilização ou relatório de contingências do trespessante vindo o trespessário, ao final, ser responsabilizado pelos pagamentos.

A ocultação deliberada de informações capazes de comprometer o exercício da empresa e gerar danos ao trespessário configura quebra de dever lateral de

¹⁴⁸ Fabio Ulhoa Coelho, *Princípios do direito comercial*, p. 53.

conduta, uma vez que tais informações seriam, certamente, decisivas na tomada da decisão pelo trespassário.

Naturalmente não se está a dizer com isso que o trespassante tem que, inclusive, prever e informar quais situações poderão vir a ocorrer no desempenho da atividade pelo trespassário, por exemplo, responder por consequências financeiras e administrativas que frustrem suas expectativas na exploração da empresa. Há informações que cabem a todo e qualquer administrador e gestor diligenciar previamente com o objetivo de bem desempenhar a sua atribuição (dever de diligência) além do inegável risco do negócio. O que se pretende deixar claro é que condutas que configurem fraude (omissão dolosa de informações) não podem ser preservadas sob o manto da autonomia privada e que as especificidades e complexidade da relação jurídica de trespasse demandam a cooperação do trespassante na disponibilização de várias informações decisivas para se aferir a exata dimensão do negócio.

Não raras vezes, as operações são realizadas sem que as partes esgotem detalhado levantamento de informações sobre o objeto do contrato (uma auditoria, uma *due diligence*) premidas pelo tempo ou outras circunstâncias, limitando-se a inserir cláusulas no contrato de trespasse de garantias quanto a veracidade das informações prestadas pelo trespassante e autenticidade dos documentos por ele apresentados. Logicamente que o trespassário, nesse caso, estaria assumindo os riscos do negócio, mas, por outro lado, temos a boa-fé por meio da sua função criadora de deveres anexos, laterais, tutelando a relação jurídica e os legítimos interesses de todos os contratantes. Com isso queremos dizer que, ainda que as partes introduzam no contrato cláusula contendo declarações do vendedor quanto à

autenticidade e veracidade de documentos (não podendo tal cláusula servir de amparo a eventual omissão culposa de informações relevantes), e ainda que caiba ao comprador o dever de diligenciar todas as informações e documentos relacionados ao negócio (assumindo o risco quando não o fez), certo é que a aparente tensão entre os mútuos deveres há de ser solucionada pela aplicação da boa-fé objetiva.

Por fim, não podemos deixar de anotar que o dever de informação comumente se confunde com o dever de cumprimento de prestação por compor cláusula específica do contrato que venha a relacionar, inclusive, de quais informações e esclarecimentos a operação impõe para fins de atingir a sua finalidade. Por não ser possível, todavia, dispor o contrato exhaustivamente sobre todas as situações e informações pertinentes ao objeto do contrato, abre-se o campo para o tratamento ao dever de informações como lateral de preservação dos interesses da contraparte.

Aliás, oportuno pontuar que os contratos não costumam dispor acerca de todas as situações e eventos, presentes e futuros, que acometerão as partes. A incompletude contratual eleva, certamente, o grau de risco, mas isso não implica dizer que poderão as partes se valer de eventual deficiência de informações para amparar pedidos de resolução do contrato. A incompletude contratual, portanto, guarda distinções com a obrigação de informar.

3.2.2 Dever de confidencialidade

Conforme já anotado, os deveres laterais (ou anexos) de conduta são impostos pela boa-fé visando ao cumprimento da finalidade do contrato, à

consecução dos interesses e expectativas esperados pelas partes como resultado da negociação. Dentre os deveres laterais destaca-se o de confidencialidade quanto aos fatos e documentos conhecidos ao longo da relação contratual, consistindo em dever que gera eficácia pós-contratual, inclusive, assim como o dever de não concorrência previsto no art. 1.147 do Código Civil e o dever de informação, quando vistos sob a perspectiva de assegurar o escopo da negociação.

Há de se esperar dos contratantes uma conduta pautada na confiança e lealdade visando à realização do fim do contrato e da proteção dos interesses dos contratantes, vieses que não se esgotam mesmo cumpridas as prestações assumidas pelas partes, conforme enfaticamente aponta José A. Engrácia Antunes que dá como exemplo de eficácia pós-contratual também as cláusulas de confidencialidade as quais estabelecem a proibição genérica de utilização de informações obtidas pelos contratantes em proveito pessoal ou a sua divulgação a terceiros¹⁴⁹. E, nesse aspecto, associamos as palavras do jurista à outra cláusula por ele também apontada e que se liga à confidencialidade: trata-se da cláusula de comunhão de lucros sociais. É possível a inserção pelas partes de cláusula dispondo que o pagamento ao alienante será calculado por referência aos lucros futuros que venham a ser auferidos pela exploração do estabelecimento durante determinado período.¹⁵⁰ Há uma obrigação implícita de sigilo sobre tais informações.

Portanto, ainda que não haja cláusula expressa de confidencialidade e sigilo, o mandamento da boa-fé impõe-na aos contratantes.

¹⁴⁹ José A. Engrácia Antunes, *Direito dos contratos comerciais*, p. 329.

¹⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 329.

3.2.3 Dever de não concorrência

Conforme exposto anteriormente, a vedação ao restabelecimento do trespasante por determinando período de tempo após o trespasse passou a estar disposta em texto legal a partir do Código Civil de 2002. Até então o assunto era tratado pela doutrina e jurisprudência e consagrado pelos usos e costumes.

Trata-se, sem dúvida, de dever lateral de conduta capaz de gerar o inadimplemento do contrato. Modesto Carvalhosa, ao comentar o art. 1.147 do Código Civil¹⁵¹ adverte que:

[...] a proibição legal de concorrência não se aplica somente na hipótese da compra e venda (trespasse) do estabelecimento, mas também na transferência dos direitos de uso ou de gozo deste, perdurando, nesse caso, pelo prazo de duração do contrato. Por outro lado, nada impede que as partes, mediante previsão expressa, permitam o restabelecimento do alienante do estabelecimento.

A racionalidade de tal dispositivo está na diminuição do grau de concorrência e justamente por aquele que tem o *know-how* que é o trespasante. A finalidade seria evitar que as expectativas do trespasário quanto à obtenção do retorno do investimento se frustrem, mantendo-se íntegros os fatores que asseguram o faturamento. Paula Forgioni considera natural que

[...] os empresários que adquirem novos empreendimentos busquem diminuir o grau de concorrência a ser enfrentado – em especial, por um agente econômico que bem conhece o ramo de negócios, estando já inserido em uma profícua e cobiçada teia contratual.¹⁵²

¹⁵¹ Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, v. 13, p. 652.

¹⁵² Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, *O Estado, a empresa e o contrato*, p. 285.

E a jurista ainda esclarece que quando se trata de trespasse envolvendo estabelecimentos industriais, embora também se aplique a vedação ao restabelecimento, a justificativa econômica não encontra seu fundamento no possível desvio de clientela, e sim na dinâmica do mercado. Entretanto, tratando-se de atividades de pequeno comércio, como padarias, floriculturas, bares e farmácias tal enfoque está mais presente. Nas palavras da doutrina:

Nessas hipóteses tradicionais, a pessoa do alienante é um fator primordial para a atração da clientela e, conseqüentemente, de constituição da capacidade de gerar lucros do estabelecimento. O exemplo clássico é o do padeiro que, seguido à alienação de seu negócio, abre outro, a poucos metros de distância. Sem dúvida, a probabilidade de que leve consigo a clientela que com ele mantém um relacionamento pessoal é bastante elevada.¹⁵³

A cláusula de não restabelecimento, portanto, acaba por prestigiar o negócio, protegendo o adquirente da concorrência temporária do alienante do estabelecimento. Essa restrição encontra limites materiais, temporais e geográficos. Vejamos os esclarecimentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁵⁴ que, ao comentarem o art. 1.147 do Código Civil pontuam a cláusula de não restabelecimento como decorrência da boa-fé objetiva, expressão da função social do contrato e da base do negócio jurídico:

[...] O contrato de compra e venda do estabelecimento (trespasse) não se encerra com a entrega do estabelecimento e com o pagamento do preço respectivo, pois desse contrato decorre a pós-eficácia de as partes terem de respeitar as decorrências naturais do trespasse, entre as quais está a de o alienante não fazer concorrência ao adquirente. A norma estabelece, como quarentena, o prazo de 5 (cinco) anos dentro do qual fica impedido de fazer concorrência a adquirente. A regra impõe ao alienante o dever de não fazer concorrência, de sorte que pode ser no mesmo ramo de

¹⁵³ Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, *O Estado, a empresa e o contrato*, p. 286.

¹⁵⁴ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado*, p. 1081-1082.

atividade ou em ramo semelhante, bem como dentro da praça ou até fora dela, dependendo das circunstâncias da situação concreta.

Constando ou não no contrato a vedação ao restabelecimento do trespasante, trata-se de obrigação negativa a ser cumprida, uma vez implícita à vontade das partes. Podem as partes, por outro lado, permitir expressamente o restabelecimento e, conseqüentemente, a concorrência do alienante do estabelecimento que intencione voltar ao mesmo segmento de mercado na mesma área de influência do objeto do trespasse.

A restrição contratual diz respeito à atividade explorada pelo estabelecimento, objeto do trespasse, inclusive similar. Ou seja, o exercício da atividade (fabricação, produção, fornecimento, prestação de serviços) voltado àquele segmento de mercado não poderá, por determinado lapso de tempo, ser explorado pelo trespasante considerando-se determinada base territorial.

Tanto o Judiciário como o Cade entendem válida a cláusula de não concorrência. Em julgamento do Ato de Concentração n.º 08012.005240/2002-43, restou decidida a validade da “cláusula de não concorrência pelo prazo de 5 anos impedindo a vendedora e a interveniente de atuarem por referido prazo no mercado de barrita escura e clara”, com a observação de que a cláusula tem por finalidade viabilizar o negócio, “ou, em outras palavras, objetiva viabilizar a aquisição do fundo de comércio”.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Ato de Concentração 08012.005240/2002-43, de 1.º.08.2002, Requerentes Química Geral Nordeste S.A. e Mamoré Mineração e Metalúrgica Ltda., j. 12.03.2003. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0011230.pdf>. Acesso em: 2 set. 2013.

Em outro julgamento envolvendo a cláusula de não concorrência, também no âmbito do Cade, foi aprovada a operação com a observação de que este reconhece a cláusula quando limitada no tempo e no espaço, como prática comercial normal.¹⁵⁶

Quanto ao posicionamento do Judiciário, exploraremos melhor a questão em item específico, adiante.

3.3 Resolução contratual pelo descumprimento de dever lateral de conduta

O integral cumprimento das prestações ajustadas é a finalidade precípua do contrato. Aliás, o adimplemento do contrato se consubstancia na realização dos interesses das partes, sob a perspectiva patrimonial e pessoal. Todavia, poderá ser extinto por causas anteriores ou concomitantes à sua formação, hipótese que gera nulidade ou sua anulabilidade, ou por causas supervenientes, aspecto que afeta os seus efeitos.

O contrato de trespasse, é certo, poderá ser resolvido: (i) diante da ocorrência de algum evento clausulado, seja o não pagamento ou algum outro evento relevante gerador de alteração nas circunstâncias negociais e que tenha sido estabelecido pelas partes; (ii) por mútuo acordo; (iii) pelo não cumprimento de alguma prestação por qualquer das partes; (iv) pelo não cumprimento de algum dever que decorra de lei.

¹⁵⁶ Ato de Concentração 08012.000975/2008-76, de 18.06.2008, Requerentes Tecnologia Argamassa e Rejuntas Ltda. e Saint Gobain Quartzolit Ltda., j. 18.06.2008. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000374291563.pdf>. Acesso em: 2 set. 2013.

As causas supervenientes de extinção do contrato, portanto, estão relacionadas a acordo entre as partes; pelo não cumprimento voluntário ou involuntário de alguma obrigação por uma das partes; pela vontade de uma das partes de dar o ajuste por resolvido, assumindo as consequências pela ruptura unilateral; pela alegação de uma das partes de onerosidade excessiva do ajuste afetando a comutatividade do contrato.

Embora haja outras causas geradoras da extinção dos contratos, como a morte em obrigações personalíssimas, o aspecto que nos interessa nos limites deste trabalho é justamente investigar a resolução do contrato diante do descumprimento de uma das partes dos deveres laterais que são integrantes da relação obrigacional.

Circunscritos a esse específico contexto, pontuamos que até o advento do Código Civil de 2003, o inadimplemento das obrigações “dividia-se tão somente em inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo ou mora”.¹⁵⁷ O Código Civil trouxe, por meio da boa-fé objetiva, deveres outros além dos deveres de prestação.

Com isso, o conceito de inadimplemento se ampliou, “na medida em que poderá ser ocasionado não só pela quebra dos deveres de prestação, mas também pela violação dos deveres instrumentais impostos pelo princípio da boa-fé objetiva”.¹⁵⁸

Afastando-nos, portanto, das situações que envolvem o inadimplemento absoluto e relativo, consigne-se a hipótese de cumprimento da prestação, mas de

¹⁵⁷ Sérgio Savi, Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: Gustavo Tepedino, (Coord.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, p. 459.

¹⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 460.

forma defeituosa, a que Eduardo Luiz Bussatta¹⁵⁹ chama de cumprimento inexato destacando que, diante do caso concreto, caberá sempre indagar se a conduta praticada pela parte tem ou não correspondência com a atitude devida. Se a resposta for positiva, então a hipótese será de cumprimento inexato. Todavia, se não houver correspondência entre a conduta que lhe seria devida e a conduta realizada, a hipótese será de verdadeiro incumprimento.¹⁶⁰

Jorge Cesa Ferreira da Silva, que se dedicou ao estudo da teoria, doutrina de origem alemã, da violação positiva do contrato, sustenta a aplicação dos chamados deveres laterais no direito brasileiro a partir da perspectiva da boa-fé, cujo descumprimento não poderia se limitar à indenização da parte prejudicada,¹⁶¹ até mesmo porque não representaria a realização dos legítimos interesses do lesado. E acrescenta:

A importância do tema, portanto, encontra-se na demonstração de que os casos de descumprimento de deveres laterais configuram verdadeiros casos de inadimplemento, em essência nada distintos dos descumprimentos dos deveres de prestação, capazes de provocar todos os efeitos comuns ao inadimplemento, como o direito de resolução e a possibilidade de oposição do contrato não cumprido.¹⁶²

Vê-se, pois, que a inserção da violação positiva do contrato como modalidade de inadimplemento há de ser vista sob o enfoque prático e diz respeito

[...] a visualização da incidência do princípio da boa-fé, ao que se agrega a noção de confiança; a visualização da relação obrigacional

¹⁵⁹ Eduardo Luiz Bussatta, *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, p. 29.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 32.

¹⁶¹ Jorge Cesa Ferreira Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 27.

¹⁶² Idem, *ibidem*, p. 273.

como relação jurídica complexa e a visualização dos deveres laterais de comportamento como elemento do vínculo obrigacional, concepções que, vale dizer, se entrelaçam.¹⁶³

Nelson Nery Junior e de Rosa Maria Andrade Nery, ao comentarem o art. 389 do Código Civil, se posicionaram pela violação positiva do contrato como espécie de inadimplemento, expondo que

A violação positiva é descumprimento da obrigação, que não seja caracterizado pela impossibilidade do cumprimento da obrigação (inadimplemento absoluto), nem pelo atraso no cumprimento da obrigação (mora). Em certa medida, o CC 394, ao definir mora como o não cumprimento no tempo (mora *stricto sensu*), lugar e forma convencionados ou previstos pela lei, alargou o conceito para abarcar, também, a violação positiva da obrigação (mora *lato sensu*).¹⁶⁴

O cumprimento defeituoso, por gerar danos de ordem pessoal e/ou patrimonial, há de ser reparado sem prejuízo da resolução do vínculo contratual. Araken de Assis, citando posicionamento de Pontes de Miranda,¹⁶⁵ confirma o cabimento da resolução do contrato, esclarecendo que admissível “o remédio resolutivo tanto que cancelado o interesse do credor em ‘torná-lo bom’ ou a confiança no adimplemento posterior”.

Na fase pré-contratual, a infringência dos deveres laterais pode implicar tanto a responsabilização pelos danos que venha a gerar como pode comprometer a validade da relação jurídica. Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar,

¹⁶³ Jorge Cesa Ferreira Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 29.

¹⁶⁴ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado*, p. 589.

¹⁶⁵ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 25, § 3.091, p. 342, apud Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, p. 129.

[...] durante as tratativas preliminares o princípio da boa-fé é fonte de deveres de esclarecimento, situação que surge seguidamente quando uma das partes dispõe de superioridade de informações ou de conhecimentos técnicos que devem ser repassados amplamente e de forma compreensível à contraparte, para que esta possa decidir com suficiente esclarecimento de causa.¹⁶⁶

A confiança na fase pré-contratual assume especial relevo, pois a partir daí se definem-se as legítimas expectativas decorrentes da relação jurídica. Em nome da segurança, impõe-se prevalecer a credibilidade entre os contratantes até mesmo porque os riscos a serem calculados por cada contratante são sopesados a partir das expectativas que se extraem também dessa relação de confiança. Não é diferente no decorrer da execução do contrato e mesmo depois.

Não por outra razão, aponta a doutrina especializada que a relação contratual

[...] é vista como uma relação jurídica de cooperação entre as partes, de equilíbrio e proporção, permeada pela boa-fé e pela ideia de equidade (executada de boa-fé) traduzindo-se em um processo e polarizada pelo seu fim (cumprimento da prestação principal e consequente liberação das partes).¹⁶⁷

A quebra dos deveres laterais de conduta pode render ensejo à resolução do contrato especialmente quando a gravidade da violação for expressiva. Em voto do Des. Enio Santarelli Zuliani depreende-se o seguinte trecho que reforça o até então exposto:

[...] Verifica-se, portanto, que o apelante, ao omitir importante fator que teria poder de modificar o destino da negociação (o fato de instalar-se próximo, na mesma atividade) caracteriza comportamento de abalo da confiança, o que implica em má-fé. A má-fé, afirmou Menezes Cordeiro, constitui violação positiva do

¹⁶⁶ Ruy Rosado Aguiar Junior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p. 253.

¹⁶⁷ Nelson Nery Junior e Thiago Rodovalho Santos, *Renegociação contratual*, RT 906/126.

contrato, tal como ocorre com a mora e o inadimplemento absoluto e se caracteriza pela inobservância de deveres acessórios (como o de ocultar dados decisivos) conforme exposto na síntese § 22 da sua excelente obra (*Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 1291). O jurista português afirmou, igualmente que “os deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato. Tanto podem ser violados por ação, portanto com indicações inexatas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer” (ob. cit., p. 583).¹⁶⁸

Mais uma doutrina destaca a possibilidade de a violação de dever lateral vir a configurar inadimplemento absoluto caso a conduta tenha expressão capaz de afetar significativamente os interesses do credor ou a manutenção do vínculo obrigacional. Assevera que,

[...] segundo o critério de utilidade da prestação, o qual está insculpido no parágrafo único do art. 395 do CC/2002, para fins de adimplemento, não mais se pode restringir a prestação somente aos deveres principais. Vinculados a esses também se encontram os deveres laterais, que, em sendo descumpridos, de modo a afetar significativamente os interesses do credor na prestação ou na manutenção do vínculo obrigacional, ocasionará o inadimplemento absoluto, e, por consectário, o advento do direito de resolução *lato sensu* ou a justa causa à denúncia do vínculo obrigacional.¹⁶⁹

Portanto, os deveres laterais de conduta possuem caráter contratual e o descumprimento que afete suficientemente a confiança da contraparte e a lealdade que deve prevalecer na relação, comprometendo a finalidade do contrato, configuram hipótese de inadimplemento. A intensidade da quebra da confiança, todavia, há de ser aferida em face das circunstâncias concretas. Não por outra

¹⁶⁸ TJSP, 10.^a Câmara Cível (Extinto 1.^o TAC), Apelação 9163325-38.1999.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 30.04.2004. Disponível em: <<http://www.esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=461351>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

¹⁶⁹ Gustavo Luis da Cruz Haical, Descumprimento de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*, v. 4, p. 590-591.

razão, o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 12 e 13 de setembro de 2002: “Art. 422: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.¹⁷⁰

3.4 Decisões judiciais

O levantamento do posicionamento jurisprudencial sobre o inadimplemento de contratos empresariais, especificamente o trespasse, em razão da violação positiva do contrato, se mostra importante aos fins deste estudo para que possamos verificar como os julgados comumente lidam com a doutrina e como expõe perspectivas econômicas e sociais extraídas dos conflitos de interesses, nos direcionando, portanto, para a construção de argumentos que dialoguem com a prática jurídica.

Com esse escopo, portanto, pesquisamos decisões acerca da matéria nos tribunais dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, opção feita a partir de dados estatísticos apontados na última edição (2012) do relatório elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),¹⁷¹ como os tribunais estaduais que mantêm o maior estoque de novos processos (ações ordinárias) levado ao Judiciário ao longo de 2011.

¹⁷⁰ Disponível em: <<http://cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/Jornadas-cej/enunciados>>. Acesso em: 2 set. 2013.

¹⁷¹ Disponível em: <www.cnj.jus.br>.

Iniciamos, assim, por apontar decisões que enfrentaram argumentos voltados à resolução do contrato de trespasse por descumprimento de dever lateral de conduta, iniciando pelo posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento de apelação interposta por trespessário que buscou a declaração de inadimplemento do trespessante por ter se deparado com a recusa do proprietário do imóvel onde estava instalado o estabelecimento. Observou o Tribunal que o trespasse implica a sub-rogação do adquirente nos contratos concernentes à exploração do estabelecimento. A partir daí, o assunto passou a ser tratado pelo próprio trespessário com o locador. Assim consta na ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. Promessa de compra e venda. Trespasse. Compra e Venda de estabelecimento empresarial. O alienante não se mostra responsável pela não renovação do contrato de locação celebrado entre o locador e o adquirente após a compra e venda do estabelecimento negocial. Apelo não provido. Votação unânime.¹⁷²

Em demanda que envolvia dívidas trabalhistas geradas anteriormente ao trespasse, mas cuja responsabilidade recaiu sobre o trespessário por meio da penhora de bens do estabelecimento, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela compensação de parcela que ainda pendia em favor do trespessante (crédito, por força do contrato de trespasse) para fins de ajustar a responsabilidade que o trespessário assumiu quanto a dívida que o alienante do estabelecimento gerou e que havia omitido do adquirente. O adquirente perseguia a declaração de resolução do contrato, argumentando a omissão pelo alienante das informações relacionadas a dívidas trabalhistas. Eis parte da ementa:

¹⁷² TJRS, 17.^a Câmara de Direito Privado, Apelação 70027782143, Rel. Des. Bernardete Coutinho Friedrich, j. 29.01.2009. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=trespasse>>. Acesso em: 5 set. 2013.

APELAÇÃO CÍVEL. Direito privado não especificado. Ação cautelar de sustação de protesto. Ação ordinária. Reconvensão. Contrato de compra e venda de estabelecimento comercial. Dívida trabalhista anterior. Penhora de bens do estabelecimento. Adquirente onerado. Nota promissória referente a última parcela da aquisição do estabelecimento. Compensação. Possibilidade. Nulidade de cláusula contratual. Abusividade. Boa-fé objetiva.¹⁷³

Na mesma esteira da omissão de informações pelo alienante do estabelecimento, apontamos outra decisão da 9.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

COMPRA E VENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, CESSÃO DE LOCAÇÃO E CLIENTELA. ANULAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

Preceitua o art. 422 do Código Civil que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão como na execução, os princípios da probidade e da boa-fé. No caso dos autos, flagrante a violação ao princípio da boa-fé objetiva. Não agiram os sócios da empresa-demandada, à vista do quadro fático-probatório, com lealdade e boa-fé na execução do negócio, notadamente por omitirem informações essenciais acerca das condições que envolviam o imóvel sede do estabelecimento (penhora dos locatícios e do próprio bem), bem como por travarem concorrência com os autores ao se estabelecerem com negócio idêntico, a duas quadras do antigo centro de cópias. Foram, sem dúvidas, frustradas as expectativas negociais dos apelados, os quais restaram condições de desenvolver o negócio frente a tamanhos entraves. Apelo desprovido.¹⁷⁴

Em situações similares, assim se posicionou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Reconvensão. Alegações do réu de que teria vendido apenas equipamentos e mercadorias, e inadimplemento da compradora. Desacolhimento.

¹⁷³ TJRS, 9.^a Câmara Cível, Apelação 70024661175, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 09.07.2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=trespasse>>. Acesso em: 5 set. 2013.

¹⁷⁴ TJRS, 9.^a Câmara Cível, Apelação, Rel. Des. Marilena Bonzanini Bernardi, j. 10.10.2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=trespasse>>. Acesso em: 5 set. 2013.

Negócio jurídico que envolveu alienação de todo o estabelecimento comercial. Existência, porém de irregularidades. Falta de alvará. Quebra do dever geral de boa-fé objetiva pelo vendedor, o que justifica o inadimplemento da compradora (*exceptio non adimpleti contractus*). Sentença que deve ser reformada para julgar procedente a ação da apelante e improcedente a reconvenção. Rescisão do contrato. Condenação do réu à devolução dos valores pagos, mais perdas e danos (multa imposta pela Prefeitura). Apelação da autora provida.¹⁷⁵

RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Negócio de transferência que se frustra em decorrência de grave omissão do vendedor, já que o empreendimento não tinha alvará de funcionamento. Inadimplemento configurado pela quebra de confiança e da boa-fé objetiva. Sentença que determina o regresso das partes ao *status quo ante*. Apelo para reforma. Como o autor explorou o patrimônio transferido até o encerramento das atividades (que continuaram em outro lado) é justo que se compense o valor da restituição com o do patrimônio ativo. Provimento, em parte, para este fim.¹⁷⁶

TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Frustração em razão de informações incorretas feitas pelo ex-proprietário do estabelecimento. Descumprimento de obrigações ajustadas em contrato. Obrigação de acompanhamento inicial pelo ex-proprietário descumprida. Sentença mantida. Recurso desprovido.¹⁷⁷

NEGÓCIO DE TRANSFERÊNCIA DE PONTO COMERCIAL QUE SE FRUSTRA POR INFORMAÇÕES INCORRETAS E QUE INDUZEM O COMPRADOR A TER NOÇÃO EQUIVOCADA DA REALIDADE. Omissão acerca de pendência na documentação do estabelecimento e da inexistência de quitação do vendedor junto ao antigo proprietário. Inadimplemento configurado pela quebra da confiança e da boa-fé objetiva. Não provimento.¹⁷⁸

Nos julgamentos acima transcritos é possível verificar que a omissão de alguma informação relevante que tenha afetado a regular exploração da empresa

¹⁷⁵ TJSP, 6.^a Câmara de Direito Privado, Apelação 0046174-38.2008.8.26.0309, Rel. Alexandre Lazzarini, j. 30.07.2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6054935>> Acesso em: 5 set. 2013.

¹⁷⁶ TJSP, 1.^a Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação 0000882-13.2010.8.26.0292, Rel. Enio Zuliani, j. 26.06.2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6004668>>. Acesso em: 5 set. 2013.

¹⁷⁷ TJSP, 3.^a Câmara de Direito Privado, Apelação 994.05.043192-2, Rel. Adilson de Andrade, j. 22.02.2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4962081>>. Acesso em: 5 set. 2013.

¹⁷⁸ TJSP, 4.^a Câmara de Direito Privado, Apelação 0287240-34.2009.8.26.0000, Rel. Enio Zuliani, j. 22.07.2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4612296>>. Acesso em: 5 set. 2013.

pelo adquirente do estabelecimento foi suficiente para gerar a declaração de inadimplemento. O Tribunal não cogitou em ponderar o dever do adquirente em promover diligências em prol dos próprios interesses, sob pena de suportar os riscos do negócio. O tratamento jurídico que o Tribunal de Justiça de São Paulo deu aos casos concretos foi declarar resolvidos os contratos.

Em outra situação, no entanto, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo por dosar o comportamento que o próprio mercado impõe aos empresários, decidindo que, “ao assinar o instrumento de compra e venda sem ao menos se certificar de que o contrato anterior havia se aperfeiçoado, assumiu a agravante o risco do negócio”.¹⁷⁹ Tratou-se de recurso interposto em face de decisão monocrática que indeferiu antecipação da tutela em Embargos de Terceiro opostos à ação de reintegração de posse do estabelecimento empresarial. Sustentando seus argumentos na boa-fé objetiva e força vinculante dos contratos, a recorrente defendia a inadmissibilidade da ação possessória, uma vez que havia adquirido o estabelecimento, embora não tivesse levado o contrato para registro na JUCESP. Justamente por não ter tomado cautelas que lhe competiam, como diligenciar informações acerca do alienante do estabelecimento (que não poderia transmitir ativos e direitos que não possuía), a recorrente teve negado o provimento ao seu recurso.

No mesmo sentido de ponderar a álea normal a que se sujeitam os agentes econômicos, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deixou expresso em decisão também proferida em agravo de instrumento que “deve o adquirente tomar todas as

¹⁷⁹ TJSP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento 0220648-96.2011.8.26.0000, Des. Rel. Ricardo Negrão, j. 14.02.2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5685706>>. Acesso em: 9 set. 2013.

cautelas necessárias antes de realizar definitivamente o negócio jurídico, sob pena de correr o risco de responder por eventuais débitos pretéritos”.¹⁸⁰ A questão posta em Juízo também envolvia contrato de trespasse e o trespasário buscava indenização por ter constatado, após a operação, que sobre determinado maquinário do estabelecimento incidia gravame. Mais uma vez, nos deparamos com uma situação de omissão do adquirente na realização de diligências que forneçam informações suficientes para a tomada de decisão.

O mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar recurso interposto em ação de indenização por danos morais e materiais proposta pelo adquirente em face do alienante do estabelecimento, sob alegação de descumprimento de obrigações como a não renovação da locação do imóvel, assim se posicionou (trecho extraído do voto do relator):

Impende frisar que ao adquirir o fundo de comércio titularizado pelo apelado, o apelante tinha ciência dos riscos do negócio que estava assumindo. Assim, eventuais infortúnios ocorridos após o trespasse do estabelecimento não se prestam a configurar abalo psíquico em nível além daquele a que se sujeita qualquer um que busca o desenvolvimento de atividade empresarial. Em outras palavras, o apelante, na condição de empresário, assumiu os riscos do negócio, para bem ou para mal. Ademais, a despeito da má-fé do apelado em omitir informações relevantes acerca da real situação do estabelecimento comercial, incumbia ao apelante certificar-se de que o restaurante estava efetivamente livre e desembaraçado de quaisquer ônus.¹⁸¹

¹⁸⁰ TJRJ, 20.^a Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0004906-14.2012.8.19.0000, Rel. Des. Flavia Romano de Rezende, j. 08.02.2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1>>. Acesso em: 9 set. 2013.

¹⁸¹ TJRJ, 7.^a Câmara Cível, Apelação 782872-2, Rel. Des. Celso Jair Mainardi, j. 12.08.2011. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1>>. Acesso em: 9 set. 2013.

Verifica-se que não são raras as decisões judiciais apontando a forte presença da autonomia privada nos contratos empresariais acentuados pela assunção pelas partes dos riscos do negócio. A 10.^a Câmara Cível do Rio de Janeiro, julgando recurso interposto por adquirente de estabelecimento que, descontente com o êxito do negócio, buscou a resolução do contrato de trespasse, consignou expressamente que o sucesso não era condição de eficácia do negócio, não havendo falar em “subordinação do negócio ao alcance de faturamento mínimo para que o contrato pudesse ser adimplido”.¹⁸²

Aliás, questões levadas ao Judiciário em decorrência de prejuízos atribuíveis à gestão do negócio são encontradas em outros Tribunais como em São Paulo, merecendo a transcrição da seguinte ementa de julgamento proferido pela 2.^a Câmara Reservada de Direito Empresarial:

DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Sentença suficientemente fundamentada e que observou a prova dos autos em suas razões para decidir. Contrato de trespasse. Alegação de nulidade. Não ocorrência. Prejuízo empresarial que não pode ser atribuído aos apelados. Risco do empreendimento. Procedência do pedido reconvenicional. Mantida a condenação para o adimplemento da obrigação. Recurso não provido.¹⁸³

Por oportuno, cite-se outra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo no mesmo sentido:

¹⁸² TJRJ, 10.^a Câmara Cível, Apelação 844710-5, Rel. Des. Denise Antunesi, j. 23.08.2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1>>. Acesso em: 9 set. 2013.

¹⁸³ TJSP, 2.^a Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação 0410754-39.2009.8.26.0577, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 06.05.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6709724>>. Acesso em: 9 set. 2013.

COMPRA E VENDA. Estabelecimento comercial. Pretendida anulação do negócio e indenização por perdas e danos. Alegação pelo comprador de dolo dos vendedores em alienar negócio que não rendia os lucros esperados. Não caracterização. Risco do empreendimento e ausência de mínimas cautelas pelo comprador. Configuração de mero arrependimento. Sentença mantida. Recurso não provido.¹⁸⁴

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou o argumento do risco do negócio ao julgar recurso que perseguia resolução de contrato de compra e venda futura com fundamento em alterações de preço do produto objeto do contrato (soja, no caso). Na ocasião, o entendimento prevalecente foi no sentido de que:

Não houve ofensa à boa-fé. Na celebração do contrato as partes eram capazes e experientes, o objeto lícito e o preço combinado compatível com o mercado à época da contratação. O superveniente aumento do valor da saca de soja, além de envolver risco inerente à natureza do contrato, não pode ser atribuído ao recorrente.¹⁸⁵

Quanto à violação do dever de não concorrer com o adquirente, podemos citar algumas decisões, além daquelas já foram referidas no corpo deste trabalho quando abordamos a cláusula de não concorrência no contrato de trespasse:

CONTRATO. Trespasse. Alienação de estabelecimento empresarial. Descumprimento da cláusula de não concorrência por parte dos alienantes. Prova documental e testemunhal que comprovou a continuidade da exploração da mesma atividade empresarial. Violação ao princípio da boa-fé objetiva, cláusula geral que deve nortear os contratos celebrados. Artigo 422 do Código Civil. Sucumbência. Tendo os autores decaído de parte mínima do pedido, os requeridos devem responder integralmente pelo pagamento das custas processuais e honorários de advogado.

¹⁸⁴ TJSP, 7.^a Câmara de Direito Privado, Apelação 0114695-80.2008.8.26.0003, Rel. Elcio Trujillo, j. 26.10.2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5512567>>. Acesso em: 5 set. 2013.

¹⁸⁵ STJ, 3.^a Turma, Recurso Especial 857885/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 08.06.2010. Disponível em: <www2.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 13 set. 2013.

Aplicação do parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil. Ação procedente em parte. Apelação desprovida.¹⁸⁶

AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA. PRELIMINAR. CONSTITUIÇÃO EM MORA. DESNECESSIDADE. CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITO NÃO OBSERVÂNCIA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. COMPROVAÇÃO. NOME FANTASIA. UTILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONTRATUAL. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REPARTIÇÃO. Considerando que, nos termos do artigo 397, do Código Civil, “o inadimplemento da obrigação positiva e líquida no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor”, tem-se como desnecessária a constituição em mora do segundo apelante. De acordo com o *caput* do artigo 1.147 do Código Civil, “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”. Não tendo as partes integrantes do contrato de compra e venda do estabelecimento comercial, denominado de contrato de trespasse, estabelecido a possibilidade do alienante do estabelecimento comercial continuar a exercer a atividade, por sua conta e risco, deverá ele se abster de exercê-la pelo prazo de 5 (cinco) anos.¹⁸⁷

O Tribunal de Justiça do Paraná, ao tratar da cláusula de não concorrência, resolveu a questão sob a ótica da responsabilidade civil. Aliás, houve discussão até quanto à inconstitucionalidade do art. 1.147 do Código Civil tendo o Tribunal assim se manifestado:

A regulamentação ou planejamento da atividade econômica, como se vê no *caput* do art. 174 da CR, é feita por lei, o que implica a competência do Poder Legislativo, que poderá assim limitar essa atividade onde entender mais conveniente. O art. 1.147 do Código Civil está em consonância com a Constituição da República porque a limitação de exercer a atividade econômica durante 5 (cinco) anos em face de contrato de trespasse não contraria a livre iniciativa. Havia liberdade das partes para estipular de forma diferente (regulação pelo Estado da atividade econômica no setor privado se dá, como sabemos, de forma indicativa). Vejamos a dicção da norma: “Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos

¹⁸⁶ TJSP, 9.^a Câmara de Direito Privado, Apelação 011394-47.2009.8.26.0597, Rel. José Reynaldo, j. 25.02.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6532869>>. Acesso em: 5 set. 2013.

¹⁸⁷ TJMG, 16.^a Câmara Cível, Apelação 1.0024.09.572414-2/002, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 15.02.2012. Disponível em: <<http://www5.jmg.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 9 set. 2013.

cinco anos subsequentes à transferência”. Em razão da liberdade que se dá às partes contratantes de autorizar expressamente a concorrência não há qualquer indicativo de inconstitucionalidade que contamine o art. 1.147 do Código Civil.¹⁸⁸

O ponto de convergência de todas as decisões passa pela boa-fé objetiva como “*standard* ético-jurídico a ser observado pelos contratantes em todas as fases contratuais. Ou seja, durante as diversas etapas do contrato, a conduta das partes deve ser pautada pela probidade, cooperação e lealdade”.¹⁸⁹

O Superior Tribunal de Justiça, ao tornar incontestado tal posicionamento, ponderou que o dever das partes de mitigar prejuízos mútuos é dever anexo de conduta:

[...] a boa-fé objetiva é fonte de obrigação que permeia a conduta das partes a influir na maneira em que exercitam os seus direitos, bem como no modo em que se relacionam entre si. Neste rumo, a relação obrigacional deve ser desenvolvida com o escopo de se preservarem os direitos dos contratantes na consecução dos fins avençados, sem que a atuação das partes infrinja os preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. Com esse entendimento, avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo, ou no direito alienígena, *duty to mitigate the loss*: as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado.¹⁹⁰

Ao julgar recurso especial que apreciou matéria envolvendo execução de honorários advocatícios dispostos em contrato contendo cláusula de sucesso, o

¹⁸⁸ TJPR, 8.^a Câmara Cível, Acórdão 626989-8, Rel. Des. Roberto Portugal Bacellar, j. 29.11.2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11396180/Acórdão-626989-8>>. Acesso em: 13 set. 2013.

¹⁸⁹ STJ, 3.^a Turma, Recurso Especial 758518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 17.06.2010. Disponível em: <www2.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 13 set. 2013.

¹⁹⁰ Idem.

Superior Tribunal de Justiça analisou a questão sob a perspectiva dos deveres laterais de conduta. Assim faz constar o acórdão:

Sob esse contexto, há de se considerar a boa-fé objetiva, verdadeira regra de conduta, estabelecida no art. 433 do CC/02, cuja função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de cooperar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes, serve para integrar o contrato naquilo que for omissis. Esses deveres decorrem de um imperativo de eticidade e auxiliam, de forma prática, no bom andamento da vida contratual, evitando o uso de subterfúgios ou intenções diversas daquelas expressas no instrumento formalizado. Dessa forma, é possível utilizar o primado da boa-fé objetiva, na acepção de limitar a pretensão dos contratantes quando prejudicial a uma das partes, como visivelmente ocorre na hipótese em julgamento. Ora, se o advogado pretende honorários em valores superiores ao proveito econômico imediato auferido pela parte que representou em Juízo, mostra-se patente o rompimento da atuação ponderada e preocupada com a outra parte, marcada pela postura respeitosa e povoada de lealdade que deve nortear os contratantes. Inegavelmente, a pretensão do recorrido encontra limitação no princípio da boa-fé objetiva.¹⁹¹

Nas palavras do relator do Acórdão 728223-5, Des. Luiz Antonio Barry, que compõe a 7.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, ao julgar recurso interposto em ação de anulação de negócio jurídico, a boa-fé é um dos elementos de formação do contrato não se podendo prestigiar conduta que viole a confiança e a boa-fé, “princípios balizadores do negócio jurídico na nova interpretação civilista constitucional”.¹⁹²

E a violação de tais deveres constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa, segundo já definiu o Tribunal de Justiça de São Paulo

¹⁹¹ STJ, 3.^a Turma, Recurso Especial 830.526/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 set. 2013.

¹⁹² TJPR, 7.^a Câmara Cível, Acórdão 728223-5, Des. Luiz Antonio Barry, j. 22.02.2011. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11068377/Acórdão-728223-5>>. Acesso em: 13 set. 2013.

no julgamento de recurso cujo contexto era o da rescisão de contrato de compra e venda de estabelecimento comercial. Vale registrar a ementa:

APELAÇÃO. Rescisão de compra e venda de estabelecimento comercial. Vendedores que ocultaram do adquirente a existência de dívidas e ônus relacionados ao ponto comercial, que comprometiam até mesmo o exercício das atividades empresariais. Violação do dever de boa-fé configurado. Rescisão da avença que se impõe com restituição das partes ao *status quo ante*. Recurso improvido. Em virtude do princípio da boa-fé positivado no art. 422 do Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento independentemente de culpa.¹⁹³

A análise dos julgados, portanto, permitiu-nos verificar que os conflitos de interesses passam, precipuamente, pela: (i) insuficiência ou omissão de informações pelo trespassante necessárias à conclusão do negócio; (ii) não esgotamento, pelo trespassário, de diligências suficientes para suportar sua decisão com segurança; (iii) não observância, pelas partes, de conduta compatível com os usos e costumes exigidos pelo ordenamento em alinhamento com os deveres de cooperação e confiança; (iv) não observância de deveres de proteção à legítima confiança gerada na contraparte; (v) a quebra da base objetiva do negócio que seria a plena realização do fim do contrato, através da satisfação do escopo negocial. Fatores que comprometam a estabilidade da organização do estabelecimento, impedindo o trespassário de fruir do complexo adquirido, constituem violação a dever lateral de conduta.

A argumentação dos julgados analisados construiu-se, principalmente, pelo reconhecimento de que o Estado deve privilegiar a confiança e tutelar a igualdade

¹⁹³ TJSP, 3.^a Câmara de Direito Privado, Apelação 9162442-47.2006.8.26.0000, Rel. Des. Egídio Giacoia, j. 10.05.2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcórdão=5118099>>. Acesso em: 16 set. 2013.

material. Embora o debate não tenha gerado, em algumas decisões, a declaração de resolução do contrato, manteve-se com unanimidade a declaração de que o instituto da boa-fé objetiva há de ser invocado nas relações negociais como pauta de comportamento assecuratório da segurança jurídica, expressão do resultado socioeconômico do contrato de trespasse (muitas vezes tratado meramente como compra e venda), aspectos de suma relevância para sustentação do mercado e da economia.

CONCLUSÃO

Embora o inadimplemento encontre-se nitidamente regulado pelo ordenamento jurídico brasileiro, convencemo-nos, com amparo na doutrina e jurisprudência, que há deveres não relacionados ao cumprimento de prestações capazes de, também, gerar a resolução do vínculo contratual e a oposição da exceção do contrato não cumprido, e não tão somente pedido de indenização.

Restou-nos inquestionável a relevância do cumprimento de deveres chamados laterais (instrumentais ou anexos) de conduta, intrínsecos à relação contratual, ainda que não expressamente clausulados, decorrentes da boa-fé objetiva e da função social do contrato que irradia efeitos para além do pacto negocial reconhecendo interesses de maior grandeza como a estabilidade das relações jurídico-econômicas.

Ainda que estejamos tratando de contratos empresariais, os quais, certamente, guardam especificidades em relação a outros contratos paritários (de natureza civil e não comercial) uma vez presumidas a igualdade técnica das partes e a alocação de riscos, a boa-fé e a confiança mantêm-se na pauta do regime mercantil. Aliás, a boa-fé está sedimentada nas relações comerciais há séculos. O Código Comercial de 1850, parcialmente revogado, já trazia como critério de interpretação e integração dos contratos a boa-fé e os usos e costumes.

A tomada de decisões empresariais, portanto, está impregnada de racionalidade econômica e da força normativa dos usos e costumes, e nesse contexto se insere o objeto deste estudo que é o contrato de trespasse, alienação a

título oneroso do estabelecimento, universalidade de bens, de relações jurídicas e de créditos. Não se confundindo com a aquisição de empresas (que é a compra e venda de participação societária suficiente para a outorga do poder de controle da sociedade), o trespasse tem uma finalidade econômica e social que se consubstancia na transmissão do estabelecimento visando à continuidade da empresa, fonte geradora de riquezas e de empregos, mediante uma contraprestação pecuniária (preço da operação) em prestígio ao princípio da preservação da empresa. O processo negocial, todavia, não se resume à observância do cumprimento das prestações antes referidas (transmissão mediante pagamento).

Ainda que consideremos as particularidades da relação empresarial, em cuja agenda não se inclui a tutela das escolhas e estratégias dos empresários por conta da natural alocação dos riscos, é inegável a interpretação do pacto pelo critério da boa-fé que, por estabelecer um padrão comportamental, impõe o dever mútuo de lealdade, correção e cooperação no trato dos legítimos interesses e expectativas geradas da relação jurídica. O dever de diligência em relação aos próprios interesses não fica afastado, isso é certo. Todavia, se constatada a quebra da legítima confiança e de deveres laterais de conduta, a ser averiguada no caso concreto e segundo os usos e costumes, cabível a resolução do contrato por conta do inadimplemento.

Com foco na sua função socioeconômica, o contrato há de ser executado consoante a boa-fé objetiva, e daí decorrem os deveres laterais de conduta, atuando a boa-fé, no caso, como eixo da teoria da violação positiva do contrato, por nós referida ao longo do presente estudo.

Do contrato de trespasse, especificamente falando, advêm deveres como o de informar e o de ser informado acerca das circunstâncias em torno da negociação (há informações que somente o trespasante detém), não se admitindo sejam as informações falseadas, omitidas ou deficientes para a eficaz declaração de vontade; o dever de não quebrar a confidencialidade sobre documentos e informações estratégicas da sociedade detentora do estabelecimento; o dever de o trespasante não concorrer com o adquirente do estabelecimento no prazo de até cinco anos, explorando a mesma ou similar atividade na mesma praça onde é explorada a empresa. As partes têm asseguradas, a partir dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, a garantia de fruir plenamente o resultado socioeconômico do contrato. Qualquer conduta que viole essa premissa, base do negócio jurídico, será considerada violação a um dever lateral de conduta.

Os deveres laterais de conduta possuem caráter contratual e irradiam limitações e vedações às condutas das partes, sob pena de implicar inadimplemento do contrato com todas as consequências daí advindas (indenizações, multas pela rescisão). A satisfação das legítimas expectativas das partes confere ao mercado a tão desejada segurança do tráfego negocial, daí justificando-se a tutela aos princípios da confiança e boa-fé. Essa é a realidade do direito brasileiro estampada ao longo do trabalho por meio de vários posicionamentos doutrinários e por decisões judiciais reproduzidas em item específico do Capítulo 3.

Enfim, o caminho percorrido a partir da base teórica (o conhecimento acerca do instituto jurídico abordado no Capítulo 1), passando pela dimensão prática (os aspectos contratuais tratados no Capítulo 2), culminando com olhar crítico acerca do tema (a realidade conforme posta nos Tribunais), nos permite concluir que, além do

cumprimento das prestações, o integral adimplemento dos contratos empresariais exige, como comando cogente, a observância aos deveres laterais refletidos em retidão de comportamento que conduza ao resultado socioeconômico do contrato, objetivo daqueles que celebram o contrato de trespasse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho. *Da empresarialidade: as empresas no direito*. Coimbra: Almedina, 1999.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.
- AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e informação: efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares*. São Paulo: RT, 2011.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: RT, 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Paulo; BASTOS, Miguel Brito. Aquisição de empresas: uma introdução. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Aquisição de empresas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 13.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

———. *Princípios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. *Novos ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 1.

COSTA, Leonardo Honorato. Nova concepção do contrato de trespasse. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 929, mar. 2013.

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

DONNINI, Rogério. Contratos empresariais e a cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista da Academia Paulista de Direito*, São Paulo: Editora Fiúza, v. 2, jul.-dez. 2011.

FÉRES, Marcelo Andrade. *O estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

———. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2010.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Estrutura da relação obrigacional e deveres de conduta. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 2011. v. 1.

HAICAL, Gustavo Luis da Cruz, Descumprimento de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 2011. v. 4.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (Coord.). *O direito da empresa e das obrigações*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. São Paulo: Manole, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TEDESCHI, Sérgio Henrique. *Contrato de trespasse de estabelecimento empresarial e sua efetividade social*. Curitiba: Juruá, 2010.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- XAVIER, José Tadeu Neves. O estabelecimento empresarial no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 159-160, jul.-dez. 2011.
- ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos empresariais: categoria interface com contratos de consumo e paritários – revisão judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.