

# A Transmissão das Obrigações no Contrato de Trespasse

Thiago Ferreira Cardoso Neves

*Professor de Direito Empresarial da EMERJ, pela qual é pós-graduado em Direito Público e Privado.*

## 1. INTRODUÇÃO

O exercício da atividade empresarial, atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, na forma do art. 966 do Código Civil, se caracteriza pela concentração de quatro fatores de produção: capital, matéria-prima, mão de obra e tecnologia.

Não obstante a concentração desses fatores, a atividade empresarial, para ser exercida, depende da existência de um instrumento, ou seja, para que haja o exercício dessa atividade economicamente organizada não basta estarem presentes aqueles fatores de produção; é imperioso que o empresário ou sociedade empresária explore a sua atividade através de um estabelecimento.

A existência de um estabelecimento é, pois, uma das características de uma atividade empresarial.

Esse mesmo estabelecimento, pelo meio do qual o empresário exerce a empresa, pode ser objeto de negócio jurídico translativo, isto é, pode ser transferido para um terceiro, que passará a explorar a atividade outrora exercida pelo alienante.

O terceiro adquirente, que pode não ser um empresário, passará a sê-lo e continuará o negócio antes explorado por aquele empresário que iniciou a atividade através do estabelecimento alienado.

Portanto, o adquirente sucederá, com a aquisição do estabelecimento, o empresário alienante nos seus negócios.

Nesse estudo, examinar-se-ão as repercussões desse negócio translativo, especificamente no que tange às obrigações que foram contraídas pelo empresário alienante do estabelecimento, quando exercia a atividade através desse instrumento antes da alienação.

Para tal, se faz necessário examinar com maior profundidade o próprio estabelecimento, bem como a forma pela qual pode ele ser transferido.

Posteriormente, dever-se-á estudar a forma como as obrigações contraídas pelo empresário, no exercício de sua atividade, podem ser transferidas e, assim, será possível explorar as responsabilidades de cada um, empresário alienante e empresário adquirente, bem como perceber o equívoco da lei no tratamento da matéria.

Faz-se, então, o convite para o início desse estudo.

## 2. ESTABELECIMENTO

Estabelecimento é o complexo de bens reunidos pelo empresário para o exercício da sua atividade. Não se confunde, pois, com o local físico em que o empresário ou sociedade empresária exerce a empresa. A esse espaço físico em que se situa, se estabelece o empresário ou a sociedade, dá-se o nome de loja, ou casa comercial<sup>1</sup>.

Portanto, o estabelecimento não é concretamente visualizável. Deve ele ser compreendido abstratamente.

Por essa razão, entende-se que a natureza jurídica do estabelecimento é de uma universalidade de fato<sup>2</sup>, pois consiste na

<sup>1</sup> Casa comercial é a nomenclatura adotada por Sérgio Campinho para designar o estabelecimento físico em que se situa o empresário. CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 321. Prefere-se, todavia, o termo *loja*, empregado por Carvalho de Mendonça, por ser aquele vulgarmente conhecido no dia-a-dia.

<sup>2</sup> Prevalece amplamente na doutrina o posicionamento de que o estabelecimento, ou fundo comercial, ou azienda, tem a natureza de uma universalidade de fato, uma vez que a conjugação dos elementos que o compõem decorre da vontade de seu titular. CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 323; FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22; BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64.

reunião de bens, pela vontade do empresário, formando uma unidade individualizada<sup>3</sup>.

O empresário reúne determinados bens para o exercício da sua atividade, e escolhe aqueles essenciais para tal.

Por isso, tem-se o estabelecimento como um instrumento do exercício da atividade empresarial, pois ela será exercida através desses bens, por intermédio deles. Sem a sua coligação, impossível será exercer a empresa.

Esses bens, denominados pela doutrina de elementos do estabelecimento, podem ser corpóreos, como as mercadorias e os móveis utilizados pelo empresário, e incorpóreos, como a marca e a patente.

Importante salientar que o estabelecimento não é titular desses bens, isso porque não é ele sujeito de direitos. Quem titulariza os elementos do fundo de empresa é o empresário ou a sociedade empresária, que os reúne formando um todo unitário, para o exercício de sua atividade.

Questão que enseja dúvida é acerca dos contratos. Questiona-se se são eles elementos do estabelecimento ou não.

Os contratos são espécies de negócio jurídico, e são “instrumentos jurídicos para a constituição, transmissão e extinção de direitos na área econômica<sup>4</sup>”.

Os contratos, pois, instrumentalizam as obrigações contraídas pelas partes do negócio jurídico. Em verdade, os contratos são fontes das obrigações, ou seja, dos contratos exurgem, nascem relações obrigacionais.

Sob a perspectiva da atividade empresarial, os contratos são celebrados pelo empresário para o exercício da sua atividade.

Em sendo os contratos celebrados pelo empresário, para o exercício da empresa, fontes das obrigações inerentes a essa atividade por ele exercida, percebe-se que essas espécies de negócios jurídicos instrumentalizam as obrigações por ele contraídas e não pelo estabelecimento.

<sup>3</sup> Essa compreensão é importante para que se possa entender a individualidade de cada estabelecimento, especialmente nos casos em que há uma matriz e diversas filiais. A matriz e cada filial compreendem um estabelecimento isolado e individualmente considerado.

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 05.

Portanto, se os contratos são fontes dessas obrigações, eles pertencem ao empresário e não ao estabelecimento.

Todavia, essa constatação, por si só, não retira dos contratos a qualidade de elemento do estabelecimento. Isso porque, como visto, o direito brasileiro não adotou a teoria da personificação do estabelecimento, ou seja, não é ele um sujeito titular de direitos.

Então, nenhum dos elementos do estabelecimento pertence a ele. Assim, constata-se que o simples fato de o estabelecimento não ser titular de um bem, ou de um contrato, não retira desses a característica de elemento do fundo.

Em verdade, o que exclui os contratos da qualificação de elementos do estabelecimento é, conforme lição do saudoso mestre Rubens Requião, o fato de não serem eles uma espécie de bem jurídico<sup>5</sup>, ou seja, os contratos não são bens jurídicos.

Os contratos são espécie do gênero negócio jurídico, e esse último é espécie de ato jurídico *lato sensu*.

Os atos jurídicos são atos aptos a criar, extinguir, ou modificar relações jurídicas. E os bens jurídicos são o objeto das relações jurídicas.

Então, um contrato pode fazer nascer uma relação jurídica, cujo objeto é um bem jurídico, mas não pode ser ele próprio um bem. Assim, por exemplo, em um contrato de prestação de serviço, o bem jurídico é o serviço e não o contrato em si.

Se os elementos do estabelecimento são bens jurídicos, e os contratos não se enquadram nessa espécie jurídica, não são eles elementos do estabelecimento.

Ocorre que, os contratos, assim como o estabelecimento, são instrumentos da atividade empresarial exercida pelo empresário ou sociedade empresária.

Isso porque a atividade exercida através do estabelecimento só se viabiliza com a celebração de contratos. O empresário precisa celebrar contratos para exercer a sua atividade. Em verdade,

<sup>5</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º volume. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 292.

a própria atividade é exercida através dos contratos e do fundo de empresa.

Veja-se, por exemplo, a hipótese do exercício profissional da atividade de venda de produtos. Sendo o negócio a exploração da venda de determinado bem, essa atividade só se concretiza com a celebração de um contrato de compra e venda. O efetivo exercício da atividade depende da celebração desse contrato, bem como da existência de um estabelecimento, pois os bens inerentes ao exercício da empresa devem estar nele inseridos.

O próprio empresário só terá o bem para a venda se comprá-lo de um fornecedor ou se adquirir a matéria-prima para produzi-lo. Tudo isso se dá com a celebração de contratos.

Daí se infere que, apesar de não serem elemento do estabelecimento, os contratos são inerentes à atividade empresarial, estando umbilicalmente ligados ao fundo de comércio.

### 3. TRESPASSE

O estabelecimento, por consistir em uma universalidade de bens, pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, na dicção do art. 1.143 do Código Civil.

Então, por se constituir em um complexo de bens individualizado, cujo titular é o empresário ou a sociedade empresária, o fundo empresarial pode ser objeto de um negócio jurídico translativo, ou seja, pode ser alienado através de um contrato.

Nisso consiste o trespasse ou traspasso, o contrato para transmissão do estabelecimento.

Através de trespasse, o empresário ou sociedade empresária aliena o conjunto de bens. Não é, pois, o trespasse a alienação de apenas um ou alguns elementos do estabelecimento.

Para que se caracterize o trespasse é imperioso que haja a transmissão dos elementos essenciais para a continuidade da atividade empresarial pelo adquirente.

Por essa razão, o mero ato de passar o ponto não caracteriza o trespasse. O ponto é apenas um dos elementos do estabelecimento; é a sua localização. Na lição do mestre Marcelo Andrade

Féres, o ponto é “o local onde o empresário encontra-se com a sua clientela<sup>6</sup>”.

Então, o empresário ou a sociedade empresária, ao passar o ponto, está apenas mudando a localização do estabelecimento. Está levando o complexo unitário de bens de um local para o outro.

Aquele que se estabelecer no ponto comercial transferido, iniciará uma nova atividade ou continuará a sua atividade antes explorada em outro local. Não estará, portanto, continuando a atividade daquele que lhe passou o ponto<sup>7</sup>.

Outra observação que deve ser feita é que, com o trespasse, transfere-se a titularidade do estabelecimento. Com a celebração desse contrato, o titular do estabelecimento passa a ser outro empresário ou sociedade empresária.

Trata-se, então, de situação diversa daquela que ocorreu com a cessão de cotas societárias ou com a venda de ações. Nesse caso, altera-se apenas a figura dos sócios, permanecendo o estabelecimento sob a titularidade da mesma sociedade.

Depreende-se, pois, que com a venda do estabelecimento há a transferência conjunta dos elementos que o compõe, a fim de permitir a continuidade da atividade pelo seu adquirente.

Questão tormentosa é a que diz respeito à transmissibilidade dos contratos e, conseqüentemente, das obrigações contraídas pelo empresário ou sociedade empresária no exercício da atividade explorada através do estabelecimento objeto da alienação.

Como visto no tópico anterior, os contratos não são elementos do estabelecimento, todavia, também são instrumentos do exercício da atividade empresarial. Ligam-se, pois, os contratos

<sup>6</sup> FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.* p. 29.

<sup>7</sup> Para o mestre Fábio Ulhoa Coelho, no entanto, o contrato de compra e venda do estabelecimento é muitas vezes proposto, no meio empresarial, por meio da expressão “passa-se o ponto”. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118). Então, para o emérito professor da PUC-SP, passar o ponto significa alienar o estabelecimento. É verdade que, na prática, alguns empresários utilizam expressões como “passo o ponto” com a intenção de transmitir o seu estabelecimento. Todavia, deve-se levar em conta que muitos não conhecem os termos técnicos adequados a cada negócio jurídico. Tecnicamente, então, a par de respeitabilíssimo entendimento em contrário, a expressão “passar o ponto” não pode ser utilizada como sinônimo de trespasse.

à atividade econômica exercida pelo empresário ou sociedade empresária.

Muitos deles são essenciais à continuidade da empresa, como o contrato de locação do imóvel comercial em que está estabelecido o fundo empresarial, quando o empresário não for o proprietário do bem imóvel, e os contratos com os fornecedores.

Então, a alienação do estabelecimento, sem a transmissão dos contratos, pode inviabilizar o exercício da empresa. Isso porque o adquirente do estabelecimento continua a atividade exercida pelo empresário alienante, ou seja, é ele sucessor do negócio do alienante.

Assim, é indubitável que, havendo a sucessão do negócio, não se transferem os contratos inerentes à atividade empresarial explorada no estabelecimento objeto da alienação, sob pena de o adquirente não conseguir prosseguir-la.

Conclui-se, portanto, que o contrato de trespasse só terá eficácia se, juntamente com a transferência dos elementos essenciais à atividade, houver a transmissão dos contratos também indispensáveis à sucessão do negócio.

E essa transmissão se dá através da cessão da posição contratual ou, simplesmente, cessão do contrato.

#### **4. CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL NA VENDA DO ESTABELECIMENTO**

A cessão da posição contratual, ou cessão do contrato, não possui regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão, pode ser caracterizado como um negócio jurídico atípico<sup>8</sup>.

Consiste esse negócio na transferência de todos os direitos e obrigações de que é titular uma parte contratual para um terceiro estranho à relação. Esse terceiro assume, então, a posição contratual do cedente, passando a ser parte do contrato. Ele irá suceder o cessionário nas obrigações e direitos oriundos do contrato.

A cessão do contrato é um negócio vantajoso, haja vista que a relação contratual é mantida, havendo apenas uma substituição,

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro. Teoria geral das obrigações*, v. II. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 231.

uma sub-rogação subjetiva do contrato. Permite-se, com isso, a circulação do contrato em sua integralidade e não apenas uma mera cessão de crédito ou uma assunção de débito.

Questiona-se, todavia, a posição do cedido nessa relação. O cedido é aquele que originalmente estava no contrato e que permaneceu após a celebração do negócio translativo, ou seja, é o outro contraente que passou a ter uma relação contratual com o terceiro após a cessão.

Importando a cessão do contrato uma transferência dos créditos e débitos para um terceiro estranho à relação contratual originária, é imperioso que haja a manifestação do cedido para a validade do negócio, haja vista que ele passará a ser credor ou devedor de outra pessoa.

A manifestação do cedido pode ser prévia ou posterior à cessão. Nesse último caso, o consentimento após a transferência da posição contratual será tido como uma ratificação do negócio.

É essa, pois, a hipótese trazida pela lei quando do tratamento da transferência dos contratos no trespasse, conforme dispõe o art. 1.148 do Código Civil: “Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para a 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”.

Inferre-se do dispositivo transcrito que a lei civil previu a cessão do contrato no caso de alienação do estabelecimento, haja vista que determinou que a transferência do estabelecimento importa a sub-rogação do adquirente do fundo nos contratos estipulados para a sua exploração.

Como se vê, reconheceu a lei a importância da transmissão dos contratos ligados à atividade exercida pelo empresário quando da transferência do fundo empresarial.

Previu, ainda, o *Digesto* brasileiro, que os terceiros poderão rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência. Aqui são cabíveis duas observações. Primeiro, que



o trespasse só produzirá efeitos, nos termos do art. 1.144 da lei civil, após a averbação do contrato à margem da inscrição do empresário no RPEM e após a publicação na imprensa oficial. Segundo, que os terceiros a que se refere a lei são os cedidos, servindo a publicação na imprensa oficial como uma notificação para que eles se manifestem, ratificando ou não a cessão da posição contratual.

Então, aquele que não concordar com a cessão no contrato de que é parte poderá rescindi-lo no prazo de 90 dias.

Portanto, o consentimento poderá ser dado de forma expressa ou tácita. Após a publicação, poderá o cedido manifestar sua concordância com a cessão do contrato ou permanecer inerte. Após o transcurso do prazo de 90 dias sem que tenha se manifestado, presume-se que concordou com a transferência da posição contratual<sup>9</sup>.

Com a anuência, tácita ou expressa, do cedido, válida será a cessão do contrato e, conseqüentemente, das obrigações nele representadas, sendo o adquirente do estabelecimento o sucessor do alienante nessas obrigações, ou seja, será ele o obrigado e não mais o alienante, como se verá a seguir.

## **5. TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES E O EQUÍVOCO COMETIDO PELO LEGISLADOR**

Dispõe o art. 1.146 do Código Civil que 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”.

Como já exhaustivamente explicitado, o trespasse consiste na venda do estabelecimento, compreendendo a transferência de

<sup>9</sup> Há posicionamento no sentido de que a hipótese tratada no art. 1.148 do Código Civil é de uma cessão imprópria do contrato, ou sub-rogação legal da relação contratual, uma vez que a cessão da posição contratual, nesse caso, implementar-se-ia independentemente da anuência do contratante cedido, prevendo a lei apenas a possibilidade de rescisão do contrato pelo cedido, no prazo de 90 dias, se houver justa causa. FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.* p. 69.

todos os elementos essenciais à continuidade da empresa para o trespasário, bem como dos contratos inerentes ao exercício da atividade empresarial.

O trespasário, adquirente, passa a ser sucessor do alienante nas obrigações contratuais, assumindo a sua posição no polo passivo das obrigações por ele assumidas.

Vê-se, pois, que há um primeiro equívoco do legislador ao dispor que o adquirente responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência.

Em verdade, o trespasário assume a obrigação, ou seja, ele passa a ser o obrigado e não apenas o responsável pelo pagamento.

Como cedição, a obrigação representa um vínculo jurídico que prende o devedor ao credor. Ao assumir uma obrigação, o devedor se compromete com o credor a cumpri-la, razão pela qual ele apenas se desonera, faz romper esse vínculo, com o pagamento.

Todavia, à exceção das obrigações personalíssimas, em que a obrigação só pode ser cumprida pelo devedor pessoalmente, nas demais é possível que haja o seu cumprimento por um terceiro, inclusive admitindo-se a substituição do próprio devedor na relação obrigacional.

O devedor, de acordo com a Teoria Dualista da obrigação, tem o débito e a responsabilidade, ou seja, tem ele o dever primário de solver voluntariamente o débito, bem como a responsabilidade, que possibilita o credor de se valer dos meios legais para compelir o devedor a cumprir com sua obrigação.

Por essa razão, o adquirente do estabelecimento, o trespasário, não é apenas responsável pelo pagamento, ou seja, não tem ele apenas a responsabilidade, mas também o débito. Com a sub-rogação pessoal, passa o adquirente a ser o próprio devedor, como se originariamente tivesse assumido a obrigação. Incumbe a ele, assim, efetuar o pagamento voluntário, e não mais ao alienante do estabelecimento.

Portanto, cometeu o legislador um equívoco ao prever que o adquirente apenas responde pelo pagamento das obrigações contraídas antes da transferência do fundo comercial.

Equívocou-se, ainda, o legislador ao dispor que o alienante, o devedor primitivo, é solidariamente *obrigado* ao pagamento dos débitos.

Ocorre que, como visto, com a sub-rogação, o único obrigado é o adquirente do estabelecimento. Apenas ele tem o dever de adimplir voluntariamente com a obrigação.

O legislador, em verdade, poderia ter previsto que o alienante continuaria a responder solidariamente pelo pagamento das obrigações contraídas antes do trespasse, mas não poderia prever que o alienante continuaria sendo o obrigado, haja vista que, com a venda do estabelecimento e transferência dos contratos, ele não é mais parte na relação obrigacional.

Todavia, mesmo que a lei tivesse disposto que o alienante seria solidariamente responsável pelas obrigações, não teria sido o ideal. Isso porque, nesse caso, poderiam os credores, havendo inadimplemento, demandar diretamente o alienante. Frise-se que, assim poderiam fazê-lo apenas no caso do não pagamento das obrigações no prazo, mas jamais poderiam exigir, no vencimento, o pagamento pelo alienante, uma vez que o único obrigado, o único que detém o dever de cumprir voluntariamente com a obrigação é o adquirente do fundo.

O regime correto de responsabilidade a se estabelecer, nesse caso, é o da subsidiariedade, salvo se as partes dispuserem de modo diverso, ou seja, o alienante é responsável subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações, ressalvadas as hipóteses em que, no ato de transferência do estabelecimento, o alienante assumir solidariamente a responsabilidade com o adquirente, renunciando ao benefício de ordem.

Assim, no caso de inadimplemento do devedor (o adquirente do estabelecimento) cabe aos credores demandá-lo. E apenas na hipótese de impossibilidade de satisfação de seu crédito, poderão demandar o alienante, uma vez que o único que detém o débito e a responsabilidade é o adquirente.

A responsabilidade solidária prevista na lei, no caso de transferência do estabelecimento, contraria o próprio regime legal de subsidiariedade, como ficará comprovado a seguir.

A solidariedade passiva impõe um regime de concorrência, em que todos os devedores solidários concorrem para o pagamento do débito. Todos eles têm o dever de adimplir integralmente com a obrigação.

Poderão, então, os credores, no vencimento, exigir de um, de uns, ou de todos, o pagamento integral da dívida.

Ocorre que, o cumprimento da obrigação por apenas um, ou alguns dos devedores solidários, produz um efeito peculiar: faz surgir uma relação de crédito e débito entre esses devedores.

A prestação, para o credor, é una, mas entre os devedores solidários é ela divisível, devendo ser partilhada entre eles a quota-parte atribuída a cada um.

Dispõe o art. 238 do Código Civil que “o devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores”.

Portanto, o que se infere, e como já dito: a dívida pode ser paga integralmente por um só dos devedores solidários. No entanto, esse que adiantou a parte dos demais passa a ter um direito de crédito em face deles, e a consequência é a possibilidade do exercício do direito de regresso contra os demais.

Poderá, assim, o devedor que satisfaz integralmente a dívida, exigir dos demais o pagamento de suas quotas.

E não havendo menção expressa à quota de cada um, presume-se que são iguais. Por exemplo, havendo uma dívida solidária entre dois devedores sem que haja previsão expressa quanto à quota de cada um e tendo sido feito pagamento integral da dívida por um deles, o que pagou tem o direito de exigir do outro 50% do valor pago ao credor.

Ocorre que, no trespasse, não se aplica esse regime, uma vez que o devedor é o adquirente do estabelecimento, sucessor das obrigações.

Pela lei, o alienante é obrigado solidário. Então, ainda segundo o regime imposto pela lei, no caso de pagamento integral da dívida pelo adquirente do estabelecimento, poderia ele regressar contra o alienante para reaver 50% do valor pago.

Ocorre que, o único devedor é o adquirente e não o alienante. Portanto, se o credor exigir do alienante o pagamento integral da dívida, poderá ele recusá-lo, mas também poderá, por mera liberalidade, pagar a dívida. Nesse caso, terá direito de regressar contra o adquirente exigindo o valor integralmente pago, pois somente esse último é o obrigado pelo pagamento.

Da mesma forma, se o adquirente efetuar o pagamento, não terá direito de regresso em face do alienante, haja vista que ele assumiu integralmente as obrigações inerentes aos contratos cedidos, não lhe sendo lícito exigir do alienante que cumpra com uma obrigação que não é mais dele, pois com o trespasse e transferência dos contratos, o alienante é excluído das relações obrigacionais inerentes à empresa.

Hipótese semelhante ocorre com o fiador. O fiador, ao renunciar ao benefício de ordem, assume uma responsabilidade solidária, pois o credor poderá, no caso de inadimplemento, exigir do fiador e/ou do afiançado a integralidade da dívida.

Ocorre que, se o afiançado pagá-la, não terá direito de regresso contra o fiador, porque o fiador é mero responsável e não obrigado. Não tem ele o débito, mas, tão somente, a responsabilidade.

Igualmente, caso o fiador pague a dívida, poderá exigir do afiançado integralmente o valor pago, pois esse último é o devedor, o obrigado a cumprir voluntariamente a obrigação<sup>10</sup>.

Quanto às obrigações tributárias, a questão é diversa. O devedor, na relação tributária, é o contribuinte, aquele que pratica o fato gerador, nos termos do inciso I, do parágrafo único do art. 121 do CTN.

Ainda segundo a lei tributária, em seu art. 123, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias, salvo disposição de lei em contrário.

---

<sup>10</sup> É essa a lição do sempre brilhante mestre Sylvio Capanema. SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da Locação do Imóvel Urbano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 636.

Portanto, no caso do trespasse, o contrato, por si só, não poderá prever a responsabilização do adquirente do estabelecimento e tampouco isentar o alienante do pagamento dos tributos devidos antes da alienação do fundo, isso porque, antes do trespasse, aquele que praticou o fato gerador foi o alienante, ou seja, é ele o contribuinte, o devedor tributário.

Todavia, o Código Tributário Nacional, em seu art. 133, regulou a questão da transferência dos débitos tributários quando da venda do estabelecimento. Segundo o mencionado dispositivo, o adquirente do estabelecimento responde, exclusivamente, pelos tributos a ele inerentes, devidos até a data da alienação, se o alienante cessar a exploração da atividade, ou subsidiariamente, se o alienante prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 06 meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ramo ou em outro ramo de comércio.

Questiona-se, então, se terá agido corretamente o legislador nesse caso.

Como se vê, a lei atribuiu ao adquirente uma responsabilidade tributária exclusiva pelo pagamento dos tributos devidos anteriormente à alienação do estabelecimento no caso de o alienante cessar a exploração de atividade empresarial, ou seja, se o alienante deixar de exercer atividade empresarial após a venda do estabelecimento, estará ele isento de qualquer responsabilidade.

A questão deve ser examinada sob a ótica da responsabilidade dos sucessores no Direito Tributário. Essa responsabilidade é forma de sujeição passiva indireta por transferência. O devedor direto é o contribuinte, uma vez que a obrigação tributária nasce para ele em decorrência do fato gerador por ele praticado.

O responsável é aquele que não ostenta a condição de contribuinte, mas sua obrigação decorre de disposição expressa de lei. Então, sob a ótica da obrigação tributária, o responsável é sujeito passivo indireto da relação tributária, nos termos do art. 121, parágrafo único, II, do CTN, uma vez que não tem relação direta com a situação que constitua o fato gerador.

Ademais, segundo previsão expressa do art. 128 do CTN, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito

tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Na hipótese do art. 133 do CTN, a venda do estabelecimento ocorrida após o fato gerador do tributo opera a transferência da responsabilidade do cumprimento da obrigação tributária para o adquirente.

Estabelece a lei que o responsável tributário é o adquirente do estabelecimento. Assim, é ele quem detém a obrigação de pagar os tributos cujos fatos geradores foram praticados antes da venda do fundo, não obstante não ser ele o contribuinte, o devedor direto. Tem ele, segundo a teoria das obrigações, a responsabilidade, mas não tem o débito<sup>11</sup>.

O legislador tributário assim estabeleceu por razões de conveniência, a fim de facilitar a arrecadação pelo Fisco. É mais fácil, pois, encontrar o adquirente do fundo empresarial, que se encontra estabelecido no mesmo lugar, do que tentar encontrar o alienante para cobrar-lhe os tributos inerentes àquela atividade exercida no estabelecimento alienado.

Parece ter agido corretamente o legislador nessa hipótese.

Isso porque, como visto, o trespasse acarreta a transmissão das obrigações inerentes à atividade empresarial exercida através do estabelecimento alienado.

Então, o adquirente do fundo empresarial, segundo a regra geral das obrigações, passa a ser o devedor, aquele que detém o dever de adimplir voluntariamente a obrigação. E não poderia ser diferente no caso das obrigações tributárias.

A única observação é que, no caso da relação tributária, a venda do estabelecimento não poderá acarretar a mudança de *status* do alienante do estabelecimento. Ele continuará sendo chamado de contribuinte, o devedor direto, pois foi ele quem praticou o fato gerador.

---

<sup>11</sup> Em conformidade com esse entendimento, o emérito professor Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. ROSA JR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 534.

Previu a lei tributária, ainda, no inciso II do art. 133, que no caso de continuidade do exercício da atividade empresarial pelo alienante, sua responsabilidade será subsidiária.

Ora, essa foi a solução sustentada genericamente, no caso das obrigações civis e comerciais, em que se afirmou que o regime adequado de responsabilidade pelo adimplemento das obrigações, no trespasse, é o da subsidiariedade.

Dessa forma, fica o credor tributário protegido contra eventual má administração da atividade pelo empresário adquirente do estabelecimento que o impossibilite de adimplir com as suas obrigações.

Parece, então, ter andado bem o legislador tributário ao dispor dessa forma.

## **6. CONCLUSÃO**

Depreende-se do exposto que o legislador civil, ao contrário do legislador tributário, tratou de forma inadequada a questão da transmissão das obrigações no contrato de trespasse.

Viu-se que, diante da teoria geral das obrigações, o devedor é aquele que detém o débito, o dever de cumprir voluntariamente a obrigação, e a responsabilidade, possibilitando ao credor demandá-lo para o cumprimento forçado da obrigação.

Quando da transferência do estabelecimento, transferem-se também as obrigações inerentes à atividade nele exercida. Assim, o adquirente do estabelecimento passa a ser o devedor, o obrigado, aquele a quem incumbe o adimplemento das obrigações.

Estabeleceu a lei civil, o que parece equivocado, um regime de solidariedade que não condiz com o sistema de transferência das obrigações quando da venda do fundo empresarial.

O regime adequado é o da subsidiariedade, em que o adquirente do estabelecimento é o obrigado direto, enquanto que o alienante responde apenas subsidiariamente, na impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo alienante, salvo se as partes, voluntariamente, estabelecerem, em contrato, uma responsabilidade solidária.



No caso da obrigação tributária, estabeleceu o legislador um regime conveniente de responsabilidade, uma vez que estabeleceu uma responsabilidade exclusiva e integral do adquirente do estabelecimento caso o alienante não mais exerça a empresa, bem como uma responsabilidade subsidiária do alienante caso ele prosiga explorando profissionalmente uma atividade empresarial. 📄