

O CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL NO ÂMBITO DA TRANSFERÊNCIA DO ESTABELECIMENTO

Maurício Andere von Bruck Lacerda¹

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar os reflexos da transferência do estabelecimento sobre o contrato de locação do imóvel no qual este se situa. Após a contextualização do tratamento legal conferido ao estabelecimento, são apresentados os principais argumentos – da doutrina e da jurisprudência – que fundamentam o posicionamento atualmente prevalente, segundo o qual é necessária a anuência prévia do locador para a continuidade da relação locatícia perante o adquirente do estabelecimento. Em seguida, partindo-se da confrontação dos dispositivos legais pertinentes, propõe-se uma abordagem distinta, capaz de melhor atender aos princípios que norteiam o direito pátrio e de conciliar os interesses envolvidos.

INTRODUÇÃO



propósito do presente estudo é proporcionar uma reflexão acerca de tema polêmico relativo à transferência do estabelecimento empresarial, em especial no que se refere aos reflexos sobre o contrato de locação do imóvel no qual este se situa.

Nesse contexto, serão analisados os dispositivos legais atinentes à matéria, no âmbito da Lei 10.406, de 10 de janeiro

¹ Professor de direito civil e empresarial em cursos de graduação e de pós-graduação em Direito. Mestre em ciências jurídico-empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal) e Advogado (Advocacia Von Bruck Lacerda).

de 2002 (Código Civil Brasileiro – CC) e da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato - LI), iniciando-se pelas contribuições do CC no que concerne ao tratamento específico conferido ao “estabelecimento”, suas principais características e as consequências de sua transferência. Após, será apresentado o posicionamento atual conferido ao tema pelos tribunais pátrios² e pela doutrina especializada.

Em seguida, partindo-se da confrontação dos dispositivos legais pertinentes, propõe-se uma abordagem distinta – do entendimento atualmente predominante – à matéria, capaz de melhor atender aos princípios que norteiam o direito pátrio e de conciliar os interesses envolvidos.

1. O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E A IMPORTÂNCIA DO “PONTO COMERCIAL”

O estabelecimento empresarial³ entendido como “todo complexo de bens organizado⁴, para exercício da empresa, por

² Optou-se por focar a pesquisa jurisprudencial perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, que concentra o maior número de demandas na jurisdição brasileira e perante o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da interpretação das leis federais em âmbito nacional.

³ Também designado pela doutrina pátria por “fundo de comércio”, como consequência da influência francesa (*fonds de commerce*) ou, antes do advento da “Teoria da Empresa” pelo CC/02, simplesmente por “estabelecimento comercial”. Consigna-se, contudo, conforme salienta GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa* (Comentários aos arts. 966 a 1.195 do CC). 4ª edição. São Paulo: RT, 2012, p. 612, que modernamente a expressão “fundo de comércio” tem sido empregada para referir-se ao “goodwill”, ou seja, ao aviamento do estabelecimento e que com este não se confunde.

⁴ Nesse sentido, vale ressaltar que nem todo o bem que componha o “patrimônio” do empresário caracteriza-se como elemento de seu “fundo de comércio”, pois pode ser de propriedade do empresário e não estar ‘afetado’ para o exercício da empresa. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. (atualiz. Rubens Edmundo Requião). 1º volume. 31ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2012, p. 350 e GONÇALVES NETO, obra citada, 613).

empresário, ou por sociedade empresária” goza, desde 2002, de especial proteção da lei, por constituir-se como importante instrumento da atividade empresarial, formando a denominada “base física da empresa”⁵. Embora leis anteriores já tivessem tratado, incidentalmente, do estabelecimento no direito pátrio⁶ o Código Civil (CC - Lei 10.406), sob a influência do direito italiano⁷, introduziu um “Título” específico, que apresenta um único capítulo, denominado “Do Estabelecimento”, no “Livro II”, dedicado ao “Direito de Empresa”, que abrange os artigos 1.142 ao 1.149 de referido diploma legal, contribuindo de forma decisiva para estabelecer uma noção mais consolidada a respeito de suas principais características, sistematizando-o e fixando regras gerais a respeito dos direitos e negócios jurídicos que o envolvem.

Não obstante as discussões acerca da natureza jurídica do estabelecimento na realidade brasileira e mundial⁸, em especial no que se refere ao enquadramento como “universalidade de fato”⁹ ou como “universalidade de direito”¹⁰, é inequívoca a

Além disso, segundo REQUIÃO, obra citada, p. 351 nem todo “elemento de empresa”, ou seja, outros elementos caracterizadores da organização da atividade econômica pelo empresário compõem o “estabelecimento”. Veja-se, por exemplo, os contratos de trabalho, de representação comercial, dentre outros.

⁵ Nesse sentido, REQUIÃO, obra citada, p. 336. Embora emblemática, tal expressão merece ressalvas, uma vez que o estabelecimento pode ser composto por elementos ‘imateriais’, os quais não podem ser considerados propriamente ‘físicos’.

⁶ Ver, dentre outras, Decreto 24.150 (Lei de Luvas) art. 3º; DL 7.661/45 (Antiga lei de falência) art. 2º, V e 52, VIII; Código de Processo Civil, artigos 677, 678 e 716 e ss.

⁷ Inspirado na obra de FILHO, Oscar Barreto. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 1988.

⁸ Por todos, ver BARRETO FILHO, obra citada, p. 77 e ss.

⁹ A respeito da corrente que defende tratar-se de uma “universalidade de fato” ver, dentre outros, BARRETO FILHO, obra citada, 107/109; REQUIÃO, obra citada, p. 336 e ss.; SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *Estabelecimento, uma universalidade de fato o de direito?* Revista do advo-

sua importância para o exercício da empresa.

Diante do conteúdo genérico da norma do artigo 1.142

gado – AASP, nº 71, Agosto de 2003, Ano XXIII, p. 73/79 o qual caracteriza o estabelecimento como uma “universalidade de fato”, por decorrer da vontade/intenção do seu instituidor, o qual pode modificá-lo livremente, enquanto que as “universalidades de direito” decorrem do texto da lei, concluindo que “Não é portanto o fato do estabelecimento haver sido reconhecido pela lei como uma universalidade, que o transforma em uma universalidade de direito. Continua sendo, tal como já concebido na doutrina, uma universalidade de fato”.

¹⁰ Em sentido contrário, tratando-o como uma “universalidade de direito” DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Parte Geral*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158, que destaca o estabelecimento empresarial como exemplo de “universalidade de direito”, complementando em DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Empresa*. 2ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 684/685 tratar-se de “universalidade de direito ‘sui generis’”, por não ter capacidade processual, nem ser sujeito de direito, rechaçando a configuração de uma “universalidade de fato”. Destaca-se o posicionamento de ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral - Introdução. As pessoas. Os bens*. Vol.1. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2010, p. 305/306, que após ressaltar tratar-se de tema polêmico também na realidade portuguesa considera, em sentido restrito, o estabelecimento como uma universalidade de fato, “em que se atende apenas ao conjunto de bens que servem a empresa”, mas reconhece que o estabelecimento também pode ser um acervo de direitos e, portanto, enquadrar-se como uma universalidade de direito. O mesmo autor, conclui seu entendimento no terceiro volume da mesma obra *Teoria Geral - Relações e situações jurídicas*. Vol.3. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2010, p.108 (vol.3), onde se aproxima à corrente que o enquadra como uma “universalidade de direito” nos seguintes termos, “O estabelecimento como universalidade de direito é um complexo de situações jurídicas cujo núcleo se encontra necessariamente no próprio direito ao estabelecimento como universalidade de fato.” No direito brasileiro, destaca-se o posicionamento de GONÇALVES NETO, obra citada, p. 622/624 que se aproxima deste entendimento, concluindo que, atualmente, deva prevalecer a ideia de tratar-se de uma universalidade de direito. Registra-se, ainda, o posicionamento de MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado – parte geral*. Tomo V. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 366/367 que considera a “empêsa”, referindo-se, ao que parece, ao estabelecimento, como universalidade de direito.

CC, que faz menção ao “complexo de bens” que compõe o estabelecimento, reconhece-se o seu caráter dinâmico, capaz de abranger tanto elementos corpóreos, quanto incorpóreos¹¹, sejam eles tradicionais, como o maquinário, os equipamentos, os utensílios, as instalações, as mercadorias (estoque), matérias-primas, o título do estabelecimento e sua insígnia, o “ponto comercial”; sejam elementos mais modernos, como o nome de domínio¹², determinados “softwares”, dentre outros. O que importa é que referidos elementos são reunidos pelo empresário, que os destina ao exercício da empresa, atribuindo-lhes, portanto, a condição de “unidade econômica” dotada de “aptidão funcional”¹³. Por tal razão, a lei confere a possibilidade desta “unidade”, estabelecimento, ser “objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos”, nos termos do que preceitua o artigo 1.143 CC. Ressalta-se, contudo, que embora unidos para uma finalidade comum, caracterizando-se como um “novo” bem incorpóreo criado pelo empresário com a harmonização dos bens que reuniu para formá-lo, visando ao exercício de sua atividade profissional¹⁴, referidos bens não perdem sua natureza individual, podendo, inclusive serem “separados” ou “dispersados” a critério de seu titular¹⁵.

¹¹ Vale registrar que a doutrina diverge a respeito da inclusão ou não de alguns bens e direitos como componentes do estabelecimento. Por exemplo, enquanto BARRETO FILHO, obra citada, p.155, sob a égide da lei anterior, inclui os imóveis e exclui (p.154 e 228/229) as dívidas (posições passivas) como componente do estabelecimento; REQUIÃO, obra citada, p. 349 e ss., por sua vez, entende que os imóveis não compõem o estabelecimento.

¹² Cf. enunciado nº 7, aprovado na 1ª Jornada de Direito Comercial, nos seguintes termos: “O nome de domínio integra o estabelecimento empresarial como bem incorpóreo para todos os fins de direito.”

¹³ GONÇALVES NETO, obra citada, p. 624.

¹⁴ GONÇALVES NETO, obra citada, p. 625. ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva Editora, 1947, p. 209 discorda de tratar-se de um novo bem.

¹⁵ Conforme defendem REQUIÃO, obra citada, p. 339 e BARRETO FILHO, obra citada, p. 211.

Atendendo ao escopo do presente estudo, faz-se imperioso dedicar maior atenção a um destes elementos incorpóreos componentes do estabelecimento, designado por “ponto comercial”, que se caracteriza pelo direito ao lugar no qual se situa o estabelecimento¹⁶ e que não se confunde com o “imóvel” no qual este se situa e que, por sua vez, pode, ou não, ser de propriedade do titular do estabelecimento¹⁷. Nesse sentido, verifica-se que referido direito, de titularidade do empresário – incluindo-se como possíveis titulares a sociedade empresária e também a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) – pode incidir sobre imóvel de propriedade do empresário ou de terceiro, com o qual o empresário mantenha uma relação de direito real ou pessoal. Ou seja, pode decorrer, por exemplo, de um contrato de locação ou de comodato, ou, ainda, de um direito real de superfície ou de usufruto. Salienta-se, portanto, que independentemente da relação jurídica que lhe dá causa e de eventuais garantias que decorram de referida relação, o “direito ao lugar do estabelecimento” representa um dos principais componentes do estabelecimento empresarial.

Em decorrência de tais características, relacionadas a outras variantes de diversas naturezas¹⁸, o “ponto comercial” agrega mais ou menos valor econômico e goza de maior ou menor proteção da lei¹⁹. Por tais razões, por exemplo, é que – em algumas situações e respeitados determinados requisitos

¹⁶ Conforme GONÇALVES NETO, obra citada, p.615. Ver também BARRETO FILHO, obra citada, p. 142 e 158/159 que reconhece o ponto como elemento imaterial da “fazenda mercantil”.

¹⁷ Conforme REQUIÃO, obra citada, p. 351 e GONÇALVES NETO, obra citada, p. 616.

¹⁸ Tais como a atividade econômica a ser desenvolvida, os atributos subjetivos do empresário, o tempo de existência da empresa, dentre outros.

¹⁹ Cumpre destacar que, por vezes, determinada atividade econômica pode prescindir de um local determinado para o seu desenvolvimento, mas isto não significa que inexistam o “ponto comercial”, conforme destaca GONÇALVES NETO, obra citada, p. 616.

legais – confere-se ao locatário de imóvel para fins não residenciais, o direito de renovar compulsoriamente o contrato de locação do imóvel no qual se situa o seu estabelecimento²⁰.

Ressalva-se, por fim, que embora o “ponto comercial” esteja, na maioria dos casos, intimamente ligado à organização funcional do estabelecimento e ao seu potencial de arremeter clientela e de geração de lucro em favor do empresário, não é possível limitá-lo ou confundi-lo com uma qualidade pertencente ao estabelecimento, à qual se confere o nome de “aviamento”²¹. Este último representa verdadeiro atributo ou “valor” do estabelecimento que decorre da agregação de fatores de natureza subjetiva e objetiva – que não guardam, necessariamente, relação com o lugar no qual se situa o estabelecimento – e cuja organização peculiar também se mostra relevante para o sucesso da empresa.

Por tais razões é que, ainda sob a égide do código civil de 1916 e da regulamentação anterior acerca dos contratos de locação, já se destacava a relevância do “lugar do estabelecimento” para o desenvolvimento da atividade empresarial, defendendo-se a continuidade do contrato de locação do imóvel, como fator relevante para que a transferência do estabelecimento lograsse seu objetivo²². Nessa esteira, passa-se a analisar algumas particularidades a respeito do contrato de trespasse, em especial no que se refere ao inovador tratamento conferido

²⁰ Ver artigo 51 LI, que será oportunamente analisado. Sobre as suas principais características e requisitos, ver COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial – Direito de empresa*. Vol.1. 15ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2011, p. 119/128.

²¹ Conforme BARRETO FILHO, obra citada, p.169 “o aviamento é, portanto, o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento ‘in concreto’ a aptidão de produzir lucros.” Ver também COELHO, obra citada, p. 113/114 onde ressalta que o “aviamento” ou “fundo de empresa” é o “sobrevvalor nascido da atividade organizacional do empresário.” E que não se confunde com o próprio “estabelecimento”, do qual é um atributo.

²² BARRETO FILHO, obra citada, p. 212 e 228.

à matéria pelo CC/02 e suas consequências.

2. O CONTRATO DE TRESPASSE E OS SEUS REFLXOS PERANTE TERCEIROS – O CONTRIBUTO DAS NORMAS DOS ARTIGOS 1.142, 1.143, 1.144 E 1.148 CC

A “universalidade” – de fato ou de direito – que materializa o estabelecimento, originando um bem incorpóreo distinto dos bens e direitos que o constituem, reflete, como visto, na possibilidade, conferida ao seu titular, de torná-lo objeto unitário de direitos e de negócios compatíveis com sua natureza, consoante se extrai das normas dos artigos 1.142 e 1.143 do CC.

Assim, o empresário, titular do estabelecimento, poderá celebrar, de forma autônoma e independente, negócios jurídicos que tenham por objeto justamente tal “universalidade”, a qual poderá ser, inclusive, objeto de disposição, preservando seu potencial produtivo e a capacidade econômica. Além disso, o empresário poderá, simplesmente, arrogar-se determinados direitos sobre tal estabelecimento, ainda que – se considerados individualmente – algum ou alguns destes bens e/ou direitos que o compõem não lhe pertençam²³.

Nesse contexto, portanto, poderá o empresário, dentre inúmeras possibilidades²⁴ que lhe são conferidas, transferir a titularidade do estabelecimento, por efeito de venda ou cessão, realizando o que se denomina na doutrina brasileira por tres-

²³ É o que ocorre, por exemplo, com o “ponto comercial”, que embora componha o estabelecimento, sendo de titularidade do empresário, pode situar-se em imóvel não pertencente ao titular do estabelecimento.

²⁴ O rol de possibilidades abrange tanto institutos de direito obrigacional (arrendamento, comodato), quanto de direito real (usufruto, garantia real), bem como atos *inter vivos* e *mortis causa*, sob a única condição de que os negócios sejam compatíveis com a natureza do estabelecimento. Ver GONÇALVES NETO, obra citada, 625/626.

passo ou “trespasse”²⁵.

Consigna-se, porém, que a transferência do estabelecimento comercial operacionalizada pelo contrato de trespasse não se confunde com a mera alienação, pelos sócios, de quotas da sociedade empresária, titular do estabelecimento, a qual decorre de operação levada a termo entre os titulares das participações sociais da sociedade ou entre estes e terceiros²⁶. Já o contrato trespasse opera a efetiva transferência de titularidade do estabelecimento de um empresário em favor de outro empresário. Nota-se que na transferência de quotas sociais não se verifica qualquer alteração subjetiva no âmbito da titularidade do estabelecimento, operando-se, simplesmente, alterações na composição e distribuição interna de poder capaz de influenciar nas deliberações da sociedade empresária que, por sua vez, continua a exercer a empresa, por meio do estabelecimento.

Nesse sentido, buscando tornar mais claras as regras relacionadas à transferência do estabelecimento, o CC/02 não apenas limitou-se a apresentar uma noção a respeito do estabelecimento, fixando suas principais características, como também inovou ao estabelecer parâmetros genéricos acerca do contrato de trespasse e ao fixar as principais características e consequências deste, em especial no que se refere aos contratos celebrados pelo alienante e aos créditos e débitos relativos ao estabelecimento transferido, a fim de orientar o intérprete na análise de tais questões, as quais se mostravam lacunosas sob a égide da lei anterior²⁷.

Independentemente da discussão a respeito de as relações jurídicas ativas e passivas constituídas pelo empresário, para a organização e exploração do estabelecimento, fazerem ou não

²⁵ Conforme BARRETO FILHO, obra citada, 208. Segundo MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial Brasileiro – empresa e atuação empresarial*. Vol. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 189 “chama-se trespasse a transferência onerosa do estabelecimento empresarial.”

²⁶ Ver COELHO, obra citada, p. 132/133.

²⁷ Conforme relata BARRETO FILHO, obra citada, 220 e ss.

parte do próprio estabelecimento²⁸ – retomando, em parte, a discussão sobre tratar-se o estabelecimento de universalidade “de fato” ou “de direito” – é certo que algumas destas relações são quase que “indissociáveis” do estabelecimento, sob pena de que eventual separação comprometa a estrutura e a organização funcional deste e os seus propósitos econômicos. Poder-se-ia destacar como exemplos de tais relações jurídicas – que apenas interessam e têm utilidade para o titular do estabelecimento – os contratos de trabalho e os contratos de seguro do estabelecimento e de responsabilidade ligados à exploração deste²⁹.

Assim, dada a importância de alguns contratos tidos como basilares para a preservação da “unidade” conferida pela lei ao estabelecimento, resolveu-se fixar, por meio das normas dos artigos 1.144 e 1.148 do CC, uma exceção ao regime geral das obrigações, especialmente no tocante aos efeitos jurídicos decorrentes do contrato de trespasse, sobre as obrigações assumidas, originariamente, pelo alienante perante terceiros³⁰.

O conteúdo da norma do artigo 1.148 CC estabelece, como regra geral para as hipóteses de transferência do estabelecimento – pois admite que as partes convençam em sentido contrário –, que nos contratos de trespasse, o adquirente subroga o alienante nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento empresarial, excetuados os contratos de cará-

²⁸ Ver BARRETO FILHO, obra citada, p. 221.

²⁹ Conforme BARRETO FILHO, obra citada, p. 222, destacando exemplos da lei francesa.

³⁰ “Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.”

“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.”

ter pessoal. Aos terceiros afetados por tal transferência, confere-se a possibilidade de, apenas por justa causa, rescindirem os respectivos contratos, no prazo de 90 (noventa) dias contados da publicação da transferência.

Seguindo a mesma lógica e a título complementar, o artigo 1.144 CC estabelece que o contrato de trespasse, celebrado entre o titular do estabelecimento comercial – alienante ou cedente – e o adquirente, ou cessionário, de referido estabelecimento, necessita ser averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, bem como precisa ser publicado na imprensa oficial, a fim de que esteja apto a produzir efeitos perante terceiros³¹.

Nota-se, portanto, que a “aptidão funcional” conferida ao estabelecimento empresarial teria sua importância bastante reduzida não fosse o conteúdo, complementar, das referidas normas que – ao afastarem a aplicação da regra geral expressa nos artigos 299 e ss.³² do CC, destinada a regular as obrigações em geral – se mostram capazes de tornar efetiva a referida “unidade funcional”, viabilizando a sua transferência – juntamente com os contratos necessários à sua exploração – de forma a não frustrar os objetivos perseguidos pelas partes e, principalmente, a integridade do próprio estabelecimento.

É, portanto, da essência dos contratos de trespasse, possibilitar que o adquirente do estabelecimento tenha liberdade e autonomia para, de modo concreto, continuar a exercer a empresa, nos mesmos moldes em que o vinha fazendo o seu ante-

³¹ Sobre a exigência legal “excessiva” da realização de “dois” atos de publicidade ver GONÇALVES NETO, 626/629.

³² “Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava. Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.”

cessor, uma vez que a manutenção do negócio, dentre outros fatores, contribui para a conservação de seu conteúdo e unidade econômica e social, bem como para o fomento e facilitação da atividade produtiva.

Tal propósito é corroborado, inclusive, pelo disposto no artigo 1.149 da mesma lei, segundo o qual, a partir da devida publicização do ato de transferência do estabelecimento, este passa a produzir plenos efeitos perante os devedores do antigo titular do estabelecimento, transferindo-se ao adquirente a titularidade dos respectivos créditos, ressalvando-se, contudo, os pagamentos de boa-fé efetuados pelos devedores em favor do alienante.

Estabelecidas as principais características relativas ao estabelecimento empresarial, incluindo-se a possibilidade de sua transferência e manutenção em prol do exercício da empresa, bem como destacando-se a importância do ponto comercial como um dos principais elementos do estabelecimento, passe-se a analisar a problemática que envolve o “contrato de locação” do imóvel no qual se situa o estabelecimento, uma vez que não parece haver dúvidas de que o locador do imóvel no qual se situa o estabelecimento figura como terceiro³³ em relação ao encetado contrato de trespasse.

3. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O ARTIGO 13 LI E O ATUAL TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL CONFERIDO AO CONTRATO DE LOCAÇÃO POR OCASIÃO DA TRANSFERÊNCIA DO ESTABELECIMENTO

A incidência direta das normas dos artigos 1.144 e 1.148 CC sobre o “contrato de locação” do imóvel no qual se situa o

³³ Consoante esclarece PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 34 entendido como “todo aquele que não é parte do contrato visto como negócio jurídico.”

estabelecimento seria relativamente tranquila não fosse o disposto no artigo 13 *caput* e § 2º LI³⁴, os quais preceituam, resumidamente, que, dentre outras hipóteses, no caso de “cessão” dos contratos de locação faz-se necessário que o locatário notifique o locador para que este manifeste formalmente sua oposição à “cessão”, no prazo de 30 (trinta) dias. O §1º do referido dispositivo fortalece que não se admite o consentimento tácito do locador, ou seja, não se presume a aceitação pela simples demora do locador em manifestar sua oposição, caso não tenha sido manifesta e expressamente notificado.

Ao comentar referido dispositivo da LI, a doutrina que trata do assunto³⁵ defende a sua pertinência na tutela dos interesses do locador, com o objetivo de evitar que o imóvel seja cedido, sublocado ou emprestado a terceiros, sem que haja a prévia e expressa anuência do locador. Considerando que o contrato de locação fora celebrado entre locador e locatário, sustentam não ser possível que um terceiro ingresse na relação locatícia à revelia do locador. A ressalva legal é importante, portanto, para resguardar não só a integridade do imóvel e da própria relação locatícia, como também os interesses patrimoniais do locador, que contratou com o locatário – e do qual, inclusive, obteve garantias – e não com eventuais e futuros cessionários, sublocatários ou comodatários, os quais, por sua vez, estabeleceram relações jurídicas, única e exclusivamente, com o locatário.

Realçados tais aspectos, percebe-se, portanto, uma apa-

³⁴ “Art. 13. A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador. § 1º Não se presume o consentimento pela simples demora do locador em manifestar formalmente a sua oposição. § 2º Desde que notificado por escrito pelo locatário, de ocorrência de uma das hipóteses deste artigo, o locador terá o prazo de trinta dias para manifestar formalmente a sua oposição.”

³⁵ Ver VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada – doutrina e prática*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, p. 84/92.

rente colisão entre referidos dispositivos da LI com os já mencionados artigos 1.148 e 1.144 CC, pois embora o adquirente tenha celebrado o contrato de trespasse com o titular do estabelecimento, figura como suposto “cessionário”, perante o contrato de locação do imóvel que abriga o estabelecimento.

Diante de tal cenário, submetida a questão aos tribunais pátrios – os quais acabam por proferir decisões que nem sempre se atêm aos principais aspectos da presente discussão – tem prevalecido, ao menos por enquanto, o entendimento jurisprudencial – influenciado em boa parte pela doutrina³⁶ – segundo o qual, dentre outros argumentos que serão detalhadamente analisados, o contrato de locação do imóvel no qual se situa o estabelecimento é de “caráter pessoal” e, portanto, não se sujeita à norma do artigo 1.148 do CC, preponderando o disposto no artigo 13 da LI. Impõe-se, portanto, a obtenção de anuência prévia do locador no tocante à alteração do locatário, mesmo que

³⁶ Além de VENOSA, obra citada, p. 84/92, ver POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. São Paulo: Manole, 2006, p. 125/127 e COELHO, obra citada, p. 137/138, segundo o qual “O adquirente do estabelecimento empresarial situado em imóvel locado, desse modo, deve negociar não apenas com o titular do fundo de empresa (o locatário), como também com o dono do imóvel (o locador), pagando eventualmente ‘luvas’ a este último.” Vale ressaltar que a exigência do pagamento de “luvas” pelo locador também não é pacífica, conforme ressalta BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva Editora, 2011, p. 135. Salienta-se, contudo, especialmente na doutrina comercialista, a presença de posicionamento contrário, conforme sinaliza BARRETO FILHO, obra citada, p. 221 e defendem, dentre outros, GONÇALVES NETO, obra citada, p. 638; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial I*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 153 “A proteção legal adere ao estabelecimento, e não ao contrato de locação em si. Tanto assim é que o locatário transfere o contrato ao adquirente do fundo, mesmo na presença de cláusula proibitiva. Não é o estabelecimento que acompanha a locação, e sim esta que segue o destino do estabelecimento. Por tal razão, o sucessor tem direito à renovação do contrato. Vale dizer, o contrato segue a sorte do estabelecimento, independentemente da pessoa do seu titular.”

tal substituição se opere em consequência da alienação do estabelecimento por parte do locatário originário. Reconhece-se, assim, que a ausência de consentimento prévio e por escrito do locador constitui em favor deste o direito potestativo de denunciar “sem justa causa” o contrato de locação.

Nesse sentido, pede-se vênia para transcrever a ementa de acórdão emblemático, proferido pela 3ª turma do E. Superior Tribunal de Justiça³⁷, o qual bem sintetiza os principais argumentos que fundamentam referido entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante atualmente, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO. TRESPASSE. CONTRATO DE LOCAÇÃO. ART. 13. DA LEI N. 8.245/91. APLICAÇÃO À LOCAÇÃO COMERCIAL. CONSENTIMENTO DO LOCADOR. REQUISITO ESSENCIAL. RECURSO PROVIDO.

1. Transferência do fundo de comércio. Trespasse. Efeitos: continuidade do processo produtivo; manutenção dos postos de trabalho; circulação de ativos econômicos. 2. Contrato de locação. Locador. Avaliação de características individuais do futuro inquilino. Capacidade financeira e idoneidade moral. Inspeção extensível, também, ao eventual prestador da garantia fidejussória. Natureza pessoal do contrato de locação. 3. Desenvolvimento econômico. Aspectos necessários: proteção ao direito de propriedade e a segurança jurídica. 4. Afigura-se destemperado o entendimento de que o art. 13 da Lei do Inquilinato não tenha aplicação às locações comerciais, pois, prevalecendo este posicionamento, o proprietário do imóvel estaria ao

³⁷ No julgamento do REsp 1202077/MS, sob a relatoria do Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), ocorrido em 1.3.2011.

alvedrio do inquilino, já que segundo a conveniência deste, o locador se veria compelido a honrar o ajustado com pessoa diversa daquela constante do instrumento, que não raras vezes, não possuirá as qualidades essenciais exigidas pelo dono do bem locado (capacidade financeira e idoneidade moral) para o cumprir o avençado. 5. Liberdade de contratar. As pessoas em geral possuem plena liberdade na escolha da parte com quem irão assumir obrigações e, em contrapartida, gozar de direitos, sendo vedado qualquer disposição que obrigue o sujeito a contratar contra a sua vontade. 6. Aluguéis. Fonte de renda única ou complementar para inúmeros cidadãos. Necessidade de proteção especial pelo ordenamento jurídico. 7. Art. 13 da Lei n. 8.245/914 aplicável às locações comerciais. 8. Recurso especial provido.”

No mesmo sentido, destacam-se alguns trechos de acórdão proferido pela E. 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁸, no qual o tema objeto deste estudo foi tratado de forma incidental. Sinteticamente, constata-se que o r. acórdão apresenta posicionamento segundo o qual, caberia ao alienante do estabelecimento obter a anuência do locador do imóvel – por consequência da transferência do estabelecimento comercial para terceiros – sob o argumento de que “não poderia impor ao locador a aceitação de novo locatário, simplesmente”, concluindo, em seguida, no seguinte sentido:

“(...) Além disso, não é demais observar que

³⁸ Apelação nº 0152512- 47.2009.8.26.0100, Rel. Percival Nogueira, j. em 12.4.2012 (ver fls.5/7), *in verbis*: “o certo é que o locatário, Sr. Alecsandre, por dever de boa-fé, deveria obter a concordância do locador do bem quanto ao negócio efetuado com as autoras da demanda. Primeiramente para rescindir aquele em vigor, observadas as cláusulas ali constantes, e, em segundo lugar porque não poderia impor ao locador a aceitação de novo locatário, simplesmente.”

a concordância do locador quanto à transação de compra e venda do fundo de comércio e a instalação de nova empresa em imóvel de sua propriedade, não lhe poderia ter sido negada, sendo imprescindível para a efetivação do negócio. Nesse ponto, é de se assinalar que o contrato de venda e compra foi firmado em 30.01.2009 e a ação de despejo, em face de 'A'(omissis), foi ajuizada pelo proprietário do imóvel em 19.03.2009 (fls. 23). Em sua petição inicial o autor daquela demanda informou que o imóvel foi locado em 21.03.2007, por trinta e seis meses, sendo vedada qualquer sublocação ou transferência de locação sem prévia anuência por escrito (cf. dois últimos parágrafos de fls. 25) e, em razão de tal descumprimento, buscava a rescisão contratual com a imposição de multa no valor equivalente a três aluguéis. Pelo exposto se conclui que o contrato se encerraria somente em 21.03.2010, daí a obrigação do locatário em resolver tal questão.”

Após a análise atenta do inteiro teor dos acórdãos mencionados, os quais acabam por sintetizar os principais fundamentos do posicionamento jurisprudencial e doutrinário ainda prevalente sobre o tema, verifica-se a presença de inúmeros argumentos de cunho jurídico, econômico e social, os quais, embora louváveis, não encerram o debate sobre a questão.

Tais constatações impõem uma análise cautelosa acerca da abrangência de referido dispositivo da LI no âmbito das “locações para fins não residenciais” e dos contratos de trespasse, em especial no que se refere à existência de eventual conflito com outros dispositivos da própria LI, com os supracitados artigos do CC e, principalmente, com a harmonia do ordenamento jurídico pátrio, evitando-se, inclusive, violação aos nobres propósitos da lei do inquilinato e das normas que visam

tutelar o ponto comercial, como um dos principais elementos do estabelecimento empresarial, conforme se passa a demonstrar.

4. A APARENTE COLISÃO DOS ARTIGOS 1.144 E 1148 CC COM O ARTIGO 13 LI E SEUS PARÁGRAFOS

A questão ora posta envolve tema bastante polêmico no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátrias. Apenas para ilustrar tal debate, destaca-se que o tema já foi objeto dos enunciados, de conteúdo divergente, nº 64 e nº 234, aprovados, respectivamente, na I e III Jornadas de Direito Civil e de um terceiro enunciado, de nº8, aprovado na I Jornada de Direito Comercial, realizada em outubro de 2012, que retomou o entendimento anterior³⁹.

Passemos, portanto, à confrontação dos argumentos colli-

³⁹ Enunciado 64 (I Jornada de Direito Civil) – Art. 1.148 “*A alienação do estabelecimento empresarial importa, como regra, na manutenção do contrato de locação em que o alienante figura como locatário.*”

Enunciado 234 (III Jornada de Direito Civil) – Art. 1.148 “*Quando do transpasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente. Fica cancelado o Enunciado n. 64.*”

Enunciado 8 (I Jornada de Direito Civil) – Art. 1.148 “*A sub-rogação do adquirente nos contratos de exploração atinentes ao estabelecimento adquirido, desde que não possuam caráter pessoal, é a regra geral, incluindo o contrato de locação.*” As referidas “Jornadas” são eventos realizados periodicamente na Capital Federal, organizados pelo “Centro de Estudos Judiciários(CEJ)”, do “Conselho da Justiça Federal(CJF)”, que reúnem estudiosos das mencionadas áreas dos direito, com o objetivo de delinear posições interpretativas sobre o CC/02, adequando-as às inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, a partir do debate entre especialistas e professores. Produzir novos enunciados a serem publicados e divulgados sob a responsabilidade do CEJ e supervisão da coordenação científica. Ressalta-se que os enunciados aprovados não possuem conteúdo vinculante, mas servem de orientação para a atuação dos operadores do direito em geral. (mais detalhes ver <http://portal.cjf.jus.br/cjf>)

dentos, a fim de, analisando-os de forma sistemática e atenta aos dispositivos e princípios jurídicos, econômicos e sociais vigentes, buscar promover uma interpretação adequada de referidas normas, contribuindo para reflexões acerca do posicionamento predominante atualmente e para novas abordagens sobre o assunto, com o intuito de melhor conciliar os interesses envolvidos.

4.1. DA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA MATÉRIA

Inicialmente, parece indiscutível que referidos dispositivos legais – e os diplomas nos quais estão inseridos – devam coexistir. Não há cogitar-se acerca de eventual revogação tácita da LI – vigente desde 1991 e cuja finalidade é regular, de modo específico, as locações de imóveis urbanos – pelo CC, o qual, vigente desde o ano de 2003, estabelece regras gerais, para as mais variadas situações e relações jurídicas, incluindo a já mencionada regulação específica do estabelecimento.

Sustenta-se que o artigo 13 da LI não se aplica às “locações não residenciais”, limitando-se a incidir sobre os contratos de “locação para fins residenciais”. Referida interpretação, contudo, não parece ser a mais adequada, pois além de referido dispositivo legal situar-se no capítulo primeiro, que trata das “disposições gerais”, e não nas três seções específicas dedicadas, respectivamente, à “locação residencial”, à “locação para temporada” e à “locação não residencial”, constantes do capítulo segundo, não se verifica – ao promover-se a interpretação literal do dispositivo – qualquer ressalva limitando a aplicação da norma nele contida às locações residenciais. Pelo contrário, o conteúdo da norma é genérico e destina-se a todas as modalidades de contratos de locação regulados pela LI. Sendo assim, em respeito às regras de hermenêutica supra mencionadas, referidos dispositivos devem ser interpretados de forma sistemá-

tica, admitindo-se a coexistência harmônica de ambos.

A norma do artigo 13 e seus parágrafos da LI presta-se a regular aquelas relações locatícias nas quais o único e principal escopo do contrato de locação é possibilitar a utilização do imóvel objeto do contrato, pelo locatário, mediante o pagamento da contraprestação por parte deste ao locador. Busca-se, de forma legítima, proteger o locador da atuação desleal do locatário que promova, sem a prévia anuência do titular da posse indireta do imóvel, a “cessão” da locação, a “sublocação” ou o mero “empréstimo” do imóvel, possibilitando que terceiro ingresse, de forma ilegítima e à revelia do locador, na posse do imóvel objeto da locação⁴⁰.

A hipótese fática que ora se aborda, contudo, é distinta. O contrato de trespasse, envolvendo a transferência do ponto comercial, tem como *ratio essendi* a alienação do estabelecimento, para fins de exploração da empresa e não a mera “cessão dos direitos de uso e fruição do imóvel”, conforme vulgarmente ocorre nos “contratos de locação”. Embora se reconheça a importância de referido “contrato de locação” – capaz de viabilizar a constituição do “ponto comercial” – trata-se de apenas mais uma das inúmeras relações jurídicas estabelecidas pelo empresário, com o propósito, maior, de organizar-se para o exercício da empresa. Sendo assim, diante de um aparente conflito de normas, tratando-se de “transferência do estabelecimento” não devem prevalecer as regras específicas e destinadas às locações em geral, ou seja, objetivamente, dispensa-se, em tais hipóteses a anuência prévia do locador. Pode-se afirmar que nestes casos e em virtude da existência de norma legal expressa (art. 1.148CC), opera-se o fenômeno da denominada “acessoriedade legal” do contrato de locação (acessório), em relação ao “estabelecimento” (principal), em decorrência de uma nítida “conexão econômica” entre ambos⁴¹.

⁴⁰ Conforme destaca VENOSA, obra citada, p. 84 e ss.

⁴¹ Conforme BARRETO FILHO, obra citada, p. 221.

Sendo assim, conclui-se que embora o artigo 13 LI se destine a qualquer modalidade de contrato de locação (residencial ou não residencial), em respeito ao critério da especialidade, tal dispositivo não poderá prevalecer quando confrontado com a norma do encetado artigo 1.148CC, naquelas hipóteses em que se verifique que a alteração de um dos polos da relação locatícia originária – mais precisamente do locatário – decorre, como mera consequência lógica, da transferência do estabelecimento.

Ressalta-se que a eficácia plena do disposto no artigo 1.148 CC depende do cumprimento do disposto na norma do artigo 1.144 CC, ou seja, faz-se necessária a averbação da transferência à margem da inscrição do empresário e da publicação na imprensa oficial, conforme ressalva expressa do citado artigo 1.148, parte final. Caso contrário, poder-se-á enquadrar a transferência como “clandestina” e diante da inexistência de efeitos perante terceiros, pela ausência de registro e publicação do ato, justificar-se-á, por parte do locador – que constata a presença de terceiro estranho no imóvel –, a adoção das medidas jurídicas pertinentes, inclusive sob o fundamento da norma do encetado artigo 13 LI, que como salientado também se aplica aos contratos de locação para fins não residenciais.

4.2. DA CARACTERIZAÇÃO DE MAIS UMA HIPÓTESE DA DENOMINADA “SUB-ROGAÇÃO LEGAL NO CONTRATO”

Não bastasse a constatação supra, não se verifica qualquer óbice para que, cumpridas as exigências de publicidade previstas nos artigos 1.144 e 1.148 CC, se opere a “sub-rogação”, entendida como “substituição” da figura do locatário originário (alienante) pela pessoa do adquirente, em consequência direta da alienação do estabelecimento empresarial.

A propósito, tal substituição das partes durante a vigência

do contrato de locação não é novidade. A própria LI adota solução análoga nas hipóteses em que se verifica, por exemplo, o falecimento do locador ou do locatário, ao prever que os sucessores do *de cuius* – cônjuge, companheiro(a), herdeiros necessários ou até mesmo aqueles que vivam sob sua dependência econômica – sub-rogam-se, automaticamente, nos direitos e obrigações de seus antecessores, assumindo, portanto, a posição daqueles nos respectivos contratos, sem qualquer menção à figura do espólio⁴². Nota-se, inclusive, que o inciso II, do artigo 11 da LI ressalta, expressamente, a possibilidade de que nos contratos de locação para fins não residenciais, haja a sub-rogação, sem qualquer ressalva, do “sucessor no negócio”, na hipótese de óbito do locatário originário.

Situação ainda mais peculiar – pois não envolve qualquer discussão acerca da existência e eventual titularidade de direitos em favor do espólio – se verifica na hipótese prevista no artigo 12 LI, que prevê a substituição “automática” do locatário originário pela pessoa de seu ex-cônjuge ou ex-companheiro(a), que permaneça no imóvel nos casos de separação, divórcio ou dissolução de união estável.

Destaca-se, sob tais aspectos, o argumento contraditório apresentado pela corrente que defende a interpretação extensiva do conteúdo da norma do artigo 13 LI, segundo o qual as situações previstas em referido dispositivo (art.13) não se confundem com as hipóteses de “sub-rogação legal no contrato”, previstas para os sujeitos enumerados nos mencionados artigos 11 e 12 LI⁴³. Ora, pergunta-se, como caracterizar a hipótese fática prevista no artigo 1.148 do CC, senão como “sub-rogação legal no contrato”?

Poder-se-ia argumentar, ainda, que as hipóteses previstas nos artigos 10, 11 e 12 LI representam situações involuntárias e

⁴² Ver artigos 10 e 11 LI. Consigna-se que no caso de falecimento do locatário, a sub-rogação se operará em relação àqueles que residam no imóvel.

⁴³ Ver VENOSA, obra citada, p. 76/77.

que a sub-rogação “automática”, nestes casos, busca apenas acomodar os interesses das partes e a estabilidade da relação, protegendo especialmente a família da ocorrência de fatos supervenientes não atribuíveis às partes, capazes de provocar alterações inevitáveis no curso da relação locatícia.

Ora, se é verdade que a transferência do estabelecimento, por meio do *trespasse*, decorre de ato de vontade, há também, para além da imposição legal do artigo 1.148CC, inúmeras razões que justificam a manutenção do contrato de locação nestas hipóteses, com o objetivo de acomodar os interesses envolvidos, conforme se detalhará a seguir. Além disso, se de um lado procurou-se tutelar os interesses da família, mantendo-a no imóvel locado no caso de falecimento ou afastamento de um de seus membros – em especial daquele que figurava na posição de locatário – por que não reconhecer a proteção à integridade do estabelecimento e a manutenção do exercício da atividade empresarial, independentemente de quem venha a exercê-la, em especial se considerarmos o disposto no artigo 11, II da própria LI.

Assim, eventual cláusula contratual genérica que impõe ao locatário a obrigação de obter a anuência do locador nas hipóteses de cessão, sublocação ou empréstimo do imóvel, não se confunde com a hipótese de “sub-rogação legal” na qual a substituição do locatário decorre da transferência do estabelecimento.

Acrescenta-se, ainda, que sensível ao dinamismo das relações comerciais e aos riscos de uma proteção exacerbada do locador, bem como em reconhecimento da autonomia conferida à pessoa jurídica em relação aos sujeitos que contribuíram para a sua constituição, foi vetado o §3º que seria introduzido no encetado artigo 13 LI pela Lei 12.112⁴⁴, por meio do qual se

⁴⁴ Inteiro teor do dispositivo vetado, da Lei 12.112, de 9 de dezembro de 2009, “§ 3º Nas locações não residenciais, equipara-se à cessão da locação qualquer negócio jurídico que importe na transferência do controle societária-

pretendia autorizar o locador a interferir na vigência dos contratos de locação para fins não residenciais, quando se constataste a realização de determinado negócio jurídico que culminasse com a alteração do controle societário da locatária, sociedade empresária.

Diante de tais constatações resta fortalecido o argumento de que o “caráter pessoal” daqueles que figuram nos polos da relação locatícia não deve ser entendido de modo absoluto, mostrando-se juridicamente possível e recomendável, inclusive sob uma perspectiva econômica e social, a substituição das partes originárias por eventuais sucessores, nas hipóteses em que a lei o autorize.

4.3. DA AUSÊNCIA DE “CARÁTER PESSOAL” DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

Os defensores da corrente favorável à aplicação ampla e irrestrita da norma do encetado artigo 13 LI – inclusive nas hipóteses nas quais a substituição do locatário decorra da transferência do estabelecimento – sustentam que em razão do suposto “caráter pessoal” da relação jurídica estabelecida entre locador e locatário, mesmo que a lei nada dispusesse acerca da necessidade de prévia anuência do locador, tal entendimento deveria prevalecer⁴⁵.

Sustentam, dentre outros argumentos, que uma prévia investigação aprofundada acerca do perfil do locatário é indispensável para a celebração do contrato e tal análise restaria prejudicada na hipótese de garantir-se a manutenção do contrato, por exemplo, perante o adquirente do estabelecimento.

Sob tais aspectos, *data maxima venia*, não deve prosperar o argumento de tratar-se o contrato de locação de uma relação jurídica de “caráter pessoal”. Quando a norma do artigo 1.148

rio do locatário pessoa jurídica.”

⁴⁵ Nesse sentido, VENOSA, obra citada, p. 87.

ressalva da sub-rogação os contrato de “caráter pessoal”, busca impedir a manutenção forçada de relações jurídicas, cujos aspectos e características pessoais das partes mostrem-se extremamente relevantes para o desenvolvimento da relação, a ponto de que a substituição de quaisquer delas possa ensejar a frustração dos objetivos do contrato. Assim ocorre, por exemplo, no mandato, na prestação de determinados serviços e em outras raras hipóteses relativas ao estabelecimento⁴⁶.

Situação diversa, contudo, ocorre no caso do contrato de locação, uma vez que não se verifica em referida modalidade de contrato aspectos subjetivos especiais ou vínculos de confiança entre as partes, que permitam caracterizá-lo como um contrato de “caráter pessoal”. Caso contrário, qualquer contrato carregaria consigo o tal “caráter pessoal”, uma vez que a adoção de determinadas medidas de precaução com relação à pessoa com quem se contrata – presentes até mesmo nos contratos de consumo – é cautela que recai sobre todos aqueles que pretendem figurar como parte em um determinado negócio jurídico. Tal constatação fática, por si só, não é apta a caracterizar o contrato como sendo de “caráter pessoal”, mas, antes, decorre dos deveres de cuidado impostos ao homem médio na condução de seus negócios.

Para além das já mencionadas hipóteses de “sub-rogação legal do contrato”, nas quais também não se mostra possível uma maior investigação prévia do perfil daquele que assumirá a posição jurídica de locatário, podem ser destacados outros argumentos, relacionados ao escopo e características do próprio contrato de locação.

Os principais objetivos buscados pelo locador, por ocasião da celebração do contrato de locação são os de: i) garantir a integridade do bem e a sua restituição no momento avençado; ii) receber, na forma pactuada, a contraprestação financeira correspondente à utilização do imóvel pelo locatário e iii) pre-

⁴⁶ Ver BARRETO FILHO, 225.

servar a efetividade da garantia prestada por ocasião da celebração do contrato.

Nota-se, portanto, que nenhum dos objetivos do locador mantém vínculo direto com a “pessoa” do locatário. Assim sendo, pouco importa se a posição de locatário, originariamente preenchida por “A”, passe, por consequência da alienação do estabelecimento, a ser preenchida “B”. Quem quer que ocupe a posição de locatário, terá que honrar com os compromissos assumidos no contrato, especialmente aqueles supra descritos.

Assim, para ressaltar-se contra eventuais riscos inerentes ao primeiro objetivo almejado pelo locador, basta a fixação de cláusulas rígidas no próprio contrato de locação, uma vez que o adquirente sub-rogar-se-á em todos os direitos e obrigações do alienante. No tocante ao segundo e terceiro propósitos – os quais podem ser tratados conjuntamente, pois interligados – não só a tutela dos interesses do locador com relação ao pagamento do preço no lugar, no tempo e na forma ajustados, bem como a preservação das garantias prestadas por ocasião da celebração ou mesmo a sua renovação em razão da referida substituição do locatário gozam de proteção legal específica, conforme será analisado no item 4.4.

Constata-se, assim, que eventual descumprimento, pelo adquirente do estabelecimento, das obrigações constantes do contrato do qual passe a fazer parte, confere ao locador, dentre outras alternativas, a possibilidade de rescisão do contrato por justa causa, o que, está em perfeita sintonia com o disposto na norma do artigo 1.148CC.

4.4. O SUPOSTO ENFRAQUECIMENTO DAS GARANTIAS CONTRATUAIS E A AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO FIADOR

Aqueles que defendem a necessidade de anuência expressa do locador, para manutenção do contrato de locação do

“ponto comercial”, asseveram, ainda, que a alteração de um dos polos da relação locatícia – mais precisamente do locatário – como consequência do contrato de trespasse, pode repercutir de modo determinante na efetividade da garantia locatícia, em especial quando consubstanciada em fiança locatícia.

Sustenta-se, por exemplo, no caso da fiança, que sendo este um contrato acessório, apto a promover a garantia pessoal do afiançado – no caso o locatário originário – qualquer alteração neste polo da relação seria capaz de ensejar, de plano, a extinção do contrato de fiança, causando forte impacto na estrutura do contrato e insegurança quanto ao seu cumprimento.

Embora não se possa negar que a substituição da “pessoa” do locatário seja capaz de repercutir na relação jurídica de fundo, exigindo readequações, em especial no tocante à garantia prestada, não parece que o mero risco de comprometimento de tal garantia – que, salienta-se, decorre de contrato acessório – seja suficiente para impedir alterações no contrato principal de locação ou até mesmo provocar, à partida, a sua extinção, especialmente quando referida substituição decorre da lei.

Assim, com o propósito de afastar o infundado receio de que a substituição legal do locatário – decorrente da transferência do estabelecimento – cause prejuízos ao locador e ao fiador do contrato originário, bem como à própria manutenção da locação, demonstrar-se-á que: i) o locador tem o direito de denunciar, por justa causa, o contrato de locação perante o “novo locatário” (adquirente), na hipótese de ausência ou não recomposição das garantias da locação; ii) a substituição do locatário originário pelo adquirente do estabelecimento não é capaz de provocar, de plano, a extinção da fiança prestada; e iii) o fiador tem o direito de se exonerar da “garantia pessoal” prestada ao locatário originário, em razão da substituição legal do locatário.

A princípio, cumpre observar que a própria LI tem sido aprimorada⁴⁷, como o objetivo de tutelar tanto os interesses das

⁴⁷ Conforme comprovam as alterações promovidas pela lei 12.112.

partes, quanto de seus garantidores, conforme se passa a destacar.

No tocante ao primeiro ponto aventado, a LI consigna expressamente que a falta de garantia da locação, ou de sua recomposição no prazo legal, conferem ao locador a possibilidade de exigir o pagamento do aluguel e encargos de forma antecipada ou até mesmo de denunciar, por justa causa, o contrato de locação, com a proteção legal de que a ordem de despejo seja proferida em caráter liminar, para desocupação no prazo de 15 (quinze) dias⁴⁸. Como se vê, a possibilidade de denúncia por justa causa do contrato de locação, por falta de garantia, coincide com a solução apresentada pela norma do artigo 1.148CC e se mostra apta a tutelar os legítimos interesses do locador.

Não prosperam, portanto, os argumentos de que o locador tornar-se-ia “refém” do contrato e do próprio locatário, ou de que a substituição “violaria seu direito de propriedade”, pois tanto a LI, quanto o CC, conferem-lhe remédios jurídicos adequados e suficientes para as hipóteses em que se verifique justa causa para eventual denúncia motivada do contrato por parte deste. O que se busca, primordialmente, é evitar a situação inversa – i.e. que o adquirente fique sujeito ao exercício de um suposto direito potestativo criado em favor do locador – e contra o qual não se vislumbra alternativa, senão uma renegociação extemporânea das condições contratuais, nos moldes pretendidos pelo locador, sob risco de total frustração da manutenção do estabelecimento empresarial, ou ao menos da não permanência deste no lugar no qual se situa.

Com relação ao segundo e terceiro aspectos, a manutenção, ao menos temporária, da garantia prestada, bem como o direito do fiador exonerar-se da fiança, encontram amparo legal

⁴⁸ Consoante consta, expressamente, dos artigos 42, 9º, II e III e 59, §1º, IX da LI, respectivamente.

nos parágrafos 1º e 2º do artigo 12 da LI⁴⁹.

Tal dispositivo e seus parágrafos determinam que nas hipóteses de “sub-rogação legal” – nas quais, como visto, também se enquadra a transferência do estabelecimento, por força do artigo 1.148CC – o fiador seja cientificado da substituição ocorrida, por meio de notificação por escrito a ser enviada pelo “novo locatário”, a fim de que lhe seja conferido o direito de, no prazo de trinta dias, exonerar-se das responsabilidades decorrentes da fiança (garantia pessoal), prestada em favor do “locatário originário”. Ressalta-se que, não obstante o fiador manifeste o interesse pela exoneração da garantia fidejussória, ficará, por força de lei, “responsável pelos efeitos da fiança durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador.”

Note-se, portanto, que também sob tais perspectivas não há justificativas para maior alarde, pois referida solução em nada difere daquela aplicada às demais hipóteses nas quais se constata a mencionada “sub-rogação legal do contrato”. Ademais, cumpre salientar que, até mesmo quando mantidos intactos os polos da relação locatícia, poderá o fiador, nos contratos cujo prazo tenha sido prorrogado por tempo indeterminado, exonerar-se da fiança, sob a permissão do artigo 40, inciso X da mesma lei.

4.5. A PROTEÇÃO AO “PONTO COMERCIAL” - OS RISCOS DE FRUSTRAÇÃO DOS INVESTIMENTOS E DE APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO PELO LOCADOR

⁴⁹ “Art. 12 (omissis) § 1º Nas hipóteses previstas neste artigo e no art. 11, a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador e ao fiador, se esta for a modalidade de garantia locatícia.

§ 2º O fiador poderá exonerar-se das suas responsabilidades no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação oferecida pelo sub-rogado, ficando responsável pelos efeitos da fiança durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador.”

É inequívoca, como já visto, para o exercício de determinadas atividades empresariais, a importância do lugar no qual se situa o estabelecimento (“ponto comercial”). Não é por outra razão que a própria LI, ao tratar “da locação não residencial”⁵⁰, mais precisamente no artigo 51, §1º, confere ao cessionário ou sucessor da locação, uma vez observados determinados requisitos legais, o direito à renovação compulsória do contrato de locação, perante o locador, nos mesmos moldes em que proporciona o exercício de referido direito pelo locatário originário.

Tal direito, conferido ao locatário e aos seus sucessores, decorre não só do estímulo à atividade econômica e à manutenção da empresa, mas também do fato de que a fixação do “ponto comercial” em determinado imóvel é capaz de provocar o acréscimo de valor ao “prédio” no qual se situa o estabelecimento, em consequência da inevitável integração que se verifica e da vinculação criada pelos frequentadores e pela própria clientela deste⁵¹. Tal constatação não deve ser desprezada quando se pondera acerca da manutenção, ou não, do contrato de locação na hipótese de alienação do estabelecimento.

Não parece justo, permitir ao locador que denuncie, sem justa causa, o contrato de locação do imóvel no qual funciona o estabelecimento, fundado no argumento isolado de ter havido suposta “cessão da locação” sem sua anuência, sob a pretensa proteção da norma do artigo 13 LI, quando na verdade está-se diante, como já analisado, de hipótese de “sub-rogação legal”.

Tal preocupação, que se mostrava presente no revogado Decreto 24.150 (Lei de Luvas), encontra-se expressa na norma do artigo 52, §1º e §3º LI, buscando impedir que o locador aproprie-se dos elementos e da mais valia do estabelecimento empresarial organizado pelo locatário e por seus sucessores, prevendo, inclusive, em algumas hipóteses, indenização em

⁵⁰ Seção III – arts. 51 a 57 da LI.

⁵¹ Ver REQUIÃO, obra citada, p. 352.

favor do locatário, em consequência da “perda do lugar e da desvalorização do fundo de comércio”⁵².

Constata-se, portanto: uma interpretação exclusivamente literal do disposto no artigo 13 LI teria o condão de restringir, excessivamente, a aplicação da norma inserta no artigo 51, parágrafo 1º, primeira parte, da mesma lei, pois bastaria a oposição do locador com relação à suposta “cessão” da locação, para afastar qualquer possibilidade de que o adquirente do estabelecimento exercesse, dentre outros, o direito à renovatória.

Como última *ratio*, poder-se-ia invocar em defesa da manutenção do contrato de locação em favor do adquirente, o combalido princípio da vedação ao locupletamento indevido, para justificar uma interpretação que não proporcione o enriquecimento do locador, em detrimento do adquirente do estabelecimento, seja em razão da apropriação de elementos do estabelecimento, seja pela imposição de que o contrato e suas bases sejam objeto de negociação extemporânea.

Como se constata, não há justificativas plausíveis capazes de obstar uma interpretação restritiva do conteúdo da norma do artigo 13 LI em face do disposto em seus artigos 11, 12 e 51 LI e dos artigos 1.143, 1.144 e 1.148 CC.

4.6. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA EMPRESA

A constatação de que os efeitos de determinados contra-

⁵² Nesse sentido, ver acórdão proferido pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do AI nº 0303211-88.2011.8.26.0000; Rel. Des. Enio Zuliani. “Negaram provimento ao recurso, V.U.”; j. em 8.05.12, cuja ementa é a seguinte: “Concorrência desleal – Rescisão de contrato de locação comercial (ramo de pizzaria) – Locador que pretende instalar no local o mesmo ramo de atividade, sendo que o antigo inquilino pretende inaugurar venda de pizzas a menos de trinta metros – Interpretação do art. 52, § 1º, da Lei de Inquilinato e outras normas que regulam o exercício do comércio – Tutela antecipada – (abstenção) mantida – Não provimento.”

tos extrapolam a esfera jurídica daqueles que o celebram é irrefutável. O princípio clássico, e antes absoluto, da “relatividade dos efeitos contratuais” é, de forma crescente, frequentemente relativizado em várias esferas do direito privado⁵³. A matriz francesa, que influenciou o individualismo marcadamente presente no Código Civil de 1916, perdeu espaço para os princípios da “eticidade” e da “socialidade” que norteiam o atual Diploma Civil (CC), fruto, principalmente, da influência germânica e italiana.

Da mesma forma, há de ressaltar-se que a LI, extramente elogiável sob o ponto de vista lógico e sistemático, também lançou novas luzes sobre a intrincada relação estabelecida entre locadores e locatários, tendo sido capaz de proporcionar a melhor acomodação e equilíbrio dos interesses envolvidos, provocando, inclusive, à época de sua promulgação o reaquecimento do mercado imobiliário⁵⁴.

São notórios os avanços na tutela dos interesses do locatário – tanto no âmbito das locações residenciais, quanto no que concerne às locações não residenciais – sem perder de vista os legítimos interesses do locador, em especial, no que se refere à retomada do imóvel de forma mais rápida e menos burocrática. Referida lei não está, contudo, imune a críticas e à influência de outros vetores jurídicos e sociais, que impõem uma alteração na sua abordagem interpretativa, em especial se considerarmos que a promulgação da LI ocorreu há mais de duas décadas.

Para além das justificativas já expostas, a prevalência da norma do artigo 13 LI sobre a norma do artigo 1.148 CC afronta os princípios norteadores do nosso direito, pois privilegia os

⁵³ Conforme os inúmeros exemplos destacados por PENTEADO, obra citada, 2007.

⁵⁴ Verificar edições do jornal “Folha de SP”, por ocasião da publicação e início da vigência da lei 8245, disponíveis em <http://acervo.folha.com.br/resultados/?q=lei+inquilinato&site=fsp&periodo=acervo&x=0&y=0>

interesses egoísticos e individualistas do locador, em detrimento do fomento à atividade econômica e ao princípio da função social da empresa e do contrato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste tópico de fechamento, procurar-se-á sintetizar as conclusões alcançadas ao longo do presente estudo, sem repeti-las. Restringimo-nos a ressaltar os principais argumentos que justificam a manutenção do contrato de locação do imóvel no qual se situa o estabelecimento empresarial, no caso de transferência do estabelecimento, dispensando-se a prévia e expressa anuência do locador para que opere seus plenos efeitos.

Após uma breve contextualização acerca do estabelecimento e sua importância para a exploração da empresa, com destaque para o elemento “ponto comercial”, seguida pelos contributos trazidos pelo CC – que além de fixar noções gerais acerca do estabelecimento, positivou as principais características e consequências relativas a sua transferência – foram apresentadas as bases do posicionamento, jurisprudencial e doutrinário, atualmente predominante, no sentido de que a transferência do estabelecimento opera a “cessão” da locação, exigindo, portanto, a prévia e expressa anuência do locador, nos moldes do artigo 13 LI.

Por meio da confrontação dos dispositivos do CC e da LI atinentes à matéria, bem como com base nos princípios orientadores do nosso direito, concluiu-se o seguinte:

- a) O estabelecimento constitui “unidade econômica”, dotada de “aptidão funcional”, relevante para a exploração da empresa, impondo-se, em regra, a manutenção dos contratos a ele relacionados, em razão de seu caráter “acessório”;
- b) As normas dos artigos 1.148 CC e 13 LI coexistem. O disposto no artigo 13 LI se aplica às “locações não-residenciais”, mas, por força do artigo 1.148 CC, nas hipóteses

de transferência do estabelecimento e observados os requisitos dos artigos 1.144 e 1.148 CC não prevalece a exigência de anuência prévia do locador;

c) A substituição do “locatário originário” pelo “adquirente do estabelecimento” caracteriza-se como mais uma hipótese de “sub-rogação legal do contrato”, por força do artigo 1.148 CC, equiparando-se às hipóteses previstas nos artigos 11 e 12 LI;

d) O contrato de locação não é de “caráter pessoal”, seja pela ausência de vínculos subjetivos especiais capazes de caracterizá-lo como tal, seja por seus principais objetivos, que não se relacionam à “pessoa” do outro contratante;

e) A manutenção do contrato de locação perante o adquirente do estabelecimento: i) não frustra os interesses e objetivos do locador; ii) não o torna “refém” do “novo locatário”; iii) não enfraquece as garantias do contrato e iv) não vincula, de modo perpétuo, os garantidores. Tais afirmações encontram respaldo e proteção na LI;

f) A interpretação não extensiva do artigo 13 LI viabiliza a aplicação do disposto no artigo 51, § 1º LI e possibilita a proteção do “ponto comercial”, garantindo a integridade do estabelecimento e afastando os riscos de apropriação indevida de seus elementos e atributos pelo locador ou por terceiros;

g) A prevalência do conteúdo da norma do artigo 1.148 CC sobre a norma do artigo 13 LI respeita os princípios da “eticidade” e “socialidade” do CC/02, em detrimento da proteção dos interesses egoísticos do locador, fomentando o desenvolvimento da atividade econômica e atendendo à função social do contrato e da empresa.

Como se constata, o resultado final do presente estudo e suas conclusões são distintas daquelas que atualmente vigoram em nossos tribunais. Embora não represente posicionamento inovador e isolado – já que coincide com algumas construções

doutrinárias que o precederam – busca-se lançar novas luzes e provocar reflexões a respeito do tema.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA E JURISPRUDENCIAL

- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva Editora, 1947.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral - Introdução. As pessoas. Os bens*. Vol.1. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2010.
- _____. *Teoria Geral - Relações e situações jurídicas*. Vol.3. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2010.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 1988.
- BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva Editora, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial – Direito de empresa*. Vol.1. 15ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Parte Geral*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Empresa*. 2ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial I*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa* (Comentários aos arts. 966 a 1.195 do CC). 4ª edição.

São Paulo: RT, 2012.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial Brasileiro – empresa e atuação empresarial*. Vol. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado – parte geral*. Tomo V. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. (atualiz. Rubens Edmundo Requião). 1º volume. 31ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2012.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *Estabelecimento, uma universalidade de fato o de direito?* Revista do advogado – AASP, nº 71, Agosto de 2003, Ano XXIII, p. 73/79.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada – doutrina e prática*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.