

nem se identificam; ao contrário são distintos entre si e fôrças de categorias jurídicas diversas. Portanto, a afirmação de direito à renovação da locação configura a chamada propriedade comercial e caracteriza um direito real sobre a coisa alheia, não tendo uma contradição em seus termos<sup>33</sup>.

Coerentes com esse modo de pensar, abstenho-nos de usar as expressões tecnicamente inexactas "propriedade comercial" ou "propriedade imaterial", para designar a pertinência de valores representados pelo ponto de negócio, pela clientela ou pelo aviamento da casa comercial.

## CAPÍTULO VII

### AVIAMENTO E CLIENTELA

**SUMÁRIO:** 127 — Origem histórica: o *ius intraturae*. 128 — Importância da noção de aviamento. 129 — Natureza jurídica: o aviamento não é elemento do fundo. 130 — O aviamento não se identifica com o estabelecimento. 131 — O aviamento como qualidade ou atributo do estabelecimento. 132 — Distinção entre aviamento objetivo e subjetivo. 133 — Conceituação de *local goodwill* e *personal goodwill*. 134 — Aplicações práticas. 135 — O aviamento é inerente à fazenda mercantil. 136 — Noção de clientela. 137 — Correlação entre aviamento e clientela. 138 — Distinção entre freguesia e clientela. 139 — Os chamados "direitos de clientela". 140 — A clientela como situação de fato geradora de direitos. 141 — Concorrência e clientela.

**127.** A noção de aviamento, embora remonte ao direito mercantil medieval (a partir de fins do século XIII) e desde então esteja presente na prática mercantil, sendo familiar aos economistas e juristas, somente em época muito recente começou a ser estudada de modo sistemático<sup>1</sup>.

Parece acertado assinalar a origem histórica da proteção ao aviamento no *ius intraturae*, disciplinado pelos diversos estatutos

1. O vocábulo *aviamento* é perfeitamente vernáculo, e pode ser empregado com o sentido de "ação ou efeito de aviar", e também de "preparo, apresto, sucesso ou conseqüimento de empresa". Ver *Dicionários de Cândido de Figueiredo, Aulete, Frei Domingos* e *Antônio de Moraes Silva*. No sentido do texto, o uso da expressão *aviamento* é referendado por Rui Barbosa, J. X. Carvalho Mendonça e Waldemar Ferreira.

33. *Da ação renovatória*, n. 62, pág. 91 e seqs.

das corporações de mercadores da idade média e aplicado, pela jurisprudência dos tribunais consulares. Consistia a *intratatura* no direito que o artífice adquire sobre o estabelecimento, sobre o imóvel tomado em locação, pelo exercício do mesmo durante determinado espaço de tempo<sup>2</sup>. Distinguem-se na *intratatura* dois aspectos: a) o direito assegurado ao artífice, comerciante de pedir, ao termo da locação, uma quantia "melhoramentos" decorrentes da afluência de freqüentes e a nãoção de *aviamiento*; b) o direito de permanecer no local podendo o inquilino ser despejado pelo senhorio, senão em casos e depois de certo lapso de tempo. Ao primeiro chama-se propriamente de *jus intrataturae* e consiste numa justa indenização em virtude do maior valor dado ao imóvel pelo exercício continuado da arte; ao segundo denomina-se especificamente de *jus stantandi* e confere ao lojista ou artífice o direito de permanecer no imóvel, direito esse que se assemelha ao direito de superfície ou de enfiteuse<sup>3</sup>. A expressão *intratatura* (em *intratatura*) era empregada nas decisões da Rota Florentina no sinônimo de *aviamiento*: "*aviamentum negotii es validum*"<sup>4</sup>.

Era finalidade do instituto a proteção ao exercício das mecânicas e da mercancia, motivo pelo qual tinha por objeto as lojas e lugares semelhantes destinados aos negócios comerciais, numa palavra, o estabelecimento comercial<sup>5</sup>.

Para a aquisição do direito de *intratatura*, exigia-se do comerciante, o concurso de três requisitos: 1.º, a matrícula no rol da corporação; 2.º, o exercício efetivo do ofício, por si ou por seus prepostos, mas sob sua direção; 3.º, o desempenho do ofício pelo espaço de cinco anos consecutivos no mesmo local<sup>6</sup>.

2. A definição é de Montelatici e adotada por Fierli, apud Buzaid, *Da ação renovatória*, n. 7, pág. 13, e nota 3.
3. Fierli, apud A. Buzaid, obra e loc. cit., notas 4 e 5.
4. Torre, apud M. Rotondi, *Trattato*, I, n. 46, nota 3.
5. Fierli, apud A. Buzaid, obra cit., n. 9, pág. 16.
6. Fierli e Schupfer, apud A. Buzaid, obra cit., n. 11 pág.

Já Fierli advertia que o principal motivo para a perda da *intratatura* (quer dizer: do aviamiento) era a cessação do exercício da arte ou do comércio na loja alugada, eis que, sendo o exercício a causa eficiente do direito, com a sua interrupção também se extinguiu. Considerada como aviamiento, a *intratatura* confere ao inquilino (*entraturario*) ou a quem tenha sido conferido um *jus in re, seu ad rem*, ou seja, a ação *ex statuto*, o direito de poder conseguir do senhorio o preço de um tal aviamiento, ou melhoramento<sup>7</sup>.

O instituto, peculiar ao regime corporativo, perdurou até o século XVIII, para renascer sob outros moldes em nossos dias.

128. O conceito de aviamiento é fundamental na teoria do estabelecimento, porque constitui exatamente a razão de ser da tutela que lhe é conferida como objeto unitário de direito.

Visto do ângulo econômico, o aviamiento é um juízo de valoração entre diversos estabelecimentos que concorrem no mesmo mercado; desse confronto decorre a maior ou menor expectativa de lucros futuros. Mas esse resultado, favorável ou não, está-lhe ou transeunte, é uma situação de fato, que decorre das condições em que normalmente se exerce toda exploração econômica, no regime de livre concorrência.

O que interessa ao direito é proteger o complexo de elementos que constitui a causa material do aviamiento da fazenda mercantil. Juridicamente, a todo estabelecimento, enquanto existente, corresponde um aviamiento, grande ou pequeno, o qual é afetado *per se*, independentemente de qualquer valoração comparativa com outros estabelecimentos<sup>8</sup>.

O aviamiento é, portanto, o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem valor ao estabelecimento *in concreto* a aptidão de produzir lucros.

É importante marcar esta posição: o direito ao aviamiento produz-se na tutela do complexo de fatores ou de elementos que

7. Fierli, apud A. Buzaid, obra cit., ns. 12-14, pág. 20 e segs.
8. M. Rotondi, *Diritto Industriale*, n. 36, pág. 74.

é causa do aviamento do estabelecimento, em si mesmo considerado, não na pretensão a que este seja melhor aviado do que outro tomado como termo de referência<sup>9</sup>.

**129.** É também grande a divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica do aviamento. Podem-se classificar do seguinte modo as correntes de opinião existentes sobre o assunto: 1.º, as concepções que afirmam que o aviamento é um bem imaterial ou *elemento incorporado* do estabelecimento, constituindo objeto autônomo de direitos; 2.º, as teorias que identificam o aviamento com o estabelecimento; 3.º, as concepções que dizem ser o aviamento somente uma *qualidade* ou *atributo* do estabelecimento; 4.º, a teoria que vê o aviamento como resultante dos fatores do estabelecimento e da pessoa do titular.

Na França, escritores como *Lyon Caen* e *Renault*, *Thieler*, *Gombaux*, consideravam o aviamento (*achalandage*) como elemento essencial ou preponderante, de que seriam acessórios os demais elementos do fundo de comércio.

Na doutrina italiana do começo do século, dizia *Vivante* que o aviamento, considerado como *elemento* essencial da vida comercial, consiste na expectativa dos lucros futuros. Não tem vida própria e autônoma, porque não se pode compreendê-lo sem estar conexo ao estabelecimento materialmente constituído; mas a aquisição de todos os outros elementos, conjuntamente, não bastaria por si só para fazer do adquirente o sucessor no estabelecimento. O valor desse aviamento é essencialmente variável, acumula-se lentamente, de maneira quase imponderável, e sua existência econômica se manifesta e se determina com segurança somente quando se transfere o estabelecimento, ocasião em que se atribui ao aviamento um preço mais ou menos considerável<sup>10</sup>.

9. *M. Rotondi, ibidem*, pág. 75.

10. *C. Vivante, Trattato*, III, n. 840, n. 2. Mais recentemente, *Vivante* retificou sua posição, para afirmar a existência de um direito de propriedade sobre o aviamento, ou melhor, sobre a clientela, que com aquêle se identifica. A clientela é uma *res*, separável do estabelecimento, e pode constituir objeto de regras e de conven-

Também *Carnelutti*, repudiando sua anterior concepção, e via no aviamento uma *qualidade* do estabelecimento, considerando-o como sendo a idéia que preside a organização, a qual protegida como o direito autoral, ou seja, como *bem imaterial*, suscetível de constituir objeto de propriedade<sup>11</sup>. Outros autores leram à tesc do aviamento como bem imaterial (*Greco, La mia, De Martini*). É certo, porém, que em nenhum texto do direito privado encontra apoio essa concepção.

Constitui mera abstração falar do aviamento como coisa ou elemento existente por si próprio, independentemente do estabelecimento. O aviamento existe *no* estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem *na* pessoa humana, a velidade *no* automóvel, a fertilidade *no* solo, constituindo qualidades indivisíveis dos entes a que se referem. O aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento, e, portanto, não pode constituir em si e por si objeto autônomo de direitos, suscetível de ser alienado, ou dado em garantia<sup>12</sup>.

**130.** Não ocorre, pelo visto, em relação ao aviamento, a possibilidade de uma tutela autônoma, a qual lhe é conferida apenas como reflexo da tutela dispensada ao estabelecimento, ao qual o pretensão bem imaterial não representa senão a abstração de uma qualidade ou atributo<sup>13</sup>.

Embora não se revestindo da natureza de elemento autônomo ou bem imaterial, e sim de qualidade ou atributo do estabelecimento, representa o aviamento um interesse econômico relevante, que é protegido pela lei em função do estabelecimento. Em cada estabelecimento existe aviamento, maior ou menor, como decorrência da organização dos fatores da produção<sup>14</sup>. Em linguagem filosófica, pode-se dizer que o aviamento é a forma

ções distintas. V. a exposição crítica de *Rotondi, Trattato*, I, n. 48, págs. 149 e segs.

11. *Usucapion de la Propriedad Industrial*, trad. esp., n. 14, pág. 52 e segs.

12. *M. Rotondi, Trattato*, I, n. 48, págs. 154-155.

13. *M. Rotondi, ibidem*, pág. 156.

14. *Ferrara Jr. La teoria*, n. 25, pág. 73.

resultante da coordenação material dos elementos do estabelecimento, tendo por fim uma atividade produtiva.

Isto não significa, contudo, afirmar a identidade dos elementos de aviamiento e de estabelecimento, como faz Carnelutti ao dizer que: "existe um só elemento essencial do estabelecimento, é a combinação dos fatores da produção; este elemento não é uma universalidade de coisas ou de direitos e não pode classificar-se na categoria das coisas; nem é um modo de ser, é estabelecimento: vamos ainda além e afirmamos que o aviamiento é o próprio estabelecimento"<sup>15</sup>.

Essa teoria é criticada acerbamente por Rotondi, que, apontando as incongruências de que está referta, aponta o sofrimento em que se baseia, pois, diante da impossibilidade de separar o aviamiento do estabelecimento e da verificação de que em toda *azienda* existe aviamiento, pretende deduzir a identidade dos dois conceitos.

Também Mossa, ao identificar empresa e estabelecimento, escreve: "O aviamiento é dado pela organização. Mais do que qualidade da empresa, é a sua própria organização"<sup>16</sup>.

É fácil refutar essa concepção, pois ainda que o aviamiento seja definido como força ou energia latente, deve distinguir-se do estabelecimento no qual se manifesta, assim como a vida se distingue do ser que anima e a energia não se confunde com a matéria sobre que se aplica.

131. Uma vez que o aviamiento não é um elemento autônomo, nem se identifica com o próprio estabelecimento, passou-se a configurá-lo como uma *qualidade* ou *atributo* inerente ao complexo de elementos de que é formado o estabelecimento.

15. M. Rotondi, *ibidem*.

16. L. Mossa, *Diritto commerciale*, I, pág. 54. Partindo desta idéia, Balletta defende ousada concepção monista, ao identificar num só bem imaterial — que seria a idéia organizadora — os conceitos de aviamiento — organização — *azienda* e empresa (*L'azienda nel codice civile*, Milão, 1955). Mas o aviamiento não se confunde com a organização, que dele é pressuposto; ver *Messineo, Manuale*, I, n. 6, pág. 414.

Esta concepção foi primariamente desenvolvida por Carnelutti<sup>17</sup> e adotada por Finocchiaro<sup>18</sup> e Rocco<sup>19</sup>. Entre nós, a aderiram Waldemar Ferreira e J. Eunápio Borges.

Dizia Carnelutti que o aviamiento é um *modo de ser* e por isso uma *qualidade* do estabelecimento. O valor atribuído ao aviamiento não é mais do que a diferença para maior entre o valor do estabelecimento não aviado e o valor depois de aviado. Ou entender de Rocco, tanto mais a organização dos elementos produtivos é eficiente para os fins da produção, diz-se que o estabelecimento é melhor aviado.

Distingua Carnelutti entre os *meios externos* (coisas, energias derivadas das coisas e das pessoas) e os *meios internos* (energias e qualidades pessoais do titular) aplicados à produção, mas somente compreendia no estabelecimento os meios externos, inclusive o trabalho do fundador<sup>20</sup>. Mas com isso impedia uma visão da realidade mais completa e conforme às exigências jurídicas. Com efeito, se o aviamiento é em grande parte o fruto do trabalho de seu criador ("energia humana acumulada no estabelecimento") e das qualidades dos elementos objetivos, é certo que se deve também à capacidade e à atividade pessoais de seu titular<sup>21</sup>.

Embora seja difícil determinar a importância relativa de cada uma das causas, o aviamiento de todo estabelecimento, *in concreto*, é o resultado não só do conjunto da organização dos fatores da produção (bens e serviços), como também da atividade das qualidades pessoais do comerciante (habilidade, cortesia, honestidade).

A teoria que vê no aviamiento uma *qualidade* ou *atributo* do estabelecimento, apesar de correta, como se verifica, é incompleta, pois não leva em conta o fator pessoal, que também influi sobre o aviamiento.

17. *Valore giuridico*, pág. 156 e segs.

18. *Sistema di diritto industriale*, n. 23, pág. 48.

19. *Principii*, n. 64, págs. 272-273.

20. *Valore giuridico*, pág. 167.

21. Cf. M. Rotondi, *Trattato*, I, n. 50, pág. 160, nota 2.

**132.** A análise mais completa e profunda do conceito de aviamiento se deve a *Mario Rotondi*, cuja teoria é hoje conhecida por numerosos autores.

Sustenta o eminente professor de Milão que o aviamiento, compreendido como força inicial (no sentido físico) ou de inércia, acumulada em cada estabelecimento concreto, mediana a adaptação de todos os elementos singulares da produção e da atividade pessoal do empresário às exigências do mercado, constitui energia que se pode teoricamente distinguir, mas que na prática é imanente e indissolúvel, não só nos elementos singulares do estabelecimento (bens e serviços), mas também na própria pessoa do titular, como qualidades do sujeito (o trabalho, a honra, a correção, a capacidade).

Partindo dessa averiguação, chega-se a distinguir entre duas fontes e, portanto, duas formas de aviamiento: 1.º, o aviamiento dito *objetivo* ou *real*, inerente aos elementos singulares do estabelecimento, às suas qualidades, à sua organização e também à atividade do fundador enquanto transfundida e objetivada no estabelecimento — aviamiento que é definido como *qualidade* do estabelecimento, ou seja, *atributo* da universalidade de fato que é objeto de direito; 2.º, o aviamiento dito *subjetivo* ou *pessoal*, que deriva da pessoa e do prestígio do titular e que lhe é indissolúvelmente unido<sup>22</sup>.

A essa doutrina, que teve de certa forma como precursor *Wieland*, na Alemanha, e *Valéry* na França, aderiram *Carnegie*, *Ueckmar*, *Valeri*, *Casanova*, *Ferri* e *Ascarelli*<sup>23</sup>.

Na língua inglesa a expressão *goodwill of a trade* significa o valor de um negócio medido em termos de freguesia ou reputação, e corresponde exatamente ao aviamiento.

**133.** Os anglo-saxões, refratários às especulações doutrinárias, preferem ater-se a motivações de ordem prática, não preocupando com a elaboração sistemática. Os economistas

22. *M. Rotondi, Trattato*, I, n. 51, pág. 162.

23. Crítica *Ascarelli* a assimilação do aviamiento a uma energia, o que, todavia, é aspecto secundário na teoria de *Rotondi*; v. *Corso*, cap. XIII, n. 4, pág. 344.

es, contudo, distinguem nitidamente o "*local goodwill*", que é o aviamiento objetivo, do "*personal goodwill*", equivalente aviamiento subjetivo<sup>24</sup>.

No direito americano, explica *Hopkins* que é difícil definir *goodwill* em virtude das várias formas de que se reveste. Pode ser *pessoal*, quando é o resultado do trabalho e esforço da pessoa que pertence e persiste após uma troca de lugar. Pode ser *local*, quando os esforços pessoais daqueles que o criaram identificam-no de tal modo com a sua situação que adere a ela e não pode ser ligado a um negócio que em seguida venha a ser estabelecido em qualquer outro lugar pelas mesmas pessoas. Ou ainda, no caso de *local goodwill*, éste pode ter tido sua origem principalmente nas vantagens naturais da situação, antes que qualquer atividade pessoal tenha sido aplicada sobre elle; como, por exemplo, um lugar à beira d'água particularmente acessível e conveniente para a construção de um elevador de grãos, estabelecido, embarcadouro ou armazem. O *goodwill* que então surge consiste de três coisas: as vantagens naturais do lugar, a construção de um edifício ou estrutura adequada com seu equipamento mecânico apropriado, e, finalmente, a boa reputação que corre da direção hábil, ativa e honesta do negócio. As definições de *goodwill*, por conseguinte, devem ser compreendidas à luz dessas distinções<sup>25</sup>.

Tornou-se clássica, sendo geralmente aceita, a definição do *Story*, para quem *goodwill* é "a vantagem ou proveito que é adquirido por um estabelecimento além do mero valor do capital, ações, fundos, ou bens nêle empregados, em consequência do geral apoio e estímulo público que elle recebe de clientes constantes ou habituais, por motivo de sua localização ou fama, reputação de pericia ou abundância, pontualidade, ou de outras circunstâncias accidentais ou necessidades, ou ainda de antigas parcialidades ou preconceitos".

24. Cf. *Albert Crew, A Synopsis of Mercantile Law*, 5.ª ed., Londres, pág. 201; *John Montgomerie, Steven's Elements of Mercantile Law*, 13.ª ed., pág. 202.

25. *James Love Hopkins, The Law of Trademarks, Tradenames and Unfair Competition*, 2.ª ed., Chicago, págs. 185-186.

Esta conceituação, apesar de elogiada pelos autores americanos, não atende às leis da lógica, que exigem seja a definição clara e breve. Não obstante, foi expressamente e *in haec tenore* adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

134. A distinção entre aviamento objetivo e aviamento subjetivo tem consequências práticas relevantes, não só no que diz respeito à doutrina da concorrência desleal e às limitações convencionais da concorrência, como também no que concerne aos negócios jurídicos que têm por objeto o estabelecimento<sup>26</sup>.

Com efeito, somente se pode considerar como inerente ao estabelecimento, independentemente do titular, o aviamento objetivo, que, sendo uma qualidade ou atributo do objeto do direito, com ele se transmite ao novo titular. Ao contrário, o aviamento subjetivo, que é imanente à pessoa do comerciante, não se transmite diretamente ao novo titular<sup>27</sup>. Isto não obsta a que, de modo indireto, se possa beneficiar o novo titular com o aviamento pessoal do seu criador, através da estipulação da cláusula de não restabelecimento do alienante, como veremos (*infra*, n. 204). Mas é evidente a diferença entre as duas relações jurídicas: a transmissão do estabelecimento e, por conseguinte, do aviamento real que nele é imanente, configura uma obrigação de dar, enquanto que a suposta transferência do aviamento pessoal traduz-se numa obrigação de fazer ou de não fazer.

Não tendo o aviamento real ou objetivo existência autônoma, pois é qualidade do estabelecimento, é óbvio que, como acidente, segue a natureza e a disciplina do objeto ao qual adere.

O aviamento, tanto sob o ângulo econômico como jurídico, não é coisa, é um valor. Melhor esclarecendo, o aviamento objetivo é o acréscimo de valor, algo mais que se junta à soma dos valores dos elementos singularmente considerados, em virtude de sua organização na unidade técnica do estabelecimento, que os torna aptos a produzir novas riquezas. Daí, como refere *Va*

da, a justeza em comparar-se o aviamento do fundo de comércio com a fertilidade do fundo agrícola, a qual resulta das qualidades produtivas do terreno. A fertilidade, como o aviamento, não é um, dêle é atributo, e liga-se indissolúvelmente à sua sorte<sup>28</sup>.

135. Conclui-se, do exposto, que, sendo o aviamento atributo que em certo sentido identifica o estabelecimento como um característico modo de ser, não existe estabelecimento sem aviamento; o que pode variar é unicamente sua medida, de modo a falar-se de estabelecimento mais ou menos aviado (*supra*, n. 200). Em todo estabelecimento, por conseguinte, será preciso proteger este sobre-valor, que surge com a criação da casa comercial, e perdura até a sua extinção.

Mas a tutela do aviamento não é sancionada diretamente pela lei; decorre, indiretamente, da proteção conferida aos seus titulares (ponto de negócio, relações de trabalho, marcas, patentes de invenção, etc.). É preciso ter em mente esse fato, porque, se o sobre-valor do aviamento é uma função dos seus fatores, qualquer dano sofrido por estes repercute necessariamente naquele<sup>29</sup>.

Daí a necessidade de que, no cômputo da indenização pelas perdas e danos sofridas por um elemento singular, seja também avaliado o prejuízo decorrente de sua condição como fator do aviamento. A este princípio atende o decreto n. 24.150, de 1934, quando, no art. 20, manda incluir, na indenização paga ao inquilino que, por motivo de condições melhores, não teve renovado o contrato de locação, a parcela relativa à desvalorização do fundo de comércio.

Por isso que o aviamento é inerente ao complexo de bens que integram a fazenda mercantil, a fruição do aviamento presuppõe a fruição dos seus fatores quando coordenados no estabelecimento. Não tem sentido falar em usufruto ou arrendamento do aviamento, separadamente do fundo, e tanto maior será a

26. M. Rotondi, *Trattato*, I, n. 51.

27. M. Rotondi, *ibidem*.

28. G. Valeri, *Manuale*, cit., II, n. 207.

29. T. Ascarelli, *Corso*, cap. XIII, n. 2, pág. 341.

probabilidade de lucros enquanto seja assegurada a permanência dos fatores do aviamiento, ou seja, na medida em que o estabelecimento seja melhor aviado<sup>30</sup>.

**136.** A noção de aviamiento está ligada à noção de clientela — conjunto de pessoas que, de fato, mantêm com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens e de serviços — e que constitui exatamente a manifestação externa do aviamiento<sup>31</sup>.

É difícil definir com precisão a relação entre os dois conceitos, que se entrelaçam intimamente.

Afiguram-se, todavia, demasiadamente estreitas as concepções que identificam a clientela e o aviamiento (é a opinião de *Vivante* e de *Greco*), ou que de qualquer maneira vinculam, de modo exclusivo, as duas noções<sup>32</sup>. O aviamiento, como vimos, provém de vários fatores, entre eles a clientela, porém existem outras causas, como a acertada localização do negócio, a habilidade e honestidade do pessoal, a boa qualidade das mercadorias e notoriedade da marca.

Entende *Marghieri* que a clientela é o resultado do aviamiento e do aparelhamento ou *accorsatura* (complexo de bens e serviços) e que aumenta em virtude do crédito ou reputação do estabelecimento<sup>33</sup>. Também *Franchi* e *Pagani* julgam ser a clientela a principal expressão do aviamiento<sup>34</sup>.

No entanto, *Calamandrei* se coloca em posição inteiramente oposta, quando afirma que o aviamiento resulta do aparelhamento (*accorsatura*), do crédito e da clientela ou freguesia<sup>35</sup>.

30. *T. Ascarelli, Corso, ibidem*. Em sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o Dr. *José Frederico Marques* decidiu corretamente que o valor do ponto comercial (aviamiento) é licitamente negociável juntamente com o fundo de comércio; ver *Revista dos Tribunais*, 185/236.

31. *M. Rotondi, Trattato*, I, n. 46.

32. *C. Vivante, Trattato*, III, n. 840, pág. 2.

33. *Manuale*, I, pág. 126.

34. *Del commercio in generale*, § 91, pág. 205.

35. *Apud Rotondi, Trattato*, I, pág. 143, nota 7.

posição análoga foi entre nós adotada por *Carvalho de Mendonça*<sup>36</sup> e *Ruy Barbosa*<sup>37</sup>.

Diz *Ascarelli* que entre os fatores do aviamiento está a clientela — que define como a habitualidade do fluxo de adquirentes de serviços ou bens produzidos pelo estabelecimento — habitualidade que tem sua causa nos fatores do aviamiento, enquanto o estabelecimento seja explorado.

Já *Auletta* distingue duas espécies de aviamiento: 1.º, o aviamiento-organização, entendido como qualidade do estabelecimento; 2.º, o aviamiento-clientela, entendido como a vantajosa posição que se consolida em favor do estabelecimento depois de determinado ciclo de vida, assegurando-lhe a oferta dos fatores produtivos e a procura de seus produtos<sup>38</sup>.

**137.** Os conceitos de aviamiento e de clientela não coincidem, pois o primeiro é mais compreensivo do que o segundo; neste sentido vimos que a clientela é um dos fatores do aviamiento.

Não se pode falar, propriamente, que a clientela seja causa do aviamiento, ou vice-versa; a causa dum ser é o que influi na existência e nas propriedades reais do ser. Ora, tanto o aviamiento como a clientela não existem por si; sua existência pressupõe a do estabelecimento. Nem se pode dizer que haja entre ambos os conceitos relação necessária de consequência, de maneira que um deles seja exclusivamente causa do outro. O fim colimado pelo titular do estabelecimento é a obtenção de lucro, e para isso necessita coordenar os elementos disponíveis a fim de atingir o maior grau possível de eficiência produtiva, acrescentando-lhes um modo de ser, suscetível de valorização econômica, que é o aviamiento. Essa qualidade do estabelecimento se mani-

36. *Tratado*, vol. V, n. 18.

37. *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais, Obras completas*, vol. XL, 1913, tomo I, n. 86, pág. 91.

38. *G. G. Auletta, in Commentario del codice civile*, de Scialoja-Branca, 1947, págs. 10-11.

feita em variada medida, e de diversas maneiras, sendo um dos índices mais evidentes do aviamento a formação da clientela.

Os comercialistas atrás citados estavam certos quando diziam, ora que a clientela é o resultado do aviamento, ora que o aviamento resulta da clientela. O que ocorre, em verdade, é a *interação* mútua dos dois atributos do estabelecimento. Em quanto o melhor aviamento contribui para o aumento da clientela, também esta influi para conservar ou crescer o aviamento. Qualquer um deles pode ser considerado a "ação" e o outro a "reação". Causa e efeito não estão implícitos na relação entre os dois conceitos, mas sim uma interação mútua e simultânea.

Esta concepção, que nos foi sugerida pelas leis da física, explica suficientemente, a nosso ver, a natureza do fenômeno aviamento-clientela.

**138.** As pessoas que habitualmente adquirem os produtos do estabelecimento ou se valem de seus serviços, muitas vezes se prendem mais ao *lugar* ou *ponto* de exercício do negócio (centro comercial, estação ferroviária). Outras vezes, porém, são influenciadas pela reputação da casa, adquirida graças às qualidades pessoais do comerciante ou, em alguns casos, de um colaborador.

Os franceses utilizam os termos: *achalandage*, para designar o conjunto de compradores (*chalandes*) ligados ao estabelecimento em razão de considerações objetivas (vizinhança, comodidade, etc.); e *clientèle* para nomear a reunião de pessoas (*clients*) atraídas pela confiança nas qualidades pessoais do titular do estabelecimento. É interessante notar que *Escarra*, influenciado pelos tratadistas italianos, adota uma posição totalmente pessoal e isolada, ao identificar *achalandage* com aviamento<sup>39</sup>.

Embora em nosso país as palavras clientela e freguesia sejam usadas como sinônimas, ou, como observa *Carvalho de Mendonça*, a palavra *freguesia* se refira à atividade comercial e

39. *J. Valéry*, obra cit., págs. 273-274; *Lyon Caen*, *Manuel* cit., 12.<sup>a</sup> ed., págs. 377; *J. Escarra*, *Principes*, I, n. 437, págs. 435.

*clientela* às profissões liberais, seria de toda conveniência imprimir maior rigor terminológico à sua utilização. Com efeito, a palavra *freguesia*, que provém do direito canônico, corresponde a paróquia, que é o território sobre o qual se estende a jurisdição espiritual de um pároco, abrangendo a coletividade dos paroquianos ou fregueses. Fregueses da igreja paroquial passaram a ser-lo dos estabelecimentos, que ao seu derredor se instalaram, vulgarizando-se esta nova acepção do vocábulo<sup>40</sup>. Possui o termo *freguesia* acentuada conotação de lugar, donde a vantagem de empregá-lo para exprimir a idéia de conjunto de pessoas ligadas a certo estabelecimento, em vista de sua localização ou outros fatores objetivos, reservando-se o termo *clientela* para o conjunto de pessoas relacionadas com as qualidades subjetivas do titular da casa comercial.

**139.** Partindo da afirmação de que a clientela constitui bem imaterial tutelado pela lei, uma parte da doutrina italiana proclama a existência do direito à clientela<sup>41</sup>.

Esta é a posição de *Vivante*, seguida por *Ghiron*<sup>42</sup>, *Ghilini*<sup>43</sup>, e também *Auletta*<sup>44</sup>.

Mas a teoria floresceu principalmente na França, onde foi exposta por *Paul Roubier*, para quem todos os chamados direitos de propriedade incorpórea visam à conquista da clientela. A utilidade econômica desses direitos reside na aquisição e conservação da clientela, e seu conteúdo patrimonial está na obtenção de lucros através da concorrência econômica. Ao passo que a propriedade e o crédito classificam-se na estática jurídica, tais direitos movem-se dentro do dinamismo jurídico, configurando-se como "valores" existentes em função da clientela<sup>45</sup>.

40. *Waldemar Ferreira*, *Tratado*, VII, n. 1.554.

41. *Carnelutti* distingue o direito à clientela do direito sobre a clientela, mas a distinção é irrelevante, como demonstra *Rotondi*, *Trattato*, I, n. 47.

42. *Corso di Diritto Industriale*, I, §§ 1.º e 2.º, págs. 15-16.

43. *Disciplina Giuridica dell'Impresa*, pág. 56 e segs.

44. *Commentario*, pág. 14 e segs.

45. *Le Droit de la Propriété Industrielle*, I, págs. 104-105.

Para Ripert o fundo de comércio consiste essencialmente no *direito à clientela*, que é ligada ao fundo pelos elementos que servem à exploração. Se não houvesse clientela, não haveria fundo de comércio<sup>46</sup>.

Salientam Hamel e Lagarde o papel primordial que assume a clientela na noção de fundo de comércio, esclarecendo que a expressão *direitos de clientela* é elíptica, pois se trata mais exatamente de direitos oponíveis não aos clientes, mas aos concorrentes em vista das relações com a clientela<sup>47</sup>. Reconhecendo a existência do direito à clientela, que tem por objeto uma atividade oponível a todos, Jean Escarra chega a caracterizá-lo como direito real, ao lado da *achalandage*, incluindo-os entre os elementos do fundo de comércio<sup>48</sup>.

Para todos esses escritores, os direitos sobre bens incorpóreos devem ser chamados *direitos de clientela*, que ao lado dos direitos reais e dos direitos obrigacionais, constituem uma nova classe de direitos patrimoniais.

**140.** Parece claro que nem o conjunto de clientes ou legiúes, nem a habitualidade de suas relações, nem a constância no volume dos negócios, constituem parte ou elemento do estabelecimento.

Quando se fala em *clientela* como elemento do estabelecimento, na verdade se usa uma metáfora, para indicar "a situação econômica que decorre para o estabelecimento da corrente de pedidos, de serviços e de pagamentos que se cria entre a empresa e seus clientes" (*Casanova*)<sup>49</sup>.

A clientela não é um bem imaterial, objeto autônomo de direito; é uma situação de fato, à qual se atribui um valor econômico, muitas vezes relevante, que é protegido indiretamente pela lei<sup>50</sup>. Essa situação de fato decorre dos fatores do aviamen-

46. *Traité élémentaire*, I, n. 453, pág. 235.

47. *Traité*, II, n. 946, pág. 2.

48. *Principes de Droit Commercial*, I, ns. 434 e segs.

49. *L'imprece commerciali*, n. 179, pág. 286.

50. A lei brasileira leva em conta esse valor, quando o comerciante dele é despojado, em virtude da perda do ponto de m-

sobre o qual também influi. O estabelecimento existe em função da clientela, que, em última análise, constitui uma condição à atividade empresarial. O fato econômico da clientela se traduz em relações jurídicas que têm por objeto obrigações de fazer ou de não fazer<sup>51</sup>.

Quando o estabelecimento é explorado, forma-se uma *clientela atual*; quando não o é, existe a possibilidade de uma *clientela potencial*. Por isso a interrupção na exploração do estabelecimento provoca o desvio da clientela e, por consequência, a diminuição do aviamento. O negócio que permanece com as portas cerradas, pouco a pouco se vai apagando na lembrança do público, e, mesmo quando é reaberto, levará algum tempo até que a antiga clientela volte a procurá-lo<sup>52</sup>.

Daí decorre a proteção que a lei confere aos fatores do aviamento, visando à preservação da clientela, e que se revela, ora de forma positiva, através de uma obrigação de fazer (obrigação do usufrutuário ou arrendatário de explorar o estabelecimento sob o mesmo título), ora de forma negativa, através de uma obrigação de não fazer (proibição de concorrência imposta ao alienante do estabelecimento).

**141.** De modo geral, toda disciplina da concorrência se refere a uma repartição de clientelas (atuais ou potenciais) ou a uma delimitação de meios ou fatores de clientela<sup>53</sup>.

Isto não significa que a clientela possa ser considerada um bem imaterial, objeto de direito real, nem que exista um direito absoluto à clientela.

Não se compadece com a liberdade de concorrência, no Estado moderno, a defesa do direito à clientela, concebido em

o negócio, por motivo da retomada do imóvel pelo proprietário; determina o art. 359 do código de processo civil que, ao fixar a indenização, o juiz atenda também à *clientela do negócio*.

51. No sentido geral do texto, V. Ascarelli, *Corso*, cap. XIII, n. 3.

52. T. Ascarelli, *Corso*, cap. XIII, n. 3 pág. 342.

53. T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3.<sup>a</sup> ed., 1960, I, n. 10, pág. 40.

têrmos de monopólio parcial, tal como sucedia, por exemplo, na organização feudal. A única garantia que, nesse sentido, pôde assegurar a ordem jurídica, em nossos dias, é a interdição de atividade concorrente que não satisfaça às exigências da política administrativa (licenças, autorizações, concessões, patentes etc.)<sup>54</sup>.

A concorrência, exercida de forma normal — excluídas as modalidades que a qualificam como ilícita ou desleal — é inteiramente lícita e constitui, aliás, um dos fundamentos da ordem econômica vigente<sup>55</sup>.

A proteção do valor econômico representado pela clientela justifica precisamente o fato de que não lhe seja conferida uma tutela direta e específica, porque esta conduziria à tutela do próprio lucro e à formação de monopólios privados<sup>56</sup>.

Destarte, a proteção da clientela é assegurada pela lei de modo indireto, mediante a tutela de determinados fatores que condicionam, quais sejam, a repressão às práticas desleais, a proibição de exclusividade reconhecida aos autores de criações intelectuais, o uso exclusivo dos sinais distintivos, enfim, as obrigações de fazer ou de não fazer impostas em determinadas situações, acima mencionadas (*supra*, n. 140).

Terminamos, dêste modo, o exame da teoria jurídica do estabelecimento, que constitui pressuposto para a construção dogmática dos negócios jurídicos que o têm por objeto. Passamos agora, a encerrar o estabelecimento na dinâmica da atividade social.

54. M. Rotondi, *Diritto industriale*, n. 56, pág. 76.

55. A propósito do conceito de concorrência, e de sua qualificação como desleal ou ilícita, veja-se o estudo de J. Pinto Antunes, *Da concorrência desleal na legislação brasileira*, São Paulo, 1940, refundido e publicado na *Revista Forense*, 93/36. No sentido do texto, ver os acórdãos insertos na *Revista dos Tribunais*, 184/914, 329/548 e *Revista Forense*, 208/287.

56. T. Ascarelli, *Corso*, cap. XIII, n. 3, pág. 344.

## CAPÍTULO VIII

### O ESTABELECIMENTO COMO OBJETO DE DIREITOS: TITULARIDADE E CIRCULAÇÃO

**SUMÁRIO:** 142 — Razão de ordem. 143 — Proteção e circulação do estabelecimento. 144 — Importância jurídica da unidade econômica do complexo. 145 — Natureza do direito que o empresário tem sobre o estabelecimento. 146 — Acepções do termo "propriedade". 147 — O problema da propriedade da fazenda mercantil. 148 — O preconizado "direito de empresa". 149 — Caráter complexo da titularidade jurídica do fundo. 150 — O estabelecimento como objeto unitário de direitos. 151 — Ainda o problema da propriedade do fundo. 152 — Consideração unitária do estabelecimento. 153 — Titularidade primária e secundária. 154 — Negócios mistos sobre o estabelecimento. 155 — Identificação do fundo como objeto do negócio. 156 — Natureza mobiliária ou imobiliária do estabelecimento. 157 — No direito comparado. 158 — No direito brasileiro. 159 — Forma do negócio. 160 — A publicidade dos negócios sobre a fazenda mercantil. 161 — Revindicação, posse e usucapião do estabelecimento. 162 — No direito pátrio. 163 — Seqüestro e penhora do fundo. 164 — Elenco dos negócios jurídicos que têm por objeto o estabelecimento.

142. Estudado o estabelecimento comercial sob o aspecto estático, como elemento do patrimônio de seu titular, cumpre considerá-lo sob o aspecto dinâmico, como objeto de atos jurídicos que visam à sua circulação, ou seja, à sua transferência de uma para outra esfera patrimonial de diferentes sujeitos.