

PRINCIPAIS TRABALHOS DO AUTOR

- A REFORMA DA LEI DO INQUILINATO, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1952.
- O ESTATUTO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1953; separata da Revista dos Tribunais, vols. 240 e 241.
- REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES DE INVESTIMENTOS (INVESTMENT TRUSTS), edição Max Limonad, 1956 (Obra Premiada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo).
- AS JUNTAS COMERCIAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946, Revista dos Tribunais, vol. 253, 1956.
- NATUREZA JURÍDICA DAS BOLSAS DE VALORES NO DIREITO BRASILEIRO, separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LIV, 1959; Revista dos Tribunais, vol. 283.
- O FUNDO DE COMÉRCIO NAS DESAPROPRIAÇÕES, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1959.
- OS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA FALENCIA, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1959; Revista Forense, vol. 186; Revista dos Tribunais, vol. 289.
- LIMITES CONSTITUCIONAIS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA PRIVADA, Revista Forense, vol. 184, 1959; Revista dos Tribunais, vol. 291.
- REFORMA DA LEI DO CHEQUE, Revista dos Tribunais, vol. 292, 1960.
- REGULAMENTAÇÃO DAS VENDAS A PRESTAÇÃO, separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LV, 1960.
- DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL, Revista dos Tribunais, vol. 295, 1960.
- O CRÉDITO NO DIREITO, separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LVII, 1962; Revista dos Tribunais, vol. 315.
- SOCIEDADES DE CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais, vol. 2, 1966.
- COMENTÁRIOS AO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE OBRIGAÇÕES, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1966; separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LXI; Revista Forense, vols. 213 e 214; Revista dos Tribunais, vol. 361.
- OS NOVOS INSTITUTOS DO DIREITO COMERCIAL, Revista dos Tribunais, vol. 382, 1967; Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais, vol. 4.
- NOVOS MÉTODOS DE ENSINO DO DIREITO: A EXPERIÊNCIA AMERICANA, separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. LXIII, 1968.

OSCAR BARRETO FILHO

Professor livre-docente e regente da cadeira de
Direito Comercial na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Teoria do Estabelecimento Comercial

FUNDO DE COMÉRCIO OU FAZENDA MERCANTIL

2ª edição
1988

A fusão é a operação pela qual se unem dois ou mais estabelecimentos para formar um novo e maior, neste caso, os estabelecimentos que se fundem perdem a própria individualidade, subsistindo apenas o resultante da fusão. Lembra *Rotondi* a bela imagem do cardeal *De Luca*, referindo-se ao que acontece quando confluem as correntes de vários rios, de modo a impossibilitar que se distingam as primitivas águas³⁵.

A incorporação se dá quando um ou mais estabelecimentos são absorvidos por outro, no qual se inserem os elementos desintegrados dos estabelecimentos incorporados. Note-se bem que a absorção do estabelecimento por parte de empresário titular de outra casa comercial não significa necessariamente sua extinção, pois ele pode continuar a existir, sem perder a individualidade, no patrimônio do novo titular.

Por último, a liquidação do estabelecimento consiste essencialmente na alienação simultânea de seus elementos constitutivos e na conseqüente diluição de sua organização.

Trata-se, aqui, não da simples entrada em liquidação, porém da liquidação efetiva, que é o período de transição entre a atividade e o encerramento do fundo, pois não se esgota num átimo. A liquidação se processa até o momento em que se verifica a extinção do estabelecimento, com a desintegração definitiva dos elementos que o constituem. Todavia, a determinação desse momento, a que se prendem importantes efeitos jurídicos, não é fácil na prática; trata-se, principalmente, de uma questão de fato.

Adverta-se, mais uma vez, que a liquidação da sociedade não acarreta necessariamente a liquidação do estabelecimento, podendo até concretizar-se através da alienação global deste último, operação que geralmente traz maior proveito porque conserva o valor do aviamento³⁶.

CAPÍTULO VI

ELEMENTOS COMPONENTES DO ESTABELECIAMENTO COMERCIAL

SUMÁRIO: 114 — Relevância jurídica do estabelecimento. 115 — Elementos constitutivos do fundo na lei francesa. 116 — No direito italiano. 117 — O estabelecimento só compreende elementos do ativo. 118 — Elementos materiais do fundo. 119 — A categoria dos bens imateriais. 120 — Elementos imateriais do fundo. 121 — Atribuições doutrinárias. 122 — A chamada "propriedade imaterial". 123 — Direitos intelectuais e direito de propriedade. 124 — As criações intelectuais e sua tutela. 125 — Os direitos subjetivos de monopólio. 126 — A expressão "propriedade comercial" é inexacta.

114. A problemática do estabelecimento resolve-se, em última análise, na aplicação do problema da universalidade em geral.

Da afirmação da natureza do estabelecimento como *universitas facti*, deduz-se que a sua existência e o seu conteúdo dependem, principalmente, da vontade de quem é seu titular. Deve-se, portanto, colocar em relevo essa vontade, para determinar quais são os elementos que o compõem, quando constitui objeto de negócios jurídicos¹.

Tal é a relevância jurídica do estabelecimento, em si e nos seus elementos, como objeto de direitos, que marcou época a doutrina de *Finochiaro*, que via na *azienda* o núcleo central do direito industrial, definido como "a parte do direito que disci-

35. M. *Rotondi*, obra e loc. cit.

36. M. *Rotondi*, *Diritto industriale*, n. 35, pág. 72.

1. Cf. C. *Vicente*, *Treatato*, III, n. 941.

plina a organização do estabelecimento (*azienda*) e tutela seus elementos constitutivos".²

Também *Rotondi*³ e *Valeri*⁴ proclamaram a *azienda* como "centro dos estudos de direito industrial", elaborando suas notáveis obras sistemáticas sob a influência dessa concepção.

Entre nós, adotou essa posição o prof. *Waldemar Ferreira* que, primeiramente nas *Instituições* e depois no *Tratado*, classificou os elementos do estabelecimento para, em função de sua qualificação, estudar em seguida os vários institutos do direito industriais⁵.

Fixados, como foram nos capítulos anteriores, os pressupostos e premissas para a sistematização do assunto, cumpre-nos passar agora à classificação dos elementos constitutivos do estabelecimento ou fundo de comércio.

115. Na França, desde a lei de 17 de março de 1909, costumava-se dividir em três categorias os elementos suscetíveis de compor um fundo de comércio: 1.º, as mercadorias; 2.º, o material (móvel e equipamento) que serve para a exploração do fundo; 3.º, os elementos incorpóreos.

Os elementos incorpóreos contemplados pela lei de 1909 são os seguintes:

- 1.º, insígnia e nome comercial;
- 2.º, direito ao local (*droit au bail*);
- 3.º, clientela e *achalandage*⁶;
- 4.º, direitos de propriedade industrial, literária ou artística.

Os três primeiros elementos são chamados comumente de *principais* ou *ordinários*; todo fundo supõe uma clientela, sua razão de ser, a qual precisa ser identificada (insígnia, nome)

2. *Sistema di diritto industriale*, vol. I, 1932, pág. 16.

3. *Trattato*, I, n. 12, pág. 30.

4. *Lezioni*, pág. 6 e segs.

5. *Tratado de Direito Comercial*, vols. VI e VII, São Paulo, 1982.

6. A expressão vem de *chaland*, comprador ocasional.

e localizada (direito ao arrendamento, quando o comerciante não é proprietário do local). Os elementos da quarta classe são chamados de *extraordinários*, porque normalmente não se incluem no privilégio conferido ao alienante ou ao credor.

Embora os textos legais tendam a limitar a garantia dos credores privilegiados sobre o fundo, deles não consta uma enumeração limitativa dos elementos passíveis de entrar na sua posição. Nestas condições, outros elementos podem ajuntar-se aos acima citados: local (quando pertence ao comerciante), arquivos, autorizações administrativas, meios de publicidade.

Em contrapartida, no direito francês, são excluídos taxativamente do fundo de comércio: a) os imóveis; b) em princípio, os débitos, créditos e contratos do titular; c) os livros de comércio⁷.

Inspirando-se no modelo francês, alguns países latino-americanos editaram leis especiais dispondo sobre a transmissão de estabelecimentos comerciais e industriais: o Peru (lei n. 2.259, de 29 de setembro de 1916), a Argentina (lei n. 11.867, de 17 de agosto de 1934) e o Uruguai (lei n. 11.924, de 27 de março de 1953). Nessas leis, a enumeração dos elementos constitutivos do estabelecimento coincide com a da lei francesa de 1909⁸.

116. Enumera *Messineo* os seguintes elementos constitutivos do estabelecimento, em consonância com as disposições do código civil de 1942⁹:

- a) coisas corpóreas: dinheiro, mercadorias, bens móveis e imóveis (local, que, contudo, pode não ser de propriedade do titular do estabelecimento), instalações;
- b) coisas imateriais: firma, insígnia, emblema, marca da empresa; segredos de fábrica; patentes de invenção;

7. *Hamel e Lagarde, Traité*, II, n. 1025, pág. 112; *J. Escarra, Principes de droit commercial*, I, ns. 430-432.

8. Cf. *Adolfo S. Carranza, Ley sobre compraventa de casas de comercio y establecimientos industriales*, Buenos Aires, 1934, págs. 39 e segs.

9. *F. Messineo, Manuale*, I, 9.ª ed., § 29, n. 5, pág. 414.

- c) relações jurídicas (de trabalho) com o pessoal (art. 2.112) e com a clientela (art. 2.558);
- d) créditos (art. 2.559) e fontes de provisionamento;
- e) mas também elementos passivos: dividas (art. 2.560).
- Incluindo na *azienda* relações jurídicas, ativas e passivas, justifica *Messineo* sua conceituação do estabelecimento como *universitas iuris*. É certo, porém, que, além de apoiar na lei a sua construção, reconhece que tal concepção não prevalece para todos os aspectos.

117. Nada existe, em nossa lei, que possa servir de fundamento, ou ao menos de orientação, sobre esta matéria. Faz-se mister, portanto, recorrer à legislação e à doutrina de outros países, moldando-as à sistemática de nosso direito.

Configurado como universalidade de fato, não se pode dizer que, em nosso direito, o estabelecimento ou casa comercial constitui um patrimônio separado (*supra*, n. 46), de forma que possa compreender elementos do ativo e do passivo do empresário, em cujo patrimônio se insere. Sendo essencialmente um complexo de bens, o estabelecimento somente compreende elementos do ativo do comerciante, pessoa física ou jurídica. O passivo não entra na sua composição¹⁰.

Esses elementos, de natureza heterogênea, compreendem duas principais categorias:

- 1.º, os bens materiais;
- 2.º, os bens imateriais.

Os bens materiais correspondem às coisas corpóreas, que podem ser objeto de domínio (propriedade no sentido estrito).

Os bens imateriais, por sua vez, abrangem:

- a) os bens que, sendo tutelados como objetos de direito, têm existência meramente ideal, e não subsistem *per se*, independentemente da forma concreta pela qual se exteriorizam (as criações intelectuais);

10. *Stc.: J. X. Carvalho de Mendonça, Tratado*, vol. V, n. 15. *Contra: C. Vivante, Trattato*, III, n. 839, pág. 2; *Barbosa de Magalhães, Do estabelecimento comercial*, n. 7, pág. 37.

- b) as prestações decorrentes de direitos obrigacionais, dentre as quais sobressaem os *serviços*.

Além desses, costumam alguns autores incluir como elemento constitutivo o *aviamento*, isto é, a expectativa de lucros futuros, fundada sobre a organização dos bens materiais e imateriais¹¹. Mas a doutrina moderna considera o aviamento, não elemento constitutivo, mas antes *atributo* do estabelecimento encarado no seu todo, como veremos logo mais¹².

118. O estabelecimento consta, principalmente, em regra, de *coisas corpóreas*, imóveis e móveis.

A estrutura material do estabelecimento varia grandemente, em consonância com o ramo de atividade a que se dedica o empresário.

Nos estabelecimentos industriais predominam os imóveis: terrenos, edifícios e construções destinados às fábricas, usinas e armazéns, com tudo neles intencionalmente empregado em sua exploração, como as máquinas e equipamentos; além disso, os móveis: matérias-primas e produtos manufaturados ou seminufaturados.

Nas atividades intermediárias (comércio em sentido estrito), sobressaem no estabelecimento, além dos imóveis (lojas e depósitos), as coisas móveis destinadas à circulação — as mercadorias em geral — e também as instalações, mobiliário e utensílios.

Em relação às empresas de transporte, prevalecem os veículos como elementos notáveis da casa comercial.

No tocante às atividades bancárias, são o dinheiro e os títulos ou efeitos de comércio os primordiais elementos materiais do estabelecimento.

É preciso observar que uma coisa móvel não é *mercadoria* em virtude de qualquer qualidade intrínseca, que adira à sua substância atribuindo-lhe um caráter jurídico peculiar. Nas su-

11. *C. Vivante, Trattato*, loc. cit.

12. *M. Casanova, artigo Azienda*, em *Novissimo Digesto Italiano*, II, pág. 4.

cessivas fases da circulação, a mesma coisa pode ser ou não mercadoria: não é enquanto se encontra em mãos do produtor, passa a ser em mãos dos intermediários, e não mais o é nas mãos do consumidor. Por outro lado, a mesma coisa, que em mãos de um empresário é mercadoria destinada à circulação, nas mãos de outro constitui matéria-prima reservada para a transformação.

119. Ao lado das coisas corpóreas, o estabelecimento abrange *bens imateriais*, que representam valores econômicos, como vimos há pouco.

Como se trata de categoria dogmática de elaboração recente, a doutrina não se pôs de acordo na definição da natureza jurídica da posição de exclusividade que a lei assegura àqueles que, através de sua atividade criadora manifestada nos diversos campos, fizeram surgir esses novos valores.

Tanto no campo das criações intelectuais (privilégios de invenção, direitos de autor) como no da exploração da atividade comercial (sinais distintivos, direito ao ponto de negócio, direito à clientela), faz-se sentir a proteção da lei, reconhecendo ao empresário a titularidade desses valores e impedindo que outros deles se utilizem.

A proteção conferida pela lei aos titulares de bens imateriais, embora se apoie em razões e fundamentos diversos, traduz-se, essencialmente, numa posição de exclusividade, cujo menor ou maior grau de relatividade varia em função dos fins a atingir¹³. Assim, a proteção dos sinais distintivos encontra seu fundamento e limite na necessidade de identificação do empresário (nome comercial), do local em que a empresa se exerce (título e insígnia do estabelecimento), dos produtos e atividades da empresa (marcas de indústria, de comércio ou de serviço).

Por sua vez, o privilégio outorgado aos autores de criações intelectuais representa um prêmio à sua contribuição para o aumento do saber e da experiência, destinado a tornar-se patrimônio comum da humanidade, seja no plano estético e especulativo (direitos de autor) seja no plano prático e utilitário (direi-

13. G. Ferrí, *Manuale*, n. 52, pág. 98.

tos de inventor). No entanto, o fundamento da proteção legal dispensada às criações do intelecto humano não é determinado com exatidão pela doutrina e pela legislação.

Há dois institutos fundamentais que têm como característica comum a de assegurar uma posição de exclusividade: o do monopólio (daí o termo *privilégio* ou *patente*) e o da propriedade (disso decorrem as expressões *propriedade literária e artística* e *propriedade industrial*)¹⁴. Partindo do conceito de propriedade, a doutrina elaborou a categoria dos bens imateriais, nos quais se enquadraram as criações intelectuais, consideradas como objeto de *propriedade intelectual*. Mas existe a tendência da moderna doutrina no sentido de basear a tutela das produções da inteligência no instituto do monopólio¹⁵.

120. De modo geral, pode-se afirmar que os bens imateriais são manifestações do trabalho humano. A esse respeito, *Giuseppe Valeri* estabelece interessante paralelo, dizendo que, enquanto em matéria civil os sujeitos de direito se apresentam na sua figura genérica de pessoas, em matéria comercial eles se apresentam qualificados pelo dispêndio de determinadas energias de trabalho. Desta maneira os objetos de direito, que em matéria civil são geralmente as coisas corpóreas, em matéria comercial são qualificadas por sua direta conexão com a força criadora do trabalho. Disso decorre que, no código civil de 1942, a sede das normas reguladoras da matéria comercial é o livro do trabalho (e não o livro da propriedade), e pode-se dizer que, enquanto o direito civil se refere ao cidadão, o direito comercial se refere ao produtor¹⁶.

14. Cronologicamente, o sistema monopolista surgiu primeiro, com o *Statut of monopolies* de 1624 de João I da Inglaterra.

15. G. Ferrí, *Manuale*, n. 72, pág. 129. Ressalvada a opinião de Ferrí, a doutrina italiana está de acordo em que a expressão "criações intelectuais" compreende não somente as obras do engenheiro com fim técnico-industrial ou estético, mas também os sinais distintivos, neste sentido prelecionam *Ascarelli*, *Franceschelli*, *Greco*, *Santini*, *Sordelli* e *Guglielmetti*.

16. *Manuale*, II, n. 204.

A doutrina costuma incluir, entre os elementos imateriais da fazenda mercantil, os seguintes:

- 1.º, os sinais distintivos: o nome comercial objetivo; o título e a insignia do estabelecimento; as marcas de indústria, de comércio e de serviço; a expressão ou sinal de propaganda;
- 2.º, as recompensas industriais;
- 3.º, os privilégios industriais: as patentes de invenção; os modelos e desenhos industriais;
- 4.º, as obras literárias, artísticas ou científicas;
- 5.º, o ponto ou local de negócio;
- 6.º, os serviços do pessoal;
- 7.º, a clientela ou freguesia.

Essa enumeração não é limitativa, pois inclui apenas os institutos mais característicos, que são regulados de modo especial pela lei comercial, e se encontram presentes com maior frequência no estabelecimento; não foram arroladas, por exemplo, as concessões de serviços públicos, as autorizações administrativas, etc., que também representam valores económicos.

121. Cabem aqui algumas explicações a respeito dos elementos imateriais do fundo de comércio.

De início, faz-se preciso distinguir — no tocante ao nome comercial, às obras literárias e artísticas e às invenções industriais — entre o direito de personalidade inerente ao titular e o direito patrimonial à sua exploração. Quando incluímos entre os elementos do estabelecimento esses bens imateriais, estamos nos referindo unicamente ao valor patrimonial decorrente de sua exploração exclusiva, com fito de lucro, e não ao direito moral, de carácter extra-patrimonial, que diz respeito à própria personalidade do titular¹⁷. Essa separação entre o direito personalíssimo

17. Cf. *Paul Roubier, Le Droit de la Propriété Industrielle*, I, págs. 86-88; *L. Josseland, Derecho Civil*, trad. esp., tomo I, vol. III, n. 1.528, págs. 149-152.

do autor, intransmissível e imprescritível, e o direito de exploração, transmissível e temporário, encontra amparo na própria lei¹⁸.

A inserção, entre os elementos da fazenda mercantil, do local ou ponto de negócio (que se traduz no direito ao arrendamento) e dos serviços do pessoal (energias aplicadas no trabalho) se justifica, porque configuram prestações de *facere* que aderem ao próprio estabelecimento e acompanham a sua sorte, independentemente da vontade das partes, caracterizando-se, portanto, como verdadeiras obrigações reais (obrigações *propter rem*, obrigações *ob rem*), que têm sido reconhecidas pela doutrina como categoria autónoma¹⁹.

Para a quase unanimidade da doutrina e da jurisprudência francesas, como para a lei, é a clientela o "elemento essencial" do fundo de comércio²⁰. Não é esse o entendimento da doutrina italiana mais recente, para a qual a clientela não constitui bem imaterial; é, na verdade, mera situação de fato. Feita a inclusão, provisoriamente, em homenagem à tradição, reservamo-nos para debater o assunto oportunamente (v. *infra*, n. 140).

Os vários institutos acima arrolados têm sido matéria de tratamento sistemático, em nosso país, em excelentes obras de

18. No Brasil, a lei fundamental em matéria de direito autoral é o código civil, que trata da *propriedade literária, artística e científica* nos arts. 649 a 673; e o texto de lei que dispõe sobre patentes e marcas é o código da *propriedade industrial*, decreto-lei n. 254, de 28 de fevereiro de 1967; a expressão foi também consagrada pela doutrina. A distinção básica entre o direito moral do autor e os atributos patrimoniais da obra é acolhida pelo anteprojeto de código do direito de autor, elaborado pelo desemb. *Milton Sebastião Barbosa*, v. *Diário Oficial da União*, suplemento ao n. 113, de 16-6-1967.

19. *Ruggiero e Marot, Istituzioni*, I, pág. 83; *F. Ferrara Junior, La teoria giurídica de l'azienda*, pág. 376; *A. Buzala, Da ação renovatória*, n. 96, pág. 158.

20. *Hamel e Lagarde, Traité*, II, n. 1.018, pág. 102. O anteprojeto de lei relativo ao fundo de comércio, elaborado pela comissão de reforma do código de comércio francês, considerava elementos obrigatórios do fundo a clientela e *achalandages*; ver *Travaux*, vol. IV, pág. 456.

cunho doutrinário. Como o nosso ensaio se restringe à teoria do estabelecimento comercial, vamos tratar apenas dos temas que dizem respeito genericamente ao conjunto desses elementos.

122. Debate-se, em doutrina, a respeito da admissibilidade da chamada "propriedade imaterial" (de que seriam modalidades a propriedade industrial, a propriedade literária e artística e, por extensão, a propriedade comercial) e até sobre a existência dos bens imateriais.

Predominou no século XIX a teoria, oriunda das primeiras leis publicadas durante a Revolução francesa, que funda no direito de propriedade a tutela que a lei confere às criações intelectuais; também o *Patent Act* norte-americano de 1793 seguiu essa diretriz. A teoria logrou acolhida em convenções internacionais (v. g. a convenção de Paris de 1883, sobre a proteção da propriedade industrial) e nas legislações de vários países, inclusive o nosso²¹.

De acordo com essa teoria, o direito de propriedade pode recair sobre bens imateriais, que são as produções da inteligência humana, revelada através das faculdades de criação e de invenção. Esses bens são protegidos pela lei como *res*, objetos autônomos de direitos, daí o caráter real da relação jurídica que se estabelece entre o autor ou inventor e sua obra.

As expressões "propriedade intelectual", "propriedade incorpórea" ou "propriedade imaterial" foram inspiradas, certamente, pelos característicos da "realidade" que se acham presentes em vários dos institutos abrangidos por essa categoria, quais os de serem direitos absolutos e patrimoniais.

A despeito de todos os preconceitos históricos, adverte *Josserand* que nada na contextura e essência do direito de propriedade se opõe a semelhante idealização. Todo direito que assegura o império mais completo sobre um bem, de maneira ex-

21. *L. Josserand, Derecho civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1950, tomo I, vol. III, ns. 1515 - 1517. Na mesma ordem de idéias podem ser citados *Pouillet e Bry*.

clusiva e oponível a todos, realiza uma *apropriação* e merece ser catalogado como direito de propriedade. Não só as coisas, os bens corpóreos, mas também os incorpóreos se prestam a uma relação dessa ordem, por exemplo: o estabelecimento comercial, os direitos do autor ou do inventor sobre a sua obra. Nesta concepção, reveste-se a propriedade de uma extensão e variedade de aspectos que não lhe podiam corresponder no direito romano; a bem dizer, não mais existe a *propriedade*, mas as *propriedades*, porque cada categoria de bens comporta uma forma de apropriação privativa: a plasticidade do direito de propriedade é infinita.

Na forma de apropriação peculiar aos bens imateriais, modifica-se o conceito tradicional de propriedade (*ius utendi, fruendi atque abutendi*) para atribuir-se-lhe o significado e o âmbito de um direito exclusivo de gozo em relação ao bem sobre que incide; nisto consistiria a "propriedade incorpórea" ou "imaterial".

123. A doutrina mais recente não aceita, contudo, a catalogação como direito de propriedade da relação que se estabelece entre o autor ou inventor e o produto do seu engenho.

Na noção de propriedade incorpórea, como vinhos, não se encontram presentes todos os atributos característicos do direito de propriedade. O titular tem, em relação à obra, o *fructus* (direito de gozo) e o *abusus* (direito de disposição), porém não existe a possibilidade do *usus* exclusivo do bem; a própria exploração da obra implica que seu uso se torne público.

O direito do autor, ao contrário do direito de propriedade, é temporário. A esse propósito, escreveu *Roubier* uma página preciosa: "É preciso compreender que a perpetuidade do direito de propriedade sobre as coisas corpóreas corresponde ao caráter permanente do objeto do direito; pois que a propriedade é o direito mais pleno que se pode ter sobre uma coisa, ela é perpétua, como o são as coisas às quais se aplica. Essas coisas, com efeito, não são criadas num momento do tempo; mesmo esses objetos móveis que a indústria produz cada dia não representam senão transformações de matérias-primas; não há aquisição

de propriedade corpórea por meio de criação. Mas quando se trata de direitos intelectuais, a situação é toda outra; é verdadeiramente por um esforço do espírito do inventor ou do artista que o direito surge, nascendo em seguida a um ato criador; noutros termos, o direito não tem substrato material nas coisas e não participa da permanência delas; é somente o fruto de um trabalho pessoal, e não pode alicerçar senão um direito temporário em benefício do criador. Por isso que o objeto ao qual ele se aplica nasce num momento do tempo, o direito é limitado no tempo, porquanto, num prazo muito breve, a criação cessará de ser original, e perderá assim o que constituía todo o seu valor²².

Por esses motivos, não se pode estabelecer analogia entre os direitos intelectuais e o direito de propriedade; é o que tem sido afirmado pela doutrina e pela jurisprudência francesas²³.

124. Na doutrina italiana, reabriu-se também a discussão em torno do fundamento da tutela das criações intelectuais. Para isso contribuiu, como evidencia *Giuseppe Ferri*, o sistema adotado pelo código italiano de 1942, que não se refere aos bens imateriais, nem à criação como modo de aquisição da propriedade (art. 922). Os direitos sobre as obras do engenho e sobre as invenções industriais vêm regulados na parte da regulamentação da atividade econômica, e têm por conteúdo a exclusividade de exploração e utilização econômica da obra (art. 2.577) ou invenção (art. 2.584). Esse conteúdo é bem diferente daquele que é próprio ao direito de propriedade, definido no art. 832 do mesmo código, que confere ao proprietário o direito de gozar e de dispor das coisas de modo pleno e exclusivo, dentro dos limites e com observância das obrigações estabelecidas pela ordem jurídica²⁴.

A diferença de conteúdo decorre do fato de que a idéia criadora se manifesta através de uma coisa material ou uma

22. *P. Roubier*, obra cit., I, n. 21, pág. 97.

23. No sentido do texto, *P. Roubier*, *Traité*, I, pág. 86 e seqs. *Contra: Hamel e Lagarde*, *Traité*, II, n. 947, pág. 6.

24. *G. Ferri*, *Manuale*, n. 72, pág. 130.

energia, tornando-se uma realidade objetiva. As idéias, ao contrário das coisas materiais, são suscetíveis de gozo simultâneo por parte de uma coletividade de pessoas; mas esse gozo é condicionado pela exclusividade das coisas materiais ou da energia que são os veículos das idéias. Essa circunstância torna possível uma tutela jurídica da idéia, mediante a exclusividade de reprodução dos meios de manifestá-la e da proibição aos outros de reproduzi-la²⁵.

Evidencia-se, destarte, a diversidade de situação jurídica entre direito de propriedade e direito sobre criações intelectuais. No primeiro, a ordem jurídica reconhece uma exclusividade preexistente de fato; no segundo, cria artificialmente uma posição de exclusividade, limitando a atividade alheia em determinado campo.

Parece lógico, diante desse confronto, que os direitos sobre produtos do intelecto se fundam melhor no instituto do *monopólio* do que no da propriedade; essa afirmação coaduna-se com os caracteres de limitação, temporalidade e relatividade inerentes ao monopólio²⁶.

A caracterização dessa nova situação jurídica como monopólio de exploração assegurado pela lei não impede que se continue a falar de "bem imaterial", não com referência à idéia criadora em si, mas em relação à posição de exclusividade atribuída ao titular do direito.

125. A teoria dos chamados direitos de monopólio é hoje geralmente seguida pelos maiores comercialistas peninsulares.

Considerando que os direitos conferidos pela lei ao inventor (ou autor) derogam o princípio da liberdade de comércio, *Remo Franceschelli* dá ênfase à estrutura monopolista dos institutos que integram o importante capítulo do direito comercial a que se costuma chamar de direito industrial. Demonstra, em percuente análise, que o monopólio é mais apto a explicar e ga-

25. *G. Ferri*, *Manuale*, n. 73, pág. 131.

26. *G. Ferri*, *Manuale*, n. 74, pág. 132.

ranzir a exclusividade de gozo, que é inerente ao caráter absoluto das idéias concretizadas em sua forma externa²⁷. Esta, como vimos, também é a posição de *Giuseppe Ferri*, professor da Universidade de Roma.

Em situação vizinha, posto que não idêntica, situa-se *Mario Casanova*, que também considera as criações intelectuais regidas por um direito de monopólio, salientando, todavia, a conexão da exclusividade de gozo com a disciplina do exercício de uma atividade econômica, enquanto afirma que a repressão da concorrência desleal tem por objeto o estabelecimento²⁸.

Alinhamo-nos entre os que analisam os direitos privativos de exploração como fundados no instituto do monopólio, e não no da propriedade. Esses direitos subjetivos de monopólio não podem ser enquadrados em nenhuma das categorias tradicionais, nem como direitos da personalidade, nem como direitos obrigacionais, nem como direitos reais. A criação de direitos de monopólio pela lei não é arbitrária, mas decorre de motivos éticos e socialmente justificáveis; torna-se necessário, pois, perquirir e fixar as razões que diaram a criação, pela lei, de normas de tutela à exploração do estabelecimento²⁹.

126. Se, de certa forma, ainda se justifica falar em "propriedade industrial" ou em "propriedade literária e artística",

27. *Trattato di Diritto Industriale*, II, n. 736, pág. 536 e segs.

28. *Le imprese commerciali*, n. 439, pág. 655.

29. Além das duas teorias por nós examinadas (da propriedade intelectual e do monopólio), outras teorias procuram definir a natureza dos direitos sobre as criações do espírito como sendo direitos de tipo *sui generis*, os chamados "direitos intelectuais" (*Edmond Picard, Colin e Capitant, Piola-Caselli*); ou como direitos da personalidade (*Otto Von Gierke, Olagnier, Candian* e, entre nós, *Orlando Gomes*); ou como "direitos sobre bens imateriais" — *Immaterialgüterrechte* (*J. Kohler, Ramella, La Lunnia, Greco*); ou como "direitos de clientela" (*Roubert, Vivante, Chiron, Chidini, Auletta*); ou, por fim, como direitos que se inserem na disciplina da concorrência (*Ascarelli, Sordelli*). V., a respeito, nosso trabalho nos *Estudos em memória do prof. Waldemar Ferreira*.

que se configuram como direitos exclusivos e oponíveis a todos, o emprego da expressão "propriedade comercial", para designar o direito à renovação do arrendamento de prédio destinado a fins comerciais, constitui, sem dúvida, uma *inexatidão*³⁰.

Primeiro, porque, a admitir-se a existência de um direito de propriedade sobre o complexo de bens que constitui o estabelecimento, a expressão "propriedade comercial" deveria ser utilizada para indicar o conjunto, e não apenas um dos elementos do fundo.

Segundo, porque o direito do comerciante locatário à renovação não é absoluto, e sua pretensão pode até ser obstada pelo locador proprietário, cujo direito à retomada do imóvel pondera sobre o do locatário³¹.

Terceiro, porque o fundamento do direito à renovação é a proteção do valor econômico criado pelo exercício da atividade empresarial, valor expresso pelo aviamento objetivo, que não é elemento, mas simples qualidade do estabelecimento, e que, portanto, não é tutelável como objeto autônomo de propriedade³². Mesmo que se vislumbre nessa relação jurídica um *ius in re aliena*, não se pode falar em propriedade, mas em limitação da propriedade alheia, o que é coisa diferente.

Em sua magnífica monografia sobre a ação renovatória, o prof. *Alfredo Buzaid* faz suas as críticas formuladas por vários escritores, asseverando que a expressão "propriedade comercial" é equívoca, além de inexacta. Após referir-se às características da propriedade, escreve: "Dizer-se que a propriedade comercial consiste no direito à renovação da locação não é conferir-lhe a qualidade de propriedade; é, antes, atribuir-lhe a índole de direito real sobre a coisa alheia. O conceito de direito de propriedade e o direito real sobre a coisa alheia não são coincidentes,

30. *L. Jossierand*, obra cit., n. 1.535; *J. Escarra, Principes de Droit Commercial*, I, n. 530; *E. Langlé, Derecho Mercantil Español*, vol. I, 809; *G. Ripert, Traité Élémentaire*, I, n. 373, pág. 180.

31. Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934, art. 8.º, alíneas c, d, e e.

32. *E. Langlé*, obra e loc. cit.

nem se identificam; ao contrário são distintos entre si e formam categorias jurídicas diversas. Portanto, a afirmação de que o direito à renovação da locação configura a chamada propriedade comercial e caracteriza um direito real sobre a coisa alheia contém uma contradição em seus termos³³.

Coerentes com esse modo de pensar, absteremo-nos de empregar as expressões tecnicamente inexatas "propriedade comercial" ou "propriedade imaterial", para designar a pertinência subjetiva 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 *jus 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 estatutário 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 sistemático¹.

Parece acertado assinalar a origem histórica da proteção ao aviamento no *jus 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" (v. *Dicionários de Cândido de Figueiredo, Aulete, Fret Domingos Vieira, Antonio de Moraes Silva*). No sentido do texto, o uso da palavra *aviamento* é referendado por Rui Barbosa, J. X. Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira.

das corporações de mercadores da idade média e aplicado pela jurisprudência dos tribunais consulares. Consistia a *intratūra* no direito que o artífice adquire sobre o estabelecimento, ou sobre o imóvel tomado em locação, pelo exercício do mesmo ofício durante determinado espaço de tempo.² Distinguem-se na *intratūra* dois aspectos: a) o direito assegurado ao artífice e ao comerciante de pedir, ao termo da locação, uma quantia pelos "melhoramentos" decorrentes da afluência de fregueses e aí está a noção de *aviamento*; b) o direito de permanecer no local, não podendo o inquilino ser despejado pelo senhorio, senão em certos casos e depois de certo lapso de tempo. Ao primeiro chama-se propriamente de *jus intraturae* 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 stantitandi* e confere ao lojista ou artífice o direito de permanecer no imóvel, direito esse que se assemelha ao direito real de superfície ou de enfiteuse.³ A expressão *intratūra* (em italiana *no entratūra*) era empregada nas decisões da Rota florentina como sinônima de *aviamento*: "*aviamentum negotti es valde estimabile*"⁴.

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

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

2. A definição é de *Montelatici* e adotada por *Fierli*, *apud Alfrado 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 Schuyfer*, *apud A. Buzaid*, obra cit., n. 11, pág. 18.

Já *Fierli* advertia que o principal motivo para a perda da *intratūra* (quer dizer: do aviamento) 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 este se extinguiu. Considerada como aviamento, a *intratūra* "confere ao inquilino (*entratuario*) ou a quem tenha sido transferido um *jus in re*, seu *ad rem*, ou seja, a ação *ex statuto*, a fim de poder conseguir do senhorio o preço de um tal aviamento, ou melhoramento"⁷.

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

128. O conceito de aviamento 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 aviamento é um juízo de relação entre diversos estabelecimentos que concorrem no mesmo mercado; desse confronto decorre a maior ou menor esperança de lucros futuros. Mas esse resultado, favorável ou não, estável 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 aviamento da fazenda mercantil. Juridicamente, a todo estabelecimento, enquanto existe, corresponde um aviamento, grande ou pequeno, o qual é tutelado *per se*, independentemente de qualquer valorização comparativa com outros estabelecimentos.⁸

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.

É importante marcar esta posição: o direito ao aviamento traduz-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 aviamiento do estabelecimento, em si mesmo considerado, não na pretensão a que este seja melhor aviado do que outro tomado como termo de referência.⁹

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

Na França, escritores como *Lyon Caen e Renault, Thaller, Gombeaux*, consideravam o aviamiento (*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 aviamiento, considerado como *elemento* essencial da casa 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 aviamiento 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 aviamiento um preço mais ou menos considerável¹⁰.

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 aviamiento, ou melhor, sobre a clientela, que com aquele 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, que via no aviamiento uma *qualidade* do estabelecimento, considerou-o como sendo a idéia que preside a organização, a qual é protegida como o direito autoral, ou seja, como *bem imaterial* suscetível de constituir objeto de propriedade¹¹. Outros autores aderiram à tese do aviamiento como bem imaterial (*Greco, La Lumia, De Martini*). É certo, porém, que em nenhum texto do direito privado encontra apoio essa concepção.

Constitui mera abstração falar do aviamiento como coisa ou elemento existente por si próprio, independentemente do estabelecimento. O aviamiento existe *no* estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem *na* pessoa humana, a velocidade *no* automóvel, a fertilidade *no* solo, constituindo qualidades incidíveis dos entes a que se referem. O aviamiento 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 garantia¹².

130. Não ocorre, pelo visto, em relação ao aviamiento, a possibilidade de uma tutela autônoma, a qual lhe é conferida apenas como reflexo da tutela dispensada ao estabelecimento, do qual o pretenso bem imaterial não representa senão a abstração de uma qualidade ou atributo¹³.

Embora não se revestindo da natureza de elemento autônomo ou bem imaterial, e sim de qualidade ou atributo do estabelecimento, representa o aviamiento um interesse econômico relevante, que é protegido pela lei em função do estabelecimento. Em cada estabelecimento existe aviamiento, maior ou menor, como decorrência da organização dos fatores da produção¹⁴. Em linguagem filosófica, pode-se dizer que o aviamiento é a forma

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

11. *Usurception de la Propriété Industrielle*, 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 conceitos de aviamento e de estabelecimento, como faz Carrara, 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 do estabelecimento: vamos ainda além e afirmamos que o aviamento é o próprio estabelecimento"¹⁵.

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

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

É fácil refutar essa concepção, pois ainda que o aviamento 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 aviamento 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 aviamento — organização — *azienda* e empresa (*L'azienda nel codice civile*, Milão, 1955). Mas o aviamento não se confunde com a organização, que dele é pressuposto; ver Messtheo, *Manuale*, I, n. 6, pág. 414.

Esta concepção foi primeiramente desenvolvida por Carnelutti¹⁷ e adotada por Finocchiaro¹⁸ e Rocco¹⁹. Entre nós, a ela aderiram Waldemar Ferreira e J. Eunápio Borges.

Dizia Carnelutti que o aviamento é um *moda de ser* e por isso uma *qualidade* do estabelecimento. O valor atribuído ao aviamento não é mais do que a diferença para maior entre o valor do estabelecimento não aviado e o valor depois de aviado. Ou, no 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.

Distiguia 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 fundador²⁰. Mas com isso impedia uma visão da realidade mais completa e conforme às exigências jurídicas. Com efeito, se o aviamento 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 atual titular²¹.

Embora seja difícil determinar a importância relativa de cada uma das causas, o aviamento 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 e das qualidades pessoais do comerciante (habilidade, cortesia, honestidade).

A teoria que vê no aviamento 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 aviamento.

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 aviamento se deve a *Mario Rotondi*, cuja teoria é hoje comparilhada por numerosos autores.

Susenta o eminente professor de Milão que o aviamento, compreendido como força inicial (no sentido físico) ou de inércia, acumulada em cada estabelecimento concreto, mediante 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 limpeza, a correção, a capacidade).

Partindo dessa averiguação, chega-se a distinguir entre duas fontes e, portanto, duas formas de aviamento: 1.º, o aviamento 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 — aviamento que é definido como *qualidade* do estabelecimento, ou seja, *atributo* da universalidade de fato que é objeto de direito; 2.º, o aviamento dito *subjetivo* ou *pessoal*, que deriva da pessoa e do prestígio do titular e que lhe é indissolúvelmente unido²².

A essa doutrina, que teve de certa forma como precursores *Wieland*, na Alemanha, e *Valéry* na França, aderiram *Carrara*, *Uckmar*, *Valeri*, *Casanova*, *Ferri* e *Ascarelli*²³.

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 aviamento.

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

gleses, contudo, distinguem nitidamente o "*local goodwill*", que seria o aviamento objetivo, do "*personal goodwill*", equivalente ao aviamento subjetivo²⁴.

No direito americano, explica *Hopkins* que é difícil definir o *goodwill* em virtude das várias formas de que se reveste. Pode ser *pessoal*, quando é o resultado do trabalho e esforço da pessoa a 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*, este pode ter tido sua origem principalmente nas vantagens naturais da situação, antes que qualquer atividade pessoal tenha sido aplicada sobre ele; como, por exemplo, um lugar à beira d'água particularmente acessível e conveniente para a construção de um elevador de grãos, esteleiro, 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 decorre da direção hábil, ativa e honesta do negócio. As definições de *goodwill*, por conseguinte, devem ser compreendidas à luz dessas distinções²⁵.

Tornou-se clássica, sendo geralmente aceita, a definição do juiz *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 nele empregados, em consequência do geral apoio e estímulo público que ele recebe de clientes constantes ou habituais, por motivo de sua localização ou fama, reputação de perícia 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 Montgomery*, *Stevens's Elements of Mercantile Law*, 13.ª ed., pág. 202.

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

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

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

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 verba* 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 estabelecimento²⁶.

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 titular²⁷. 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 autónoma, 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-

leri, a justeza em comparar-se o aviamento do fundo de comércio à fertilidade do fundo agrícola, a qual resulta das qualidades produtivas do terreno. A fertilidade, como o aviamento, não é bem, dele é atributo, e liga-se indissoluvelmente à sua sorte²⁸.

135. Conclui-se, do exposto, que, sendo o aviamento atributo que em certo sentido identifica o estabelecimento como seu 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. 130). 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 fatores (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 naquele²⁹.

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 pressupõe 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. Valent, *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 aviado³⁰.

136. A noção de aviamiento está ligada à noção de clientela — conjunto de pessoas que, de fato, mantem com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens e de serviços — e que constitui exatamente a manifestação externa do aviamiento³¹.

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 noções³². O aviamiento, como vimos, provém de vários fatores, entre eles a clientela, porém existem outras concausas, como a acertada localização do negócio, a habilidade e honestidade do pessoal, a boa qualidade das mercadorias a 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 estabelecimento³³. Também *Franchi* e *Pagani* julgam ser a clientela a principal expressão do aviamiento³⁴.

No entanto, *Calamandrei* se coloca em posição inteiramente oposta, quando afirma que o aviamiento resulta do aparelhamento (*accorsatura*), do crédito e da clientela ou freguesia³⁵.

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 *Carralho de Mendonça*³⁶ e *Ruy Barbosa*³⁷.

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 produtos³⁸.

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 ccessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais, Obras completas*, vol. XI, 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. Enquanto 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 (*chalandas*) 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 aviamento³⁹.

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.^a ed., pág. 377; *J. Escarra, Principes*, I, n. 437, pág. 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 sê-lo dos estabelecimentos, que ao seu redor se instalaram, vulgarizando-se esta nova acepção do vocábulo⁴⁰. 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 clientela⁴¹.

Esta é a posição de *Vivante*, seguida por *Chiron*⁴², *Chidini*⁴³, e também *Auletta*⁴⁴.

Mas a teoria floresceu principalmente na França, onde foi exposta por *Paul Roubier*, para quem todos os chamados direitos de propriedade incorporada 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 clientela⁴⁵.

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.⁴⁶

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 clientela⁴⁷. Reconhecendo a existência do direito à clientela, que tem por objeto uma ausência opoável a todos, Jean Escarra chega a caracterizá-lo como direito real, ao lado da *achalandage*, incluindo-os entre os elementos do fundo de comércio.⁴⁸

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 fregueses, 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*)⁴⁹.

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 lei⁵⁰. Essa situação de fato decorre dos fatores do aviamento,

sobre o qual também influi. O estabelecimento existe em função da clientela, que, em última análise, constitui uma condição da atividade empresarial. O fato econômico da clientela se traduz em relações jurídicas que têm por objeto obrigações de fazer ou de não fazer⁵¹.

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-lo⁵².

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 clientela (atuais ou potenciais) ou a uma delimitação de meios ou fatores de clientela⁵³.

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

gício, 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*.

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'Imprese 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 ne-

gício, 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.^a ed., 1960, I, n. 10, pág. 40.

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

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 económica vigente⁵⁵.

A protecção do valor económico representado pela clientela justifica precisamente o facto de que não lhe seja conferida uma tutela directa e específica, porque esta conduziria à tutela do próprio lucro e à formação de monopólios privados⁵⁶.

Destarte, a protecção da clientela é assegurada pela lei de modo indirecto, mediante a tutela de determinados factores que a condicionam, quais sejam, a repressão às práticas desleais, a posição de exclusividade reconhecida aos autores de criações intellectuais, 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, deste modo, o exame da teoria jurídica do estabelecimento, que constitui pressuposto para a construção dogmática dos negócios jurídicos que o têm por objecto. Passamos, agora, a encarar o estabelecimento na dinâmica da actividade negocial.

54. M. Rotondi, *Diritto industriale*, n. 36, 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.