

**OSCAR BARRETO FILHO**

Professor Titular de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

# **Teoria do Estabelecimento Comercial**

**FUNDO DE COMÉRCIO OU FAZENDA MERCANTIL**

2.<sup>ª</sup> edição  
1988

 editora  
**SARAIVA**

## CAPÍTULO VI

### ELEMENTOS COMPONENTES DO ESTABELECIMENTO 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 — Admifículos doutrinários. 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 jurídicos<sup>1</sup>.

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-

---

1. Cf. C. *Vicente*, *Trattato*, III, n. 841.

plina a organização do estabelecimento (*azienda*) e tutela seus elementos constitutivos<sup>2</sup>.

Também *Rotondi*<sup>3</sup> e *Valeri*<sup>4</sup> 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 industrial<sup>5</sup>.

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, costuma-se dividir em três categorias os elementos suscetíveis de compor um fundo de comércio: 1.º, as mercadorias; 2.º, o material (mobiliário 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*<sup>6</sup>;
- 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, 1962.

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 composição. Nestas condições, outros elementos podem juntar-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 comércio<sup>7</sup>.

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 1909<sup>8</sup>.

**116.** Enumera *Messineo* os seguintes elementos constitutivos do estabelecimento, em consonância com as disposições do código civil de 1942<sup>9</sup>:

- 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, pág. 39 e segs.

9. *F. Messineo, Manuale*, I, 9.ª ed., § 20, 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 aprovisionamento;  
 e) mas também elementos passivos: dívidas (art. 2.560).  
 Incluindo na *azienda* relações jurídicas, ativas e passivas, justifica *Messineo* sua conceituação do estabelecimento como *universitas juris*. 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 constitua 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 composição<sup>10</sup>.

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. *Sic.: 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 imateriais<sup>11</sup>. Mas a doutrina moderna considera o aviamento, não elemento constitutivo, mas antes *atributo* do estabelecimento encarado no seu todo, como veremos logo mais<sup>12</sup>.

**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 semimanufaturados.

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 sit

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

12. *M. Casanova, artigo Azienda*, em *Novissimo Digesto Italia* no. 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 atingir<sup>13</sup>. 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 insignia 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-

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*)<sup>14</sup>. 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 monopólio<sup>15</sup>.

**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 produtor<sup>16</sup>.

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

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

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

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



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 insígnia 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 econômicos.

**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 caráter extra-patrimonial, que diz respeito à própria personalidade do titular<sup>17</sup>. Essa separação entre o direito personalíssimo

17. Cf. Paul Roubier, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, I, págs. 86-88; L. Jossierand, *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 lei<sup>18</sup>.

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 *proprietar rem*, obrigações *ob rem*), que têm sido reconhecidas pela doutrina como categoria autônoma<sup>19</sup>.

Para a quase unanimidade da doutrina e da jurisprudência francesas, como para a lei, é a clientela o "elemento essencial" do fundo de comércio<sup>20</sup>. 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, suplem. ao n. 113, de 16-6-1967.

19. Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, I, pág. 83; F. Ferrara Junior, *La teoria giurídica de l'azienda*, pág. 376; A. Buzaid, *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, considera elementos obrigatórios do fundo a clientela e *achalandage*; ver Trabaux, 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 nosso<sup>21</sup>.

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 inventiva. 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 serem direitos absolutos e patrimoniais.

A despeito de todos os preconceitos históricos, adverte *Josserand* que nada na textura 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 (*jus utendi, fructuendi 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 vimos, 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 valor."<sup>22</sup>

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 francesas<sup>23</sup>.

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 jurídica<sup>24</sup>.

A diferença de conteúdo deconte 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 segs. *Contra: Hamel e Lagarde, Traité*, II, n. 947, pág. 6.

24. *C. 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-la<sup>25</sup>.

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 *monopólio*<sup>26</sup>.

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) derrogam o princípio da liberdade de comércio, *Renzo 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. *C. Ferri, Manuale*, n. 73, pág. 131.

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



rantir a exclusividade de gozo, que é inerente ao caráter absoluto das idéias concretizadas em sua forma externa<sup>27</sup>. 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 estabelecimento<sup>28</sup>.

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 ético e socialmente justificáveis; torna-se necessário, pois, perquirir e fixar as razões que ditaram a criação, pela lei, de normas de tutela à exploração do estabelecimento<sup>29</sup>.

**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, Ollagnier, Candian* e, entre nós, *Orlando Gomes*); ou como "direitos sobre bens imateriais" — *Immaterialgüterrechte* (*J. Kohler, Ramella, La Lumia, Greco*); ou como "direitos de clientela" (*Roubier, Vivante, Chiron, Ghidini, Autletta*); 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<sup>30</sup>.

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 prepondera sobre o do locatário<sup>31</sup>.

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 propriedade<sup>32</sup>. 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 equivocada, além de inexata. 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. Langé, 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. Langé*, 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 termos<sup>33</sup>.

Coerentes com esse modo de pensar, absteemo-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.

---

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