UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

Cinezia Garcia Henriques

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM CONTRATOS DE TRESPASSE: uma abordagem literária.

Juiz de Fora - MG

Junho de 2015

Cinezia Garcia Henriques

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM CONTRATOS DE TRESPASSE: uma abordagem literária.

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de "Bacharel em Direito" e aprovada pela orientadora:

Prof.ª Esp. Lívia Barletta Giacomini

Curso de Direito - UNIPAC

Juiz de Fora - MG

25/08/2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

Vinezia Garcia Henriques

Aluno

Cláusula de não concorrência em contratos de trespasse: uma abordagem literária.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em 25/ 08/ 2015.

“Você escolhe, recolhe, elege, atrai, busca, expulsa, modifica tudo aquilo que te rodeia a existência. Teus pensamentos e vontades são a chave de teus atos e atitudes. São as fontes de atração e repulsão na jornada da tua vivência. Não reclame, nem se faça de vítima. Antes de tudo, analisa e observa. A mudança está em tuas mãos. Reprograma tua meta, busca o bem e você viverá melhor. Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim”.

(Chico Xavier)

Dedico este trabalho aos meus pais, **Célia** e **Antônio**, que sempre foram a base de tudo em minha vida. Obrigada por todo o apoio, amor e carinho! Sem vocês, nada disso seria possível. Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, por estar sempre ao meu lado, guiando meus passos e iluminando meus caminhos.

Aos meus irmãos, **Léo** e **Dica**, pela amizade e companheirismo de sempre. Muito obrigada por serem esses irmãos maravilhosos, pelos conselhos e apoio em todos os momentos.

À minha orientadora, professora **Lívia Barletta Giacomini**, pela disponibilidade, paciência, carinho e atenção que me dispensou durante a confecção deste trabalho. Serei eternamente grata!

Meu muito obrigada também a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram durante os anos de minha graduação. Sozinha eu não conseguiria percorrer esse caminho.

RESUMO

O Direito Empresarial vem ganhando visibilidade ao longo das últimas décadas, dada a expansão do mercado empresarial e, consequentemente, da competitividade que lhe é inerente. Competitividade essa, que acaba por resultar em um considerável número de negociações de trespasse empresariais pelos mais diversos motivos. Entretanto, ainda que frequente no Brasil, não havia, até o ano de 2002, um instrumento legislativo específico para a regulação desse tipo de negociação empresarial, a qual era regida superficialmente por leis dispersas. Assim, ao ser promulgado, o Código Civil de 2002 trouxe artigos que tratam das mais diversas questões associadas às atividades empresariais, incluindo-se aqueles que especificamente disciplinam o trespasse empresarial, inclusive, deixando claro o impedimento da concorrência desleal ao adquirente por parte do empresário ou sociedade empresária que está se desfazendo de seu estabelecimento. É, portanto, nesse contexto, que este estudo teve o objetivo de realizar uma revisão literária acerca da cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse empresarial, com vistas a obter um melhor entendimento dos aspectos que a permeiam.

Palavras-chave: Direito empresarial. Trespasse. Cláusula de não concorrência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **7**
CAPITULO 1 – O NOVO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO **9**
1.1 Breve Histórico da Evolução **9**
1.2 O Código Civil de 2002 ..... **14**
1.2.1 A Nova Teoria da Empresa **15**
CAPITULO 2 – O REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCANTIS **17**
2.1 Do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis **17**
2.1.1 A Escrituração dos Empresários **20**
2.1.2 O Nome Empresarial **22**
2.1.3 O Estabelecimento Empresarial **26**
CAPÍTULO 3 – O TRESPASSE EMPRESARIAL COM ENFOQUE À CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA **29**
3.1 A Sucessão Empresarial **31**
3.2 A Cláusula de Não Concorrência **33**
3.3.1 Dos Elementos de Interdição da Concorrência **37**
CONCLUSÃO **39**
REFERÊNCIAS **41**

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo tem como uma de suas principais características o crescimento do mercado empresarial e aumento da competitividade. É nesse âmbito que o Direito Empresarial ganha visibilidade simultaneamente ao aumento de sua demanda.

Se houve um tempo em que, no Brasil, as negociações empresariais não tinham legislação específica que as disciplinassem, isso já não mais consiste em uma realidade, haja vista que o próprio Código Civil de 2002 dispões de diversos artigos que versam sobre essa especificidade do Direito.

Especificamente sobre a transferência do que hoje se denomina estabelecimento empresarial, ainda que rotineiramente realizado antes do estabelecimento do Código Civil de 2002, havia uma lacuna na legislação brasileira que disciplinasse tal tipo de negociação. Havia, de forma muito limitada, referências ao trespasse na Lei de Falências (arts. 2º, V, e 52, VIII), nas Consolidações das Leis do Trabalho (arts. 10 e 448) e no Código Tributário Nacional (art. 133), porém, de forma tão específica ao objeto que cada um desses dispositivos disciplinava, que tornava-se dificultado o seu tratamento jurídico.

Entretanto, a Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, trouxe à baila um regulamento geral para o trespasse, disciplinando os efeitos obrigacionais de aquisição do estabelecimento empresarial, bem como, as questões referentes aos contratos e aos créditos e débitos do alienante. Não obstante, o referido ordenamento jurídico também estabeleceu o impedimento da concorrência desleal ao adquirente por parte do alienante.

E é nesse diapasão que surge as seguintes questões-problema: Há a necessidade de inserir cláusula específica de não concorrência nos contratos de trespasse? E, em caso afirmativo, de que forma deve-se confeccionar a referida cláusula?

Portanto, buscando-se responder às questões-problemas citadas, este estudo teve o objetivo de realizar uma revisão literária acerca da cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse empresarial, com vistas a obter um melhor entendimento dos aspectos que a permeiam.

Visando possibilitar um melhor entendimento acerca do tema abordado, este trabalho foi dividido em três capítulos, além desta introdução.

O primeiro capítulo “O novo Direito Empresarial brasileiro” apresenta um breve histórico de sua evolução, além de abordar as mudanças que o Código Civil de 2002 promoveu em seu âmbito e a nova Teoria da Empresa vigente no Brasil.

Já no segundo capítulo, “O registro público de empresas mercantis”, são descritos os processos de regularização do empresário e de seu exercício empresarial, abordando brevemente a escrituração dos empresários, o nome empresarial e o conceito e descrição do estabelecimento empresarial.

Por fim, porém não menos importante, tem-se o terceiro capítulo que trata do “Trespasse empresarial com enfoque à cláusula de não concorrência”, iniciando-se com a disposição da sucessão empresarial para, só então, adentrar na abordagem da inclusão da cláusula de não concorrência nos contratos, estabelecendo, inclusive, os elementos de interdição da concorrência que acredita-se importante inserir na referida cláusula.

É importante citar que, com vistas ao cumprimento do objetivo proposto, procedeu-se uma revisão literária por meio de buscas em livros de propriedade pessoal e em artigos publicados online, assim como a análise da legislação pertinente ao tema da pesquisa. Dessa forma, após realizar a análise e o fichamento do material utilizado para compor os capítulos que estão dispostos nesta monografia, pôde-se partir para a elaboração das considerações finais que o estudo permitiu obter, as quais estão dispostas no capítulo denominado “Conclusão”, o qual precede a apresentação das “Referências” utilizadas na construção deste trabalho.

CAPITULO 1 – O NOVO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

1.1 Breve Histórico da Evolução

O desenvolvimento do Direito Empresarial se deu, principalmente, devido à necessidade de regular atividades econômicas consideradas empresariais, em uma tentativa de expandir o conceito de atos comerciais para além da simples exploração da mercancia, abrangendo, dessa forma, diferentes tipos de exploração econômica.

Contudo, para que se compreenda o surgimento do Direito Empresarial, faz-se necessária uma breve abordagem histórica do Direito Comercial, cuja evolução culminou na busca pela ampliação da regência de suas normas visando tutelar diferentes interesses que envolvem a exploração organizada da atividade econômica e, consequentemente, a criação do Direito Empresarial.

Nesse contexto, André Luiz Santa Cruz Ramos (2014) afirma que o Direito Comercial surgiu como um direito classista, direcionado aos comerciantes, e oriundo do fortalecimento econômico gerado pelo exercício mercantil. O primeiro período do Direito Comercial é denominado subjetivista, pois caracterizou-se pela classificação de comerciante como todo aquele que era matriculado nas corporações de classes. Assim, apenas os indivíduos associados a essas instituições possuíam acesso aos tribunais do comércio – também denominados tribunais consulares – e, consequentemente, ao amparo pelo, então, Direito Comercial.

Obviamente, essa limitação no amparo logo se mostrou um problema, tendo em vista que não eram todas as atividades do comerciante que se constituíam como exercício profissional de comércio. Sendo assim, fez-se necessária a delimitação de um conceito do que deveria ser considerado como matéria comercial, dando-se início ao período objetivista do Direito Comercial.

Como descrito por Ramos (2014), esse período buscou solucionar problemas encontrados no período anterior por meio da desvinculação do critério e/ou da identificação dos indivíduos como somente aqueles matriculados nas corporações para que tivessem acesso ao Direito Comercial. Portanto, adotou-se um critério mais objetivo, o qual estipulava a prática de um determinado ato considerado de comércio, de forma profissional e com finalidade lucrativa.

Carlos Barbosa Pimentel (2006) enfatiza que, nesse período objetivista, um dos marcos históricos consistiu na implementação do Código Comercial Francês, no ano de 1808, o qual propôs o amparo pelo Direito Comercial a todos os que se dedicassem à atividade mercantil, estando ou não filiados a alguma corporação de classe.

> O direito comercial inaugura, então, sua segunda fase, podendo-se falar agora em um sistema jurídico estatal destinado a disciplinar as relações jurídico-comerciais. Desaparece o direito comercial como direito profissional e corporativista, surgindo em seu lugar um direito comercial posto e aplicado pelo Estado (RAMOS, 2014, p. 31).

Portanto, foi o exercício profissional de determinada atividade que passou a caracterizar o comerciante como tal, não havendo mais a obrigação de associação a alguma corporação mercantil.

Contudo, a chamada Teoria dos Atos do Comércio apresentou dificuldade em conceituar esses atos, ocasionando em uma limitação do entendimento do ato comercial como aquele que a Lei estabelecesse. Aquilo que a Lei não reconhecesse como ato comercial, seria, então, considerado ato civil, não estando sujeito às normas e prerrogativas mercantis (RAMOS, 2014).

Dessa forma, nova limitação foi criada para o amparo do Direito Comercial, haja vista que apenas o simples comércio de bens, intermediação de vendas ou mediação especulativa entre oferta e procura de mercadorias se viram no arcabouço dos atos comerciais (REQUIÃO, 2003). A indústria, a prestação de serviços, a agricultura, e outras tantas atividades econômicas também importantes para o setor mercantil foram deixadas sem amparo.

Portanto, novamente houve a necessidade de evolução, buscando-se um conceito que abrangesse o desenvolvimento dessas atividades econômicas, tutelandos os diversos interesses que lhe são inerentes, o conceito de empresa.

Contudo, Waldírio Bulgarelli (1997) afirma que não se trata da empresa mencionada hermeticamente no Código Comercial Francês, dotada de determinada organização, mas,

> [...] aquela que já despertava a atenção de Wilhelm Endemann, na Alemanha, por volta de 1865; aquela a qual Vivante entreviu um organismo para o exercício de indústria, e a que L. Mossa, seguindo na esteira do austríaco Pisko e do suíço Wieland, pretendeu tornar a base do Direito Comercial. Assim é que a empresa foi se impondo, pouco a pouco, com fluxos e refluxos, sempre porém com uma constância remarcável, à consciência de todos – juristas, sociólogos, economistas, religiosos, políticos – a ponto de constituir uma realidade tão gritante que o Direito não pôde resistir ao seu impacto (BULGARELLI, 1997, p. 14).

Assim, iniciou-se uma tentativa de evolução do Direito Comercial por meio do estabelecimento de um conceito de empresa e, consequentemente, por meio do envolvimento dos diversos tipos de atividades econômicas exercidas.

Esse conceito de empresa acabou se desenvolvendo, conforme descrito por Rubens Requião (2003), em consequência da grande organização capitalista do comércio, ocorrida em tempos subsequentes. A empresa comercial deixou de ser reconhecida como a estabelecida no conceito francês inicial – atos de comércio isolados –, para ser tida como a organização dos fatores de produção, criação ou oferta de bens e serviços em massa.

Requião (2003) cita que o início do estabelecimento desse novo período, que o próprio autor denominou Direito Comercial moderno, se deu por meio do Código Comercial de 1897, implementado na Alemanha, o qual restabeleceu e modernizou o conceito subjetivista:

> Pela definição do artigo 343, atos de comércio são todos os atos de um comerciante que sejam relativos a sua atividade comercial. Em face dessa definição, tanto o ato de comércio como o comerciante somente adquirem importância para o Direito Comercial quando se refiram à exploração de uma empresa. Desaparece, nela, a preponderância do ato de comércio isolado, como também se esmaece a figura do comerciante. Surge, assim, esplendorosa, a empresa mercantil, e o Direito Comercial passa a ser o Direito das Empresas Comerciais (REQUIÃO, 2003, p. 14-15).

Assim, viu-se uma ampliação no amparo realizado pelo Direito Comercial, o qual associou-se, não aos atos comerciais isolados, mas sim, à atividade das empresas mercantis.

Não obstante, o Código Civil italiano de 1942 também consiste em um marco histórico na evolução do Direito Comercial, haja vista que passou a disciplinar, em um mesmo diploma, a matéria civil e comercial; tido, portanto, como o primeiro Código a inserir a Teoria da Empresa no ordenamento jurídico, tutelando, dessa forma, o exercício das diversas atividades econômicas (RAMOS, 2014).

> [...] o direito comercial deixou de ser, como tradicionalmente o foi, o *direito do comerciante* (período subjetivo das corporações de ofício) ou o *direito dos atos de comércio* (período objetivo da codificação napoleônica), para ser o *direito da empresa*, o que o fez abranger uma gama muito maior de relações jurídicas (RAMOS, 2014, p. 35 – grifos do autor).

Portanto, passou-se a um período do Direito Comercial no qual a ênfase recai sobre a Teoria da Empresa, expandindo o amparo às atividades econômicas consideradas empresariais para as indústrias, bancos, seguradoras, prestação de serviços, etc.

Na opinião de Bulgarelli (1997), é dessa nova concepção que surge o Direito Empresarial, com a atenção voltada para a empresa, tida como o exercício de atividades econômicas de maneira organizada para a produção e circulação de bens e serviços no mercado, realizada pelo empresário – em caráter profissional –, por meio de um conjunto de bens.

Especificamente no Brasil, Ramos (2014) descreve que o primeiro Código Comercial foi promulgado em 1850, adotando a teoria francesa dos atos de comércio, e definindo o comerciante como aquele que exercia a mercancia de forma habitual, como sua profissão.

Entretanto, o referido Código não estipulou o que seria considerado mercancia, estipulação esta que foi realizada pelo legislador por meio do Regulamento 737/1850, deixando a prestação de serviços, as negociações imobiliárias e as atividades rurais esquecidas, corroborando as limitações do sistema objetivista francês.

Com o passar dos anos, houve uma tentativa em âmbito nacional de estabelecer novos atos de comércio com vistas a diminuir a limitação da teoria francesa, como por exemplo, as operações com letras de câmbio e notas promissórias (art. 57 do Decreto 2.044/1908) e as operações realizadas por sociedades anônimas (art. 2º, § 1º, da Lei 6.404/1976).

Entretanto, assim como ocorrido na Europa, a legislação brasileira não conseguiu criar uma formulação que englobasse todas as atividades de mercancia, não sendo possível atribuir um conceito unitário para os atos de comércio.

Dessa forma, a partir do estabelecimento da Teoria da Empresa no Código Civil italiano (1942), houve no Brasil uma demonstração de simpatia por parte da doutrina, a qual encontrava-se insatisfeita com as limitações estabelecidas na teoria francesa. Não obstante, Ramos (2014) cita que a jurisprudência também demonstra a simpatia por parte dos juízes, uma vez que houve, por exemplo, outorgada concordata a pecuaristas e a garantia de renovação compulsória de contrato de aluguel a sociedades prestadoras de serviços.

Apesar de a concordata e a renovação compulsória de contratos de aluguel serem instrumentos típicos do regime jurídico comercial, foram concedidos a agentes econômicos que, segundo a teoria, não se enquadravam no conceito de comerciante existente à época. Na opinião de Ramos (2014, p. 37-38), "Tratava-se de um grande avanço: a jurisprudência estava afastando o ultrapassado critério da *mercantilidade* e adotando o da *empresarialidade* para fundamentar suas decisões".

Além disso, alguns instrumentos jurídicos brasileiros passaram a demonstrar a aproximação dos ideais da Teoria da Empresa, dentre eles, a Lei 4.137/1962[1] e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)[2], o que sugere que a transição da teoria dos atos de comércio para a Teoria da Empresa não foi um processo repentino no Brasil, em razão de uma alteração legislativa; ocorreu de forma lenta e gradual, consolidando-se com o Código Civil de 2002, como demonstrado no tópico a seguir.

De forma sintética, o Quadro 1 apresenta um resumo feito por Ramos (2014) da evolução do Direito Empresarial no Brasil.

Quadro 1 – A evolução do Direito Empresarial no Brasil.

Ordenações do Reino	Aplicações das Leis de Portugal
	Inspiração do Direito Estatutário italiano
Código Comercial de 1850	Inspiração do *Code de Commerce* Napoleônico
	Adoção da Teoria dos Atos de Comércio
	Regulamento 737: rol de atos de comércio
Código Civil de 2002	Transição da Teoria dos Atos de Comércio para a Teoria da Empresa
	Tentativa de unificação formal do direito privado
	Definição do empresário

Fonte: Adaptado de Ramos (2014, p. 41).

Portanto, após identificar brevemente o histórico da Evolução do Direito Empresarial em âmbito nacional e mundial, procede-se a seguir uma compreensão da situação em que se encontra esse ramo do Direito no Brasil após a promulgação do Código Civil de 2002.

[1] Coibia o abuso de poder econômico no Brasil, considerando, em seu art. 6º, empresa como "toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos" (BRASIL, 1962).

[2] No Código de Defesa do Consumidor, o conceito de fornecedor é consideravelmente amplo, englobando todo e qualquer indivíduo que exercesse atividade econômica no âmbito da cadeia produtiva; portanto, aproximando-se mais do conceito moderno de empresário do que do conceito antigo de comerciante.

1.2 O Código Civil de 2002

Com a promulgação do Código Civil de 2002, foi derrogada grande parte do Código do Comércio de 1850, pois as antigas noções de comércio, atos de comércio, mercancia e comerciante foram substituídas pelos conceitos de empresa e empresário, estabelecendo-se em âmbito nacional a Teoria da Empresa.

Nas palavras de Ramos (2014, p. 39):

> O Código Civil de 2002 trata, no seu Livro II, Título I, do "Direito de Empresa". Desaparece a figura do comerciante, e surge a figura do empresário (da mesma forma, não se fala mais em sociedade comercial, mas em sociedade empresária). A mudança, porém, está longe de se limitar a aspectos terminológicos. Ao disciplinar o direito de empresa, o direito brasileiro se afasta, definitivamente, da ultrapassada teoria dos atos de comércio e incorpora a teoria da empresa ao nosso ordenamento jurídico, adotando o conceito de empresarialidade para delimitar o âmbito de incidência do regime jurídico empresarial.

Ressalta-se que, apesar de não haver uma conceituação para o termo empresa no novo Código Civil, o mesmo estabelece o conceito de empresário. De acordo com o dispositivo:

> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
> Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (BRASIL, 2002).

Não há mais a menção ao comerciante, como aquele que pratica habitualmente os atos de comércio, mas sim ao empresário. O Código Civil de 2002 trouxe à tona os conceitos de empresário e empresa, substituindo o comerciante e os atos de comércio.

A substituição de conceitos pode ser confirmada ao se observar o art. 2.037[3], o qual dispõe que as normas conceituais existentes que não foram revogadas pelo Código devem ser aplicadas aos empresários.

[3] Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis (BRASIL, 2002).

Não obstante, pode-se dizer que, uma vez que o empresário é aquele que exerce empresa, o conceito desta está inserido naquele disposto pelo Código Civil. Depreende-se, portanto, que a empresa consiste em uma atividade econômica organizada a fim de promover a circulação e/ou produção de bens e serviços.

Ademais, Ramos (2014) esclarece que diante do estabelecido no Código, empresa é algo abstrato, não sendo sujeito de direito. O sujeito de direito consiste no titular da empresa, que a exerce: o empresário; pessoa física (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária).

Isto posto, resta compreender o que reza essa nova Teoria da Empresa na legislação nacional, mais especificamente à luz do Código Civil de 2002, possibilitando dar seguimento a este trabalho de forma esclarecedora. É nesse contexto que o próximo tópico aborda questões referentes à adoção da Teoria da Empresa no âmbito do Direito Empresarial brasileiro.

1.2.1 A Nova Teoria da Empresa

Ainda que no tópico anterior tenha-se um conceito geral de empresa, obtido a partir de uma análise do conceito de empresário dado pelo Código Civil de 2002, é necessário esclarecer que não são todas as atividades econômicas que são consideradas empresas.

Conforme descrito por Fabiana de Moura Cabral Malta (2014), há atividades econômicas que, ainda que objetivem o lucro, não são consideradas empresariais, como, por exemplo, as sociedades simples, dos profissionais intelectuais e daquele que exerce atividade econômica rural.

Em específico, o exercente de atividade rural não possui a obrigação de registro na Junta Comercial, sendo essa, facultativa. Sobre esse aspecto, reza o Código:

> Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro (BRASIL, 2002).

Portanto, ainda que seja facultativo o registro, após sua realização o exercente de atividade econômica rural será equiparado ao empresário sujeito a registro.

Ainda que tenha se observado que o exercente de atividade rural possua o registro facultativo, surge, neste momento, a questão: quem pode exercer a atividade de empresário?

De acordo com o disposto pelo art. 972 do Código Civil, “Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos” (BRASIL, 2002).

Assim, de forma objetiva, pode-se dizer que são passíveis de empresariar os indivíduos com 18 anos ou mais, que não sejam impedidos pela Lei. Entretanto, Malta (2014) cita que os incapazes, apesar de não poderem ser empresários individuais, podem participar como sócios (quotista ou acionista) em uma sociedade empresária, contanto que possuam responsabilidade limitada e não exerçam poderes de administração.

Mas, quem são as pessoas impedidas legalmente de exercerem a atividade empresarial? Nesse aspecto, pode-se citar: “Servidores Públicos; Militares da Ativa; Magistrados e Cônsules; Médicos, em farmácias, drogarias ou laboratórios farmacêuticos; Falidos, enquanto não reabilitados; Estrangeiros não residentes no país; Leiloeiros, etc.” (MALTA, 2014, p. 50).

Não obstante, é importante elucidar que o Código Civil de 2002 estabeleceu, em seu art. 974, situações excepcionais à regra do exercício de empresa pelo incapaz, a saber: “Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança” (BRASIL, 2002).

Entretanto, essa exceção só pode ser autorizada judicialmente, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la.

Feitas as observações anteriores, tornou-se conhecidos quem são os indivíduos que podem ser empresários no Brasil, bem como, sob quais circunstâncias. Entretanto, faz-se necessário verificar quais os procedimentos e requisitos inerentes ao registro público das empresas mercantis, o que se pretende abordar no capítulo a seguir.

CAPITULO 2 – O REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCANTIS

Imposto pela legislação, o registro público de empresas mercantis deve ser realizado por todos os empresários previamente ao início de suas atividades. Para tanto, faz-se necessário buscar a Junta Comercial e realizar esse registro para que não possa incorrer na irregularidade de sua empresa.

Tal obrigação ao empresário é disciplinada pelo art. 967 do Código Civil, o qual torna "Obrigatória à inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade" (BRASIL, 2002).

Entretanto, é válido citar que, ainda que essa seja uma exigência imposta a todos os empresários ou sociedades empresárias (excetuando-se os de atividade econômica rural), o registro não consiste em requisito que caracteriza o empresário e o submete ao regime jurídico empresarial. Diz-se isto pois é possível exercer empresa sem estar devidamente registrado, o que caracteriza o empresariado exercido de maneira irregular, conforme lecionou Ramos (2014, p. 64): "A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não de sua caracterização".

Isto posto, convém ressaltar que, ainda que alguém exerça empresa sem o registro na Junta Comercial – portanto, de forma irregular, como anteriormente esclarecido –, pode ser considerado empresário e submeter-se às regras do regime jurídico empresarial, porém, terá de arcar com as consequências oriundas de tal atividade irregular.

Além de ser disciplinado pelo Código Civil (arts. 1.150 a 1.154), o registro público de empresas mercantis também é regido por legislação especial. Trata-se da Lei nº. 8.934/94, a qual criou o Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM), como abordado no tópico que se segue.

2.1 Do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis

O SINREM, órgão criado pela Lei nº. 8.934/94, é o responsável pelos serviços registrais dos empresários e sociedades empresárias no Brasil, sendo composto pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) e pelas Juntas Comerciais nos Estados. Mas qual a diferença entre as Juntas e o DNRC?

Com vistas a responder a esta questão, recorre-se ao doutor em Direito Comercial André Luiz Santa Cruz Ramos (2014), o qual esclarece que o DNRC, órgão central do SINREM, possui a função de supervisionar, orientar, coordenar e normatizar o registro de empresa no Brasil, estabelecendo as normas gerais[4] que deverão ser seguidas pelas Juntas Comerciais; enquanto estas, consistem em órgãos locais, cuja função é executar e administrar os serviços registrais.

Ademais, é lícito informar que a criação e manutenção dos serviços administrativos competentes às Juntas Comerciais são de obrigação dos Estados, em que pese a natureza federal dos mesmos. Isto posto, Pimentel (2006) conclui, devido ao caráter híbrido de subordinação das Juntas, que as questões referentes aos serviços técnicos disponibilizados pelas Juntas devem ser solucionadas pela Justiça Federal, enquanto as lides que envolvam questões administrativas fiquem sob responsabilidade da Justiça Estadual. Tal conclusão encontra respaldo no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual demonstra que existe uma divisão de competência para apreciar as ações judiciais em que a Junta Comercial seja parte.

De forma mais específica, as Juntas Comerciais apresentam algumas funções peculiares que merecem enfoque. Tratam-se de três atos registrais por elas praticados que possuem considerável importância no exercício regular da empresa, sendo disciplinados pelo art. 32 da Lei Federal nº. 8.934/94, quais sejam: a matricula, o arquivamento e a autenticação.

A matrícula, conforme descrito por Malta (2014), consiste no registro dos chamados "auxiliares do comércio", que são alguns profissionais específicos, como, por exemplo, leiloeiros, tradutores públicos, intérpretes, etc. Já o arquivamento associa-se ao registro dos atos constitutivos do empresário individual ou sociedade empresária, assim como as alterações que lhes sejam realizadas.

De forma mais completa, Pimentel (2006, p. 27-28) descreveu que o arquivamento:

> [...] compreende os documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais e sociedades empresárias, assim como de cooperativas (atenção! as cooperativas serão sempre sociedades simples, mesmo que seus atos sejam arquivados na Junta). Também podem ser arquivados atos referentes a consórcio, grupos de sociedades e até de empresário rural. Completam a relação os atos de empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil, de microempresas, aqueles relativos à incorporação, cisão, fusão e transformação de sociedades.

[4] Essas normas não são disposições referentes aos serviços administrativos das Juntas, mas de ordem absolutamente técnica.

Nesse ponto, torna-se importante esclarecer que o arquivamento de atos modificados na inscrição do empresário ou sociedade empresária é tratado no Código Civil de 2002 sob a nomenclatura de averbação.

Já a autenticação consiste, de acordo com Ramos (2014), no ato de registro associado aos instrumentos de escrituração contábil do empresário, também denominados livros empresariais, os quais, caso não apresentem autenticação da Junta, não estão adequadamente escriturados.

De forma geral, pode-se dizer que os atos registrais competentes às Juntas Comerciais precisam obedecer a algumas regras essenciais, sendo que, em princípio, a Junta não possui a função de análise de mérito dos atos levados a registro, devendo apenas cumprir as formalidades legais previstas para tal. A discussão sobre o mérito dos atos é, segundo Malta (2014), competência do Poder Judiciário.

Não obstante, qualquer pessoa, ainda que não prove interesse, pode ter acesso aos assentamentos da Junta e à obtenção de certidões mediante pagamento de preço devido, conforme disciplinado pelo art. 29 da Lei nº. 8.934/94[5].

Além disso, o art. 36 da referida Lei estabelece um prazo de trinta dias seguintes à assinatura para que os atos de registro sejam levados até a Junta Comercial para arquivamento, caso contrário, sendo passível de só produzirem efeito após seu deferimento (MALTA, 2014; RAMOS, 2014).

Melhor esclarecendo, Ramos (2014) exemplificou a realização de alteração em um contrato social, a qual, se não levada até a Junta no período de trinta dias (contados de sua efetiva realização), não terá consideração eficaz perante terceiros até que o deferimento do registro seja realizado pela Junta (efeitos *ex nunc*). Entretanto, sendo registrada dentro do período estabelecido, quando for deferida a alteração, esta será considerada produzindo efeitos desde a data em que foi decidida pelo empresário/sócio (efeitos *ex tunc*).

Portanto, feitas as considerações gerais sobre o SINREM – e, obviamente, por suas partes, quais sejam DNRC e Juntas –, procede-se adiante a abordagem sobre a escrituração dos empresários, o nome empresarial e o estabelecimento empresarial, de forma a introduzirem o melhor entendimento do trespasse empresarial a ser abordado do próximo capítulo.

[5] "Art. 29. Qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse, poderá consultar os assentamentos existentes nas juntas comerciais e obter certidões, mediante pagamento do preço devido" (BRASIL, 1994).

2.1.1 A Escrituração dos Empresários

Conforme já aludido anteriormente, para que não pratique o empresariado irregular, o empresário, ou os sócios empresariais, precisa, antes do início de suas atividades, registrar-se como empresário.

Porém, este não é o único requisito primordial à realização regular do empresariado. Os empresários devem também cumprir com a obrigação estabelecida no art. 1.179 do Código Civil, a saber: "seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico" (BRASIL, 2002).

Portanto, é preciso que os empresários mantenham um sistema de escrituração contábil periódico, de forma a obter, todos os anos, dois balanços financeiros, quais sejam: o patrimonial e o de resultado econômico.

É importante frisar que a escrituração irregular é tida como crime perante a legislação falimentar, uma vez que há a equiparação dos livros comerciais com documentos públicos para finalidades penais. Portanto, falsificar escrituração empresarial, independentemente de ser no todo ou em parte, é tipificado como crime. É nesse sentido que o art. 1.182 do Código Civil estabelece que a escrituração do empresário seja realizada por um contabilista, o qual deve ser legalmente habilitado para tal, assim como, ser adequadamente inscrito no órgão regulamentador de sua profissão. A exceção a essa regra trata-se dos casos nos quais não haja este profissional disponível na localidade do empresário, quanto então, a escrituração pode ser feita por outro profissional ou mesmo pelo próprio empresário.

Isto posto, é importante se conhecer os livros empresariais que são exigidos aos empresários para a garantia de sua atividade legal e, portanto, Ramos (2014) apresentou uma ilustração que sumariza esses livros, segundo sua obrigatoriedade e tipo de empresário (Figura 1).

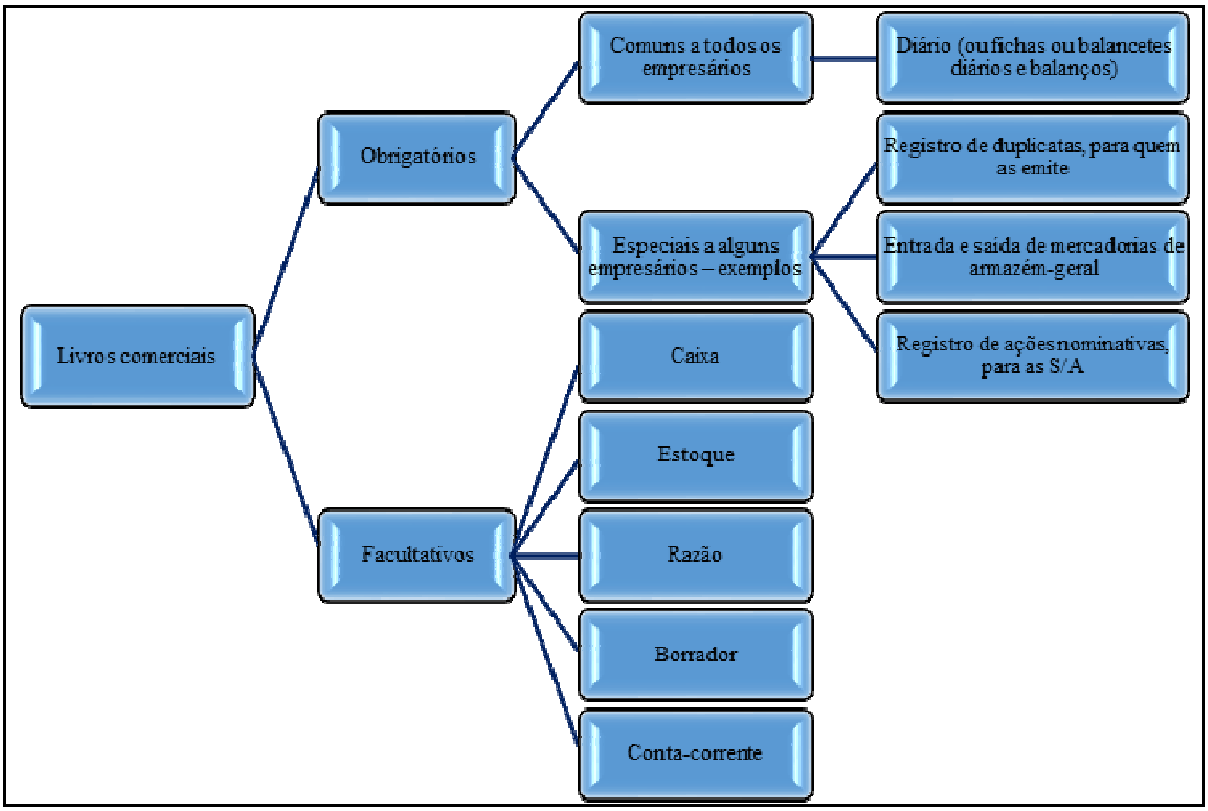

Figura 1 – Livros empresariais segundo sua obrigatoriedade.
Fonte: Ramos (2014).

Ramos (2014) esclareceu que, dentre todos os livros empresariais existentes, o único que é tido pela doutrina nos dias de hoje como obrigatório a todos os empresários é o Diário, sendo que este pode ser substituído por fichas – caso haja a adoção de escrituração mecânica ou eletrônica (art. 1.180 do Código Civil) – ou por livro Balancetes Diários e Balanços – em casos de uso de sistema de fichas de lançamentos (art. 1.185 do Código Civil).

Portanto, é facultativa a apresentação de livros Caixa – instrumento que permite o controle de entradas e saídas de dinheiro –, Estoque, Razão – que classifica o movimento de mercadorias –, Borrador – tido como um rascunho do Diário –, e o livro Conta-corrente – usado para as contas individualizadas de fornecedores e/ou clientes.

Ramos (2014) ainda esclarece que existem outros livros que podem ser exigidos dos empresários com finalidade fiscal, trabalhista ou previdenciária, porém, os mesmos não podem ser tidos como livros empresariais, uma vez que somente aqueles livros escriturados pelo empresário por disposição legislativa empresarial é que recebem essa denominação.

Há que se esclarecer que aos livros empresariais é garantido o sigilo, salvo quando necessária sua análise por quem de direito, estando assim disposto no Código Civil:

> Art. 1.190. Ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei.
> Art. 1.191. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência (BRASIL, 2002).

Portanto, o sigilo dos livros empresariais só pode ser quebrado em casos "previstos em lei", conforme determinou o art. 1.190 supracitado, de forma a garantir que apenas a legislação determine as situações excepcionais a esse sigilo.

Finalizando este tópico observa-se que já são conhecidas as exigências para a escrituração dos empresários, assim como os livros que lhe são exigidos por lei. Assim, pode-se partir para a abordagem das regras que disciplinam o estabelecimento do nome empresarial, bem como, ao que este se relaciona.

2.1.2 O Nome Empresarial

Toda pessoa natural necessita de um nome civil que a identifique nas relações jurídicas das quais participam rotineiramente. Juridicamente, esse nome se materializa como um direito quando ocorre o registro do indivíduo no Cartório de Registro Civil, expedindo-se a Certidão de Nascimento.

Da mesma forma, os empresários individuais ou sociedades empresárias necessitam de um nome, cuja titularidade ocorre a partir do arquivamento dos atos constitutivos que lhe são peculiares na Junta Comercial do Estado. Esse nome consiste, segundo Ramos (2014, p. 99), "na expressão que os identifica nas relações jurídicas que formalizam em decorrência do exercício da atividade empresarial".

Mais especificamente, o art. 1º da Instrução Normativa (IN) do DNRC nº. 116/2011 estabelece que o "Nome empresarial é aquele sob o qual o empresário, a empresa individual de responsabilidade limitada e a sociedade empresária exercem suas atividades e se obrigam nos atos a elas pertinentes".

De forma concisa, Malta (2014) afirma que o nome empresarial possui duas funções de extrema relevância, quais sejam, a identificação do empreendimento e de sua atividade, pois é por meio dele que o empresário ou a sociedade empresária serão identificados em

qualquer relação perante terceiros, e a função de agregar fama e reputação do empresário ou sociedade empresária perante o uso adequado do nome, haja vista que é por meio do nome que a atividade empresarial se torna conhecida.

E neste ponto, é importante descrever que o nome empresarial não deve ser tido como sinônimo de outros elementos que identificam socialmente o empresário, como a marca, o nome fantasia e o nome de domínio (RAMOS, 2014). Visando melhor explicitar as diferenças, suponha-se, inicialmente, a sociedade cujo nome empresarial seja "Henriques e Giacomini Panificação".

A marca, de acordo com o art. 122 da Lei nº. 9.279/1996, representa, perante o público consumidor, um sinal distintivo que identifica produtos e/ou serviços do empresário ou sociedade empresarial, sendo disciplinada no âmbito do direito de propriedade industrial. Tomando-se o exemplo anteriormente suposto, a marca poderia ser, desde que criada e registrada, "Henriques e Giacomini" ou simplesmente "H e G".

Já o nome fantasia, assim como o apelido para as pessoas naturais, consiste em uma expressão que identifica o título do estabelecimento. De acordo com Malta (2014), assim como a pessoa natural pode ser tratada pelo apelido em suas relações informais, mas sempre usará o nome civil em relações formais, o empresário pode utilizar-se do nome fantasia para identificar-se perante os consumidores em veículos da mídia, logomarcas, uniformes de funcionários, etc., mas formalmente – e, principalmente, judicialmente, nos contratos e documentos públicos – sempre deverá recorrer ao nome empresarial. Dada a suposição anterior, o nome fantasia poderia ser "Padaria HG" ou até "Padaria Juiz de Fora", uma vez que não há limitação em relação à existência de relação entre o nome empresarial e o nome fantasia.

O nome de domínio, por sua vez, conforme descrito por Ramos (2014), consiste no endereço eletrônico dos *sites* dos empresários ou sociedades empresariais. Este instrumento tem sido amplamente utilizado nos últimos anos devido ao crescente aumento no comércio eletrônico. Para exemplificar, aquela sociedade empresarial suposta anteriormente poderia possuir como nome de domínio para o comércio eletrônico o "www.henriquesegiacomini.com.br".

Portanto, até aqui, nota-se a distinção entre nome empresarial, marca, nome fantasia e nome de domínio. Mas, retornando ao foco deste tópico, questiona-se a real importância do nome empresarial para os empresários ou sociedades empresariais.

Nesse diapasão, Ramos (2014) esclarece que o nome empresarial – cujo direito é um direito personalíssimo – é tão importante nas relações jurídicas que o Superior Tribunal de

Justiça já demonstrou[6] que, havendo mudança de nome empresarial, faz-se necessária a outorga de nova procuração aos mandatários da sociedade empresária.

Corroborando a importância do nome empresarial, o Código Civil de 2002 dispõe de um capítulo específico sobre o mesmo (Capítulo II – Do nome empresarial), que vai desde o art. 1.155 até o art. 1.168.

Já no primeiro artigo relacionado a esta questão (art. 1.155), o Código Civil distingue duas espécies de nome empresarial, a firma e a denominação, conforme segue: "Considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este capítulo, para o exercício de empresa" (BRASIL, 2002).

Portanto, entende-se, neste estudo, que para a compreensão adequada sobre a constituição do nome empresarial, é preciso abordar, ainda que de forma breve, as distinções entre essas duas espécies de nome empresarial.

A firma, conforme descrito por Malta (2014), pode ser individual ou social (para empresário individual e sociedade empresária, respectivamente), consistindo em uma espécie de nome composta por um nome civil para casos de firma individual (art. 1.156 do Código Civil), como, por exemplo, "Cinezia Henriques"; ou de um ou mais sócios para casos de firma social (art. 1.157 do Código Civil), como, por exemplo, "C. Henriques" ou "Henriques e Giacomini".

Além disso, para os casos de firma social, o art. 1.157 possibilitou a adoção da expressão "e companhia" ou sua abreviatura sempre que houver a omissão do nome de algum sócio. Não obstante, tem-se o disposto pela alínea c, do §1º do art. 5º da IN nº. 116/2011 do DNRC, que possibilita a emenda do termo "e companhia" por termos equivalentes como "e filhos", "e irmãos", entre outros.

É relevante afirmar que no nome empresarial para as firmas, o art. 1.156 do Código Civil dispôs que o empresário pode aditar, "se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade" (BRASIL, 2002); assim como proibiu a inclusão de nome de sócio que não seja pessoa natural (§1º. do art. 1.158 do Código Civil).

---

[6] Ramos (2014, p. 99-100) faz referência à jurisprudência STJ, AgRg no REsp 1.023.724-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 19.12.2008, cuja decisão discorre: "Processual civil. Agravo de instrumento. Artigo 544 do CPC. Agravo regimental. Falta de traslado de peça obrigatória. Procuração da empresa agravante. Modificação na denominação social da empresa. Necessidade de apresentação da procuração outorgada ao advogado da empresa com a nova denominação social. Agravo regimental desprovido. 1. A procuração outorgada ao advogado da empresa agravante é peça essencial para o conhecimento do agravo de instrumento. 2. Na hipótese de ocorrer modificação na denominação social da empresa, faz-se mister a apresentação da procuração da empresa com a nova denominação social, sob pena de não conhecimento do recurso. 3. Agravo regimental desprovido".

Dadas as considerações feitas sobre a espécie de nome empresarial firma, parte-se agora para a abordagem da denominação, a qual só pode se dar para as sociedades empresariais, uma vez que o empresário individual só opera sob firma.

A denominação serve tanto para as sociedades empresárias e simples, como também para as associações e fundações (MALTA, 2014), como disposto no parágrafo único do art. 1.155 do Código Civil: "Equipara-se ao nome empresarial, para os efeitos da proteção da lei, a denominação das sociedades simples, associações e fundações" (BRASIL, 2002).

Ramos (2014) esclarece que, especificamente sobre a nomenclatura, a indicação do objeto social, ou ramo de atividade, é obrigatória, diferentemente da firma – na qual é facultativa. A composição é dada por nomes civis, porém, em expressão de fantasia, sempre associada ao objeto social, conforme disposto no art. 1.158, §1º do Código. Este dispositivo, associado ao parágrafo único do art. 1.160, possibilita a inserção do nome de um ou mais sócios, ou mesmo de alguém que não participe da sociedade, porém, neste último caso, em caráter de homenagem, não possuindo o caráter de obrigação que associa-se à firma.

De forma sintética, o Quadro 1, elaborado por Pimentel (2006), apresenta os critérios para o estabelecimento dos nomes empresariais a quem de direito.

Quadro 1 – Utilização por quem de direito.

TIPO	FIRMA INDIVIDUAL	FIRMA SOCIAL	DENOMINAÇÃO	OBSERVAÇÕES
Empresário individual	**X**			
Sociedade simples			**X**	Com o termo "S.S.", assim ou por extenso.
Em nome coletivo		**X**		
Em comandita simples		**X**		
Em comandita por ações		**X**	**X**	Com o termo "C.A.", assim ou por extenso.
Em conta de Participações	-	-	-	Não possui nome
Sociedade limitada		**X**	**X**	Com o termo "Ltda.", assim ou por extenso.
Sociedade anônima			**X**	Com um dos termos: "Cia." ou S/A", assim ou por extenso.
Sociedade cooperativa			**X**	Com o termo "Cooperativa".

Fonte: Pimentel (2006, p. 41).

Vistas as considerações expressas no Quadro 1, é importante esclarecer que, de forma geral, Pimentel (2006) descreveu que dois princípios regem o estabelecimento dos nomes empresariais, a saber: o princípio da veracidade – que refere-se à constituição do nome empresarial, visando evitar registros que não correspondam com a realidade. Está estabelecido, por exemplo, no art. 1.165 do Código Civil, que dispõe sobre a eliminação na firma social do sócio que falecer, for excluído ou se retirar, e; o princípio da novidade – que preza sobre a distinção do nome de empresário sobre qualquer outro já existente e inscrito no mesmo registro. Encontra-se, por exemplo, no parágrafo único do art. 1.163 do Código, o qual estabelece o emprego de uma designação de distinção em casos de homônimos já inscritos.

Portanto, nota-se que o seguimento das regras estabelecidas em relação à configuração do nome empresarial é primordial para a adequada efetivação do empresário ou sociedade empresária de acordo com a legislação pertinente. Ademais, Ramos (2014) cita que o nome empresarial possui a função essencial de identificar o sujeito de direito que o emprega, tendo em vista, que de seu uso surgem os direitos e obrigações do empresário.

Não obstante, assim como o nome empresarial rotineiramente é confundido – por aqueles que estão se inserindo nesse ramo de atividades – com marca, nome fantasia e nome de domínio, há outra vertente relacionada ao empresário que também gera dúvidas e confusões e, portanto, merece abordagem breve neste estudo. Trata-se do denominado estabelecimento empresarial, o qual será tratado no tópico a seguir.

2.1.3 O Estabelecimento Empresarial

A partir do momento em que o empresário realizou seu registro na Junta Comercial e adotou um nome empresarial que o identifique em suas relações jurídicas, ele pode iniciar as atividades do empresariado, porém, ainda é preciso que organize seu estabelecimento empresarial.

Esse estabelecimento empresarial é conceituado pelo art. 1.142 do Código Civil como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” (BRASIL, 2002).

Portanto, consiste no conjunto de bens agrupados de acordo com a vontade do empresário individual – seja pessoa natural ou jurídica – ou da sociedade empresária, que lhe

sirva como meio de realização de sua atividade econômica (MALTA, 2014; PIMENTEL, 2006; RAMOS, 2014).

Sob o aspecto econômico, Malta (2014) enfatiza que o estabelecimento empresarial é resultante da associação de capital, trabalho e organização. Portanto, associa-se a bens materiais e imateriais, englobando tudo o que o empresário ou a sociedade empresária necessitam para o exercício regular de empresa, conforme demonstrado na Figura 2.

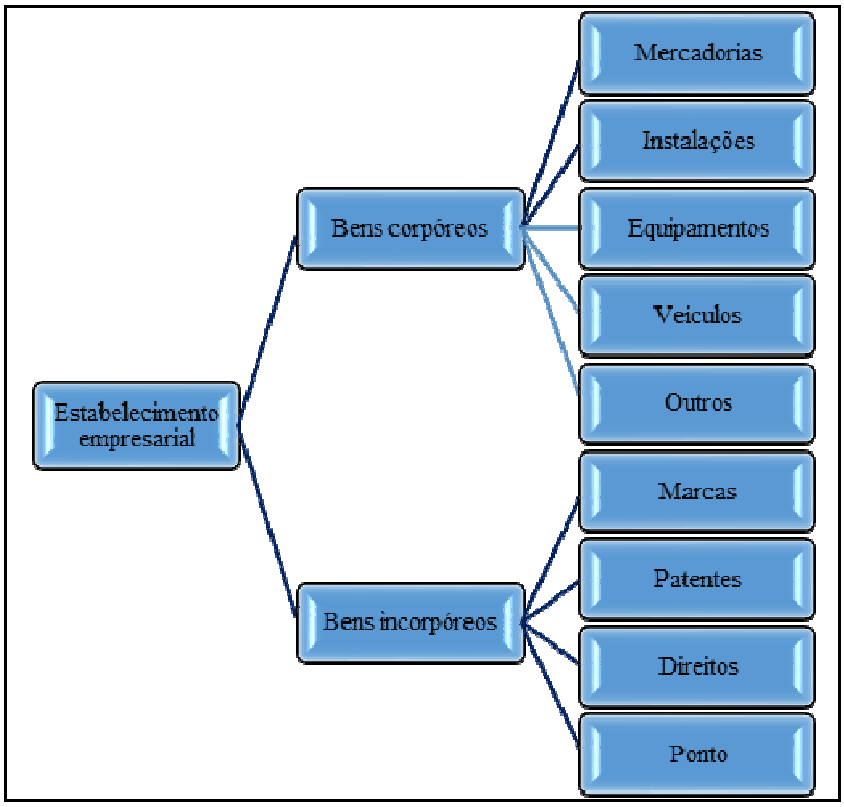

Figura 2 – Composição do estabelecimento empresarial.
Fonte: Ramos (2014).

Portanto, tem-se que os bens são elementos que, reunidos de acordo com a vontade do empresário, mantêm suas autonomias, como, por exemplo, estoque de mercadorias, móveis, ferramentas, equipamentos, utensílios, marcas, patentes, nome empresarial, ponto, título do estabelecimento, etc.

Malta (2014, p. 56) esclarece que a doutrina utiliza, de forma mais comum, refere-se ao estabelecimento empresarial como uma universalidade de fato; e atentou: "Cuidado! Universalidade de 'Fato' e não de 'Direito'". A autora ressaltou a importância de não se confundir o estabelecimento empresarial com o ponto do negócio, uma vez que este último

refere-se ao local no qual é exercida a empresa, consistindo em, apenas, um dos elementos que compõe àquele primeiro.

Como exemplo, cita-se aquela sociedade suposta no tópico anterior, a "Henriques e Giacomini Panificação". Suponha-se, novamente, que essa sociedade empresarial possua a sede de seu negócio – localizada no centro de Juiz de Fora – e mais duas filiais – localizadas em bairros distintos do mesmo município. Todos os três locais são considerados estabelecimentos da sociedade, pois reúnem os elementos corpóreos (estoque, utensílios, mobiliário, etc.) e os incorpóreos (nome empresarial, nome fantasia, marca, etc.) que compõem o estabelecimento empresarial da sociedade. Ressalta-se que, a exemplo do nome empresarial "Henriques e Giacomini Panificação", todos os locais apresentam o mesmo, que é utilizado em conjunto, não existindo um para cada filial.

Neste ponto, importante frisar, também, que não se deve confundir o estabelecimento empresarial com aquilo que consiste no patrimônio do empresário, uma vez que o último, conforme Malta (2014, p. 57) "é todo o conjunto de bens, direitos, ações, posse e tudo o mais que pertença a uma pessoa física ou jurídica e seja suscetível de apreciação econômica".

Portanto, há bens que são de posse dos empresários ou da sociedade empresária, mas que não fazem parte do estabelecimento empresarial, uma vez que este é formado somente por aqueles bens que sejam pertinentes ao exercício da atividade-fim empresarial.

Finalizando este tópico, atenta-se para os principais entendimentos realizados neste trabalho até o momento, com vistas a adentrar no último capítulo com enfoque teórico do trabalho – haja vista que após virá a conclusão e as referências. Portanto, observou-se que o empresário consiste no sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), uma vez que a empresa consiste na atividade econômica realizada pelo empresário. Ao empresário, cabe o registro público da empresa mercantil (incluindo-se a escrituração dos empresários, a definição do nome empresarial e a organização do estabelecimento empresarial).

Tomando por base a sociedade empresarial suposta, a "Henriques e Giacomini Panificadora", o empresário é a sociedade em si, a empresa é a produção e o comércio de pães, enquanto o estabelecimento empresarial consiste nos meios utilizados para o fabrico e venda, associados ao nome empresarial, fantasia, ponto, etc. – já abordados anteriormente.

Portanto, de posse das informações já repassadas, pode-se elucidar que o estabelecimento empresarial é passível de consistir em objeto de negociações. Negociações estas que são realizadas por meio do contrato de trespasse, o qual possui a função de transferir o estabelecimento empresarial de um empresário, ou sociedade empresária, a outro(a), como abordado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3 – O TRESPASSE EMPRESARIAL COM ENFOQUE À CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Antes de adentrar no tema da cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse, torna-se primordial compreender do que se trata o trespasse e o que a lei prevê sobre ele.

Portanto, é importante citar que o art. 1.143 do Código Civil prevê que o estabelecimento empresarial consiste em instrumento de direitos e negócios jurídicos translativos e constitutivos e, portanto, é passível de alteração de titularidade, a qual é denominada de trespasse ou traspasse.

Mais especificamente, assim disciplina o referido artigo: "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" (BRASIL, 2002).

O Código, portanto, refere-se à possibilidade de o estabelecimento empresarial ser negociado em sua totalidade, como universalidade de fato.

Lícito ressaltar o que Pimentel (2006) esclareceu ao afirmar que o trespasse não consiste na cessão de quotas sociais de uma sociedade limitada e nem de ações de uma sociedade anônima, haja vista que nesse tipo de negociação o estabelecimento continua como propriedade da mesma pessoa jurídica, porém, a qual passa a ser composta por novos sócios. Já no caso do trespasse, o estabelecimento empresarial passará a constituir o patrimônio de outra pessoa, mudando de titular.

Não que o estabelecimento não possa ser negociado de forma singular, como possibilita o parágrafo único do art. 90[7] do Código Civil, mas como a abordagem deste trabalho recai sobre o contrato de trespasse, interessa aqui a contextualização da negociação do estabelecimento de forma unitária, a qual caracteriza o contrato oneroso de transferência do estabelecimento empresarial.

Dadas as considerações iniciais, e relembrando que o trespasse trata da transferência do estabelecimento empresarial de um empresário ou sociedade empresária a outro(a), pertinente citar o disposto pelo art. 1.144 do Código Civil, que disciplina:

---

[7] "Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.
Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias" (BRASIL, 2002).

> Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial (BRASIL, 2002).

Portanto, o contrato só apresentará eficácia para terceiros quando for registrado na Junta Comercial e publicado oficialmente. Malta (2014) considera importante essa condição estabelecida pelo legislador, por possibilitar que outros interessados no negócio possam ficar cientes da ocorrência e, em caso de necessidade, tenham oportunidade de impugná-la caso percebam alguma irregularidade.

Não obstante, a eficácia do trespasse está associada a alguns fatores que o Código Civil traz à baila em seu art. 1.145:

> Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação (BRASIL, 2002).

Isto posto, o empresário ou sociedade empresária que está desfazendo-se de seu estabelecimento empresarial deve, obrigatoriamente, permanecer com seus bens livres para que possa quitar suas dívidas com credores existentes à época do trespasse. Caso contrário, Ramos (2014) esclarece que a ocorrência só terá eficácia após o pagamento dos mesmos, ou por meio de seu consentimento expresso ou tácito, o qual torna-se material após trinta dias da notificação *in albis* – que é obrigatória ao empresário a todos os credores.

Lícito esclarecer que a Lei nº. 11.101/2005 torna a desobediência a esse quesito uma representação de falência, em seu art. 94, III, c:

> Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: [...]
> III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: [...]
> c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo (BRASIL, 2005).

Portanto, o empresário ou a sociedade empresária que tem o objetivo de desfazer-se de seu estabelecimento empresarial precisa conservar bens que solvam suas dívidas com os credores ou obter destes o consentimento para proceder a negociação sem nenhum impedimento.

Feito de maneira regular, com respeito a todas as disposições legais estabelecidas pelos arts. 1.144 e 1.145 do Código Civil, o trespasse também é disciplinado quanto aos seus efeitos de negociação, dentre eles, a sucessão empresarial e a cláusula de não concorrência, os quais serão analisados nos tópicos a seguir.

3.1 A Sucessão Empresarial

A sucessão empresarial trata do estabelecimento do repasse e manutenção das obrigações para adquirente e alienante.

Como descrito por Pimentel (2006), ao se efetivar o trespasse, o novo proprietário do estabelecimento empresarial torna-se responsável pelos débitos anteriores à ocorrência, desde que estes estejam adequadamente registrados nos livros do alienante. Entretanto, o empresário que está desfazendo de seu estabelecimento, segundo o disposto no art. 1.146 do Código Civil[8], permanece solidário com o novo titular pelo período de um ano – o qual é contabilizado a partir da publicação de transferência em imprensa oficial – para os débitos vencidos, ou das respectivas datas de vencimentos para os débitos a vencer.

Para melhor explicitar, cita-se que para uma dívida vencida, a contabilização do período de um ano - prazo de solidariedade do alienante – inicia-se a partir da publicação do contrato de trespasse na imprensa oficial; já nos casos em que a dívida só vier a vencer após seis meses da referida publicação, por exemplo, apenas após transcorridos esses seis meses é que o prazo de um ano começa a fluir. Quando, então, passar esse período de um ano, aí sim terminará o prazo de solidariedade passiva do alienante referente a essa dívida.

É lícito informar que Malta (2014) inferiu que a sucessão obrigacional disciplinada pelo art. 1.146 do Código Civil só cabe às dívidas negociais do empresário ou da sociedade empresária que são oriundas de relações estabelecidas para o exercício da empresa, não aplicando-se às dívidas tributárias e trabalhistas, as quais são regidas por legislação específica

[8] "O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento" (BRASIL, 2002).

de sucessão tributária e sucessão trabalhista (art. 133 do Código Tributário Nacional[9] e art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho[10]), respectivamente.

Ademais, após o registro de transferência na Junta Comercial, os devedores devem pagar ao adquirente do estabelecimento, conforme determina o art. 1.149 do Código Civil:

> Art. 1.149. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente (BRASIL, 2002).

Isto posto, tem-se que o devedor que pagar de boa-fé ao antigo titular do estabelecimento ficará livre de responsabilidade pela dívida, cabendo ao novo titular cobrar do alienante, uma vez que o mesmo recebeu os pagamentos de forma indevida pois já havia realizado a transferência de seus créditos no momento em que efetivou o trespasse.

Dadas as observações principais da sucessão empresarial realizadas à luz do Código Civil de 2002, é importante esclarecer que a Lei nº. 11.101/2005, que trata da legislação falimentar no Brasil, foi citada por Ramos (2014) por ter estabelecido importante inovação ao determinar que a alienação de estabelecimento empresarial realizada em processo de falência ou recuperação judicial não é passível de acarretar ônus ao adquirente, ficando este livre da responsabilidade por dívidas anteriores ao trespasse, incluindo-se as tributárias e trabalhistas.

Para os casos de alienação, tem-se o estabelecido pelo art. 141, II, da referida Lei:

---

[9] "Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:
I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;
II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.
§1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:
I – em processo de falência;
II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.
§2º Não se aplica o disposto no § 1o deste artigo quando o adquirente for:
I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;
II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou
III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.
§3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário" (BRASIL, 1966).

[10] "Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados" (BRASIL, 1943).

> Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: [...]
> II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho (BRASIL, 2005).

Já para os casos de recuperação judicial, tal disposição está inserida no art. 60, parágrafo único, da Lei nº. 11.105/2005:

> Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.
> Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1o do art. 141 desta Lei (BRASIL, 2005).

A inovação trazida à baila pela Lei nº. 11.101/2005, a Lei de Recuperação de Empresas, foi consideravelmente benéfica ao mercado empresarial, haja vista que tornou mais atrativa a aquisição de estabelecimentos cujos empresários ou sociedades empresárias encontram-se em processo de falência ou recuperação judicial, fazendo jus, de forma louvável, ao princípio de preservação da empresa.

3.2 A Cláusula de Não Concorrência

Conhecidos o conceito do trespasse, bem como o estabelecido acerca da sucessão empresarial, parte-se, neste momento, para a abordagem da cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse, a qual consiste no objetivo maior deste trabalho.

De forma generalista, é importante elucidar as informações de Pimentel (2006, p. 58), para quem:

> A concorrência é algo que acompanha o exercício da atividade mercantil desde seus primórdios. Trata-se de uma característica inerente à atividade empresarial, que tem o lucro como seu objetivo maior. Regularmente praticada, beneficia tanto o consumidor, que tende a adquirir produtos e serviços por preços mais baratos, como o empresário, que poderá maximizar a oferta de bens e serviços.

Isto posto, entende-se a importância que a concorrência tem para o mercado empresarial e consumidor, haja vista os inúmeros benefícios oriundos da mesma para ambos os interessados nas negociações, a saber, o consumidor e o empresário.

O próprio constituinte não se esqueceu de inserir a concorrência na Constituição Federal de 1988, a qual dispõe em seu art. 170, IV:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]
> IV - livre concorrência (BRASIL, 1988).

Portanto, a própria Carta Magna estabelece que a livre concorrência consiste em um dos princípios que regem a atividade econômica no Brasil. Entretanto, ainda que a concorrência apresente benefícios tanto para o consumidor quanto para o empresário, ela também pode ocasionar a insatisfação de ambos quando realizada de forma desleal.

E é nesse contexto, de repressão à concorrência desleal, que existem na legislação algumas limitações impostas a alguns setores, dentre eles, o do mercado empresarial, que é interesse deste trabalho.

Especificamente para os contratos de trespasse, o Código Civil de 2002 estipulou, em seu art. 1.147, a não concorrência do alienante com o adquirente, como segue: "Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência" (BRASIL, 2002).

Vê-se, portanto, o legislador tratando da cláusula de não concorrência – também denominada na doutrina como cláusula de não restabelecimento ou cláusula de interdição da concorrência –, de forma a assegurar, segundo Marcelo Andrade Féres (2010), que o adquirente não venha a sofrer prejuízos oriundos da concorrência realizada pelo alienante – que aqui é tida como desleal, e tem-se explicação para tal entendimento.

A justificativa para o estabelecimento da não concorrência pelo alienante se deve ao fato de o mesmo possuir conhecimento do público que permeia o estabelecimento empresarial do qual acabara de se desfazer. Dessa forma, Ramos (2014) explicita que, caso o alienante decidisse por constituir-se empresário com um estabelecimento próximo ao qual se desfizera, poderia, de forma facilitada, desviar a clientela para seu novo estabelecimento, haja vista as vantagens que o conhecimento dos consumidores e dos métodos de consumo daquela região poderia lhe trazer.

Pimentel (2006) informou que nos casos de arrendamento ou usufruto do estabelecimento a proibição da concorrência se estende ao prazo de validade do contrato, e não ao estabelecido por cinco anos, conforme disposto no parágrafo único do art. 1.147 do Código Civil. Além disso, o autor entende que a proibição da não concorrência precisa ser compreendida em certo âmbito territorial, o qual está associado ao local onde se situe o estabelecimento empresarial.

Ademais, infere-se com a leitura do art. 1.147 que, ainda que o contrato do trespasse não possua uma cláusula específica sobre a não concorrência, é vedado ao alienante a realização da concorrência, uma vez que isso encontra-se disposto no referido artigo do Código Civil (PIMENTEL, 2006; RAMOS, 2014). Não obstante, estar-se-á tratando aqui da aplicação do princípio de boa-fé objetiva nas relações contratuais, o qual, ainda que o Código Civil não disciplinasse a não concorrência, por si só já estipularia tal feito.

Esse é o entendimento que se tem inicialmente neste trabalho, mas sobre essa visão é importante citar Ramos (2014), para quem o estabelecimento do art. 1.147 no Código Civil não é inócuo. O autor entende, e explicita, que a cláusula geral de boa-fé contratual (art. 422) associa-se às fases de negociação, conclusão e execução contratual, não mencionando o período pós-contratual – que seria exatamente o período no qual se estabelece a não concorrência.

Visto sob esse prisma, pode-se considerar que o art. 1.147 do Código Civil possui a finalidade de dar extensão ao princípio da boa-fé objetiva ao período que procede a efetivação do contrato de trespasse, buscando assegurar ao adquirente a completa fruição do estabelecimento adquirido, pois, conforme descrito por Ramos (2014, p. 121):

> Com efeito, o adquirente do estabelecimento empresarial tem em vista a clientela do alienante, razão pela qual o restabelecimento deste, na medida em que pode, claramente, desviar essa clientela, que tende a segui-lo, configura ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, no âmbito da qual se inclui a legítima expectativa do adquirente de "herdar" a clientela atrelada ao estabelecimento empresarial por ele adquirido.

Portanto, tem-se justificada, dessa forma, a caracterização de concorrência desleal em casos nos quais o alienante realize concorrência direta ao adquirente em seu antigo estabelecimento empresarial.

Obviamente, a Lei não estabelece empecilho para que as partes estipulem no contrato de trespasse o restabelecimento do alienante quando o desejar, ou ainda, que estabeleça um prazo menor que o previsto legalmente para tal.

A esse respeito, Ramos (2014) cita que o art. 1.147 do Código Civil tem a finalidade de coibir a concorrência desleal, caracterizada pelo desvio de clientela, e não o restabelecimento do alienante. Portanto, desde que não haja o referido desvio, não incide proibição.

Isto posto, ainda que se tenha observado o dispositivo legal sobre a cláusula de não concorrência sob o âmbito do Direito Empresarial – o qual a justifica –, é válido discorrer que o Direito Concorrencial a vislumbra com bastante cautela, principalmente considerando a autoridade antitruste no Brasil, a saber, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

De início, o Direito Concorrencial aceita as cláusulas de não concorrência, porém, como trata-se de disposição contratual que impossibilita a concorrência entre entes econômicos, há pressupostos estabelecidos pelo CADE. Portanto, para que sejam válidas sob a visão deste órgão, as cláusulas de não concorrência devem ter caráter de acessoriedade (medidas acessórias ao negócio central) e instrumentalidade (garantam a viabilidade negocial), e que estejam submetidas a critérios mínimos fixados pelo CADE, principalmente associados a limites material, territorial e temporal da cláusula.

Nesse diapasão, Ramos (2014) afirma ser muito comum que o CADE restrinja especificamente a abrangência territorial em cláusulas de não concorrência, solicitando mudanças no contrato para que haja adequação aos seus parâmetros. Entretanto, o mesmo autor entende que o referido Conselho não pode intervir nos contratos firmados entre agentes econômicos de forma a determinar a alteração de cláusulas que julga restringirem a concorrência, pois, dessa forma, está solucionando uma questão que associa uma tensão entre os princípios da autonomia da vontade e da livre concorrência.

Porquanto trata-se da autonomia da vontade[11], que estabelece que as partes possuem liberdade de contratar (efetivar ou não um contrato) e liberdade contratual (produzir de forma livre o conteúdo do contrato), contrapondo-se à livre concorrência, que assegura ao Estado o poder de intervir em relações jurídicas privadas no intuito de garantir sua observância.

Entretanto, levando em consideração a própria legislação antitruste brasileira, Ramos (2014) constata que a intervenção do CADE só se torna legítima quando a inserção da cláusula de não concorrência inserida no contrato de trespasse ocasionar danos, efetivos ou potenciais, à livre concorrência. Portanto, conclui:

[11] Nos termos do Art. 421 do Código Civil, que dispõe: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (BRASIL, 2002).

> [...] que as cláusulas de não concorrência, do ponto de vista do direito empresarial, são estipulações contratuais legítimas e justificáveis, porque se destinam a proteger o adquirente de estabelecimento empresarial (fundo de comércio) contra um possível desvio de clientela. O Estado não deveria interferir em tais negociações, em respeito à autonomia da vontade que preside os contratos entre empresários (RAMOS, 2014, p. 127).

Isto posto, infere-se que, sob o âmbito do Direito Empresarial – cujo enfoque deste trabalho está associado a ele – a cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse são benéficas no que tange à garantia da não ocorrência de concorrência desleal por parte dos alienantes.

Portanto, faz-se necessário elucidar os elementos de interdição da concorrência que são interessantes de serem inseridos nas cláusulas de não concorrência em contratos de trespasse empresarial, o que se pretende adiante.

3.3.1 Dos Elementos de Interdição da Concorrência

Uma vez que o contrato de trespasse é, como visto, implicitamente dotado de cláusula de não concorrência segundo o estabelecido no Código Civil de 2002, entende-se que sua inserção expressa nos referidos contratos pode auxiliar no estabelecimento das regras associadas a essa não concorrência.

Por isso, recomenda-se a elaboração da respectiva cláusula da forma mais completa possível, sendo indicado por Feres (2010) a inserção dos elementos: 1) temporal; 2) espacial, 3) pessoal, e; 4) material.

O elemento temporal trata do tempo em que o alienante ficará impedido de realizar a concorrência (FÉRES, 2010). Apesar de estabelecido no art. 1.147 do Código Civil (cinco anos), deve ser inserido na cláusula, principalmente em casos nos quais se deseja estipular um período distinto do estabelecido no referido artigo.

Já o elemento espacial trata da limitação geográfica de eficácia do impedimento de concorrência (FÉRES, 2010). Este sim, um elemento que deve ser criteriosamente acertado entre as partes, visando assegurar a idoneidade do estabelecimento como tal.

Ramos (2014) faz importantes questionamentos relacionados a esse elemento, que são válidos e legítimos, mesmo quando da não inserção expressa da cláusula no contrato:

> Afinal, qual seria o limite geográfico de atuação do alienante? A proibição de se restabelecer é ampla ou restrita quanto a esse aspecto? Poderia o alienante se restabelecer em outro Estado?
> Parece-nos que a resposta a essas indagações não pode ser resolvida, a priori, por meio de uma afirmação genérica que valha para qualquer situação. Caberá ao julgador, analisando as circunstâncias fáticas do caso concreto, verificar se o eventual restabelecimento do alienante configura, de fato, concorrência ao adquirente; e, ainda, se essa concorrência está, de fato, provocando um desvio de clientela prejudicial ao adquirente (RAMOS, 2014, p. 122).

Portanto, infere-se que o quesito teleológico de interpretação para o elemento espacial é muito importante, com vistas ao não cometimento de excessos. Então, indica-se, aqui, que a inserção deste elemento seja criteriosamente debatida entre as partes negociantes com vistas à obtenção de um consenso.

O elemento pessoal refere-se, inicialmente, das partes que estão realizando o trespasse; porém, seria interessante que se abrangessem algumas outras pessoas à não concorrência como, por exemplo, cônjuges e filhos dos negociantes. Não obstante, Feres (2010) citou que, incidindo a cláusula de não concorrência sobre um negócio concreto, deve ela ser interpretada em atenção ao princípio da proporcionalidade, pois se encontram em conflito valores de teor constitucional.

Assim sendo, ressalta-se que o impedimento de concorrência se limita à livre iniciativa do empresário que aliena o estabelecimento, não suprimindo na totalidade qualquer possibilidade de atuação econômica do interessado, sob pena de ingressar na seara da inconstitucionalidade (FÉRES, 2010).

Tem-se, portanto, o elemento material, o qual deve também ser inserido na cláusula de não concorrência. Não se pode estabelecer que um indivíduo que possui dois estabelecimentos empresariais em uma mesma região, mas está alienando apenas um deles, precise desfazer de seu outro negócio por não poder concorrer com aquele que é fruto de negociação. Portanto, importante descriminar que, nesse caso, por exemplo, é excetuado da cláusula o estabelecimento já existente e que continuará na posse daquele que aliena no trespasse.

CONCLUSÃO

Nos dias de hoje, a permanência de empresas no mercado empresarial está bastante dificultada, tendo em vista o aumento gradativo da competitividade que acomete o setor. Portanto, muitos empresários ou sociedades empresariais acabam por decidirem se desfazerem de seus estabelecimentos empresariais pelos mais variados motivos particulares, dentre os quais, aposentar-se, desistência, necessidades financeiras, entre outras. Assim, os estabelecimentos empresariais tornam-se objeto de negociação com o objetivo de transferência de sua titularidade; objetos do trespasse.

Como visto anteriormente, para a realização eficaz do trespasse é necessário o cumprimento de algumas burocracias impostas legalmente, tanto ao alienante, quanto ao adquirente. Não obstante, após a transferência oficial da titularidade empresarial, ambas as partes signatárias possuem deveres e obrigações estabelecidas pelo Código Civil de 2002, as quais relacionam-se aos créditos e débitos do estabelecimento empresarial, bem como ao impedimento de o alienante fazer concorrência com o adquirente.

O estabelecimento da não concorrência está previsto no art. 1.147 do Código Civil, pelo prazo de cinco anos a contar da publicação oficial do trespasse, tratando-se de uma imposição comum e implícita a qualquer transferência de titularidade empresarial. Tal tutela possui o objetivo de preservar a clientela sob a égide do adquirente do estabelecimento. Portanto, não se trata de impedir que o alienante se restabeleça empresarialmente, apenas que não realize concorrência desleal com o empresário ou sociedade empresária que está adquirindo a titularidade de seu negócio.

Importante retomar aqui, as questões-problemas que foram apresentadas na introdução deste trabalho e que deram subsídio para a construção do objetivo do mesmo, quais sejam: Há a necessidade de inserir cláusula específica de não concorrência nos contratos de trespasse? E, no caso da inserção, de que forma deve-se confeccionar a referida cláusula?

Portanto, após a realização da revisão literária e da análise da legislação pertinente, pode-se responder à primeira questão de forma negativa, pois não há a necessidade de inserir a cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse, uma vez que o Código Civil estipula a obrigação de não concorrência ao alienante do estabelecimento. Entretanto, ainda que não seja obrigatória a inclusão da cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse, adquirente e alienante podem acordar em inclui-la.

Portanto, respondendo à segunda questão-problema, cita-se que nos casos em que as partes signatárias decidam pela inserção da cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse, indica-se a discriminação dos elementos temporal, espacial, pessoal e material. Acredita-se que tais elementos podem auxiliar na compreensão dos direitos e deveres do alienante e do adquirente, pois os mesmos podem acordar e registrar o acordo feito entre si.

De toda forma, após realizar este estudo acerca do tema, ressalta-se o entendimento da importância da inserção da cláusula de não concorrência aos contratos de trespasse com vistas a melhor estabelecerem, adquirente e alienante, os elementos que permeiam a proibição da concorrência por parte do alienante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Casa Civil, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO – DNRC. Instrução Normativa DNRC nº 116, de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre a formação do nome empresarial, sua proteção e dá outras providências. Brasília: DNRC, 2011. Disponível em: < http://www.normaslegais.com.br/legislacao/in-dnrc-116-2011.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Casa Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Casa Civil, 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

_____. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília: Casa Civil, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Casa Civil, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

_____. **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994**. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Casa Civil, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BULGARELLI, W. **Tratado de Direito Empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FERES, M. A. A cláusula (legal) de interdição da concorrência no trespasse do estabelecimento empresarial. **Rev Bras Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 137-158, jul./dez. 2010.

MALTA, F. M. C. **O novo Direito Empresarial brasileiro**: uma breve análise dos aspectos mais importantes constantes nos dispositivos do Código Civil. Olhares Plurais – Revista Eletrônica Multidisciplinar, v. 1, n. 10, p. 46-61, 2014. Disponível em: <http://revista.seune.edu.br/index.php/op/article/view/111/pdf_87>. Acesso em: 10 fev. 2015.

PIMENTEL, C. B. **Direito Comercial**: teoria e questões comentadas. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

RAMOS, A. L. S. **Direito Empresarial Esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Fonrense; São Paulo: Método, 2014.

REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOMAZ, R. E. **Limites e possibilidades do diálogo entre o Direito Comercial e o Direito Empresarial**. 2006. 136 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica, Itajaí, 2006.