

126

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

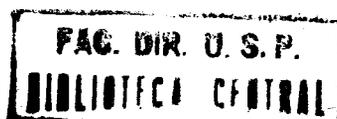
Departamento de Direito Comercial

*Vedação da concorrência do trepassante
do estabelecimento empresarial: seus limites
e sua aplicação no espaço real e virtual.*



Dissertação para obtenção do grau de Mestre em
Direito Comercial apresentada pelo candidato: Regis
Magalhães Soares de Queiroz, perante banca
presidida pelo orientador, Professor Associado
Doutor Newton De Lucca

São Paulo, 7 junho de 2000



I-	O ESTABELECIMENTO E SUA TRANSFERÊNCIA.....	4
1-	O ESTABELECIMENTO NA TEORIA DA EMPRESA.....	4
1.1-	PREMISSA: A EMPRESA	4
1.1.1-	<i>introdução</i>	4
1.1.2-	<i>os perfis da empresa</i>	8
1.1.3-	<i>correlação entre o perfil subjetivo e o funcional</i>	10
1.1.4-	<i>perfil corporativo e a empresa instituição</i>	11
1.1.5-	<i>conclusão</i>	19
1.2-	ESTABELECIMENTO: O PERFIL OBJETIVO DA EMPRESA.....	20
1.2.1-	<i>o termo “estabelecimento”</i>	20
1.2.2-	<i>noção introdutória: organização dos bens de produção</i>	21
1.2.3-	<i>o estabelecimento no projeto de código civil</i>	27
1.2.4-	<i>conceito de estabelecimento</i>	28
1.2.5-	<i>natureza jurídica do estabelecimento</i>	32
2-	ESTRUTURA DO ESTABELECIMENTO	35
2.1-	UNIDADE	35
2.2-	MUTABILIDADE DOS ELEMENTOS E SUA IDENTIFICAÇÃO.....	38
2.3-	HETEROGENEIDADE	40
2.4-	PERFIL ESTRUTURAL.....	42
2.4.1-	<i>o passivo</i>	42
2.4.2-	<i>bens materiais, bens imateriais e serviços</i>	43
2.5-	SURGIMENTO DO ESTABELECIMENTO	47
3-	O AVIAMENTO E A CLIENTELA	51
3.1-	AVIAMENTO	51
3.1.1-	<i>noção e importância</i>	51
3.1.2-	<i>natureza jurídica</i>	52
3.1.3-	<i>segue: aviamento objetivo e subjetivo</i>	53
3.2-	CLIENTELA E FREGUESIA	56
3.2.1-	<i>noção jurídica e correlação entre aviamento e clientela</i>	56
3.2.2-	<i>distinção entre clientela e freguesia</i>	58
3.2.3-	<i>o impróprio “direito à clientela”</i>	60
4-	O ESTABELECIMENTO ENQUANTO OBJETO DE DIREITOS	64
4.1-	INTRODUÇÃO	64
4.2-	RELAÇÃO COM O TITULAR.....	65
4.3-	TRESPASSE DO ESTABELECIMENTO	67
4.3.1-	<i>considerações introdutórias</i>	67
4.3.2-	<i>conceito de trespasse</i>	68
4.3.3-	<i>o trespasse na teoria dos contratos – contrato misto</i>	71
4.3.4-	<i>âmbito de entrega</i>	75
4.3.5-	<i>trespasse parcial</i>	79
4.3.6-	<i>trespasse e alienação de controle</i>	80
II-	A INTERDIÇÃO DA CONCORRÊNCIA	82
5-	PREMISSAS SISTEMÁTICAS	82
5.1-	<i>A ESPECIAL SITUAÇÃO DO ALIENANTE FRENTE AO ADQUIRENTE</i>	82
5.2-	FUNDAMENTOS PARA A VEDAÇÃO DA CONCORRÊNCIA	87
5.2.1-	<i>esquadrinhamento das diversas teorias</i>	87
5.2.2-	<i>obrigação de garantia do alienante: a nossa opinião</i>	91
5.2.3-	<i>obrigação implícita mas derogável</i>	96
5.3-	VIOLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA.....	100
5.4-	PROJETO DE CÓDIGO CIVIL E LEGISLAÇÃO COMPARADA	101
6-	A ADEQUAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA CONCORRÊNCIA	105
6.1-	PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA CONCORRÊNCIA	105
6.1.1-	<i>livre iniciativa</i>	105
6.1.2-	<i>livre concorrência</i>	112
6.1.3-	<i>dupla eficácia dos princípios constitucionais</i>	116
6.2-	HARMONIZAÇÃO DOS CONCEITOS: IMPOSIÇÃO DE LIMITES	117

6.2.1-	<i>introdução</i>	117
6.2.2-	<i>imposição de limites como elemento de harmonização</i>	120
7-	A ESTRUTURA DA LIMITAÇÃO AO RESTABELECIMENTO	124
7.1-	INTRODUÇÃO	124
7.2-	A LIMITAÇÃO NO MERCADO RELEVANTE	125
7.2.1-	<i>noção de mercado</i>	125
7.2.2-	<i>mercado de produtos: método da elasticidade cruzada</i>	128
7.2.3-	<i>mercado geográfico</i>	134
7.2.4-	<i>conclusão</i>	136
7.3-	LIMITAÇÃO TEMPORAL: ELEMENTOS E FUNÇÃO	137
7.4-	QUANDO A VEDAÇÃO DA CONCORRÊNCIA É CONTRÁRIA AO INTERESSE PÚBLICO	140
III- O RESTABELECIMENTO NO ESPAÇO VIRTUAL DA INTERNET		144
8-	A INTERNET E O ESPAÇO CIBERNÉTICO	144
8.1-	ORIGEM DA INTERNET	144
8.2-	NATUREZA JURÍDICA DA INTERNET	146
8.3-	A INFLUÊNCIA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA DELIMITAÇÃO DA VEDAÇÃO AO RESTABELECIMENTO	153
8.3.1-	<i>o estabelecimento virtual</i>	153
8.3.2-	<i>mercado e concorrência na rede</i>	157
8.3.3-	<i>hipóteses de incidência da vedação da concorrência</i>	159
9-	CONCLUSÕES	162
BIBLIOGRAFIA		164
RESUMO		184
RIASSUNTO		185

I- O ESTABELECIMENTO E SUA TRANSFERÊNCIA
1- O ESTABELECIMENTO NA TEORIA DA EMPRESA
1.1- PREMISSA: A EMPRESA
1.1.1- introdução

Com a revolução industrial, o capitalismo comercial evoluiu para o capitalismo industrial, trazendo a reboque profundas mudanças sociais e econômicas. Dentre as mais importantes para a economia mundial, a aplicação do capital comercial no então incipiente mercado industrial marcaria a intervenção da classe mercantil na produção em massa.

Outrora produzia-se sob encomenda, com o simplório objetivo de garantir a subsistência do artesão. Com a industrialização, o destino da produção passa a ser o mercado, obrigando o empresário a buscar saída para seus produtos. Há um nítido caráter especulativo nessa nova atividade, evidenciado pelo risco de produzir independentemente de encomendas.¹

Contrasta com essa profunda mudança a subsistência das leis oitocentistas que, permanecendo inalteradas apesar das transformações econômico-sociais, acabaram por identificar a nova classe industrial com a antiga classe dos comerciantes. Por isso, segundo GALGANO, não se terá desenvolvido um novo *direito da produção*.²

A manutenção dessa legislação mostrou-se inadequada. Regulava apenas os aspectos mercantis, considerando tão somente as atividades de intermediação dos bens de consumo, deixando de regular a multifacetária teia de relações que surgiram com a introdução da empresa³ no contexto do capitalismo, como produtora de riqueza em escala industrial.⁴

¹ SYLVIO MARCONDES, *Limitação*, p. 116.

² FRANCESCO GALGANO, *Lex Mercatoria*, pp. 193 e 194.

³ A expressão *empresa* costuma ser utilizada indiscriminadamente para significar diversos fenômenos distintos. É uma "locução disponível para o legislador, sem se embarçar com uma técnica jurídica precisa, indicar destinatário para suas normas, designadamente as de natureza econômica" (PEDRO MALTA DA SILVEIRA, *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos*, p. 16). Também RIPERT destacou essa profusão de usos, ao afirmar que "(...) o legislador usa o termo quando lhe é cômodo fazê-lo, sem se preocupar de empregá-lo sempre no

Por causa da enorme discrepância entre essa nova realidade e as antigas categorias jurídicas — até hoje em vigor em muitos países, inclusive no Brasil — TULLIO ASCARELLI afirmou ser a mais importante tarefa da doutrina jurídica atual a elaboração de um arsenal conceitual, moderno e apto para resolver os novos problemas surgidos com a produção em massa.⁵

A partir do fato histórico e constatada a necessidade de *jurisdicionarizar* a empresa — enquanto nova figura, cada vez mais importante no cenário evolutivo⁶ — os juristas se empenharam em desvendar seu conceito jurídico, tentando enquadrar a *fattispecie* nas categorias conhecidas, a fim de lhe definir os contornos e regular-lhe as relações buscando, enfim, uma definição jurídica para essa nova figura econômica.

Partiram do conceito econômico de empresa,⁷ sem muito sucesso posto que a teoria dos atos de comércio ainda impregnava decisivamente a mente dos juristas

mesmo sentido”, **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**, nº 119, pp. 277/278, *apud* SYLVIO MARCONDES, **Limitação**, p. 135. Essa situação, evidentemente, não contribui para diminuir o dissenso sobre a complexa natureza jurídica daquela realidade.

⁴ Ponderou FRANCESCO GALGANO: “*Una profonda trasformazione sociale, qual è la transizione dal capitalismo commerciale al capitalismo industriale, lascia pressoché immutato il sistema normativo: essa si attua nella persistenza di una regolazioni normativa concepita in funzione delle esigenze del capitalismo commerciale. L’impreditore resta, giuridicamente, un commerciante; tale è tuttora in Francia, nel persistente vigore del codice di commercio del 1808; tale è in Germania, dove il codice di commercio de 1900 non há, sotto questo aspetto, innovato rispetto al precedente codice di commercio. Il fatto è che questi codici altro non regolano se non l’aspetto mercantile dell’attivitá produttiva; prendono in considerazioni l’impresa per la sua funzione intermediaria che essa attua nel mercato, come punto de riferimento di una serie, molteplice e varia, di rapporti di scambio*” — **Lex mercatoria**, p. 193. Para WALDÍRIO BULGARELLI, “*Pressionado pela transformação do capitalismo comercial em capitalismo industrial, que tornara imprópria a assimilação do industrial ao comerciante para fim de ser submetido ao estatuto deste, a intenção do legislador foi a de posicionar o industrial — como empresário e portanto agente de produção — em igualdade de condições com o comerciante, produzindo-se em consequência uma reviravolta, ao substituir o sistema assentado no comerciante por outro baseado no empresário*” — **Tratado**, p. 56.

⁵ **Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales**, pp. 16/17. Para LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, “*De ahí que puede decirse que el derecho mercantil moderno es el derecho de los actos en masa realizados por empresas*” — **Derecho mercantil - La empresa**, p. 4.

⁶ Com a massificação da produção, a pequena empresa individual vai dando lugar a formas mais elaboradas de organização dos meios de produção, que se mostram mais capazes de responder às necessidades de capital, de ativos patrimoniais, de limitação do risco, de planificação e de reunião de força de trabalho, tais como as sociedades anônimas.

⁷ Conforme WALDÍRIO BULGARELLI, foram os juristas que construíram a noção econômica de empresa (atividade organizada profissionalmente para produção e circulação de bens e serviços para o mercado), pois os economistas ainda não haviam desenvolvido um conceito próprio — **Tratado**, p. 54. Por outro lado, vale ressaltar não ser *qualquer atividade produtiva organizada* denominável juridicamente de empresa. Com efeito, sendo o conceito referente à economia de troca, i.e., ao

daquele tempo.⁸ Tão grande mostrou-se a tarefa de enquadrar a empresa nos estritos cânones jurídicos, que muitos propugnaram a pura e simples adoção do conceito econômico.⁹

Com a reforma do Direito Privado na Itália — obra pelo regime fascista e que, no aspecto que nos interessa, culminou com a promulgação do Código Civil de 1942 — unificou-se o direito obrigacional, extinguindo a contraposição entre atos civis e comerciais.¹⁰ A empresa foi, então, posta no centro do sistema,¹¹ não numa posição *individualista* ou *especulativa*, mas exercendo uma *função política e ética*: é o instrumento útil e eficaz para o desenvolvimento dos interesses italianos que, na ocasião, correspondiam aos interesses do vigente regime fascista.¹²

Mas, o novo Código italiano não trouxe o conceito de empresa.¹³ Limitou-se a definir o empresário como aquele que exercita profissionalmente a atividade econômica, organizada para a produção ou a de troca de bens ou serviços para o

mercado, a atividade produtiva organizada para consumo do próprio empresário não se enquadra no conceito jurídico em questão. Nesse sentido, vide ALBERTO ASQUINI: “*Não são empresas no sentido do Código Civil, aquelas formas de organização da produção que, também empregando trabalho e eventualmente capital de terceiros e possuindo uma estrutura técnica análoga àquela de empresa operante para a troca, são destinadas a prover exclusivamente o consumo direto do empresário*”, *Perfis da empresa*, p. 110. No mesmo sentido, v. GAETANO PACIELLO, *A evolução do conceito de empresa no direito italiano*, p. 47.

⁸ Também no Brasil onde, sob a influência da doutrina mercantilista do Código de Napoleão, o Regulamento do Código Comercial, Decreto nº 737, enumerou os atos de comércio. Ver, a respeito, SYLVIO MARCONDES, *Limitação*, p. 129 e ss.; RUBENS REQUIÃO, *Curso*, vol. 1, p. 49/50 e WALDÍRIO BULGARELLI, *Tratado*, p. 53.

⁹ Cfr. *A sociedade anônima como instituição*, onde RUBENS REQUIÃO descreve, rapidamente, o desenvolvimento dessas teorias, na França: pp. 49/50, Itália: pp. 51/54 e Brasil: pp. 54/56. Cfr. também SYLVIO MARCONDES, *Limitação*, pp. 129/132 e WALDÍRIO BULGARELLI, *Tratado*, p. 52.

¹⁰ Tornou-se ordinário o ato de comércio, que antes era considerado especial. Nesse sentido, cfr. TULLIO ASCARELLI, *Curso*, n. 8, p. 123 e WALDÍRIO BULGARELLI, *Tratado*, p. 60.

¹¹ Cfr. REQUIÃO, *Curso*, vol. 1, p. 51 e BULGARELLI, *Tratado*, n. 3, p. 55 e ss. Já GAETANO PACIELLO considera que no centro do sistema foi posto o empresário e o estabelecimento, *A evolução do conceito de empresa no direito italiano*, p. 44. LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *Derecho mercantil - La empresa*, pp. 8/9.

¹² Cfr. GALGANO, *Lex Mercatoria*, pp. 195/199. SYLVIO MARCONDES, *Limitação*, p. 137 e ss. GAETANO PACIELLO, *A evolução do conceito de empresa no direito italiano*, p. 44.

¹³ Como consta, por exemplo, do Código de Comércio de Honduras, de 17 de fevereiro de 1950, cujo art. 644 a define como: “*Se entiende por empresa mercantil el conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, para ofrecer al público, com propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios*”, cfr. LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *Derecho mercantil - La empresa*, p. 7.

mercado (art. 2.082). Esse conceito conjuga três elementos:¹⁴ (a) atividade econômica (produção de riqueza), (b) organização (ligação dos fatores de produção) e (c) profissionalidade (habitualidade, ligada à noção de atividade).¹⁵

Vê-se, pois, não ter havido apenas uma simples substituição da figura do comerciante pela do empresário, antes se deu verdadeira evolução do sistema centrado na figura do último, em que passam a se enquadrar os realizadores (ou organizadores) das atividades econômicas, contrastando com o caráter tipicamente especulativo do comerciante clássico.¹⁶

Entre nós, o Projeto de Código Civil,¹⁷ por oportuna sugestão do Professor OSCAR BARRETO FILHO,¹⁸ dedicou todo o Livro II à empresa e, com evidente inspiração no direito italiano,¹⁹ definiu o empresário no art. 965: “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços*”.²⁰ Também aqui a figura do empresário está calcada nos mesmos

¹⁴ ANGELO DE MARTINI o decompõe em cinco elementos: 1) exercício da atividade, 2) de natureza econômica, 3) organizada, 4) profissionalmente e 5) com finalidade de produção para troca de bens. **Curso**, p. 96.

¹⁵ Com o novo Código, foi também alterada a relação de gênero e espécie, passando o *comerciante* a ser espécie do gênero *empresário*. Cfr. FRANCESCO GALGANO: “*L'introduzione del concetto di imprenditore in luogo del concetto di commerciante fu, per gli artefici del codice civile, il frutto di una tecnica legislativa cui si dava il nome di 'metodo dell'economia': le forme giuridiche dovevano corrispondere alla sostanza economica dei fenomeni regolati dal diritto; i concetti giuridici dovevano avere come 'punto di partenza' i concetti economici*”, **Lex Mercatoria**, p. 195. Também, WALDÍRIO BULGARELLI: “... o comerciante passa a ser um tipo de empresa (a empresa comercial), e não a empresa um tipo de comerciante”, **Tratado**, p. 20.

¹⁶ Cfr. WALDÍRIO BULGARELLI, **Tratado**, p. 59.

¹⁷ Atualmente, Projeto de Lei na Câmara nº 118 de 1984.

¹⁸ Cfr. RUBENS REQUIÃO, **Curso**, vol. 2, p. 209.

¹⁹ Nesse sentido, cfr. RUBENS REQUIÃO, *Projeto de Código Civil*, p. 155: “*Houve, assim, no art. 1.003, o transplante puro e simples do conceito de empresário do Código italiano, para o Projeto*” (obs.: depois, a numeração do Projeto foi alterada, ficando o conceito de empresário, como atualmente está, no art. 965). WALDÍRIO BULGARELLI, por sua vez, entende que a definição de empresário contida no Projeto, por ser genérica, se afasta da orientação do direito italiano, que teria centrado sua própria definição na comercialidade daquele. Nesse sentido, cfr. *A atividade negocial no Projeto de Código Civil brasileiro*, p. 118.

²⁰ Uma crítica moderna a essa conceituação parte do pressuposto de ser tal construção inadequada para a realidade empresarial dos dias de hoje. Atualmente, a tendência é de internacionalização e interdependência dos mercados, cada vez mais formados por grupos de empresas. Um sistema “*através do qual, um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais, conservando embora sua própria autonomia jurídica, patrimonial e organizativa (...), é subordinado a uma direção econômica unitária exercida por outra sociedade, de acordo com a estratégia e interesses comum do todo*”. Nesse sentido, cfr. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, **Os grupos de sociedades**, p. 12. Cfr., também, GAETANO PACIELLO, *A evolução do conceito de empresa no direito italiano*, p. 39 e ss.

três elementos característicos da definição do direito italiano: economicidade, organização e profissionalidade.²¹

O Projeto não manteve a adjectivação do precedente Projeto de Código das Obrigações, que falava em empresário comercial, permitindo maior liberdade ao conceito, capaz de enquadrar os diversos agentes econômicos de maneira mais abrangente²² e mais de acordo com a moderna concepção de atividade empresarial, em contraposição à vetusta teoria dos atos de comércio.

1.1.2- os perfis da empresa

A unificação do direito obrigacional na Itália deu aos juristas novos elementos e incentivou o aparecimento de novas teorias sobre a empresa.²³ Todas obnubiladas pela arguta percepção de ALBERTO ASQUINI²⁴ sobre ser a empresa um fenômeno complexo, cuja transposição unitária para o Direito, se não for impossível é, pelo menos, inadequada.²⁵

²¹ Excluem-se da qualificação de empresário, tanto aqui como na Itália, os profissionais intelectuais, não obstante possam realizar profissionalmente, com intuito de lucro, alguma atividade econômica. Falta-lhes a organização dos bens de produção, ainda que o façam *acidentalmente* (o que, diga-se de passagem, vem ocorrendo cada vez com maior intensidade), já que prestam serviços em caráter personalíssimo. Sobre o assunto, cfr. o raciocínio de TULLIO ASCARELLI, sobre o que denominou por *industrialização das profissões*, em que afirma que a exclusão dos profissionais liberais da categoria empresarial deve-se mais a fatores sociais do que a verdadeiras considerações econômicas, dado que quem exerce profissão intelectual também exerce atividade econômica (de produção de serviços para o mercado). O fenômeno passa pela perceptível “*despersonalização*” das profissões que, por causa das necessidades do mercado moderno, passam a se organizar empresarialmente, aproximando-se do conceito que, segundo o Mestre, em breve acabará por incluí-los (se é que já não os inclui), *Teoria*, pp. 35 e 72.

²² RUBENS REQUIÃO entende que, não obstante a ausência dos qualificativos “civil” e “comercial”, a praxe da adjectivação deve continuar. Prevê o autor, a “*instituição de fato*” do termo *empresário comercial*, em contraposição ao *empresário civil*. Cfr. *Projeto de Código Civil*, p. 155.

²³ Que não interessa aqui reproduzir, tendo em vista os objetivos do presente trabalho. Para maior aprofundamento sobre tais teorias, cfr., entre outros, WALDÍRIO BULGARELLI, *Tratado*, nº 4, p. 63; REQUIÃO, *Curso*, vol. 1, pp. 49/58; OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 117 e ss. e GAETANO PACIELLO, *A evolução do conceito de empresa no direito italiano*, p. 39.

²⁴ ALBERTO ASQUINI, *Profilli dell'impresa*, originalmente publicado na *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, vol. 41, I.

²⁵ O Livro V do Código Civil italiano adota a base do “Projeto ASQUINI” de Código Comercial de 1940, elaborado sob a presidência do citado autor. Para maiores detalhes, cfr. PIER GIUSTO JAEGER, *La nozioni d'impresa dal codice allo statuto*, p. 13, em esp. nota nº 13, e SYLVIO MARCONDES, *Limitação*, pp. 136/137.

Alicerçando seus argumentos na própria sistemática do novo Código,²⁶ ASQUINI elaborou sua teoria sobre a premissa de ser, a empresa, um fenômeno econômico poliédrico, i.e., composto não por um, mas por quatro perfis, facetas diversas de uma mesma realidade. Estas, por sua vez, relacionadas com os diferentes elementos com os quais a empresa convive e para os quais ela assume papel fundamental, conforme a lei trata de um ou de outro de seus variados campos de influência.

Daí as definições jurídicas de empresa poderem ser diversas, conforme o perfil pelo qual o fenômeno econômico é encarado.²⁷ Por isso, adverte o autor, não deve o intérprete agir com preconceito de que o fenômeno deva, forçosamente, entrar em um esquema jurídico unitário. Antes, é preciso adequar as noções jurídicas de empresa aos diferentes aspectos do fenômeno. E, assim dizendo, dividiu-a em quatro perfis: perfil subjetivo, perfil funcional, perfil objetivo e, por fim, o mais polêmico, perfil corporativo.²⁸

O “*perfil subjetivo*” encara a empresa como *empresário*, ou seja, como sujeito de direitos que organiza²⁹ os meios de produção (capital e trabalho) e exerce a atividade empresarial com finalidade produtiva para o mercado.

O “*perfil funcional*” é a empresa vista como *atividade* empresarial. É o aspecto dinâmico, em que ela aparece como “*força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo*”.³⁰

²⁶ O Livro V do *Codice Civile* cuida da empresa, estando subdividido em quatro títulos: o primeiro sobre o empresário; o segundo sobre a atividade empresarial; o terceiro sobre o estabelecimento e o quarto sobre as relações de trabalho.

²⁷ Por exemplo, no Direito brasileiro, pelo que dispõe o art. 2º da CLT: “*Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços*”. Aqui ela é vista como atividade. Veja como a mesma expressão foi utilizada com uma concepção diferente pelo art. 448 do mesmo diploma: “*A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados*”, onde ela é encarada como objeto de direitos.

²⁸ SYLVIO MARCONDES nega a existência de componentes jurídicos que, combinados aos dados econômicos, formem um conceito genérico de empresa. Na verdade, nega a existência de um conceito de empresa como categoria jurídica — *Limitação*, pp. 162/164. Antes, FRANCESCO FERRARA JR. já negava relevância ao conceito jurídico de empresa que, para ele, deveria ser encarado pela ótica da lei, e não abstratamente. Afirmava que somente dois, dos quatro perfis de ASQUINI, estavam considerados na lei: o perfil objetivo, representando o estabelecimento; e o perfil subjetivo que representa o empresário, *La Teoria*, nº 34, pp. 77/79.

²⁹ O trabalho de coordenação e combinação dos meios produtivos é diverso do trabalho ordinário que uma pessoa pode vir a realizar na empresa (i.e., trabalho semelhante ao dos colaboradores e demais empregados). Cfr. ANGELO DE MARTINI, *Corso*, p. 100.

Como ressalta o Professor SYLVIO MARCONDES, os atos negociais estão disponíveis para serem realizados indistintamente por qualquer pessoa. No entanto, a sua prática continuada, reiterada, de modo organizado e estável, pela mesma pessoa, na busca de um objetivo unitário e permanente, cria uma seqüência de relações interdependentes que, conjugadas em exercícios reiterados e coordenados, transubstancia-se em *atividade*, que se manifesta na empresa.³¹

O “*perfil patrimonial*” ou “*objetivo*” é a empresa vista pelo ângulo estático, é o estabelecimento comercial. Em outras palavras, o patrimônio destacado pelo empresário para servir de instrumento de realização da atividade empresarial. Este é o perfil que mais nos interessa para os fins do presente trabalho e, por isso, será mais desenvolvido oportunamente.

1.1.3- correlação entre o perfil subjetivo e o funcional

Antes de avançarmos, porém, é de todo conveniente destacar a correlação existente entre os três perfis acima mencionados, calcados que estão sob o ângulo do direito privado.

O empresário é o sujeito de direito. A empresa, por sua vez, é a atividade econômica por ele organizada e desenvolvida por intermédio do estabelecimento comercial.

O estabelecimento, depreende-se, é a base instrumental onde se contém os bens e demais elementos³² utilizados pelo empresário para a realização de sua atividade (a empresa). O estabelecimento é a organização onde a atividade empresarial se concreta, ou o organismo técnico-econômico pelo qual se realiza a

³⁰ ALBERTO ASQUINI, *Perfis da empresa*, p. 116. Nesse perfil se enquadra a noção de empresa do art. 2º da Lei nº 6.404/76.

³¹ **Questões de direito mercantil**, p. 7.

³² O conceito de bens pode ser lato ou estrito, por isso a referência a “*demais elementos*”. Essa questão será abordada adiante.

coordenação dos fatores de produção.³³ Ele não é um elemento da empresa, pois é um objeto, e um objeto não pode ser *elemento* de uma *atividade*.³⁴

Para FRANCESCO FERRARA JR., os dois conceitos são conexos porque a organização produtiva é criada para o exercício da atividade empresarial e a empresa, por sua vez, supõe a organização por meio da qual a atividade pode ser exercitada.³⁵ Cuida-se de verdadeira relação de meio e fim.³⁶ É a empresa considerada sob o ponto de vista material.³⁷

A afamada síntese de MARIO GHIRON evidencia a correlação entre os três perfis: “*L’impreditore si è, l’impresa si governa, l’azienda si hà*”.³⁸

1.1.4- perfil corporativo e a empresa instituição

Fora do ângulo individualista do empresário, focalizando o aspecto social da empresa, ASQUINI desenvolveu a idéia do “*perfil corporativo*”, que a vê como *instituição*.

Composta pelo empresário e pelos empregados, estes, na condição de colaboradores, formam “*um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos*

³³ MARIO CASANOVA, *Azienda*, 1ª col., p. 3. No mesmo sentido, OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, pp. 115/116.

³⁴ MARIO CASANOVA, *idem ibidem*.

³⁵ *La teoria giuridica della azienda*, p. 56 e ss.

³⁶ GUIDO UBERTO TEDESCHI, *Trattato di diritto privato*, p. 5. GIORGIO FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, 1ª col., p. 684.

³⁷ FRANCESCO FERRARA JR., *Teoria giuridica dell’azienda*, Milano, Giuffrè, p. 56. Para um minucioso estudo sobre a distinção entre empresa e estabelecimento, vide JULIÁN A. APARICIO RAMOS, *Hacienda mercantil*, pp. 757/768.

³⁸ Inspirado na lição de BARBERO, escreveu SYLVIO MARCONDES a correlação acima descrita: “*a empresa ‘não existe’, mas, ‘se exerce’, não é ‘um ser’ — nem sujeito nem objeto — mas, ‘um fato’; quem é, o que existe, são ‘o empresário’, como sujeito, e o ‘estabelecimento’ como objeto. O ‘exercício’ que o empresário faz do estabelecimento constitui exatamente a ‘empresa’.*” — **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**, pp. 147/148. Interessante é a correlação feita por WALDÍRIO BULGARELLI, comparando a empresa ao jogo e o empresário ao jogador — *Tratado*, p. 40.

singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção”.³⁹⁻⁴⁰

Esse quarto perfil inspira (apesar de não estar na origem do conceito) a teoria institucionalista da empresa,⁴¹ que pretende unificar seu conceito na noção jurídica de instituição, objetivando injetar uma preocupação social às suas finalidades e aos deveres do controlador.

A noção de instituição se desenvolveu principalmente na França e Alemanha, originalmente visando descaracterizar a noção contratualista na formação das sociedades anônimas.⁴²

Conceito de difícil compreensão, cujo aprofundamento escaparia aos objetivos do presente estudo, a noção de instituição pode ser entendida, em palavras bastante resumidas, como um determinado modo de ser das relações internas entre os integrantes da organização (no caso, empregador e empregados), para atingir um fim comum, maior do que os interesses egoísticos de cada um deles. A idéia é de uma organização estável e duradoura, incluída no contexto econômico nacional, que sobrevive e se sobrepõe aos seus membros, pois persegue a realização de um ideal.

A visão de ASQUINI está baseada, segundo ele próprio, em SANTI ROMANO, para quem a instituição é a *“organização de pessoas — voluntária ou compulsória — embasada em relações de hierarquia e cooperação entre os seus membros, em função de um escopo comum”*.⁴³

³⁹ ALBERTO ASQUINI, *Perfis da empresa*, p. 122.

⁴⁰ Há quem aponte um quinto perfil, consubstanciado na organização administrativa da empresa ante às normas de subordinação ao Estado. É o caso de GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL: *“Poderia ter acrescentado uma quinta figura, distinguindo entre o perfil administrativo, como organização, e o perfil corporativo institucional”* — **Objeto do direito econômico**, p. 76.

⁴¹ Da qual ASQUINI é reputado como partidário, apesar de ter visão poliédrica da empresa, não se limita a destacar apenas o perfil institucional. Ver, nesse sentido, WALDÍRIO BULGARELLI, **Tratado**, nota 77, p. 77.

⁴² Cfr. RUBENS REQUIÃO, *A sociedade anônima como instituição*, n. 3, p. 26; FÁBIO KONDER COMPARATO, *A reforma*, p. 62; WALDÍRIO BULGARELLI, **Tratado**, p. 171 e ss. e ALFREDO ROCCO, **O contrato**, p. 305 e ss.

⁴³ *Perfis da empresa*, p. 123. Para HAURIU, um dos pioneiros no estudo da matéria, em tradução que devemos a RUBENS REQUIÃO, instituição é *“uma organização social, estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um equilíbrio de forças ou por uma*

Após atingir um determinado patamar, a empresa adquire importância social e, ao mesmo tempo, vai-se desvencilhando do poder de disposição do empresário para acabar submetida, em alguma medida, ao poder controlador Estatal que, para garantir valores sociais superiores, pode impor limites à criação, atuação ou dissolução das grandes empresas.⁴⁴

Muitos pensadores, seduzidos pela idéia, pretenderam unificar o conceito de empresa sob a noção de instituição. Argumentam que a complementaridade do fenômeno poliédrico se enriquece quando encarada sob o âmbito de ponderação unitária, como sucederia à luz da noção institucional.⁴⁵

As grandes corporações, geralmente organizadas sob a forma de sociedades anônimas de capital aberto, são os melhores modelos de instituição. Em virtude de sua organização impessoal tornam-se mais afeitas à realização de uma idéia fundamental, independente e acima da fugacidade da vida e das relações humanas. Por isso, assumem caráter mais duradouro, quase permanente.⁴⁶ Somente as grandes empresas dão sentido a essa teoria.⁴⁷

separação de poderes, e que constitui, por si mesma, um estado de direito”, A sociedade anônima como instituição, p. 26. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, A empresa e seus problemas, p. 16.

⁴⁴ RODRIGO URÍA, *Derecho mercantil*, pp. 40/41; BULGARELLI, *Tratado*, p. 88; RUBENS REQUIÃO, *A sociedade anônima como instituição*, p. 25; MODESTO CARVALHOSA, *A ordem econômica na constituição de 1969*, pp. 135/136 e PEDRO MALTA DA SILVEIRA, *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos*, p. 29 e ss.

⁴⁵ Para PEDRO MALTA DA SILVEIRA, “*Sob este prisma, importa, por um lado, apurar um conceito delimitador da realidade empresarial, sob um prisma jurídico e não econômico (ou, se se quiser, tanto quanto o jurídico recebe e faz seu o fenômeno econômico) — se o mero uso da noção de empresa nos faz correr tal risco, a noção de instituição põe-nos, talvez, no bom caminho. Por outro lado, tal conceito deverá conter em si a virtude de, simultaneamente, apelar à consideração unitária, pondo em relevo uma pluralidade de facetas juridicamente relevantes: se o termo empresa por si só não tem, ou pode não ter, tal significado, pensamos que o de instituição o terá*”, cfr. *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos*, p. 31. OSCAR BARRETO FILHO, baseado em ROTONDI, informa serem três as doutrinas que pretendem modificar as relações entre a empresa e o estabelecimento. A primeira, conhecida como *teoria da empresa em si*, prega a progressiva separação entre a propriedade do estabelecimento e a atividade do empresário, notada principalmente no seio das macroempresas, que formam um centro de interesses autônomos. A segunda linha de pensamentos prega o direito de co-gestão da empresa pelos colaboradores, limitando a atuação do empresário. E a terceira prega a função social da propriedade empresarial — *Teoria*, pp. 108/109.

⁴⁶ É da exposição de motivos da atual Lei das S.A. a seguinte afirmação: “*Há muito a S.A. deixou de ser um contrato, de efeitos limitados aos seus poucos participantes: é uma instituição que concerne a toda a economia do país, ao crédito público cujo funcionamento tem que estar sob o controle*

É fácil observar que a subsistência da maior parte da população ativa do país está ligada, de alguma forma, à empresa. Dela dependem diretamente os assalariados e, de forma indireta, os agentes econômicos cuja atividade gravita ao seu redor. Também estão ligadas à empresa a maioria dos bens consumidos pela população e a maior parte das receitas tributárias auferidas pelo Estado.⁴⁸ Além disso, o setor empresarial é destinatário dos mais diversos tipos de benefícios públicos,⁴⁹ assumindo proporções de simbiose com a sociedade. Por isso, questiona-se: “*Haverá quem sustente, seriamente, que a produção e distribuição organizada de bens, ou a prestação de serviços, seja assunto submetido à soberania individual? A criação e o funcionamento das empresas, pelo fato de não apresentar, formalmente, um caráter político, hão de ser confinados em globo nos estreitos limites do direito privado?*”⁵⁰

fiscalizador e o comando econômico das autoridades governamentais”. Cfr. RUBENS REQUIÃO, *A sociedade anônima como instituição*, p. 26 e *Curso de direito comercial*, 2º vol., p. 13 e ss.

⁴⁷ Nesse sentido, cfr. RODRIGO URÍA: “*Naturalmente, la institucionalización de los establecimientos dependen en buena medida del grado de organización conseguido y de la importancia económica de los mismos*” — **Derecho Mercantil**, p. 40. Para WALDÍRIO BULGARELLI: “(...) *nem todas as empresas devem ser consideradas instituições, mas, somente aquelas nas quais, por força da atividade empresarial e em consequência dela, se constitui efetivamente ‘um ente ou corpo social’ (como SANTI-ROMANO, por exemplo) ou um organismo socialmente relevante, ou seja, uma organização de pessoas e bens, ou no mínimo, uma organização de trabalho, e, em geral, de atividades humanas tendentes à realização de um fim comum*” — **Tratado**, p. 77.

⁴⁸ FÁBIO KONDER COMPARATO, *A reforma da empresa*, p. 56. Ele também desenvolve longamente esses raciocínios no seu fundamental **Poder de controle na sociedade anônima**, onde afirma, citando PIETRO PIERLINGIERI, que a “*‘propriedade sob a forma de empresa’ não somente tem uma função social, mas é uma função social*”, pp. 100/101. Com uma concepção bastante afinada com essa, mas em trabalho datado de 1972, cfr. MODESTO CARVALHOSA, **A ordem econômica na Constituição de 1969**, nº 45, p. 134 e ss.

⁴⁹ Em países de maior desenvolvimento é comum os Governos financiarem pesquisas que possibilitam a determinadas empresas ampliar a sua participação em mercados altamente competitivos, capacitando-as para cumprir funções cada vez mais complexas (veja-se, p. ex., caso das telecomunicações via satélite). Daí ser cada vez mais questionada a apropriação exclusiva dos resultados, que deveriam ser socializados. Outra hipótese, essa mais adequada aos nossos modestos padrões de pesquisa tecnológica, consiste nas diversas formas de incentivos e isenções com que os Governos costumam agraciar grandes indústrias (entre nós, essa estratégia vem-se tomando corriqueira em virtude da “*guerra fiscal*” travada entre os governos estaduais, para incentivar a entrada de capital externo, na forma de investimento de longo prazo, em seus territórios), justificando que os lucros dessas organizações sejam mais bem repartidos com a sociedade. Cfr., a propósito, ADOLF A. BERLE e GARDINER C. MEANS, em prefácio à edição revisada de **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**, p. 8, item III e p. 10, item IV.

⁵⁰ Novamente, FÁBIO KONDER COMPARATO, *A reforma*, p. 60. Como resposta à indagação, o Mestre oferece uma fórmula que busca remodelar e democratizar a empresa, buscando a conscientização da sua função social como elemento legitimador do poder que, no fundo, a sociedade permitiu a ela amearhar. Para tanto, discute o objetivo de lucro, que não seria, na visão do Professor, insito à empresa mesmo diante do art. 2º da LSA (sobre a questão do lucro ser ou não essencial, cfr. OSCAR BARRETO FILHO, *A dignidade do direito mercantil*, in **RDM** vol. nº 11, p. 18 e, também, GAETANO

Também para MODESTO CARVALHOSA, a resposta deve ser negativa. Lembra o autor que, nas grandes empresas, o risco do resultado incerto não é suportado apenas pelo empresário — que determina a política de gestão e exercita o efetivo controle dos bens de produção (às vezes com um mínimo de capital próprio investido) — mas pelos acionistas, credores, trabalhadores ou, diretamente sobre toda a coletividade, tanto quanto sobre a poupança popular, através de uma das tantas fórmulas de “salvação” das empresas em crise que sucedem em nosso país.⁵¹

Por isso, os doutos costumam denunciar que o direito de propriedade dos bens de produção, a rigor, jamais deveria ter sido colocado no mesmo patamar em que está o direito de propriedade dos bens de consumo, pois é indiscutível que aqueles bens trazem *poder* para seus detentores.⁵² Como esse poder só se realiza porque a sociedade — como origem de todo poder — assim o permitiu,⁵³ é razoável exorar

PACIELLO, *A evolução do conceito de empresa no direito italiano*, in **RDM** vol. nº 29, p. 53, LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, **Derecho mercantil - La empresa**, p. 7, ao comentar o Código Comercial hondurenho). Discute também, o Professor COMPARATO, a própria noção de propriedade privada aplicável à empresa, afirmando ser “*inegável que a sorte da empresa não pode ficar jungida à conduta do empresário, como se entre eles houvesse uma relação dominial*”, relação essa que ele nega com relação ao controlador, cfr. ob. cit., pp. 66, 70 e 71. Como *contraponto*, vale analisar as ponderações de RUBENS REQUIÃO (*A sociedade anônima como instituição*, p. 29), no sentido de que, se os acionistas, na formação da empresa, são chamados a integralizar o capital, como desconhecer seus interesses pessoais, quando o que está em jogo é o governo da empresa? Para TULLIO ASCARELLI, “*il riconoscimento dell’iniziativa privata significa riconoscere che questo pubblico interesse viene conseguito attraverso la persecuzione degli interessi egoistici dei privati, persecuzione che pertanto può e deve essere soggetta a limiti e obblighi (...), ma alla quale non può imporsi, finchè ammessa, la persecuzione di un interesse diverso da quello egoistico dell’imprenditore, poichè è appunto in questo che si ravvisa lo strumento pel reggiungimento di una maggiore produzione e migliore distribuzione della ricchezza*” — Corso, p. 370.

⁵¹ Apoiado em proposição de G. S. SPINETTI, **Solidarismo, iniziativa privata e partecipazioni statali**, *apud* **A ordem econômica na Constituição de 1969**, nota 215, p. 135. Por isso, considero justo que também o (sempre) Professor MODESTO CARVALHOSA seja alçado, ladeando o E. Professor FÁBIO KONDER COMPARATO na honrosa posição de precursor do que o Professor CALIXTO SALOMÃO FILHO chamou de “*Escola de direito empresarial público*”, no prefácio de seu **O novo direito societário**, p. 7.

⁵² Cfr. ADOLF A. BERLE e GARDINER C. MEANS, em prefácio à edição revisada **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**, p. 6, item II. Ver também FÁBIO KONDER COMPARATO, **Poder de controle na sociedade anônima**, p. 96 e *Função social da propriedade dos bens de produção*, esp. pp. 72/77, e NEWTON DE LUCCA, *A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil*, p. 71.

⁵³ O poder, como tal, só existe em grupo onde uns o exercem sobre outros: vem da relação entre pessoas, coordenadas pela lei (poder legal) e que é bilateral (obriga ambos os lados). O poder é dotado de alguma voluntariedade por parte do que sofre a influência do poder (cfr. MARIO STOPPINO, *Poder*, pp. 933/943). Vale dizer, a Comunidade permite e aceita a criação da ficção jurídica da personalização de entes ideais (naturalmente despersonalizados), como meio de viabilizar a separação patrimonial que, em última análise, é a pedra angular sobre a qual a empresa

maior retorno em benefício dos “*fatores sociais*”⁵⁴ a ela diretamente ligados e que nela compõem papel primordial para essa concentração de poder. Daí a premente necessidade de reformar a empresa, adotando-se um conceito mais participativo, ao qual, para muitos, a teoria institucional se amolda.

Não obstante, o ideal da *empresa instituição* ainda não vingou. Talvez porque a nossa cultura jurídica, de um lado, e o próprio desenvolvimento econômico e social, de outro, ainda não estejam preparados para aceitar uma radical modificação nos princípios jurídicos relacionados à propriedade privada, que certamente levaria à divisão do poder, oriunda da distribuição dos benefícios gerados pelos bens de produção.

A relação do empresariado com a empresa ainda se baseia — tanto jurídica quanto psicologicamente — no direito contratual e, especialmente, no direito de propriedade, que lhe garante a manutenção do poder.⁵⁵ Percebemos, pois, que

moderna pôde construir todo o seu poderio econômico. Daí MODESTO CARVALHOSA ter afirmado, já em 1972, que “*Em conseqüência, passa a empresa a interessar não apenas aos titulares de sua gestão, mas notadamente à coletividade dos fatores sociais a ela diretamente ligados, e que nela compõem o papel primordial (capital e trabalho). O comportamento empresarial também interessa ao corpo social, cuja organicidade permite à empresa desenvolver-se, ao mesmo tempo em que com ela se relaciona enquanto fornecedor e consumidor, direto e indireto, dos bens e serviços empresarialmente produzidos*”, daí concluindo a importância e a legitimidade da intervenção estatal, em certas hipóteses, para a realização do bem social e da melhor distribuição da renda, **A ordem econômica na Constituição de 1969**, pp. 135/136.

⁵⁴ Quer dizer, da coletividade dos investidores de capital e da coletividade de empregados e dependentes, conforme observou MODESTO CARVALHOSA, ob. cit., p. 136.

⁵⁵ SYLVIO MARCONDES, **Limitação**, pp. 163/164. ADOLF A. BERLE e GARDINER C. MEANS desenvolveram a teoria da separação entre propriedade e controle nas sociedades por ações. Procuram, mediante a análise da composição societária das maiores empresas de sua época (a primeira edição do livro é de 1932), demonstrar as mudanças ocorridas no direito de propriedade do sócio sobre a sociedade anônima. Na sua criação, o direito de propriedade pleno se explicaria pois, “*Originalmente, as sociedades anônimas eram grupos de investidores que associavam suas contribuições individuais de capital de risco para organizar e manter um empreendimento. Como haviam poupado e arriscado suas economias no empreendimento, equiparavam-se ao proprietário da terra, que a limpava, cultivava e vendia seus produtos. Segundo a economia da época, isso era justo. Os investidores tinham se sacrificado, arriscado e, em certa medida, haviam trabalhado para o desenvolvimento do produto. Supunha-se que haviam feito algo útil para a comunidade, uma vez que esta estava disposta a pagar pelo produto*” (Prefácio à edição revisada **A moderna sociedade anônima**, p. 9, nº III). Passado o tempo, a grande empresa tende a aumentar de tamanho, mudam-se os sócios, dilui-se o capital, ficando mais e mais distante a figura do fundador, implicando uma nova forma de organização da própria sociedade que, pela dispersão do capital social entre investidores — acionistas passivos, mais interessados em dividendos do que em administração —, passaria a ser gerida por diretores profissionais (controle gerencial). Daí a cisão entre o controle (concentrado) e a propriedade (dispersa). Para um apanhado das críticas a essa teoria, ver NELSON EIZIRIK,

aspirações sociais genéricas — como a *democratização do capital*,⁵⁶ proteção ao trabalho ou função social da propriedade empresarial — não têm se mostrado, por si sós, suficientes para prover uma ruptura com os sistemas tradicionais, a fim de transformar a empresa, como se deseja, em organismo de cooperação entre o empresário, seus colaboradores e a coletividade, como se fosse uma nova categoria jurídica.⁵⁷

Muitas objeções foram levantadas à visão institucionalista. Segundo alguns, deveria levar à personalização da empresa,⁵⁸ inviável para nossa ordenação jurídica.⁵⁹ Além disso, sendo fator de perda de poder do controlador, acarretaria desestímulo à produção e debilidade de crescimento, colocando a empresa na contramão da sua vocação natural.⁶⁰ Outros vêem, naquela teoria, a porta para o surgimento de privilégios para grupos ou organizações empresariais, sob o argumento da prevalência da idéia institucional considerada em si mesma.⁶¹ Sob a premissa de que a instituição transcende os interesses egoísticos dos que com ela estão envolvidos, a supremacia da “*idéia*” poderia ser argüida como contraponto ou

Propriedade e controle na companhia aberta - uma análise teórica, in **Questões de direito societário e mercado de capitais**, p. 3 e ss.

⁵⁶ Sobre as tentativas de “democratização do capital” via dispersão acionária no Brasil, *vide* estudo de NELSON EIZIRIK, *Propriedade e controle na companhia aberta - uma análise teórica*, n. 3, pp. 18/25.

⁵⁷ Cfr. SYLVIO MARCONDES, *Limitação da responsabilidade do comerciante individual*, pp. 163/164.

⁵⁸ Para FÁBIO KONDER COMPARATO: “*Uma transformação dessa ordem acarreta a substituição da causa negocial, do fundamento (Grund), que é a propriedade do capital, pela finalidade (Zweck). A empresa personalizada, tal como a fundação, tornar-se-á um patrimônio finalístico*”, *A reforma*, p. 70.

⁵⁹ Consoante magistério do Prof. NEWTON DE LUCCA, para fugir ao italianismo ordenamento (de “*ordinamento*”), temos preferido utilizar a expressão *ordenação jurídica*, mais consentânea com a terminação do nosso idioma Português, conforme já destacado por NAPOLEÃO MENDES DE ALMEIDA, *cfr. A reforma do direito falimentar no Brasil*, in **RTRF 3ª Região**, vol. 40, 1999, nota 57, p. 63.

⁶⁰ Sobre esse aspecto, RUBENS REQUIÃO: “*No momento em que uma grande empresa, no terreno privado, voltar-se para si mesma, os acionistas ou o público dela há de se desinteressar, acarretando-lhe sérias dificuldades de sobrevivência*” — *A sociedade anônima como instituição*, p. 29.

⁶¹ Nesse sentido, *cfr.* TULLIO ASCARELLI, *Corso*, pp. 372/374.

freio às reivindicações de natureza social, dificultando negociações salariais justas e a relação com o mercado consumidor.⁶²

Há, também, quem afirme que, por ser endereçada apenas para determinadas organizações empresariais, muitas empresas menores — mas nem por isso menos importantes, especialmente para o contexto econômico e social de países como o Brasil — ficariam à margem do conceito institucional.⁶³

Por outro lado, há o aspecto metodológico. É fato que a noção de *instituição* não tem correspondente nas categorias jurídicas conhecidas, dificultando sobremaneira sua classificação e a determinação de sua natureza jurídica.⁶⁴ Crítica, aliás, já formulada por SAVATIER, para quem o critério de instituição é cômodo porque é vago.⁶⁵

Em virtude disso, a utilidade desse conceito tem sido encarada com ceticismo por muitos estudiosos, ao argumento de não ser mais claro do que a própria noção de empresa o que, em vez de ajudar, prejudicaria o esforço empreendido na busca de sua definição jurídica, suscitando novos problemas.⁶⁶

⁶² Sobre a teoria da empresa em si (“*unternehmen an sich*”), defendida na Alemanha, ao final da I Grande Guerra sob a liderança de WALTER VON RATHENAU, cfr. FÁBIO KONDER COMPARATO, **Poder de controle na sociedade anônima**, n. 116, p. 297 e *A reforma da empresa*, p. 62. RUBENS REQUIÃO, *A sociedade anônima como instituição*, p. 29.

⁶³ Confira-se, p. ex., WALDÍRIO BULGARELLI: “*A noção de empresa como instituição não pode pois abarcar todas as manifestações do fenômeno, restando excluída, certamente, a pequena empresa que não utiliza trabalho alheio e não possui uma efetiva e relevante organização de bens, e também as empresas em que não tem relevo a organização do trabalho alheio. Não se pode, pois, por este aspecto fugir ao dilema: ou estas manifestações empresariais não podem ser consideradas empresas em sentido técnico-jurídico (o que não é sustentável), ou a concepção institucional não exaure, em si, a visão jurídica do fenômeno, mas, quando muito, põe em evidência, como observou Graziani, alguns aspectos ‘normais’ e mesmo ‘eventuais’ do fenômeno. Ela constitui, sem dúvida, um ponto de vista jurídico, do qual se pode, para certos efeitos e em particular para as relações internas da organização pessoal, tomar em consideração a empresa, e nos casos nos quais a função empresarial se exerça através de uma organização do trabalho que mereça a qualificação de instituição*” — **Tratado**, pp. 77/78.

⁶⁴ Para maior pormenorização, confira-se BULGARELLI, **Tratado**, pp. 88/91 e OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria do estabelecimento comercial**, p. 27.

⁶⁵ **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui**, apud SYLVIO MARCONDES, **Limitação**, p. 153.

⁶⁶ O que, a bem da verdade, não parece intimidar os adeptos dessa teoria que, segundo WALDÍRIO BULGARELLI, “*sem dúvida é dotada de grande vitalidade a tal ponto que tem permanecido viva e presente, apesar de todas as críticas que lhe foram feitas*”, **Tratado**, p. 91.

1.1.5- conclusão

Segundo pensamos, essa discussão deveria direcionar-se não para a ruptura do conceito jurídico de empresa, já razoavelmente pacificado pelo menos no que diz respeito aos três primeiros perfis. As ponderações aduzidas em favor da tese institucionalista se encontram no mundo do *dever ser*.⁶⁷ Por isso, merecem ser encaradas como um *convite à revisitação* da noção jurídica de empresa e dos conceitos que estão em sua base, cômicos do papel que está reservado para ser desempenhado pela grande empresa, ante os que dela dependem. Não se pode deixar avançar mais o momento atual sem aprofundar o debate sobre a importância social da empresa, trazendo para a discussão os justos ideais democratizantes, tais como o da função social da propriedade empresarial,⁶⁸ a co-gestão pelos colaboradores e a participação destes nos resultados.⁶⁹

⁶⁷ Nesse sentido parece ser a opinião de SYLVIO MARCONDES, para quem “*É possível que a solução do chamado direito social conduza a conseqüências de tal ordem; contudo, por enquanto, a instituição não exprime uma fórmula técnica e sim uma ‘idéia diretriz’*” — **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**, pp. 163/164. No mesmo sentido, ANGELO DE MARTINI: “*Tuttavia, tali significato ed uso della parola ‘impresa’, pur essendo rilevanti sono gli accennati profili, soprattutto in senso evolutivo de iuri condendo, e pur rispondendo, grosso modo, a certe classiche teorie germaniche c.d. soggettive sull’azienda’ (Endelmann, Bekker, Gruckmann), come soggetto autonomo di diritti, o come patrimonio autonomo (Sondervermögen) o di destinazioni (Zweckvermögen) quasi personificati, non trova ripendenza concreta nel nostro ordinamento giuridico positivo. Che riconosce e disciplina le figure dell’imprenditore come ‘soggetto’ e dell’azienda (o patrimonio aziendale) come ‘oggetto’, ma non anche quella dell’impresa’ come istituzioni di persone*” — **Corso**, p. 109. Vale conferir, também, a posição de OSCAR BARRETO FILHO, para quem tais considerações, “*embora sugestivas e estimulantes no plano sociológico, deverão informar e inspirar a política legislativa na elaboração do direito novo. Não podem, contudo, ser apreciadas, em face do nosso sistema jurídico, no quadro do direito positivo*” — **Teoria**, p. 109.

⁶⁸ Uma crítica comum ao Projeto de Código Civil é, exatamente, a ausência de dispositivo consagrando a função social da empresa como, aliás, já existe no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 6.404/76, cfr. WALDÍRIO BULGARELLI, *A atividade negocial no Projeto de Código Civil brasileiro*, p. 119. No mesmo sentido, NEWTON DE LUCCA, *A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil*, p. 69.

⁶⁹ Que, entre nós, conta com dignidade constitucional (desde a Carta anterior) e, aos poucos, vem sendo adotada por algumas empresas, que se deram conta do aumento que a implementação do sistema gera na produtividade. Cfr. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *A empresa e seus problemas*, pp. 19/21. Segundo notícia ALEXANDRE OTTO MÜLLER, a participação nos resultados e a co-gestão dos colaboradores não é imposição legal na Alemanha, havendo leis que estabelecem regras para sua implementação sem nenhuma forma de imposição. Não obstante, é amplamente adotado pelos empresários daquele país (via assembléia-geral pois, conforme ressalta o autor, é decisão do quadro capitalista), como instrumento de incremento do interesse dos empregados na evolução da empresa — *Participação nos lucros e co-gestão dos trabalhadores nos grupos societários do direito alemão*, pp. 89/96.

Paralelamente, conviria aprofundar os estudos sobre a noção jurídica de instituição a fim de — sem cair na armadilha artificiosa da discussão meramente acadêmica e destituída de utilidade prática —⁷⁰ torná-la um conceito efetivamente claro e útil para, verdadeiramente, poder agasalhar a definição, senão de toda, pelo menos da grande estrutura empresarial.

Afinal, não será porque a noção jurídica de instituição é, ainda, imperfeita que se deverá abandoná-la. Ao contrário, é de incentivar-se a sua pesquisa, exatamente em vista de reforçá-la.

1.2- ESTABELECIMENTO: O PERFIL OBJETIVO DA EMPRESA

1.2.1- o termo “estabelecimento”

Consoante advertiu CARVALHO DE MENDONÇA, o estabelecimento empresarial assume contornos peculiares conforme a legislação de cada lugar, dificultando estabelecer a equivalência das expressões utilizadas pelas diversas ordenações jurídicas.⁷¹

No Brasil e em Portugal, costuma-se utilizar expressões como *estabelecimento mercantil*, *fundo de comércio*,⁷² *casa de comércio* ou *negócio*. PONTES DE MIRANDA prefere *fundo de empresa*.⁷³ Na Espanha costuma-se empregar expressões como *casa de comercio*, *negocio*, *tienda*, *industria*, *explotación*,⁷⁴ e *hacienda*. Na França, *fonds de commerce* e, com menor incidência, *etablissement commercial*. Nos países da *commow law*, fala-se em *goodwill of trade*, *goodwill of a*

⁷⁰ Repugnada por FÁBIO KONDER COMPARATO, em *A reforma da empresa*, p. 57.

⁷¹ *Tratado de direito comercial*, vol. 5, 1ª parte, p. 17. No mesmo sentido, cfr. OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 65.

⁷² Para ver uma detida análise da expressão fundo de comércio, ALFREDO BUZAID, *Da ação renovatória*, p. 238 e ss., n.º 154. Há quem distinga o fundo de comércio do estabelecimento. Para o Professor PAULO DE FREITAS, o fundo de comércio é o complexo organizado de bens para o exercício da atividade, enquanto o estabelecimento seria apenas o *locus*, a *sede* onde o fundo se instala, cfr. *Fundo de comércio e estabelecimento comercial*, pp. 468/469.

⁷³ *Tratado de direito privado*, Tomo XV, § 1.803, p. 365 e ss.

⁷⁴ Cfr. RODRIGO URÍA, *Derecho mercantil*, p. 37. Segundo FRANCISCO ORIONE, na Argentina também se fala em *establecimiento comercial*, cfr. *Fondo de comércio*, 1ª col., p. 385.

business ou, simplesmente, *goodwill*. Na Itália, fala-se *azienda*.⁷⁵ Para alemães e austríacos, a expressão é *geschäft* ou *handelsgeschäfts*. Para os holandeses, *zaak* ou *handelszack*.⁷⁶

Há uma tendência, difundida mesmo em abalizada doutrina, de utilizar como sinônimas as expressões *empresa* e *estabelecimento*.⁷⁷ Essa generalização é absolutamente indesejável. Cada uma daquelas palavras possui significado técnico-jurídico diferenciado, que se acabam confundindo pelo uso indiscriminado, o que é especialmente grave quando ambas representam dois elementos de uma mesma realidade que, conquanto interligados, não se confundem: o estabelecimento é objeto e a empresa é atividade.

1.2.2- noção introdutória: organização dos bens de produção

Quando alguém pretende iniciar-se no exercício de alguma atividade mercantil, precisa, preliminarmente, arregimentar os meios necessários, i.e., necessita

⁷⁵ Convém citar que o **Dicionário Eletrônico Aurélio** abriga a palavra “azienda” e, mencionando sua origem itálica, define-a como “Complexo de obrigações, bens materiais e direitos que constituem um patrimônio, representados em valores ou que podem ser objeto de apreciação econômica, considerado juntamente com a pessoa natural ou jurídica que tem sobre ele poderes de administração e disponibilidade; fazenda”. Assim sendo, estando catalogada, nos consideramos livres para utilizar essa expressão sem destaque em itálico, como se costuma fazer com palavras de outro idioma.

⁷⁶ Cfr. MARIO ROTONDI, **Diritto industriale**, p. 35; BARBOSA DE MAGALHÃES, **Do estabelecimento comercial**, p. 11; ORLANDO DE CARVALHO, **Critério e estrutura do estabelecimento comercial**, nota nº 3, p. 7 e ss. e J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, **Tratado de direito comercial**, vol. 5, 1ª parte, pp. 16/17. Para um detalhamento das doutrinas sobre a expressão “estabelecimento”, consultar OSCAR BARRETO FILHO, ob. cit., pp. 65/74.

⁷⁷ MARIO CASANOVA adverte: “In realtà, nella congerie di leggi speciali che integrano il nostro ordinamento, pullulano le espressioni usate promiscuamente, ed impropriamente, in materia di azienda, di impresa, di imprenditore e, persino, di società”, *Azienda, Novissimo digesto italiano - appendice*, 1ª col., p. 630. Exemplificando, RODRIGO URÍA (**Derecho Mercantil**), depois de destacar claramente a empresa como atividade e o estabelecimento como o instrumento a serviço daquela atividade (p. 37), ao tratar da natureza jurídica do estabelecimento (n. 26, p. 39) parece misturar os dois conceitos quando afirma que o estabelecimento é organização de capital e trabalho para exercício de atividade produtora, o que lhe valeria a qualificação de instituição. ORLANDO DE CARVALHO (**Critério e estrutura do estabelecimento comercial**, nota nº 3, p. 7 e ss.) justifica a utilização das expressões como sinônimas para facilitar a leitura e, principalmente, para “reunir numa só mão as duas nuances que esses dois termos sugerem” (p. 8). No mesmo sentido, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU afirma: “Em tese geral, penso ser legítima a utilização sinônima dos dois vocábulos — e tomando em conta quer o espaço jurídico mercantil quer outros domínios” — **Da empresarialidade**, p. 4. ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAVOR usa a expressão empresa como sinônima de estabelecimento, cfr. *Empresa*, pp. 404/417.

organizar bens e outros fatores que servirão de base econômica à sua atividade. Para isso, aplica parte de seu patrimônio na atividade mercantil.

No caso de o exercício da atividade ser instrumentalizado por uma sociedade, o capital destacado deve ser integralizado para a formação do *capital social*,⁷⁸ pois “*toda exploração de atividade econômica com fins lucrativos sob a forma jurídica de sociedades comerciais pressupõe a formação do capital social*”. Este é inafastável para a formação da pessoa jurídica “*enquanto organização destinada a cumprir as finalidades que lhe dão origem e que lhe explicam a razão de ser*”.⁷⁹

Não há cisão do patrimônio do sujeito, que é unitário (divisível apenas nos casos legalmente previstos). Na formação da sociedade surge uma nova pessoa, com patrimônio próprio diferente daquele do sócio.⁸⁰ O capital social (geralmente

⁷⁸ O capital social é considerado “*elemento essencial e indispensável na estruturação das sociedades, identificando-o como causa ou meio necessário à consecução dos fins lucrativos perseguidos pelos sócios em qualquer organização societária*”, MAURO RODRIGUES PENTEADO, **Aumento de capitais nas sociedades anônimas**, p. 15.

⁷⁹ JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, **Regime jurídico do capital autorizado**, p. 1.

⁸⁰ Desnecessário ressaltar que quando o comerciante destaca uma parte do seu patrimônio para integralizar o capital social de alguma sociedade (cujas responsabilidades seja, legalmente, limitada), ele não estará criando um “patrimônio especial” ou “comercial”, separado do seu patrimônio ordinário. Na verdade, ele estará participando da criação de uma nova *pessoa*, sujeito de direitos e dona de um patrimônio próprio (diferente do patrimônio dos sócios), que responderá integralmente pelos próprios débitos (diferentes dos débitos dos sócios). Quem tem responsabilidade limitada não é, portanto, a sociedade, mas sim o sócio pelos atos da sociedade. Aquele só responde com sua parte no capital social. Daí MAURO RODRIGUES PENTEADO ter afirmado ser o capital social, “*(...) um instituto destinado a tornar possível a limitação da responsabilidade, mediante um conjunto de normas inderrogáveis, inclusive de natureza penal, que visam tutelar aquele patrimônio especial, subtraído do conjunto geral de bens dos sócios, para formar a base patrimonial da sociedade. É o capital, como salientou ASCARELLI, um ponto fixo de referência, que oferece a terceiros uma tutela no tocante à gestão da empresa, propiciando de outra parte, por meio da publicidade, a identificação de suas relações com o patrimônio social de que é titular a sociedade, este último em contínuo processo de mutação*” — **Aumento de capitais nas sociedades anônimas**, p. 13. Sobre a relação do capital social com a limitação da responsabilidade, ou ainda, sobre sua função garantidora, cfr. JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, **Regime Jurídico do capital autorizado**, pp. 1/8 e 28/32; SYLVIO MARCONDES, **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**, nº 99, pp. 271/272 e FÁBIO KONDER COMPARATO, *A constituição de reserva de lucros a realizar e o dividendo obrigatório*, in **Novos ensaios de pareceres de direito empresarial**, p. 146 e ss. Ainda sobre a interessante questão do destaque de parcela do patrimônio, explica o Professor WALDÍRIO BULGARELLI: “*Enquanto, principalmente na Itália, já se começa a admitir o estabelecimento como um patrimônio unitário, e portanto separado, e a doutrina mais moderna aceita a existência de patrimônios separados, no Brasil a questão ainda é discutida, não obstante ter sido incluída, por Orlando Gomes, no anteprojeto de Código Civil, essa possibilidade, dispondo o artigo 332 que ‘do patrimônio pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, tanto por mandamento legal como por destinação do titular’*. São partidários dessa corrente Pontes de Miranda, Vicente Ráo e Sylvio Marcondes, este último na demonstração da limitação da responsabilidade do comerciante individual. Com efeito, a separação patrimonial constituiria para

dinheiro) é aplicado na aquisição de bens adequados ao exercício da atividade empresarial escolhida. Devem ser complementares e instrumentais. Podem ser materiais ou imateriais. Geralmente incluem-se das duas espécies, o que importa pouco. Relevante é a relação de complementaridade que deve necessariamente existir entre eles, para a formação do cabedal instrumental para o exercício da atividade econômica empresarial.⁸¹

Mais do que simples relação de instrumentalidade, entre empresa e estabelecimento deve haver uma relação de recíproca dependência, pois este é o meio pelo qual a empresa se desenvolve e ela, a seu turno, é o resultado não só constituído mas constantemente renovado pela atividade do empresário.⁸²

A conjugação dos bens e dos outros fatores — diferentes mas complementares — em um complexo material confere o *elemento estático* do estabelecimento. Mas faltam outros elementos que, somente após conjugados, farão surgir o estabelecimento. Vejamos, um a um, quais são.

Um deles é o *dinâmico*, encetado no estabelecimento na forma dos serviços prestados pelos colaboradores da empresa e, também, pelo próprio empresário.⁸³ Os serviços são o engenho e o motor do estabelecimento pois imprimem vida e movimento, sem o qual ela restará numa entidade inerte e incapaz de funcionar.⁸⁴

o comerciante individual a possibilidade de limitar a sua responsabilidade apenas àquela parcela patrimonial que destinou ao comércio. Isto porque, como já se frisou, o nosso direito acolhe o princípio da responsabilidade patrimonial, constituindo o patrimônio do devedor a garantia comum dos credores (art. 591 do Código de Processo Civil) — **Sociedades comerciais**, pp. 53/54. Para aprofundar estudos sobre esse tema, cfr. as obras seguintes: SYLVIO MARCONDES, **Limitação da responsabilidade do comerciante individual** e CALIXTO SALOMÃO FILHO, **A sociedade unipessoal**.

⁸¹ Segundo FRANCESCO FERRARA JR., “*I beni possono avere la natura più svariata (...). Non interessa il titolo giuridico in base al quale il soggetto si serve dei medesimi (...), importando unicamente la loro concreta destinazione all’esercizio dell’impresa*”, **La teoria giuridica dell’azienda**, pp. 56/57.

⁸² *Azienda (dir. priv.)*, 1ª col., p. 684.

⁸³ Sobre os serviços, diz FERRARA JR.: “*Abbiamo poi i servizi, cioè le energie di lavoro impiegate nell’attività produttiva: anzitutto quelle dell’imprenditore, che è il cervello e l’anima di tutta l’organizzazione, poi quelle dei suoi collaboratori (...)*”, ob. cit., p. 57.

⁸⁴ ADOLF A. BERLE e GARDINER C. MEANS, em prefácio à edição revisada de **A moderna sociedade anônima**, p. 7, item III, afirmam: “*Os homens de negócios descrevem uma empresa, grande ou pequena, como ‘a propriedade’. Não se referem apenas à estrutura física da fábrica. Incluem o acesso a todos os serviços necessários à produção, transporte, distribuição e venda. Referem-se a*

A conjunção desses bens materiais e imateriais, além dos serviços, para a formação do estabelecimento, ainda se ressentem de um elemento estrutural, que é a *organização*.⁸⁵ Elaborada pelo empresário, está ligada à própria escolha dos bens que compõem o elemento estático, à tomada de decisão sobre os tipos de serviços que serão contratados para formar o elemento dinâmico, bem como a conjugação destes de forma a possibilitar a realização da atividade empresarial.⁸⁶

A organização implica, portanto, o esforço do empresário para individualizar, localizar e conjugar, no *locus* (ou *loci*) do estabelecimento,⁸⁷ os elementos estáticos e dinâmicos em quantidade e das qualidades adequadas, atendidos os conceitos de economicidade e funcionalidade.⁸⁸ Ou seja, na proporção ótima para a constituição

toda uma organização de funcionários, sem os quais a estrutura física da fábrica não seria nada, e a uma hierarquia de executivos, técnicos, diretores de venda e pessoal, sem falar da rede de vendedores e das normas de relações de trabalho. Essas relações são cada vez mais protegidas, não apenas pelas leis que regem o contrato, mas também por um corpo de leis cada vez maior que impõe aos indivíduos um certo grau de lealdade para com a empresa". Cfr., também, FRANCESCO FERRARA JR., obra e página citadas.

⁸⁵ FERRARA JR. considera a organização um bem, em si distinto dos demais bens que compõem o estabelecimento, *La teoria*, nº 50, p. 113 e ss. MARIO CASANOVA critica essa concepção. Para ele, organização é abstrata. É uma atividade. Logo, não pode ser considerada um objeto, mas uma relação entre objetos, cfr. *Azienda*, 2ª col., p. 5.

⁸⁶ Para RAFFAELE TOMMASINI, "*L'organizzazione implica un'attività di aggregazione attuata secondo regole coordinate e indirizzata alla realizzazione di finalità specifiche. È più precisamente attività di individuazione e reperimento dei beni più idonei per la finalità perseguita e di loro destinazione unitaria per la costituzione di un bene produttivo strumentale allo svolgimento della gestione imprenditoriale*" — *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, p. 97. Sobre não ser essencial a organização, tendo em vista a prevalência do conceito de empresário sobre o conceito de empresa, já que esta é a atividade daquele, ver PIER GIUSTO JAEGER, *La nozione d'impresa dal codice allo statuto*, pp. 35/45, especialmente p. 38 e ss. Por outro lado, ver também seus argumentos sobre a relevância da noção de organização para o conceito de "*empresa comunitária*", na União Européia, mais adstrita à noção econômica em virtude de ser mais ampla, ob. cit., p. 63 e ss. Cfr. também, a opinião de JOSÉ MANUEL CASEIRO ALVES, *Lições de direito comunitário da concorrência*, pp. 22/24.

⁸⁷ A organização dos elementos do estabelecimento não implica conexão física nem coexistência espacial. Não há necessidade de os elementos estarem concentrados no mesmo lugar. Ao contrário, é mesmo bastante comum que eles estejam separados, por vezes até em continentes diferentes. O que importa na relação entre eles é o liame teleológico-funcional que os une à atividade empresarial, cfr. MARIO CASANOVA, *Azienda*, 1ª e 2ª cols., p. 3.

⁸⁸ E. SANTOS JUNIOR vislumbra duas características nessa organização: estabilidade e autonomia. A estabilidade exige que a organização tenha sido realizada de maneira a manter-se apta ao exercício de uma atividade mercantil, mesmo diante da possibilidade de alteração dos seus elementos, afastando, destarte, organizações efêmeras ou ocasionais. A autonomia significa "*que essa organização se destaca ou pode ser destacada, com aptidão própria para o desempenho de uma atividade comercial, ainda quando seja dependente de uma outra que relativamente a ela seja a principal*". Finalmente, destaca o elemento teleológico da organização, ou seja, o escopo deve ser a atividade empresarial. *Sobre o trespassante e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, in *As operações comerciais*, pp. 414/417. Sobre noção de *funcionalidade* dos elementos organizados no estabelecimento, cfr. GIUSEPPE AULETTA, *Avviamento*, 2ª col., p. 631.

de um complexo produtivo apto para atuar como instrumento eficiente da realização da atividade empresarial.⁸⁹ A organização não pode ser um singelo e mecânico ajuntamento de bens e serviços. Para a configuração de um verdadeiro e próprio estabelecimento é fundamental que a organização seja encetada em tal ordem que viabilize, de forma concreta, a realização de negócios.⁹⁰

É trabalho que, conforme já foi salientado alhures,⁹¹ se assemelha à criação intelectual, literária ou artística, o que justificaria a proteção legal dispensada ao estabelecimento. Desde que guardadas as devidas proporções, essa comparação parece didaticamente boa (ainda que juridicamente inadequada). A organização do estabelecimento é, realmente, algo difícil e complexo de realizar, sendo mesmo uma

⁸⁹ FRANCESCO FERRARA JR. descreve: “*La creazione di un’azienda richiede larga conoscenza degli affari ed intuito commerciale, perché si tratta di scegliere il locale più adatto nella zona più frequentata, la merce più ambita, i dipendenti più abili e sagaci, i segni distintivi più caratteristici che richiamino più facilmente l’attenzione del pubblico e più fortemente si imprimano nella sua memoria; ed oltre alla capacità ci vuole tempo, cioè un dispendio di energie per la raccolta dei vari elementi necessari allo svolgimento dell’attività produttiva e per la loro organizzazione (...)*” — **La teoria giuridica della’azienda**, pp. 60/61. RAFFAELE TOMMASINI, em uma consideração lógico-analítica, vislumbra o desenvolvimento da organização em dois momentos: “*a) una fase di ideazione nella quale, sulla base di indicazioni previsionali desunte dalla esperienza comune o da specifici studi, si evincono i criteri più sicuri per operare il collegamento ponendo in essere tutta una serie di atti preparatori (nogoziali e non) essenziali avuto riguardo al tipo di impresa che si intende svolgere; b) una fase attuativa costituita dal coleamento dei beni, alla quale soltanto si riporta l’insorgere dell’azienda come bene produttivo. Mentre la prima fase è preliminare, la fase c.d. attuativa, e cioè di destinazione unitaria, assume un rilievo assiologico specifico perché incide sulla realtà degli interessi definendo un valore nuovo meritevole di unitaria e peculiare disciplina*” — **Contributo alla teoria dell’azienda come oggetto di diritti**, p. 97. Para GIUSEPPE AULETTA, “*Nella costituzioni dell’azienda possiamo così distinguere un’attività di previsioni (del risultato ultimo di ciascuna delle possibili aziende), di decisioni (a favore di una tra le possibile aziende), di direzioni dell’esecuzioni (cioè di traduzioni in realtà dell’azienda prescelta); il complesso di tale attività suole essere denominato organizzazioni*” — **Avviamento**, 1ª col., p. 630 e 2ª col., p. 631.

⁹⁰ FERRARA JR., **La teoria**, pp. 62/63.

⁹¹ Doutrina de JULIOT DE LA MORANDIÈRE, segundo RUBENS REQUIÃO, **Curso**, vol. 2, p. 206. No mesmo sentido, ISAY, **Das recht am Unternehmen**, 1910, Berlim, p. 23 e ss., *apud* FERRARA JR., **La teoria**, nota nº 5, p. 108. Não se está afirmando — nem se pretende entrar na polêmica — que deva, ou possa, haver identidade de tratamento entre essas duas situações. São conhecidas as críticas formuladas à essa teoria, especialmente por AULETTA e ROTONDI, no sentido de faltar à organização aziedal os requisitos de *originalidade* e *novidade*, exigidos para as criações intelectuais. Entretanto, essa observação nem sempre é verdadeira. Possível, hodiernamente, que uma organização aziedal seja concebida em termos absolutamente novos e originais, acrescentando em produtividade e inovando no trato com o mercado e com a clientela, criando o seu aviamento especialmente em função dessa diferença. *Vide* o caso da rede de lanchonetes de *fast food*, cuja concepção revolucionou a organização dos estabelecimentos daquela espécie e é reproduzida quase que ao infinito... Em todo caso, a idéia organizativa não é protegida como bem, ou seja, como entidade imaterial suscetível de formar objeto de direito (GALGANO, **Diritto privato**, p. 476). A comparação foi feita apenas para efeitos didáticos, buscando, unicamente, criar uma imagem exemplificativa, para facilitar a compreensão sem criar paralelos descabidos.

atividade eminentemente técnica (em algumas hipóteses). Mas, a proteção que o estabelecimento recebe é diferente daquela conferida às criações do intelecto: consubstancia-se no tratamento global que é dispensado ao estabelecimento pelo sistema legal, quando ele se torna objeto de negócio jurídico (cfr. item 1.2.5 adiante).

A boa organização do estabelecimento pode significar — e repetidas vezes realmente significa — a diferença entre o sucesso e o fracasso do empreendimento.

Uma vez organizados finalisticamente (os elementos materiais, imateriais, bem como os serviços), o complexo de bens estará em condições de ser posto em atividade voltada para o mercado, assumindo relações jurídicas com clientes, fornecedores e financiadores, fazendo surgir o estabelecimento enquanto valor novo, merecedor de uma especial disciplina jurídica, com vista à proteção do instrumento gerador de riqueza em que se transformou.⁹²

Mas não será qualquer organização de bens, serviços e relações econômicas que poderá ser considerada estabelecimento. É imprescindível que a sua finalidade seja produtiva. Quer dizer, para ser considerado estabelecimento, o complexo organizado deve ter como escopo a produção de bens ou serviços para o mercado (ou para ingressar no sistema produtivo com destinação, neste caso mediata, ao mercado).⁹³ Em outras palavras, deve existir, entre os elementos, um *nexo ontológico* ou, para utilizar a expressão de MÁRIO CASANOVA,⁹⁴ um liame teleológico-funcional que viabilize a realização da atividade. Caso contrário, o complexo não passará de um amontoado de bens sem qualquer utilidade produtiva.

⁹² Segundo pensamos, a conjugação dos fatores acima já assume contornos de estabelecimento, ou seja, um instrumento hábil para realização de uma atividade empresarial. A empresa é que só existe, efetivamente, quando o estabelecimento estiver em atividade.

⁹³ Para FRANCESCO FERRARA JR.: “*Il concetto economico dell’azienda è indipendente dalla entità ed importanza dell’organizzazione e dall’oggetto dell’attività produttiva. È azienda qualsiasi organizzazioni dei fattori produttivi*” — *La teoria giuridica dell’azienda*, p. 60. Mais adiante, esclarece: “*È evidente anzitutto che non costituisce azienda qualsiasi organizzazioni di beni, di servizi e di relazioni economiche, ma unicamente quella che há una finalità produttiva. L’organizzazione deve rappresentare un mezzo per l’esercizio di un’attività economica, per la creazione di una ricchezza, per la produzione de un guadagno, perchè solo tal caso si há quel capitale, che richiede un’apposita protezione*” — ob. cit., pp. 68/69. Ver, também, pp. 111/112.

⁹⁴ *Azienda*, 1ª col., p. 3.

1.2.3- o estabelecimento no Projeto de Código Civil

O Projeto de Código Civil, atendendo aos reclamos da doutrina mais qualificada,⁹⁵ dedica todo o Título III ao estabelecimento que, quando se tornar norma legal, suprirá uma lacuna na nossa ordenação jurídica. Na exposição de motivos do Projeto está explicitada a orientação do legislador para essa parte do Projeto:⁹⁶

“A doutrina brasileira, consagrada no Anteprojeto de Código do Trabalho, elaborado no plano da reforma dos códigos nacionais, considera a empresa como unidade organizada que se serve de um ou vários estabelecimentos, vinculados entre si pelo mesmo empresário, pessoa física ou jurídica; e o estabelecimento, como unidade organizada, na qual o empresário reúne os meios para a consecução contínua de um objetivo técnico. Tendo em conta os bens que compõem o estabelecimento, a disciplina deste caberia no projetado Código Civil, em seu livro ‘Das Coisas’. Mas constituindo ele objeto de direitos e obrigações do empresário, poderia, sob esse aspecto, ser enquadrada no livro ‘Das Obrigações’. A verdade, porém, é que ambos os aspectos são absorvidos pelo caráter unitário de sua organização, como instrumento com o qual o empresário exerce sua empresa. Assim, considerando que esse Livro do Projeto tem como fulcro o conceito de empresário e de sociedade empresária, e, assim, dada a

⁹⁵ Para OSCAR BARRETO FILHO: “No caso específico do estabelecimento, entre nós difícil se torna a construção dogmática do instituto, com base na legislação, em virtude da carência de uma regulamentação orgânica da matéria. As normas legais existentes são de caráter fragmentário, e se acham esparsas por várias leis” — **Teoria do estabelecimento comercial**, pp. 77/78.

⁹⁶ *Apud* SYLVIO MARCONDES, **Questões de direito mercantil**, p. 23. Originalmente, o Livro II do Projeto era intitulado “Da atividade negocial”. Depois, por sugestão do Professor MIGUEL REALE, foi alterado para “Do direito de empresa”, o que acabou sendo aprovado pela Câmara. Critica essa alteração o Professor WALDÍRIO BULGARELLI, *A atividade negocial no Projeto de Código Civil brasileiro*, p. 113.

intimidade da conexão do empresário com o estabelecimento veio encontrar melhor guarida nos quadros da Atividade Negocial”.

Não obstante ser positiva a adoção, pelo Projeto, da teoria da empresa, modernizando a ultrapassada teoria dos atos de comércio encampada em nosso vetusto Código Comercial, não se pode deixar de referir à incisiva observação do Professor NEWTON DE LUCCA no sentido de que, independentemente do Projeto, “o nosso direito comercial, natural e gradativamente, foi-se transformando num verdadeiro direito empresarial, quer por influência da doutrina; quer pela evolução jurisprudencial ocorrida na matéria; quer, finalmente, pela empresarialidade inerente à legislação extravagante, à qual — convém dizê-lo desde logo — atribui-se um papel extremamente mais significativo e atual do que o remanescente do velho Código Comercial de 1850”.⁹⁷

O Projeto encara o estabelecimento pelo aspecto unitário (sobre a unidade do estabelecimento, cfr. item 2.1), tendo em conta o elemento teleológico decorrente do fato de ele ser dotado de instrumentalidade em relação ao exercício da atividade empresarial.⁹⁸ Além disso, o Projeto também regula as operações de que o estabelecimento pode ser objeto e estabelece regras, limitações e garantias, para a sua transferência, como se verá adiante (item 4.3).

1.2.4- conceito de estabelecimento

Estabelecidos os fatores econômicos do estabelecimento, já há base para definir o seu conceito jurídico.

⁹⁷ A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil, p. 48. Vê com ressalvas, o Eminentíssimo Professor, a serôdia promulgação do Código, posto que a realidade histórica atual, em constante e veloz mutação, desaconselha grandes volumes legislativos, difíceis de serem atualizados. Para ele, “Assistimos, hoje, a um evidente fenômeno de descodificação do direito privado. Cada vez maior é o número de leis esparsas ou microssistemas (...) com os quais se regula a vida contemporânea. Há um microssistema de defesa do consumidor, um de proteção ao meio ambiente, um da atividade empresarial e assim por diante”, ob. cit., p. 53.

⁹⁸ WALDÍRIO BULGARELLI, *Tratado*, p. 240.

O Projeto de Código Civil conceitua o estabelecimento no art. 1.141, como “*complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”.

De tudo que se disse, podemos aprimorar o conceito acima, para deixar explícita a variedade dos elementos componentes, bem como a relação entre eles existente: complexo de bens heterogêneos e serviços, complementares entre si, organizados pelo empresário para ser instrumento do exercício da sua atividade empresarial.⁹⁹

⁹⁹ Para CARVALHO DE MENDONÇA: “*Complexo de meios idôneos, materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio, é o organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio*” — **Tratado**, vol. 5º, 1ª parte, pp. 15/16. WALDEMAR FERREIRA o considera “*A universalidade de bens constituintes do organismo por via do qual o comerciante exercita a sua função medianeira entre a produção e o consumo*” — **Instituições de direito comercial**, v. 2. OSCAR BARRETO FILHO o define como “*complexo de bens 'lato sensu' (inclusive serviços) organizado pelo empresário como instrumento para o exercício da atividade empresarial*”, **Tratado**, p. 132. Para RUBENS REQUIÃO, “*O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a base física da empresa, constituindo um instrumento da atividade empresarial*” — **Curso**, vol. 2, pp. 203/204. GERALDO MAGELA LEITE o define como “*complexo de bens materiais e imateriais e de relações necessárias, por via do qual o comerciante exerce a atividade comercial*”, **O estabelecimento comercial como objeto de negócio jurídico**.

Para E. DOS SANTOS JÚNIOR é “*organização estável e autônoma, de um conjunto de elementos materiais e/ou imateriais, instrumental e recíproco ou complementarmente coligados, para o desempenho de uma atividade comercial*”, *Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, in **As operações comerciais**, p. 417. Para BARBOSA DE MAGALHÃES, a legislação portuguesa não dá, ao estabelecimento, uma única e precisa acepção jurídica. Não obstante, aponta ele como sendo a mais ampla: “*conjunto ou complexo de coisas corpóreas e incorpóreas organizado para o exercício do comércio por determinada pessoa, singular ou coletiva*” — **Do estabelecimento comercial**, p. 13. Para JOSÉ MANUEL COUTINHO DE ABREU, o estabelecimento é “*uma organização concreta de fatores produtivos como valor de posição de mercado. Organização, portanto, que radica num complexo de elementos ou meios, através dos quais ela se exprime e torna reconhecível — 'não sendo, pois, resolúvel num puro plano organizatório', nem 'em meros valores de acreditamento ou de fama' — tais como a clientela ('apesar de ser um valor de posição')*” — **Da empresarialidade**, pp. 68/69.

FRANCESCO FERRARA JR. entende que “*sono aziende quelle organizzazioni economiche che anno l'attitudine alla produzioni di un reddito, che possegono la capacità di creare una ricchezza, che rappresentano in sostanza un capitale indipendentemente dalla individualità fisica della persona che in certo momentovi è a capo*” — **La teoria giuridica dell'azienda**, p. 76. RAFAELE TOMMASINI: “*l'azienda nella sua essenza reale è il risultato dell'aggregazione di mezzi materiali ed immateriali che la rendono idonea alla sua funzione strumentale di produzione e di scambio di beni e servizi*” — **Contributo**, p. 19. Para ANGELO DE MARTINI, “*constituisce la proiezioni dell'attività dell'imprenditore (impresa) sul terreno degli 'oggetti' di diritto: è, cioè, l' 'oggetto' (bene o complesso di bene), che egli usa, organizzandolo e strumentalizzandolo al fine della propria attività di impresa, nell'esercizio e pel l'esercizio dell'attività medesima*” — **Curso de diritto commerciale**, p. 184. MARIO CASANOVA define: “*l'azienda è l'organizzazioni nella quale la attività imprenditrice si concreta, l'organismo tecnico-economico, mediante il quale si realizza la coordinazioni dei fattori della produzioni, cui l'impresa presiede; mercè la quale, l'impresa si attua e si svolge*” — **Azienda**, 1ª col., p. 3.

Convém registrar, também, ser bastante usual a adjetivação da expressão estabelecimento com qualificativos do tipo “comercial”, “industrial”, “agrário”, “familiar”, dentre outras possibilidades.¹⁰⁰

No desenvolvimento deste trabalho, preferimos utilizar simplesmente a expressão estabelecimento, sem qualquer adjetivo, pois é nossa intenção imprimir à noção um tratamento genérico, sem restringir as conclusões apenas a um dos vários tipos de estabelecimento. E o fazemos inspirados pela política adotada pelo Projeto de Código Civil que, talvez por estar unificando a matéria obrigacional, fugiu dos adjetivos acima.¹⁰¹

Em todo caso, convém dizer um pouco sobre esses diversos tipos de estabelecimento.

Ordinariamente, considera-se comercial o que diga respeito a intermediação feita por comerciante entre produtor e consumidor, ou seja, a prática profissional de atos de compra para revenda; e industrial os atos de produção (ou de intermediação

PASCUAL DE GUGLIELMO: “*El fondo de comercio es un conjunto de fuerzas productivas y de bienes, homogéneos e heterogéneos, relativos a un determinado ejercicio comercial o industrial y que, como organismo económico compacto, en función y existencia independientes de la vita del fundador y sus sucesores, está llamado a atraer y conservar una clientela*” — **Tratado de derecho industrial**, p. 1.

¹⁰⁰ A respeito da utilização daqueles qualificativos, BARBOSA DE MAGALHÃES afirma o seguinte: “*Não podemos embrenhar-nos aqui na exposição e apreciação das várias teorias económicas sobre a classificação das indústrias; limitamo-nos a assinalar não só a insuficiência daquela classificação*” [ele se refere à classificação da indústria em comercial, transformadora e agrícola] “*mas também as divergências, ou, pelo menos, as dificuldades que surgem para incluir em qualquer daqueles grupos certos ramos da indústria, como a mineira e a piscícola, que com a agrícola podem constituir a indústria extractiva*” — **Do estabelecimento comercial**, p. 15.

¹⁰¹ Segundo RUBENS REQUIÃO, o Projeto teria fugido especialmente do qualificativo “comercial”, que ele ironicamente reputou ser “*tabu*” para os redatores do Projeto, cfr. *Projeto de Código Civil*, p. 155. A dicotomia afigura-se-nos um tanto ultrapassada e, quiçá, retrógrada, especialmente diante da advertência de ASCARELLI — já mencionada nesse trabalho — no sentido de que é a coordenação dos fatores de produção para o desenvolvimento da atividade o elemento que merece maior consideração. E esse encontramos em ambas as atividades, especialmente quando observamos o fenômeno da industrialização e despersonalização no exercício de muitas das atividades tipicamente consideradas profissões liberais clássicas. Tal circunstância, evidentemente, acentuará a unificação das normas aplicáveis às duas espécies de atividades, cfr. *Teoría*, pp. 35 e 72. Nessa linha, ver novamente, NEWTON DE LUCCA, *A atividade negocial no âmbito do Projeto de Código Civil*, pp. 48/53.

sobre o trabalho, segundo doutrina corrente no século XIX), que não pertencem ao comércio e que não pertencem à agricultura.¹⁰²

Quanto ao estabelecimento agrário, sua existência é negada, ao argumento de não existir necessidade de tutelar a organização contra algum ataque de terceiro; nem seria necessário mantê-la intacta por ocasião de trespasse. Além disso, costuma-se afirmar não ser sensato falar-se em direito de concorrência nessa hipótese. Arrola-se, dentre outros argumentos, o de que agricultura é atividade técnica, dependente em grande escala da força da natureza, para a qual não importa a figura pessoal do agricultor.¹⁰³

Essa não nos parece a melhor forma de encarar a questão, pelo menos no que diga respeito ao Direito nacional. O Projeto de Código Civil admite a atividade empresarial rural, permitindo a inscrição da empresa rural no Registro das Empresas,¹⁰⁴ a ser criado com a promulgação do novo Código. Além disso, nossa ordenação jurídica já contempla a “agroindústria”.¹⁰⁵

¹⁰² CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado*, vol. 5º, 1ª parte, p. 18; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, p. 15 e FRANCESCO GALGANO, *Lex mercatoria*, p. 193 e ss. ALFREDO BUZAID anota opinião de RIPERT sobre não haver distinção entre comércio e indústria, onde afirma que “*para o jurista, o industrial é um comerciante*” — *Da ação renovatória*, p. 239.

¹⁰³ FRANCESCO FERRARA JR., *La teoria*, pp. 69/70. Realmente, segundo a definição mais aceita da atividade agrária, desenvolvida por ANTONIO CARROZZA, ela estaria ligada “*diretamente ou indiretamente ao desfrute de forças ou recursos naturais*” (*apud* FERNANDO CAMPOS SCAFF, *Aspectos fundamentais da empresa agrária*, p. 19). No entanto, como bem observou CAMPOS SCAFF, essa dependência, essa sujeição aos riscos biológicos, atualmente não difere muito dos riscos naturais enfrentados na atividade industrial, ou mesmo na comercial. Diz o autor: “*(...) com os avanços alcançados pelas modernas técnicas de produção agrária e de atenuação dos efeitos de fenômenos meteorológicos e climáticos, em especial com a irrigação, com a cultura em estufas e em ambientes climatizados e também através da seleção genética das espécies criadas e de tantos outros recursos técnicos, muitas vezes o cultivo de um certo gênero vegetal normalmente se apresenta mais seguro do que um determinado e mais complexo processo industrial, de natureza química ou mecânica*” — *ob. cit.*, p. 20.

¹⁰⁴ Dispõe o art. 970: “*O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 967 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro das Empresas da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro*”.

¹⁰⁵ Sobre a agroindústria, *vide* FÁBIO KONDER COMPARATO, *A reforma de empresa*, p. 61. Aliás, entre nós, a afirmação do estabelecimento agrário já foi objeto de obra literária e de tese acadêmica. Nesse sentido, *cfr.* as obras de FERNANDO CAMPOS SCAFF, *Aspectos fundamentais da empresa agrária* e *A especialidade do estabelecimento agrário*, tese de doutoramento em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentada em 1999, sob a orientação do Professor FÁBIO MARIA DE-MATTIA.

1.2.5- natureza jurídica do estabelecimento

Resta estabelecer a natureza jurídica do estabelecimento, o que se fará pela dedução dos elementos existentes na ordenação jurídica. Na ausência de um tratamento orgânico da matéria, temos de buscar os fragmentos que se encontram em meio a diversas leis.

O Decreto-Lei nº 7.661/45 é um exemplo de norma jurídica que vê o estabelecimento como um todo. Assim é o inc. V do art. 2º que, para proteger o crédito sujeito à fraude contra credores, considera motivo para ajuizamento de pedido de falência a transferência do estabelecimento comercial sem consentimento dos credores e desde que não restem ao devedor bens suficientes para a cobertura dos débitos.

Ainda na Lei de Falências, o art. 116 consigna que, na liquidação da massa falida, os bens podem ser vendidos em conjunto ou separadamente. Mas, havendo contrato de locação garantido pelo direito à renovação compulsória, o parágrafo primeiro do mesmo artigo determina a venda em globo do estabelecimento.

O Código de Processo Civil permite expressamente a penhora do estabelecimento. Há toda uma Subseção sobre o assunto (Subseção V, arts. 677/679), onde se consigna a obrigação de o Juiz nomear um administrador para o estabelecimento penhorado, o que demonstra a preocupação do sistema legal com a preservação da entidade produtiva, pelo tratamento unitário e orgânico dispensado ao complexo organizado de bens.

O Código Tributário, por sua vez, também cuida da transferência global do estabelecimento quando, em seu art. 133, regula as responsabilidades tributárias pretéritas.

Ao tratar da concorrência desleal, a Lei nº 9.279/96 considera crime imitar ou criar confusão entre estabelecimentos (inc. V, art. 195) e determina a reparação dos

danos eventualmente causados por quem realize o ato confusório (art. 209). Além disso, o art. 203 do mesmo diploma estabelece: “*Tratando-se de estabelecimentos industriais e ou comerciais legalmente organizados e que estejam funcionando publicamente, as diligências preliminares limitar-se-ão à vistoria e apreensão de produtos, quando ordenadas pelo juiz, não podendo ser paralisada a sua atividade lícitamente exercida*”.

Existem, ademais, diversas outras normas que reconhecem o estabelecimento como uma unidade. Por exemplo, o art. 1º, nº 3, 2ª alínea do Código Comercial, que emancipa o menor que “*levantar algum estabelecimento comercial*”. Ou o inc. V do § 1º do art. 9º do vigente Código Civil, que considera emancipado o menor de 21 anos “*pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria*”.

Por outro lado, o art. 1.142 do Projeto de Código Civil dispõe explicitamente sobre a unidade do estabelecimento, e assim o fez porque os autores entenderam ser esta solução a predominante na doutrina e na jurisprudência.¹⁰⁶

Todos aqueles dispositivos legais afirmam, explicita ou implicitamente, a unidade do estabelecimento comercial. Este tem valor diferente do valor de cada um dos seus elementos, em virtude da sua finalidade produtiva. Daí a conclusão sobre ser o estabelecimento, no Brasil,¹⁰⁷ uma universalidade de fato.¹⁰⁸

A diferença entre a universalidade de fato e a universalidade de direito é o liame que une os seus elementos. Segundo a doutrina mais aceita, entende-se por

¹⁰⁶ Diz a exposição de motivos ter sido diretriz na elaboração do Projeto, “*não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas, já dotadas de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes em virtude de mutações sociais em curso ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias ou, ainda, quando fossem previsíveis alterações sucessivas para a adaptação da lei à experiência social e econômica*”, apud SYLVIO MARCONDES, **Questões de direito mercantil**, p. 2.

¹⁰⁷ A qualificação de um instituto jurídico como universalidade de fato, de direito, de bens, etc. depende da ordenação jurídica de cada país, o que justifica a enorme divergência existente no direito comparado. Por isso, optou-se por manter a pesquisa no âmbito do Direito nacional.

¹⁰⁸ Nesse sentido, cfr. SYLVIO MARCONDES, **Limitação**, p. 318; OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, pp. 103/107; CARVALHO DE MENDONÇA, **Tratado**, vol. V, 1ª parte, p. 19; RUBENS REQUIÃO, **Curso**, vol. 1, p. 205; WALDÍRIO BULGARELLI, **Tratado**, p. 163 e **Sociedades Comerciais**, p. 52; VERA HELENA DE MELLO FRANCO, **Lições de direito comercial**, pp. 82/83 e BOMFIM VIANNA, *Perfil analítico-comparativo do estabelecimento*, p. 73.

universalidade de direito a conjugação de relações ativas e passivas, determinada pela lei (ligação legal), para unificação daquelas mesmas relações,¹⁰⁹ enquanto a universalidade de fato é um conjunto de coisas autônomas (objetos de direito), ligados pela vontade do proprietário em função de um objetivo único. Nesse caso a ligação é funcional.¹¹⁰ Em resumo: “*a universitas juris é um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), enquanto a universitas facti é um conjunto de objetos de direito*”.¹¹¹

Sendo o estabelecimento composto de vários elementos heterogêneos, unidos pela vontade do empresário, para o exercício da atividade empresarial, está evidenciada a sua natureza jurídica como sendo universalidade de fato.

¹⁰⁹ SYLVIO MARCONDES, **Limitação**, p. 215.

¹¹⁰ Cfr. SYLVIO MARCONDES, **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**, nºs 73/74, pp. 208/21; SILVIO RODRIGUES, **Direito Civil**, vol. 1, pp. 111 e 128 e OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, pp. 44/45.

¹¹¹ SYLVIO MARCONDES, ob. cit., p. 217.

2- ESTRUTURA DO ESTABELECIMENTO

2.1- UNIDADE

Como vimos de expor, os bens heterogêneos que formam o estabelecimento, em relação à sua composição, estão organizados de maneira funcional para otimizar o desempenho da atividade produtiva, criando uma super estrutura com valor distinto do valor da soma dos elementos individualizados. Por isso diz-se que o estabelecimento é, a um só tempo, uma riqueza quando visto pelo ângulo dos seus elementos; e um fator gerador de riqueza, quando encarado como instrumento da produção empresarial.¹¹²

O sistema jurídico protege a unidade dos elementos aziendais porque considera que, quando adequadamente combinados, projetam valor que excede o valor singular de cada componente, que é uma qualidade especial surgida pela organização. Sendo o instrumento da atividade produtiva e tendo valor intrínseco, o estabelecimento recebe proteção legal, para garantir a unidade e a coesão da organização. O desmembramento da unidade provocaria uma dupla perda, diz LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, a perda do bem econômico complexo requerido para competir no mercado e a do valor adicional decorrente da organização, perdas que refletem não só no patrimônio do empresário, mas também na economia nacional.¹¹³ Protege-se, portanto, a potencialidade de produção de riqueza, inerente ao estabelecimento empresarial (v. Aviamento, item nº 3.1).

Mesmo assim, e não obstante a conjugação dos bens formar um complexo unitário protegido pela lei, os componentes do estabelecimento mantêm a sua individualidade, podendo circular independente da circulação do complexo. A possibilidade de circulação separada é uma necessidade e decorre da sua mutabilidade (*vide* item nº 2.2 *infra*), garantindo desta forma a constante renovação

¹¹² FRANCESCO FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, pp. 64/68. E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespasso e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, p. 404.

¹¹³ *Derecho mercantil - La empresa*, p. 47.

do complexo, necessária para manter a sua eficiência em um mundo em constante evolução.¹¹⁴

A unidade projeta-se de duas maneiras, dependendo da forma como se encara o próprio estabelecimento. Do ponto de vista *estático*, o Direito cria condições jurídicas para a sua existência e para o seu desenvolvimento, preservando a sua identidade (pelo regime jurídico do nome e da insígnia), protegendo o comércio de seus produtos (pelo regime das marcas) e garantindo a manutenção de clientela conquistada (pela imposição de regras contra a concorrência desleal ou desigualitária), haja vista ser absolutamente indispensável, na luta por um lugar no mercado, que cada agente econômico possa distinguir-se dos concorrentes aos olhos dos consumidores.

Do ponto de vista *dinâmico*, a unidade também é garantida quando o estabelecimento se torna objeto de negócio jurídico. Nessa hipótese, o Direito estabelece regras para permitir a sua circulação em globo,¹¹⁵ impedindo a desagregação de seus elementos pela substituição ou pelo desaparecimento do titular, evitando o perecimento da unidade produtiva.¹¹⁶

¹¹⁴ FERRARI, ob. cit., 2ª col., p. 688.

¹¹⁵ Segundo E. SANTOS JÚNIOR, “a expressão ‘transmissão global’ (ou unitária) do estabelecimento será algo redundante: se se transmite um estabelecimento, transmite-se justamente a organização em que ele consiste, esse todo organizado de múltiplos elementos; essa transmissão é, assim, global, mas nem poderia deixar de o ser, pois, de outro modo, o que se transmitiria não seria o estabelecimento mas os elementos singulares que o compõem ou um conjunto deles. Contudo, dados os problemas que essa transmissão coloca, dado o interesse que a lei põe em que se transmita o estabelecimento, e não singulares elementos dele ou um mero conjunto desses elementos (caso em que não tutelará o próprio estabelecimento), justifica-se a inclusão, e o reforço que ela significa, dessa expressão ou desse termo — global — para caracterizar a transmissão do estabelecimento, quando estejam em causa negócios sobre o estabelecimento”. Cfr. *Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, p. 419.

¹¹⁶ Classificação inspirada na organização que FRANCESCO FERRARA JR. imprimiu ao seu **La teoria giuridica dell’azienda** onde, depois de tratar do estabelecimento em geral (no capítulo II), aborda a proteção estática do estabelecimento contra atos confusórios para, na terceira e última parte, versar sobre o aspecto dinâmico representado pela circulação do estabelecimento. Assim também é organizada a obra de OSCAR BARRETO FILHO, que inicia o Cap. VIII afirmando “*Estudado o estabelecimento comercial sob o aspecto estático, como elemento do patrimônio do seu titular, cumpre considerá-lo sob o aspecto dinâmico, como objeto de atos jurídicos que visem à sua circulação*” — **Teoria**, p. 185. No mesmo sentido, E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, p. 407.

O tratamento unitário também justifica, por exemplo, a proteção possessória, tornando dispensável a defesa individual de cada um dos diversos elementos do estabelecimento. Negar a proteção unitária, além de antieconômico, é contrário à sistemática tutela que a ordenação jurídica concede ao estabelecimento, dificultando a defesa da entidade produtiva contra atos de turbação ou de esbulho e chocando com o princípio da preservação da empresa.¹¹⁷

O Projeto de Código Civil, no tratamento sistemático que dispensa ao estabelecimento, contém norma expressa sobre a sua transmissão unitária. Dispõe o art. 1.142: “*Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócio jurídico, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com sua natureza*”.

¹¹⁷ Sobre essa questão, vale transcrever o comentário absolutamente pertinente, quando relativo ao estabelecimento, elaborado por FERNANDO CAMPOS SCAFF: “*Neste aspecto, em particular, permitimo-nos discordar da interpretação exposta pelo jurista e Ministro José Carlos Moreira Alves (Posse – Estudo Dogmático, v. II, t. 1, p. 180), ao sustentar que, em nosso ordenamento jurídico, quando ‘não admitimos a posse de coisas incorpóreas e nem de direitos subjetivos, não podemos admitir a posse de universitas iuris como um todo único, uma vez que são um complexo de relações jurídicas. (...) O mesmo sucede com a universitas facti (complexo de coisas corpóreas), porquanto, consideradas como um todo, são coisas ideais, e, assim, insusceptíveis de ser objeto de posse. As coisas singulares que as compõem é que podem ser possuídas de per si’. Ainda que tal assertiva nos pareça inconteste, no que tange às universalidades de direito, quanto às outras, compreendidas como complexo de coisas corpóreas, quer nos parecer que a proteção possessória só será eficaz se, de forma completa e integral, referir-se à integralidade dos bens que compõem, por exemplo, um estabelecimento agrário. A necessidade de se buscar a proteção a cada um dos bens componentes da coisa coletiva parece, de certa forma, desprezar a própria definição legal destas universalidades, na medida em que importaria num de seus aspectos de maior importância prática, qual seja, a proteção contra o esbulho ou a turbação, que a efetiva vinculação dos bens componentes, que permite que sejam os mesmos compreendidos como um todo único, fosse desconsiderada, advindo daí, como consequência, a inocuidade da classificação estabelecida em lei*” — **Aspectos fundamentais da empresa agrária**, 1997, SP, Malheiros, pp. 112/113.

FERRARA JR., que considera a *azienda* um bem imaterial, indagando ser comum integrar o estabelecimento alguns bens materiais de valores elevados, conclui “*che possa aversi rispetto all’azienda un possesso vero e proprio, com le relative difese, e così pure che sia ad esso applicabile l’instituto dell’usucapione, perché si verificano rispetto all’azienda quelle condizioni che ne costituiscono il presupposto, e che non possono invece sussistere per gli altri beni immateriali*” — **La teoria**, p. 129. No mesmo sentido, OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, p. 203; PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, vol. X, § 1.068, nº 2, onde trata da posse de coisas incorpóreas. Para ele, a posse conjunta exercida sobre uma universalidade de fato suplanta a posse do elemento individualmente considerado, só possível após a separação, p. 82. No vol. XIV do mesmo **Tratado**, § 1.575, nº 1, o autor cuida da reivindicação da coisa coletiva, pp. 36/37; BARBOSA DE MAGALHÃES, **Do estabelecimento comercial**, nº 58, p. 158; ANGELO DE MARTINI, **Corso**, p. 233; MARIO GHIRON, **Azienda**, 1ª col., p. 88 e GUIDO UBERTO TEDESCHI, **Trattato di diritto privato**, p. 22. Adepto da teoria atomista, discorda dessa visão TULLIO ASCARELLI, **Corso**, p. 321 e **Panorama**, p. 203.

Comentando a inovação trazida pelo Projeto, o Professor WALDÍRIO BULGARELLI afirmou que o estabelecimento “(...) encarado portanto pelo seu aspecto unitário de complexo de bens que transcende os bens que o constituem isoladamente, assim considerado pelo aspecto teleológico, por ser dotado de instrumentalidade, ajustando-se ao conceito de universalidade de fato, tal como conceituada no parágrafo único do art. 88 do Projeto”.¹¹⁸ Linhas adiante, continua o autor: “Vendo-o de forma unitária previu o art. 1.177 que o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e negócios jurídicos translativos ou constitutivos, compatíveis com sua natureza. Integra assim a empresarialidade, como expressão correspondente à organização da atividade econômica que se encontra no conceito de empresário, afirmando-se autonomamente, através de conceito próprio e de regulamentação específica”.¹¹⁹

Não obstante o tratamento global, não ocorre confusão entre esses elementos do estabelecimento, cada um mantém intactas as suas características próprias, a sua individualidade e o seu específico regime jurídico.¹²⁰ Portanto, em geral, eles podem ser negociados isoladamente, sem que o todo seja alterado pela exclusão de alguns deles.¹²¹

2.2- MUTABILIDADE DOS ELEMENTOS E SUA IDENTIFICAÇÃO

Por ser universalidade de fato, encontram-se no estabelecimento várias espécies de elementos, que podem mudar sem que o complexo perca sua

¹¹⁸ **Tratado**, p. 240. Na mais atualizada redação do Projeto, consoante o texto consolidado após revisão do Senado — o artigo que cuida da universalidade de fato é o 89, cuja redação é a seguinte: “Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária” — **Projeto de Código Civil no Senado Federal**, Brasília, Senado Federal, 1998, 2º vol., p. 623.

¹¹⁹ *Idem ibidem*.

¹²⁰ Cfr., entre outros, RUBENS REQUIÃO, **Curso**, vol. 1, p. 206; CARVALHO DE MENDONÇA, **Tratado**, vol. 5, 1ª parte, p. 19 e TULLIO ASCARELLI, **Curso**, p. 319.

¹²¹ Há exceções. Se se tratar de bem absolutamente essencial ao exercício empresarial, ou seja, à atividade fim da empresa, a exclusão do elemento pode acarretar o desaparecimento do estabelecimento. Há, ainda, elementos especiais, como por exemplo a firma, cuja alienação é vedada.

característica ou sua funcionalidade. Uns compõem o capital fixo, permanecendo mais tempo na formação do estabelecimento, tais como máquinas, instalações, imóveis, etc. Outros formam o capital de giro. São as matérias-primas destinadas à transformação, cuja permanência no estabelecimento varia dependendo do volume de negócios realizados pelo empresário.¹²²

Mesmo a permanência dos bens do capital fixo costuma variar de acordo com a necessidades tecnológicas ou mercadológicas, já que mudanças nesses setores são determinantes na decisão de substituição ou de manutenção dos elementos no complexo aziendal.

Para adaptar-se a essa realidade, pressupõem-se que a composição do estabelecimento seja variável, i.e., o estabelecimento subsiste em sua essência, não obstante as modificações de seus elementos.¹²³ Para explicar o fenômeno, CASANOVA fala em *constante renovamento* e ROTONDI, em *perpétuo renovamento*, da organização aziendal, a fim de que esta possa manter sua identidade e continuidade no decurso dos tempos.¹²⁴ Mudar sempre para manter a própria identidade.

Esse fenômeno foi resumido com muito estilo por RODRIGO URÍA: “*De ordinario los establecimiento empiezan su vida con unos determinados elementos y la terminan con otros distintos, porque el ejercicio de la actividad empresarial lo exige así. En el establecimientos se sustituyen o renuevan las cosas y los servicios, sin que por ello se rompa la unidad del mismo, en tanto no se produzca una disgregación o dispersión total que destruya la organización*”.¹²⁵

Essa característica variável dos elementos do estabelecimento reforça a sua natureza jurídica de universalidade pois, via de regra, a substituição de um dos

¹²² Cfr. OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria do estabelecimento comercial*, pp. 136/137; MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, pp. 68/69 e GIUSEPPE AULETTA, *Avviamento*, 2ª col., p. 638.

¹²³ CARVALHO DE MENDONÇA afirma: “*Variável na sua composição, mantém-se, não obstante, sempre o mesmo apesar das mudanças ou transformações porque passem os seus elementos, à medida das conveniências do exercício do comércio*”, *Tratado*, vol. V, 1ª parte, pp. 19/20.

¹²⁴ CASANOVA, *Azienda*, 1ª col., p. 9. ROTONDI, *Diritto industriale*, p. 68.

¹²⁵ *Derecho Mercantil*, pp. 38/39.

componentes singulares não a desqualifica como tal, apenas conduz à sub-rogação do novo elemento nas atribuições do anterior.¹²⁶

Diante dessa dinâmica, cabe indagar até que ponto o estabelecimento subsiste ou permanece inalterado frente às modificações que ocorrem com os seus elementos? Esse questionamento assume especial relevância quando a azienda passa a ser objeto de negócio jurídico, pois nessa situação torna-se importante precisar se o negócio incide verdadeiramente sobre o estabelecimento ou se, ao contrário, incide sobre uma simples massa de bens e de direitos, sem qualquer compromisso com a capacidade de realização da atividade empresarial. Essa questão será abordada quando for estudado o âmbito de entrega em caso de trespasse (cfr. item 4.3.4).

2.3- HETEROGENEIDADE

No complexo aziendal conjugam-se os elementos necessários à realização da atividade empresarial. Geralmente por isso, sua composição é heterogênea. Dependendo do tipo de empresa que se exercerá, os elementos podem variar enormemente.

Por isso, considero incompleta a afirmação de que a composição da azienda depende exclusivamente da vontade do titular.¹²⁷ O critério de escolha dos elementos deve ser instrumental, pois instrumental é a finalidade do próprio estabelecimento. O empresário não pode prescindir de determinados bens e fatores que, segundo a

¹²⁶ Cfr. MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, p. 68 e OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria jurídico do estabelecimento comercial*, p. 137.

¹²⁷ OSCAR BARRETO FILHO, citando VIVANTE, afirma que, por ter natureza de universalidade de fato, a existência e o conteúdo do estabelecimento dependem, principalmente, da vontade do titular — *Teoria*, p. 151. Só podemos concordar com tal assertiva se analisada pelo exclusivo vezo da universalidade que, como tal, é a conjugação dos elementos segundo a vontade do titular. Entretanto, a universalidade aziendal tem como função o exercício da atividade empresarial, o que reduz a liberdade de escolha. Não se nega que o titular tenha razoável margem para decidir como quer montar o seu estabelecimento. Mas não pode ele deixar de atentar para as necessidades típicas do negócio escolhido, nem pode afastar-se do critério de economicidade que deve inspirar a conformação do estabelecimento ou não estará organizando um verdadeiro estabelecimento, mas um mero agregado de bens, incapazes de proporcionar a realização da atividade empresarial.

ciência econômica ou os usos empresariais, sejam reputados fundamentais ao exercício da atividade escolhida. Tampouco deve incluir os supérfluos.

Na formação do estabelecimento, é absolutamente necessário atender aos critérios de economicidade, sob pena de aumentar o risco de insucesso da empresa.¹²⁸

A instrumentalidade é o vínculo mais relevante que une os elementos do estabelecimento, independentemente do título que ostentem em relação ao empresário. Não tem relevância se este é ou não proprietário dos elementos individualmente considerados. Irrelevante o fato de o titular do estabelecimento não ser dono de nenhum dos elementos, como aliás acontece nos freqüentes negócios de arrendamentos.

É, também, bastante comum que o empresário esteja na posse de alguns dos elementos do fundo de empresa em virtude de contrato de *leasing* (arrendamento mercantil), locação, ou mesmo de comodato. Mesmo o imóvel em que está instalado o fundo de comércio (*vide* item 2.4.2), que é considerado por muitos autores um dos elementos mais importantes do estabelecimento, geralmente é locado pela empresa. O estabelecimento existe enquanto for capaz de desempenhar a atividade para a qual foi criado.

Por outro lado, a qualificação do titular do estabelecimento como empresário independe do tipo de relação existente entre ele e os componentes. Há de distinguir-se a *titularidade* do estabelecimento (ligada ao direito de propriedade), da sua *exploração*. Em outras palavras, existe diferença entre *propriedade da azienda* e *exercício da atividade empresarial*. É o empresário quem exerce a atividade à frente da empresa, assumindo as responsabilidades e os riscos da atividade, pessoalmente

¹²⁸ Cfr. BOMFIM VIANNA, *Perfil analítico-comparativo do estabelecimento*, pp. 72/73 e GIUSEPPE AULETTA, *Avviamento*, 1^a e 2^a cols., p. 635.

ou representado, seja ou não o proprietário. O titular da azienda e o seu exercente nem sempre são a mesma pessoa.¹²⁹

Por outro lado, também não será o tipo de relação jurídica existente entre o empresário e os elementos do fundo de comércio que importarão para a caracterização do estabelecimento como tal. Importante é atentar-se para a *destinação* estabelecida pelo empresário.¹³⁰ A heterogeneidade dos elementos componentes do estabelecimento está relacionada à sua natureza, ao seu regime jurídico e a sua origem.¹³¹

2.4- PERFIL ESTRUTURAL

2.4.1- o passivo

Como ainda não dispomos de um tratamento legal sistematizado sobre a formação do complexo aziendal, não existe consenso sobre os elementos que o compõem. Temos que, sendo ele universalidade de fato, estão excluídas as relações passivas que não tenham correspondência no ativo, ou cuja transmissão não esteja explicitamente determinada por lei (trabalhistas e tributárias). Como se sabe, o passivo incide sobre o patrimônio que é uma universalidade de direito, formada por relações jurídicas ativas e passivas.

O patrimônio é intransferível de um sujeito para outro, pois o que se pode transferir são os elementos de um patrimônio para outro. O estabelecimento é, como vimos, um complexo de bens e fatores necessários para o exercício da atividade empresarial e, como tal, integra o patrimônio pelo lado do ativo. Logo, a sua

¹²⁹ ASCARELLI, Corso, pp. 316/317. OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 140. FÁBIO KONDER COMPARATO, *Poder de controle na sociedade anônima*, p. 92. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, pp. 134/135. Quanto à possibilidade de haver representação legal do titular do estabelecimento por um delegado, “gerente-locatário, por um usufrutuário, ou por um comodatário, são estes os comerciantes, e não o titular do estabelecimento”, cfr. BARBOSA DE MAGALHÃES, ob. cit., p. 135.

¹³⁰ FERNANDO CAMPOS SCAFF fala em “*poder de destinação*” para representar essa relação entre os bens de estabelecimento e o titular da empresa, cfr. *A especialidade do estabelecimento agrário*, p. 27.

¹³¹ Cfr. OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 139 e ss.

transferência só abrange o ativo do patrimônio, sendo, portanto, excluído o passivo (que é *relação jurídica* e por isso) incidente não sobre a azienda, mas sobre o patrimônio (universalidade de direito).¹³²

O Projeto de Código Civil — a exemplo do inc. V do art. 2º da Lei de Falências — estabelece, no art. 1.144, a ineficácia da transferência do estabelecimento quando não restarem, ao alienante, bens suficientes no patrimônio para saldar o passivo. Observa-se que tanto o Projeto quanto a Lei de falências põem no mesmo patamar o passivo do alienante e o estabelecimento: ambos são, corretamente, encarados como parte do patrimônio do sujeito, o que reafirma a impossibilidade de um ser considerado elemento do outro.

2.4.2- BENS MATERIAIS, BENS IMATERIAIS E SERVIÇOS

Não é o caso de, neste trabalho, explicitar cada um dos fatores que irão formar, com a sua união, o estabelecimento, o que escaparia aos nossos objetivos de traçar apenas os elementos mais relevantes para a compreensão da restrição ao restabelecimento de quem trespassa o fundo de empresa.¹³³

¹³² OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 154; RUBENS REQUIÃO, *Curso*, vol. 1, p. 218; WALDÍRIO BULGARELLI, *Sociedades comerciais*, p. 59; TULLIO ASCARELLI, *Curso*, p. 330 e E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, p. 429. BARBOSA DE MAGALHÃES discorda, afirmando que o passivo é do estabelecimento. Entretanto, lendo seu texto, fica a impressão de que o autor utiliza a expressão estabelecimento como sinônima de empresa, causando confusão conceitual e dificultando o nosso completo entendimento de sua posição. Essa impressão ocorre quando ele menciona o *passivo* e o *ativo* do estabelecimento, quando se sabe que este, por ser despersonalizado, não pode ser sujeito de direitos patrimoniais e, por isso, não possui *patrimônio* capaz de figurar relações ativas e passivas. Diz o autor: “*Pelo passivo do estabelecimento responde não apenas o activo do mesmo estabelecimento, mas todo o patrimônio do comerciante (...) O activo do estabelecimento, quando este pertence a qualquer sociedade, é que não responde pelas dívidas dos sócios, pois estes só podem obrigar o direito que têm a sociedade, assim como os credores só podem exercer o seu direito de execução sobre esse direito*” — **Do estabelecimento comercial**, p. 74 (grifei).

¹³³ Para uma exposição detalhada de cada um dos elementos imateriais que compõem a fazenda mercantil, v. OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, pp. 156/166, RUBENS REQUIÃO, *Curso*, vol. 1, pp. 214/240; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 42 e ss. Na Argentina, devido à Lei nº 11.867/34, os elementos do estabelecimento são individuados exemplificativamente (cfr. item 4.3.4). Para uma análise, cfr. PASCUAL DE GUGLIELMO, *Tratado de derecho industrial*, p. 37 e ss. e FRANCISCO ORIONE, *Fondo de comercio*, p. 388 e ss.

Vimos falando sobre *bens* e *fatores* que compõem o estabelecimento. É, portanto, necessário precisar melhor o que se entende por *bens*, para a efetiva composição do estabelecimento. Segundo FERRARI, ao estudar o fenômeno da azienda, a doutrina costuma valer-se de um conceito amplo de bem, a fim de melhor acomodar o complexo feixe de elementos que o compõem, visando agregar no complexo também os serviços e as diversas formas de prestações dos colaboradores da empresa.

Pela visão desse autor, devemos considerar a definição de *bens* em sentido lato, como “*tutti gli oggetti (quale ne sai la natura) dei rapporti reali ed obbligatori sorti nel e per l'esercizio dell'azienda*”.¹³⁴

Com uma concepção semelhante, GIAN FRANCO CAMPOBASSO informa que a jurisprudência italiana tende a ser extensiva com relação aos fatores do estabelecimento. Segundo o autor: “*é largamente difundida, sobretudo em jurisprudência, a tendência a ampliar a noção de 'bens do estabelecimento' e a compreender dentre os elementos constitutivos do estabelecimento cada elemento patrimonial à frente do empresário no exercício da própria atividade e, mais em geral, tudo o que pode constituir objeto de tutela jurídica. Afirma-se por isso, que o estabelecimento é organização não somente de bens, mas também de serviços; que do mesmo fazem parte relações de trabalho com o pessoal, como também todas as relações contratuais estipuladas para o exercício da empresa, mesmo que se tenha por objeto bens não atualmente empregados no estabelecimento. E por elementos constitutivos do estabelecimento são considerados também os créditos em relação à clientela, os débitos em relação ao fornecedores e o próprio aviamento, que — a rigor — não é nem um bem nem um direito, mas uma simples qualidade do*

¹³⁴ *Azienda (dir. priv.)*, 2ª col., p. 686. O autor afirma que uma interpretação contrária poderia resultar na conclusão de inexistência de estabelecimento e, portanto, na inviabilidade de se aplicar as regras protetivas em caso de circulação, ob. cit., 1ª col., p. 687.

estabelecimento, mesmo que seja valorável patrimonialmente e juridicamente considerável".¹³⁵ Tal opinião, entretanto, não é unânime.¹³⁶

Tradicionalmente, em Direito, os *bens* devem ser exteriores ao sujeito. Devem ter relevância jurídica e possibilidade de subordinação ao titular. Por fim, para que um objeto possa ser visto como um bem, ele deve ser capaz de satisfazer um interesse econômico (utilidade).¹³⁷ Por essa concepção, não podem ser considerados bens os serviços,¹³⁸ o aviamento, o trabalho, etc. Tecnicamente, devem ser considerados *fatores*,¹³⁹ cuja utilidade para a formação do verdadeiro estabelecimento é inegável e pode ser verificada *in loco*.

Normalmente o estabelecimento é composto por elementos materiais e imateriais. Via de regra — e considerando as diversas espécies de estabelecimento, que diferem conforme a atividade de cada um — encontramos os seguintes elementos materiais na sua composição: (a) as mercadorias, que são os bens adquiridos para revenda; (b) as instalações, que são as acomodações montadas para possibilitar ou facilitar a realização da atividade e (c) as máquinas e utensílios, destinados à produção.¹⁴⁰

Há dissenso quanto à inclusão dos imóveis. RUBENS REQUIÃO considera inviável considerar o imóvel parte da composição azidental pois, para ele, sendo

¹³⁵ **Diritto Commerciale - 1. Diritto dell'impresa**, 1996 Turim, UTET, p. 143, *apud* FERNANDO CAMPOS SCAFF, **A especialidade**, nota 86, p. 58.

¹³⁶ SYLVIO MARCONDES, **Limitação**, p. 200 e ss. Para GIOVANNI E. COLOMBO, os serviços não são bens, nem componentes do estabelecimento — cfr. *L'azienda e il mercato*, in **Trattato di diritto commerciale**, vol. 3, p. 21 e ss. No mesmo sentido, GUIDO UBERTO TEDESCHI, **Trattato di diritto privato**, pp. 8/9.

¹³⁷ SYLVIO MARCONDES, **Limitação**, p. 200 e ss., especialmente nota 346, pp. 204/205. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, **Teoria geral da relação jurídica**, vol. 1, pp. 199/203.

¹³⁸ Sobre os serviços, GUIDO UBERTO TEDESCHI tem uma posição criativa. Para ele, os serviços não podem ser considerados bens, a não ser na medida em que sejam encarados como a aplicação de energia física, ou intelectual, no estabelecimento, o que confere ao empresário o direito de se valer do resultado dessa aplicação (mas não do trabalho em si). Para ele, o que pode ser considerado *bem* não é o serviço em si, mas o direito de exigir, de outrem, um determinado comportamento. **Trattato di diritto privato**, p. 9.

¹³⁹ Segundo o **Dicionário Eletrônico Aurélio**, *fator* é "Aquilo que contribui para um resultado" ou "Cada um dos elementos submetidos à operação de produto".

¹⁴⁰ Para explicação pormenorizada sobre os elementos corpóreos, v. RUBENS REQUIÃO, **Curso**, vol. 1, pp. 213/214.

universalidade de fato o estabelecimento é móvel.¹⁴¹ Já para PONTES DE MIRANDA, não se justifica a exclusão do imóvel apenas porque era costume excluir os negócios incidentes sobre imóveis do âmbito comercial. Segundo o jurista, essa visão está totalmente ultrapassada no dias de hoje,¹⁴² o que justificaria a consideração sobre ser, o imóvel, elemento do complexo aziendal.¹⁴³ OSCAR BARRETO FILHO tem uma visão apenas um pouco diferente e mais bem elaborada. Para ele, o estabelecimento é considerado móvel quando não tenha no seu acervo nenhum bem imóvel, caso contrário ficará sujeito ao regime jurídico dos imóveis por acessão intelectual.¹⁴⁴ WALDÍRIO BULGARELLI exprime o mesmo ponto de vista.¹⁴⁵

Elementos incorpóreos são os que não possuem existência física ou fisicamente identificável.¹⁴⁶ São, pois, fruto da elaboração abstrata, da inteligência e do conhecimento do ser humano. Por serem economicamente relevantes, têm valor e recebem proteção legal. A doutrina inclui entre os elementos imateriais do estabelecimento:¹⁴⁷ (a) os sinais distintivos, tais como o nome comercial, o título e a

¹⁴¹ **Curso**, vol. 1, p. 214. No mesmo sentido, FRANCISCO ORIONE, *Fondo de comercio*, 1ª col., p. 400.

¹⁴² No Tribunal Regional Federal da Terceira Região, já foi decidido que incide a COFINS sobre a venda de bens imóveis, quando esta é resultado da atividade comercial do vendedor, tendo em vista estar ultrapassada a visão de que os imóveis não poderiam ser considerados mercadoria.

¹⁴³ O jurista entende que o imóvel está incluído pois “*Não se supõe alienado o fundo de empresa sem o local em que funciona*” — **Tratado**, XV, p. 371.

¹⁴⁴ **Teoria**, p. 201.

¹⁴⁵ **Sociedades comerciais**, p. 65. Cfr. nesse sentido, GUIDO UBERTO TEDESCHI, **Trattato di diritto privato**, p. 8.

¹⁴⁶ Segundo MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, coisas incorpóreas ou *res incorporales* são as “*res quae tangi non possunt; as que não têm existência física. Não podem portanto ser apreendidas pelos sentidos; são concebidas apenas pelo espírito (res quae sola mente concipiuntur)*” — **Teoria geral da relação jurídica**, vol. 1, p. 227. OSCAR BARRETO FILHO descreve os bens materiais como “*(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)*” — **Teoria**, pp. 154/155.

¹⁴⁷ Em interessante artigo, o Professor JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES inclui o poder de controle entre os bens imateriais do estabelecimento, cfr. *O poder de controle como bem imaterial do estabelecimento comercial*, p. 61. Também RUBENS REQUIÃO entende da mesma forma, *O controle e a proteção dos acionistas*, p. 23 e ss. Não concordamos com esse entendimento. O poder de controle diz respeito ao empresário e não ao instrumento do exercício da atividade empresarial, que é o estabelecimento. Sobre o valor intrínseco do poder de controle, FÁBIO KONDER COMPARATO afirma: “*O controle em si mesmo é um bem econômico, que a realidade negocial, de resto, nunca deixa de salientar*” — **Poder de controle na sociedade anônima**, p. 130 (cfr. ainda sobre o tema, o capítulo V da obra em questão, denominado *A cessão de controle acionário*). ANGELO DE MARTINI, de outro lado, inclui entre os bens imateriais a própria organização do estabelecimento — **Corso**, p. 196.

insígnia, as marcas e a expressão ou sinal de propaganda; (b) as recompensas industriais; (c) os privilégios industriais, como as patentes e os modelos de desenhos industriais; (d) as obras literárias, artística ou científicas e (e) o ponto comercial.

São fatores do estabelecimento: (a) as prestações decorrentes de direitos obrigacionais; (b) inclusive os serviços¹⁴⁸ realizados pelos colaboradores e (c) o trabalho (que não seja o de organização) empregado pelo empresário.

Por fim, existe, também, quem inclua o aviamento e a clientela como elementos do fundo de empresa o que, na nossa maneira de ver, é incorreto. O primeiro é qualidade do estabelecimento e, em certa medida, do próprio empresário. A segunda é situação fática, decorrente da própria organização empresarial adequadamente aviada (cfr. item 3 infra).

2.5- SURGIMENTO DO ESTABELECIMENTO

Assim como a sociedade regular surge com a inscrição de seus atos constitutivos, a empresa também tem o princípio de sua existência marcado por um fato específico: o início da atividade.

A abertura das portas — geralmente (mas não obrigatoriamente) voltadas para o mercado e com fins lucrativos — marca a passagem do estabelecimento do estado estático para o dinâmico. Surge, então, a empresa (atividade econômica),

¹⁴⁸ Alguns autores preferem incluir os serviços como elemento imaterial do estabelecimento o que, entretanto, não é pacífico. OSCAR BARRETO FILHO, p. ex., os inclui, — **Teoria**, pp. 154/155. RUBENS REQUIÃO, ao contrário, entende que os contratos não integram o estabelecimento, pois são elementos da empresa e se referem ao funcionamento dela — **Curso**, vol. 1, p. 215. Para JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, os serviços são classificáveis como “bens não coisificáveis (jurídico - realmente)” pois são “situações” ou “relações de facto de valor patrimonial” — **Da empresarialidade**, pp. 42/43. Para FRANCESCO FERRARA JR., o estabelecimento é formado por bens (materiais e imateriais), relações econômicas e, delas destacados, os serviços — **La teoria giuridica dell'azienda**, pp. 56/57. No mesmo sentido é a classificação de MARIO CASANOVA — **Azienda**, 2ª col., p. 3. GIOVANNI E. COLOMBO, considera que os serviços não são bens nem componentes do estabelecimento, cfr. *L'azienda e il mercato*, p. 21 e ss. Na Argentina, os “contratos de empleo” são expressamente mencionados como parte do traspasse pelo art. 157 do Código de Comércio — PASCUAL DE GUGLIELMO, **Tratado de derecho industrial**, p. 37 e FRANCISCO ORIONE, **Fondo de comercio**, pp. 398/399. Entre nós, a transferência do estabelecimento também inclui as relações empregatícias — CLT, art. 448.

receptiva à afluência de clientes e iniciando a consolidação do aviamento.¹⁴⁹ Só quando em atividade o estabelecimento incorpora integralmente todos serviços e as prestações, por serem estas decorrentes do exercício da atividade.¹⁵⁰

O mesmo vale se o estabelecimento é filial, ou seja, é parte de uma empresa maior. É possível ao estabelecimento destinar toda a produção para empresa coligada ou outro estabelecimento da mesma empresa (o mesmo empresário pode ter vários estabelecimentos).¹⁵¹ O elemento primordial é a organização dos meios para a realização da atividade empresarial. Não importa se a atividade está, ou não, diretamente voltada para o mercado, importante é que o complexo esteja em atividade, cumprindo sua vocação econômica que é a produção.

Não se pode confundir *estabelecimento* com *empresa* (cfr. item 1.1.3). Essa é que deve ser voltada para o mercado. Àquele basta cumprir a finalidade produtiva para a qual foi concebido. Se o objetivo do complexo é a produção para consumo interno ele não será classificado como empresa, mas como um estabelecimento do empresário.

Conforme o conceito que adotamos (cfr. 1.2.4) — e de acordo, ainda, com a definição do Código Civil italiano, que tanto inspira nosso direito constituído e constituendo — o estabelecimento é o instrumento da atividade e não a própria atividade. Então, embora não funcionando ainda, mas já revelando capacidade de instrumentalizar a atividade empresarial e de garantir uma clientela, a organização é ou não um verdadeiro e próprio estabelecimento comercial? Em outras palavras, até

¹⁴⁹ OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, nº 101, pp. 135/136. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento*, pp. 133/134. WALDÍRIO BULGARELLI, *Tratado*, p. 133. RAFFAELE TOMMASINI afirma que a doutrina induziu a procurar “*l’indice di esistenza dell’azienda non ‘nella statica coesioni di beni predisposti ed organizzati’, ma nella funzionalità effettiva e dinamica del complesso organizzato, inteso como strumento attuale di una impresa in esercizio; non assumerebbe rilevanza giuridica il complesso di beni destinati all’uso aziendale ma ‘l’uso effettivo di essi nell’attuazione dello scopo economico’*” — *Contributo alla teoria dell’azienda come oggetto di diritti*, p. 103.

¹⁵⁰ OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, nota 7, p. 136. BOMFIM VIANNA, *Perfil analítico-comparativo do estabelecimento*, pp. 74/75.

¹⁵¹ Cfr. TULLIO ASCARELLI, *Corso*, p. 313.

que ponto o início das atividades empresariais é requisito para o surgimento do estabelecimento?

Segundo parte da doutrina, a resposta deve ser negativa pois a criação do estabelecimento decorre da atividade, quando são ativados os fatores de produção, surge o aviamento e outros novos valores tutelados pela lei (ponto, clientela, etc.).¹⁵²

Entretanto, para outra parte da doutrina, não menos prestigiosa, um complexo já devidamente organizado (possuindo o que os portugueses chamam de *valor de organização*) ou que esteja, pelo menos, muito próximo desta perfeição, e mesmo que ainda não esteja em funcionamento, já pode contar com um valor originário da coligação ontológica dos elementos (que os portugueses denominam *valor de acreditamento diferencial*), por isso, já é um estabelecimento formado e merecedor de proteção unitária.¹⁵³

Realmente, algumas estruturas mesmo incompletas podem estar aptas ao início da atividade empresarial. Se assim estão, já podem ostentar a qualidade de instrumentos da atividade (futura) e, portanto, de estabelecimento. O critério a ser considerado é o de a unidade patrimonial já ser, efetivamente, suscetível de exploração imediata (excetuada a falta de algumas formalidades administrativas).¹⁵⁴

¹⁵² MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, pp. 67/68. OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, pp. 135/136.

¹⁵³ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, pp. 306, 718/719, onde aponta para a jurisprudência da Corte de Cassação italiana, admitindo a existência do estabelecimento que ainda não entrou em funcionamento, ob. cit., nota 120, p. 306. Ver, também, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, pp. 45/49 e, especialmente, pp. 52/54 e JOSÉ AUGUSTO MENDES DE ALMEIDA, *Negociação do estabelecimento e âmbito de entrega*, pp. 17/19. Para ASCARELLI, depois de completa a organização, mesmo antes do início da atividade, já estaremos diante de um estabelecimento, mas não de um instrumento da atividade empresarial, *Corso*, p. 316. Parece-nos que se estaria confundindo instrumento (considerado em sua função ou utilidade) com efetiva utilização do instrumento (realização do ato).

¹⁵⁴ ORLANDO DE CARVALHO, citando a lei espanhola de arrendamentos urbanos, in *Critério*, pp. 720/721. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, citando outra obra de ORLANDO DE CARVALHO, menciona, como critério, o envolvimento de bens com possibilidade de aprisionarem a imagem do todo (do estabelecimento) e espelharem essa imagem ao público para acreditá-los que na presença daqueles bens está um estabelecimento. Em resumo, quer dizer que o complexo deve exprimir a organização no seu conjunto — *Da empresarialidade*, p. 54. Cfr. GUIDO UBERTO TEDESCHI, *Trattato di diritto privato*, p. 7 e RAFFAELE NOBILI, *Avviamento d'impresa*, 1ª e 2ª col., p. 1.657.

Se a estrutura organizacional estiver adequadamente aparelhada para entrar em atividade imediata, pode até já contar com aviamento próprio.¹⁵⁵ Basta pensar no exemplo das empresas de alta tecnologia que, mesmo antes de iniciar suas atividades, já são avaliadas em milhões (ou mesmo bilhões) de dólares além do investimento inicial, pela alta capacidade de produzir lucros futuros.

Não obstante serem convincentes os argumentos utilizados para justificar esse ponto de vista, vale repetir que o estabelecimento é uma relação teleológica e funcional. Isto é, cuida-se de uma relação instrumental à realização da atividade empresarial e, enquanto esta não se verificar, a estrutura organizacional não terá preenchido sua principal finalidade, não sendo, portanto, verdadeiro estabelecimento.

¹⁵⁵ Contestando esse entendimento, RAFFAELE TOMMASINI argumenta que se a organização dos elementos do estabelecimento lhe confere um valor imediato, mesmo antes do início da atividade, esse é denominado aviamento-organização, em contraposição ao aviamento-clientela (este correspondente ao aviamento propriamente dito), surgido após o início da atividade empresarial. Segundo esse autor, GIUSEPPE GIACOMO AULETTA considerava o aviamento-organização como uma relação de “*complementarietà economica che si stabilisce tra i vari beni*” — **Contributo alla teoria dell’azienda come oggetto di diritti**, 1986, Milano, Giuffrè, pp. 102/103. Cfr., também, PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, vol. 15, p. 359; OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, p. 179 e RUBENS REQUIÃO, **Curso**, p. 244 e ss.

3- O AVIAMENTO E A CLIENTELA

3.1- AVIAMENTO

3.1.1- *noção e importância*

A noção de aviamento é fundamental ao estabelecimento e ao estudo que se pretende desenvolver sobre o restabelecimento do seu alienante.

Aviamento é a potencialidade econômica decorrente da coordenação dos fatores de produção, encetada pelo empresário no estabelecimento. Com aquele não se confunde, pois é seu pressuposto.¹⁵⁶ É, na expressão que fez fortuna na doutrina, a capacidade daquele em produzir lucros.¹⁵⁷

Se o estabelecimento se mostra, como se disse linhas atrás, além de riqueza, um *fator gerador de riqueza*,¹⁵⁸ o aviamento é a medida dessa aptidão. Ou, na significativa expressão de FERRARA JR., é a medida de valor do estabelecimento.¹⁵⁹ Quando se disse que a organização dos elementos do estabelecimento conferia-lhe um valor superior à soma do valor individual dos componentes, está-se referindo ao aviamento.¹⁶⁰ É ele que compõe esse sobre-valor ou, como preferem outros, a mais-valia.

¹⁵⁶ ANGELO DE MARTINI discorda. Para ele, o aviamento é representado pela própria organização. Afirma ser "*pacífico, in dottrina e giurisprudenza, che il c.d. 'avviamento' dell'azienda sia un 'bene immateriale' della medesima e coincida — come io ritengo — con l'organizzazioni dei beni aziendali, o — meglio — con il risultato di tale organizzazione, conseguito dall'attività organizzativa dell'imprenditore*", CORSO, p. 199. Sem identificar os dois conceitos RAFFAELE TOMMASINI (*Contributo*, pp. 102/103), com base em AULETTA, afirma ser o aviamento-organização decorrente da complementaridade existente entre os bens do estabelecimento. Cfr., a respeito, a nota anterior.

¹⁵⁷ Interessante a posição de FERNANDO CAMPOS SCAFF que — entendendo existir empresa mesmo na ausência de intenção lucrativa — renega essa famosa concepção do aviamento, definindo-o de forma bastante assemelhada, como "*aptidão para obter resultados economicamente apreciáveis*" — *A especialidade do estabelecimento agrário*, p. 107. Segundo AULETTA, o escopo do empresário não é apenas exercitar a empresa, mas exercitá-la realizando um ganho, *Avviamento*, 2ª col., p. 631 e ss. Sobre a questão, cfr. nota 50.

¹⁵⁸ Ver item 2.1 retro.

¹⁵⁹ *La teoria*, nº 25, p. 62.

¹⁶⁰ "*L'efficienza del colegamento attuato per questa destinazione produce il risultato dell'avviamento (...)*", ADRIANO DE CUPIS, *Istituzioni di diritto privato*, p. 495. No direito norte-americano, o "*good-will*" foi definido pelo Justice STORY como "*the advantage or benefit which is acquired by na establishment beyond the mere value of the capital, stock, funds, or property employed therein, in consequence of the general public patronage and encouragement which it receives from constant or habitual customers, on account of its local position or common celebrity, or reputation for skill*

Portanto, o aviamento não é um *bem*. É uma *situação de fato* representativa de um interesse econômico. Não é uma *coisa*, é um *valor* decorrente de variados fatores — materiais, imateriais e pessoais — que se encontram enfeixados no estabelecimento. Por isso, não pode ser alienado nem protegido autonomamente.¹⁶¹ Não obstante, o aviamento é a própria razão de ser da proteção conferida ao estabelecimento. O Direito considera relevante a conjugação de bens porque deles se retira algo de novo, economicamente relevante, não só para o titular, mas também para toda a coletividade.

3.1.2- natureza jurídica

Não existe unanimidade doutrinária sobre a natureza jurídica do aviamento. Há os que o vêem como elemento incorpóreo do estabelecimento, dele destacável como qualquer outro dos seus elementos. Por essa teoria ele seria objeto de direito.¹⁶² Tal percepção não é correta, pois o aviamento não é coisa, é valor (do próprio estabelecimento) e só existe enquanto este — ou a *idéia* deste (fator de acreditamento dos portugueses) — existir. Na eloqüente expressão de OSCAR BARRETO FILHO,

or affluence, or punctually, or from other accidental circumstances or necessities, or even from ancient partialities or prejudices", JAMES L. HOPKINS, *The law of unfair trade*, p. 132.

¹⁶¹ MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, p. 74. A antiga doutrina entendia que o aviamento era um bem, objeto de direito independente do estabelecimento, transferível como um crédito qualquer, uma ação. Cfr. UMBERTO PIPIA, *Azienda commerciale*, 1ª col., p. 1.023 e ss. Também, no direito norte-americano, cfr. JAMES L. HOPKINS, *The law of unfair trade*, p. 138.

¹⁶² V., p. ex., BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, p. 65. Com uma concepção semelhante, mas ao mesmo tempo original, PEDRO MALTA DA SILVEIRA nega relevância à concepção sobre ter, o aviamento, capacidade de produzir lucro. Indo mais longe, investe contra essa formulação, ao argumento de ser a noção de capacidade lucrativa mera abstração projetada sobre o futuro e, por impalpável, inapta para representar o sobre-valor, tornando sem importância a conceituação do aviamento como qualidade do estabelecimento. Defende a visão do aviamento como realidade patrimonial e sindicável. Baseando-se em COSIMO SASSO, aponta alguns "*fatores de aviamento*" (relações de diversas espécies, posição que a empresa ocupa em face dos consumidores, fornecedores e financiadores, experiência mercadológica, etc.) para concluir que, sendo possível identificar as realidades atuais que subjazem à mais valia (que são, exatamente, os retro mencionados "*fatores do aviamento*"), seria despidendo recorrer a conceitos abstratos e futuros. Daí passa a defender — não sem antes reconhecer que aqueles fatores do aviamento "*são de uma extrema rebeldia na conversão jurídica*" — ser tarefa do Direito identificar e atribuir juridicidade àqueles conceitos, por mais peculiar que possam parecer, **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos**, pp. 49/56. Entretanto, a capacidade de produzir, diz RAFAELLE NOBILI, deve ser considerado em sentido objetivo e não apenas como mera expectativa do empresário, *Avviamento d'impresa*, 1ª col., p. 1656.

inspirada no magistério de MARIO ROTONDI: “O aviamento 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 incindíveis dos entes a que se referem”.¹⁶³

Outros, impressionados com a sua relevância, o confundem com o próprio estabelecimento, o que também não é adequado. Como se sabe, o estabelecimento é o perfil funcional da empresa, sua base instrumental, enquanto o aviamento é a capacidade de esse instrumento gerar riqueza. Como se vê, cuidam-se de duas concepções bem distintas.

Não sendo um elemento autônomo nem se confundindo com o próprio estabelecimento, há quem o veja como qualidade do estabelecimento, concepção que OSCAR BARRETO FILHO entendeu incompleta porque desconsideraria a contribuição do empresário, na geração do lucro.¹⁶⁴

3.1.3- segue: aviamento objetivo e subjetivo

Segundo sua fórmula (inspirada em ROTONDI), distinguem-se duas fontes¹⁶⁵ do aviamento.¹⁶⁶ A primeira fonte é denominada *objetiva* (ou real), e decorre das

¹⁶³ Teoria, p. 171. Cfr. MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, pp. 77/79.

¹⁶⁴ Teoria, p. 173. Baseou-se, o saudoso Professor, em magistério de MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, p. 80.

¹⁶⁵ Concepção cara ao anglo-saxões, que fala em *personal good-will* e *local good-will*, JAMES L. HOPKINS, p. 140. OSCAR BARRETO FILHO fala em duas formas distintas de aviamento, separando o aviamento objetivo do subjetivo (Teoria, nº 132, p. 174), da mesma forma que ROTONDI. Entretanto, parece mais acertada a visão de que essa duas acepções referem-se às fontes do aviamento e não a dois tipos de aviamento, conforme observação de ASCARELLI: “*Ammetto anch’io la distinzione tra un avviamento soggettivo ed un avviamento oggettivo, distinzione che però non si riferisce, come mostra di credere il Rotondi, alle forme, ma semplicemente alle fonti dell’avviamento*”, *Divieto di concorrenza e vendita dell’azienda*, p. 586. BARBOSA DE MAGALHÃES inclui no aviamento subjetivo a participação dos colaboradores, que considera muito importante para a sua formação (Do estabelecimento comercial, p. 67). Essa afirmação é correta. Entretanto, os serviços e as prestações dos colaboradores já se encontram subentendida na própria organização dos meios que formam o estabelecimento.

¹⁶⁶ RUBENS REQUIÃO nega utilidade prática a essa distinção — *Curso*, p. 245. BARBOSA DE MAGALHÃES, falando na freguesia, nos serviços e nas prestações dos colaboradores, vê utilidade nessa distinção apenas para o efeito de influir no valor do aviamento e, via de consequência, no valor do fundo — *Do estabelecimento comercial*, p. 73. MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA, sem mencionar essa distinção, vê, não obstante, “o desempenho do empresário como fator atuante no termômetro da clientela” considerando, ainda, ser “certo que o elemento subjetivo, como qualidade

características oriundas da conjugação dos elementos que compõem o estabelecimento, dentre os quais se incluem os serviços prestados pelos colaboradores. Essa fonte, por estar ligada à estrutura própria do estabelecimento é uma qualidade dele, suscetível de permanência em caso de trespasse.

A segunda fonte é a *subjéctiva* (ou pessoal), e deriva diretamente do titular do estabelecimento, de seu prestígio e de suas características personalíssimas, ligadas direta ou indiretamente ao exercício da atividade empresarial.

Exatamente em virtude dessa característica personalíssima, essa segunda fonte não permanece na azienda em caso de alienação, nem é considerada imprescindível para a formação do aviamento.

Por essa teoria, concorrem para a formação do aviamento os fatores pessoais relacionados com a pessoa do empresário, normalmente um ator destacado desde o primeiro momento da formação do complexo aziendal, o responsável pela organização e pelo exercício adequado da atividade empresarial.¹⁶⁷

Entretanto, mesmo derivando de duas diferentes *fontes*, quer nos parecer que o aviamento seja *único*, sempre ligado ao próprio estabelecimento. Os predicados empresariais demonstrados pelo titular na administração do negócio, em última análise, revertem-se sempre em benefício do complexo. Nele amalgamam-se para

do dirigente, pode constituir causa para provocar influência sobre o valor do fundo, de que depende, em boa parte, a consolidação da clientela” — **O valor da clientela**, p. 40. GUIDO UBERTO TEDESCHI também nega a dualidade de fontes de aviamento. Para ele, somente o “objetivo” pode ser aceito, sendo o “subjéctivo” apenas uma elemento daquele — **Trattato di diritto privato**, p. 20. De certa forma, e com algumas diferenças, essa posição coincide com a posição que esboçaremos adiante.

¹⁶⁷ ALFREDO LAMY FILHO — citando doutrina de CHAMPAUD e falando sobre o que chamou de “capacidade empresarial, que a experiência mostra que raramente se transmite” — descreve os predicados do bom empresário que, em resumo, poderiam significar (pelo menos uma parte) os elementos formadores do aviamento subjéctivo: “A aptidão para enfrentar os riscos empresariais, isto é, tomar as decisões estratégicas, é ligada aos talentos inatos ou adquiridos do dirigente. Ela exige, certamente, uma capacidade de análise e de experiência que são frutos da formação, do aprendizado e do aperfeiçoamento do homem. Entretanto, o sucesso é ainda mais ligado às faculdades de síntese e de intuição que marcam o espírito de decisão. Enfim, há o que se não aprende, o que se não explica, mas que se comprova: a aptidão visionária, esse senso genial do futuro que distingue os grandes líderes (decideurs) e que fazem com que se enganem menos, em geral, que os outros” — *Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização*, p. 94.

formar o aviamento, sempre conectado com o estabelecimento e com o titular ou qualquer dos colaboradores. Mesmo na eventual hipótese de a atuação do dirigente ser a principal causa do surgimento do aviamento, este será aproveitado pelo estabelecimento, unicamente em benefício próprio.

Não obstante, admitindo-se que as qualidades do empresário não podem ser destacadas da sua pessoa¹⁶⁸ — e considerando ser o aviamento uma qualidade ou um atributo do estabelecimento e não da figura humana — parece inadequado falar-se em duas *formas* distintas de aviamento. O que pode haver são duas *origens* para um único aviamento que, uma vez formado, liga-se ao estabelecimento como uma qualidade deste, independentemente da sua fonte de origem.¹⁶⁹ Substituído o titular, apenas desaparece aquela *fonte subjetiva* relacionada com o aquele sujeito, permanecendo no estabelecimento a boa impressão causada na clientela pelo antigo titular, que pode continuar, até pela força do hábito, freqüentando o estabelecimento.

A concepção de TULLIO ASCARELLI é semelhante. Para ele o aviamento propriamente dito é o que decorre da fonte *objetiva*, ou seja, aquele atinente aos elementos do próprio estabelecimento. A distinção entre aviamento objetivo e subjetivo não concerne a diversos aviamentos, mas a diversos fatores de aviamento.¹⁷⁰

Assim, voltando à crítica de OSCAR BARRETO FILHO, não basta indicar ser o aviamento uma qualidade do estabelecimento pois essa afirmação lançada sem uma

¹⁶⁸ Mesmo se o alienante do estabelecimento se abster de estabelecer concorrência ao adquirente, não haverá transferência dessas qualidades pessoais, que são fonte de aviamento. Ocorrerá, apenas, e como se verá adiante, a impossibilidade de elas serem utilizadas para desvio da clientela do adquirente, o que lhe reduziria o aviamento e, conseqüentemente, o valor de mercado do próprio estabelecimento.

¹⁶⁹ Para MARIO ROTONDI, “*Si è osservato a proposito di questa distinzione che è vero che a costituire l’aviamento contribuiscono spesso qualità strettamente personali del titolare queste energie verrebbero ad oggettivizzarsi nell’azienda stessa (CASANOVA), ma è chiaro che quando, — com’è possibile e nei limiti in cui ciò sai possibile — questo fenomeno si avveri, dovrà ormai parlarsi di aviamento oggettivo e non più soggettivo, sopravvivendo alla scomparsa del titolare*”, **Diritto industriale**, p. 80.

¹⁷⁰ Corso, p. 341. Em **Panorama do direito comercial**, p. 204, TULLIO ASCARELLI novamente demonstra esse entendimento, ao afirmar que, no seu entender, seria mais exato dizer-se “*várias causas do aviamento*”, em vez de várias formas dele. V. também, RAFFAELE NOBILI, *Aviamento d’impresa*, 2ª col., p. 1.656. V., também, GUIDO UBERTO TEDESCHI, **Trattato**, p. 20.

mais aprofundada indagação pode esconder aquela dualidade de fontes, objetiva e subjetiva, que influem decisivamente para a sua formação e manutenção, falseando a conclusão. Não obstante, uma vez criado o aviamento, esse realmente passa a ser uma *qualidade* (ou atributo) do estabelecimento e não do seu titular.¹⁷¹

Logo, não se pode falar de estabelecimento sem aviamento, só se pode pensar em estabelecimento *mais* ou *menos* aviado. Em conseqüência, em todo estabelecimento será necessário tutelar esse novo valor que surge quando surge a própria organização aziendal. Daí porque a importância da distinção está relacionada não só no que respeita à disciplina da concorrência desleal e às limitações convencionais à concorrência, mas também, e especialmente, quando a azienda torna-se objeto de negócios jurídicos.¹⁷²

3.2- CLIENTELA E FREGUESIA

3.2.1- *noção jurídica e correlação entre aviamento e clientela*

A clientela¹⁷³ é formada pela afluência habitual de pessoas que ao estabelecimento¹⁷⁴ acorrem para a aquisição de bens ou serviços, donde se apura saldo positivo ou se realiza a vocação econômica do complexo aziendal,

¹⁷¹ Para ASCARELLI, “o aviamento, como lembramos há pouco e como evidenciaram CARNELUTTI e ROTONDI, não é uma coisa, mas uma qualidade, como a fertilidade do terreno; é o maior valor peculiar a um conjunto de elementos organizados para a consecução de um fim e que já por isso, adquirem um valor maior da soma de valores dos bens que o compõem quando isoladamente considerados tais bens; é causa e, por seu turno, efeito da clientela” — **Panorama**, p. 208. No mesmo sentido, **Corso**, p. 338; MARIO ROTONDI, **Diritto industriale**, pp. 76/82; FRANCESCO GALGANO, **Diritto privato**, pp. 470/471; GIORGIO FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, 2ª col., p. 695; MARIO CASANOVA, *Azienda*, 2ª col. p. 4; GIUSEPPE AULETTA, *Avviamento*, 1ª col., p. 634; RAFFAELE NOBILI, *Avviamento d'impresa*, 1ª col., p. 1.656 e GUIDO UBERTO TEDESCHI, **Trattato di diritto privato**, pp. 18/19. Também LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, in **Derecho mercantil - La empresa**, pp. 47, 51/52 e 54/55, comentando o Código Comercial hondurenho.

¹⁷² OSCAR BARRETO FILHO, **Tratado**, p. 176. MARIO ROTONDI, **Diritto industriale**, pp. 81/82.

¹⁷³ Segundo RUBENS REQUIÃO, “A expressão clientela foi tomada aos romanos, que assim denominavam os indivíduos que, não pertencendo à família, a ela se agregavam sob a proteção do pater familias”, **Curso**, vol. 1, p. 243.

¹⁷⁴ GERALDO MAGELA LEITE observa, com acerto, que as relações jurídicas da freguesia não são firmadas com o estabelecimento, como se costuma distraidamente afirmar, pois, não tendo este personalidade jurídica, não pode ser sujeito de direitos. As relações, como é óbvio, são firmadas com o empresário, via o instrumento do exercício da empresa que o estabelecimento é. Cfr. **A freguesia**, p. 24.

possibilitando-lhe manter-se em atividade, crescer e desenvolver-se.¹⁷⁵ Consoante observou PONTES DE MIRANDA, um estabelecimento pode ter uma clientela mais segura (por contratos de fornecimento), mas em regra ela é uma *probabilidade*.¹⁷⁶ A clientela é intimamente ligada ao aviamento. Cuida-se de uma realidade a ele subjacente.¹⁷⁷ Os dois atributos não existem autonomamente fora do estabelecimento.

Segundo MARIO ROTONDI, a clientela é a *manifestação externa* do aviamento,¹⁷⁸ é o seu resultado. Para FERRARA JR., é *conseqüência natural* da organização.¹⁷⁹ É a *concausa essencial ao aviamento*, na definição de GERALDO MAGELA LEITE.¹⁸⁰

O estabelecimento não se apropria da clientela, que não é um bem,¹⁸¹ não é um objeto de direitos reais. É apenas uma *relação* de fato, surgida a partir da interação dos fatores do aviamento em atividade.¹⁸² E, nessa condição, pode ser verificada e economicamente valorada.¹⁸³

¹⁷⁵ Ver definição de TULLIO ASCARELLI, in *Corso*, p. 342.

¹⁷⁶ *Tratado*, vol. XV, p. 362.

¹⁷⁷ PEDRO MALTA DA SILVEIRA, *A empresa*, p. 59.

¹⁷⁸ *Apud*, OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 178.

¹⁷⁹ *La teoria*, p. 62. No mesmo sentido, MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA, *O valor da clientela no fundo de comércio*, p. 17.

¹⁸⁰ *A freguesia*, pp. 29/30.

¹⁸¹ Há os que, ao contrário, consideram a clientela como bem imaterial, apesar de essa posição estar sendo considerada antiquada. Entre nós, essa doutrina foi defendida por RUI BARBOSA no célebre memorial apresentado perante o Supremo Tribunal Federal, no caso da Cia. Nacional de Tecidos de Juta contra Cia. Paulista de Aniaga e Conde Álvares Penteado, cfr. *As cessões de clientela*, **Obras completas**, vol. XL, tomo I, 1948, Rio de Janeiro, Min. da Educação e Saúde. Na Itália, CÉSARE VIVANTE era defensor dessa teoria e, mais recentemente, AULETTA considerou a clientela um bem azindal autônomo, *apud* RAFFAELE NOBILI, *Avviamento d'impresa*, p. 1.654. Na Argentina, PASCUAL DE GUGLIELMO defende que "*Para nosotros la clientela que, en forma habitual, afluye a un establecimiento industrial o comercial en demanda de prestaciones, es objeto de derecho que reviste las características esenciales de los derechos reales*", certamente influenciado pela Lei argentina nº 11.867/34, que fala em transferência da clientela quando da alienação do estabelecimento — *Tratado de derecho industrial*, pp. 53/54. O mesmo se diga do "*Código de Comercio*" de Honduras, que fala expressamente, no inc. II do art. 648, que a transmissão da empresa implica na transmissão da clientela, cfr. LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *La empresa*, p. 157.

¹⁸² "*Fattori dell'avviamento sono gli elementi che lo producono, cioè le situazioni che mettono l'azienda in grado di conseguire utilità*", RAFFAELE NOBILI, *Avviamento d'impresa*, 1ª col., p. 1.657.

¹⁸³ Cfr. TULLIO ASCARELLI, *Corso*, p. 343 e RAFFAELE NOBILI, *Avviamento d'impresa*, 2ª col., p. 1.654.

Aviamento e clientela, ao contrário do que pode parecer, não estão ligados por relação de causa e efeito. Antes, entre ambos existe uma interação mútua, na medida em que o aviamento contribui para a formação da clientela e esta, por seu turno, influi na conservação e acréscimo do aviamento.¹⁸⁴

3.2.2- *distinção entre clientela e freguesia*

As pessoas que adquirem bens ou serviços do estabelecimento podem ser atraídas pelos mais variados fatores, tais como a qualidade do produto ou serviço, a reputação da marca, as características pessoais do empresário ou dos colaboradores, a localização privilegiada do estabelecimento, a infra-estrutura e a comodidades oferecidas, etc.

Por essa razão, alguns doutrinadores defendem a conveniência de estabelecer-se conceitos jurídicos mais precisos para distinguir quando a afluência de consumidores é decorrente de um ou de outro dos fatores do aviamento.

A ciência — na busca de sistematização do conhecimento vulgar e de otimizar os benefícios que dele se pode obter — precisa definir conceitos precisos, por meio de expressões técnicas, estabelecendo uma linguagem própria, evitando a equivocidade que dificulta a compreensão.

Assim fez a doutrina francesa, quanto a essa questão, quando distinguiu o *pas de porte* da *clientèle* e da *achalandage*.¹⁸⁵

A primeira, para significar as pessoas que freqüentam o estabelecimento pela sua localização. A segunda, exprimindo as pessoas que adquirem os produtos e serviços de um estabelecimento em virtude do fator subjetivo do aviamento, ou seja, dos predicados pessoais do seu titular. E a terceira expressão é utilizada quando os

¹⁸⁴ OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 179.

¹⁸⁵ Especificamente sobre o sentido dessa última expressão, WALDEMAR FERREIRA afirma que ela seria “*a mesmíssima coisa que o aviamento dos italianos, se alguns tratadistas não houvessem diferenciado clientèle de achalandage*” — *Tratado*, p. 213. No mesmo sentido MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, p. 76.

motivos que atraem os consumidores são ligados aos elementos objetivos do estabelecimento, como a localização, o conforto, etc.¹⁸⁶

Abandonando a idéia de CARVALHO DE MENDONÇA, para quem clientela e freguesia significariam, respectivamente, os consumidores das profissões liberais e das atividades comerciais, OSCAR BARRETO FILHO,¹⁸⁷ inspirado pela doutrina francesa, sugere a utilização da expressão *freguesia* para designar o conjunto de consumidores que ocorrem ao estabelecimento em virtude da sua localização ou de outros fatores objetivamente ligados ao próprio estabelecimento. O termo clientela, a exemplo do direito francês, fica reservado para os consumidores relacionados às qualidades subjetivas do titular do estabelecimento.¹⁸⁸

¹⁸⁶ WALDEMAR FERREIRA, *Tratado*, p. 214. OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 180. PEDRO MALTA DA SILVEIRA, *A empresa*, p. 57. Para RUBENS REQUIÃO, a clientela possui uma característica de maior fixidez junto ao estabelecimento, enquanto a *achalandage* ocorre à *azienda* mais em razão de sua localização. Cita o exemplo dos clientes de bares localizados em estações ferroviárias — *Curso*, p. 243. MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA explica que *chaland* é o passante que, sem predeterminação, entra numa loja e adquire algo atraído por algum dos elementos objetivos da casa ou, ainda, aquele viajante que toma refeição ou se hospeda em pousada próxima à estação. Ressalta como fator de distinção entre os conceitos a ocasionalidade ou a habitualidade — *O valor da clientela*, pp. 30/31. Para UMBERTO PIPIA, a *achalandage* diz respeito ao estabelecimento comercial, enquanto *clientèle*, aos prestadores de serviço, ob. cit., 1ª col., p. 1.023.

¹⁸⁷ *Tratado*, nota nº 3, p. 22. WALDÍRIO BULGARELLI, *Sociedades Comerciais*, p. 62. BARBOSA DE MAGALHÃES, *O estabelecimento comercial*, pp. 69/70, nota nº 63. Sobre essa formulação, afirmou WALDEMAR FERREIRA, que só “recentemente foi que a clientela entrou a significar a freguesia dos comerciantes” — *Tratado*, p. 232. PEDRO MALTA DA SILVEIRA cita, ilustrativamente, doutrina de DEKEUWER-DÉFOSSEZ entendendo que *clientèle* designaria os vários negócios já realizados enquanto *achalandage* representaria o que se espera realizar, considerando os elementos relativos à situação geográfica do estabelecimento, ob. cit., p. 58.

¹⁸⁸ Sobre os termos freguesia e clientela, BARBOSA DE MAGALHÃES concorda com CARVALHO DE MENDONÇA. Logo, prefere utilizar a palavra freguesia, atinente à atividade comercial. Não obstante, não deixa de identificar a *freguesia em sentido amplo*, que seria formada por todas as pessoas que se servem do estabelecimento; e a *freguesia em sentido estrito*, composta por aqueles que habitualmente dele se servem. Dessa forma, o autor acaba confirmando a validade da proposta de OSCAR BARRETO FILHO, cfr. *Do estabelecimento comercial*, p. 70 e ss. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, afirma não ver nenhuma consequência prática na distinção, preferindo a utilização das duas como sinônimas. Não obstante, ressaltou expressamente considerar relevante levar em consideração as diversas espécies de clientela e freguesia (fixa, de passagem, selecionada ou não, ligada à organização ou ligada às qualidades do empresário, etc.), pois tais distinções contribuem para enquadrar tipologicamente as empresas e para identificar a subsistência do estabelecimento — *Da empresarialidade*, pp. 50/51, o que, em última análise, também significa aceitar a proposição do Professor OSCAR BARRETO FILHO. Para MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA, essa distinção tem interesse puramente teórico pois, na prática, as expressões se confundem — *Valor da clientela*, pp. 29/31.

Realmente, aqueles vocábulos bem se adaptariam a tal expediente pois, segundo explica WALDEMAR FERREIRA,¹⁸⁹ a palavra freguesia deriva do direito canônico, onde designava a paróquia, território sob o qual se estende a área de influência do pároco. Os *filius ecclesiae*, de *fregueses* da paróquia passaram a sê-lo também dos estabelecimento comerciais que em volta dela se foram firmando, vulgarizando o vocábulo.¹⁹⁰ Daí essa expressão possuir acentuada ligação com localidade, mostrando-se vantajosa a sua utilização nessa acepção.

Nada obstante, tem sido utilizada com muita tradição no direito comercial — desde os tempos do célebre caso em que se confrontaram perante o Supremo Tribunal Federal os gênios investigativos de CARVALHO DE MENDONÇA e RUI BARBOSA — a expressão clientela (*lato sensu*) como um gênero do qual colocaríamos como espécie a clientela *stricto sensu* e a freguesia, estas duas, aqui, com o sentido proposto acima. Essa opção contraria a preferência externada por BARBOSA DE MAGALHÃES, no sentido de que a expressão *freguesia* é que seria o gênero (*vide* nota 188).

3.2.3- o impróprio “direito à clientela”¹⁹¹

Não existe nenhum *direito à clientela*, nem tampouco direito de proteção da clientela, no sentido de uma garantia de exclusividade sobre determinados clientes ou fregueses. Aquela expressão é apenas uma *metáfora*,¹⁹² utilizada para significar o direito de *proteção dos fatores da clientela*, i.e., aqueles fatores que, quando

¹⁸⁹ *Tratado*, VII, nº 1.554, pp. 231/232. Ver, também, RUBENS REQUIÃO, *Curso*, vol. 1, p. 243 e GERALDO MAGELA LEITE, *A freguesia*, p. 25.

¹⁹⁰ WALDEMAR FERREIRA, *ob. cit.*, p. 231. ALFREDO BUZUID, *Da ação renovatória*, p. 250, nota nº 22. Em voto proferido pelo Des. FRANCISCO DE ASSIS PEREIRA DE VASCONCELOS, nos Embargos Infringentes nº 160.589-1, no TJSP, a expressão freguesia foi etimologicamente ligada à expressão latina *frequentia*, cujo significado é “grande número, abundância”.

¹⁹¹ Para simplificar o entendimento, e de acordo com nossas ponderações formuladas no encerramento do item anterior, no decorrer do presente estudo usaremos a expressão clientela como gênero, do qual seriam espécie tanto os *clientes* quanto os *fregueses*, evitando complicar demasiadamente a exposição das idéias.

¹⁹² Para FRANCESCO CARNELLUTTI, uma “pericolosa metáfora”, *Proprietà della clientela*, p. 331. OSCAR BARRETO FILHO, *Tratado*, p. 182.

coordenados no estabelecimento, têm a capacidade de atrair clientes tais como o local e a organização do estabelecimento, o serviço prestado pelos colaboradores, o direito de uso exclusivo da marca, dos signos distintivos e dos demais elementos identificadores do estabelecimento; o direito de exploração exclusiva das criações intelectuais; regras sobre o desvio de clientela e de concorrência desleal ou ilícita, etc.¹⁹³

Não há fórmula jurídica para tutelar diretamente a clientela. Existem, sim, padrões de comportamento impostos aos concorrentes, cujo escopo é garantir a lealdade e a licitude dos meios utilizados por eles mesmos na luta pela preferência dos clientes. Dessa forma, é possível proteger, indiretamente, a clientela conquistada. Logo, o direito de proteção à clientela é indireto.

Nenhuma lei — nem a lógica econômica — permitem que os clientes sejam considerados como *coisa*, capaz de apropriação pelo empresário ou pelo estabelecimento. A clientela não é parte do estabelecimento nem há como considerá-la objeto de direito do titular do estabelecimento. Ao revés, o consumidor tem ampla liberdade de escolha para decidir onde e como vai adquirir bens e serviços, conforme dispõe expressamente o Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inc. II, o que garante a criação de um ambiente concorrencial, considerado princípio da ordem econômica pelo art. 170, inc. IV, da Constituição.

Do contrário, estaríamos admitindo que os consumidores de um estabelecimento poderiam ser considerados parte do patrimônio do empresário, como qualquer bem imaterial, como se pudessem ser um simples objeto de direito real.¹⁹⁴ É

¹⁹³ OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 182 e ss. RUBENS REQUIÃO, *Curso*, vol. 1, p. 246. Sobre as regras relativas à concorrência desleal, que têm o mesmo escopo, cfr. p. 249. MARIO FIGUEIREDO BARBOSA, *O valor da clientela*, p. 79 e ss. TULLIO ASCARELLI, *Corso*, pp. 340/341. FRANCESCO CARNELUTTI, *Proprietà della clientela*, p. 333.

¹⁹⁴ Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, ob. cit., pp. 331/332. Cfr., ainda, com ótimos exemplos, GERALDO MAGELA LEITE, *A freguesia*, p. 31 e ss. e GIUSEPPE AULETTA, *Avviamento*, 2ª col., p. 636.

evidente que uma tal conclusão é absurda e não encontra guarida na ordem jurídica.¹⁹⁵

Por isso, percebe-se o quanto imprópria é a expressão que fez fortuna na doutrina: *cessão de clientela*. Ninguém pode ceder aquilo que não possui. A chamada cessão de clientela, na esteira do que vimos de ver, nada mais é do que a simples cessão do estabelecimento (com *fatores da clientela* e com a obrigação do cedente de se abster de praticar atos que importem em desvio da clientela do estabelecimento cedido). Ou, pelas palavras de CARVALHO DE MENDONÇA: “*De certo, não se transferem ao comprador os fregueses, mas a aptidão do estabelecimento para ter clientes*”.¹⁹⁶

Para ilustrar esse ponto, considero curioso o exemplo dado por WALDEMAR FERREIRA para justificar a possibilidade, ainda que excepcional, de venda da freguesia.¹⁹⁷

O Mestre justifica-se invocando uma engenhosa hipótese, típica dos dias passados, em que, mesmo em cidades como a nossa São Paulo, ainda se convivia com o comércio ambulante, tão raro nos dias de hoje. Vamos a ele:

“Força é convir, todavia, que não é de todo impossível a venda de freguesia. É o que se dá no comércio de pão a domicílio. Ou de frutas e hortaliças. Ou de flores.

Os fornecedores desses artigos são comerciantes ambulantes. Exercem seu comércio em carrocinhas de mão,

¹⁹⁵ Sobre essa questão, afirmou ASCARELLI: “*Antes de mais nada, confesso que o próprio fato de manterem, os clientes, a liberdade de comprar onde quiserem, não me parece possa a clientela ser de qualquer forma objeto de direito*” — *Panorama*, p. 206. RAFFAELE NOBILI, *Avviamento d'impresa*, 2ª col., p. 1.654. PASCUAL DE GUGLIELMO, mesmo entendendo que a clientela é objeto de direito real, nega que a denominada transferência do estabelecimento consista em transferência de domínio de uma coisa particular, sujeita à reivindicação — *Tratado de derecho industrial*, p. 55.

¹⁹⁶ *Tratado*, vol. 5º, 2ª parte, p. 157.

¹⁹⁷ *Tratado*, vol. 7, pp. 237/238.

quando não de tração animal ou em outros veículos automóveis, que são, em verdade, seus pequenos estabelecimentos.

(...)

Ora, o que a prática revela é que, não poucas vezes, pela necessidade de mudarem-se de bairros, ou por outras circunstâncias, esses pequenos negociantes vendem a sua freguesia e chegam mesmo a empossar dela o seu sucessor, apresentando-o a cada um dos fregueses, com as melhores recomendações e garantia de sua idoneidade moral. Nem sempre se dá a transferência do minúsculo estabelecimento ambulante, de organização rudimentar, que o cedente conserva e leva consigo a fim de, como se diz na linguagem vulgar, 'pregar noutra freguesia'."

Não obstante a simpatia da imagem e a nostalgia dos "bons tempos" que ela evoca, o fato é que, mesmo na hipótese, não se pode falar em venda de clientela. Mesmo considerando que, no comércio ambulante, os fregueses, em virtude da comodidade de não terem de ausentar-se de casa para adquirir o produto, são mais suscetíveis de manterem-se fiéis ao novo "empresário-mascate", nada há que os obrigue a aceitá-lo como sucessor do anterior, nem como seu fornecedor habitual. Muito menos existe qualquer forma (lícita) de impedir esses fregueses de adquirirem os produtos em estabelecimento concorrente, especialmente nos dias de hoje, em que se pode comprar nos supermercados "virtuais" estabelecidos na Internet e que contam com serviço de entregas em domicílio.

4- O ESTABELECIMENTO ENQUANTO OBJETO DE DIREITOS

4.1- INTRODUÇÃO

Nos itens anteriores estudamos o estabelecimento sob o ponto de vista estático, ontologicamente considerado. Situado na teoria da empresa, examinamos suas principais características e elementos.

Passamos agora a encará-lo pelo aspecto dinâmico, ou seja, como objeto de negócio jurídico. Não serão examinados todos os negócios que podem ter o estabelecimento como objeto.¹⁹⁸ Pela delimitação do escopo desse trabalho, só nos interessa o negócio de traspasse do estabelecimento.

Para a validade da consideração global é preliminar certificar-se de que o negócio em questão tenha como objeto, realmente, a alienação de um estabelecimento e não de um mero agregado de bens. Para tanto são utilizados dois critérios: o primeiro é a vontade manifestada pelas partes no sentido de estabelecer a transmissão do complexo aziendal, i.e., de um complexo coordenado e instrumental de bens e fatores capazes de viabilizar a realização da atividade empresarial. Em segundo lugar, o complexo de bens negociado deve, efetivamente, tornar factível a realização da atividade.¹⁹⁹

Nessa linha, se as partes não tinham como objeto de sua vontade a transferência do estabelecimento e, todavia, em concreto, este é alienado em sua integridade, não haverá de se falar em traspasse e, portanto, não incidem as proteções a ele características. Não incide, especialmente, a vedação de concorrência do alienante, que será estudada oportunamente.²⁰⁰ Por outro lado, se o negócio envolve

¹⁹⁸ Para uma análise completa sobre os negócios que podem ter o estabelecimento como objeto, ver a tese de GERALDO MAGELA LEITE, **O estabelecimento comercial como objeto de negócios jurídicos**.

¹⁹⁹ GIORGIO FERRARI, ob. cit., 2ª col., p. 702

²⁰⁰ Nesse sentido, cfr. GIOVANNI E. COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in **Trattato di diritto commerciale**, vol. 3, p. 28.

um ou alguns poucos elementos, sem maior relevância para a realização da atividade empresarial, também aí não estaremos diante de transferência do estabelecimento empresarial.

4.2- RELAÇÃO COM O TITULAR

Por ser um complexo heterogêneo de bens e fatores, onde cada elemento individual mantém suas características próprias, o titular do estabelecimento pode ostentar variados tipos de relações com as diversas espécies de fatores, tais como: (a) relações de propriedade com os bens materiais; (b) posição de exclusividade com relação aos bens imateriais; (c) direitos de prestações relativas às obrigações contratuais variadas (arrendamento, comodato, consignações, abstenções), etc. (v. item 2.3).

Considerando a existência dessa gama de relações entrelaçadas, torna-se inadequado falar em *proprietário* do estabelecimento, até porque, segundo explica OSCAR BARRETO FILHO, somente as coisas corpóreas podem ser objeto de direito de propriedade *stricto sensu*, i.e., relativo ao domínio.²⁰¹

Por isso, os tratadistas consideram a existência de uma pertinência subjetiva e, por isso, mais adequado seria falar-se em “*titular do estabelecimento*”, pois essa fórmula é capaz de englobar as diferentes espécies de relações enfeixadas na organização aziendal, sem fugir à precisão conceitual.²⁰² Por outro lado, já vimos que

²⁰¹ Teoria que, segundo FERRARA JR., estaria ultrapassada. Observa o Professor de Firenze que o próprio art. 2.556 do Código Civil italiano fala em “*proprietà dell’azienda*” — **La teoria**, pp. 125/126. Também ANGELO DE MARTINI considera tratar-se de direito de propriedade aquele que incide sobre o estabelecimento — **Corso**, p. 223. ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO — apesar de em nota de rodapé (nº 32) fazer ressalva sobre a heterogeneidade dos elementos do estabelecimento e a conseqüente variedade de relações jurídicas daí advindas — também entende que a relação entre o estabelecimento e seu titular é de *propriedade* — **Apontamento de direito comercial**, 1998, Curitiba, Juruá, p. 143.

²⁰² OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, pp. 189/190. Para FÁBIO KONDER COMPARATO, “*a noção de propriedade, aplicada aos bens empresariais, tem sido criticada. Um empresário pode trabalhar em prédios alheios e com maquinaria alienada fiduciariamente, sem que isso quebre a unidade do estabelecimento. Daí porque uma parte da doutrina prefere falar em titularidade do estabelecimento e não em propriedade. Com maioria de razão, ‘propriedade da empresa’ é expressão defeituosa, pois a mesma não compreende apenas bens, mas também homens*” — **Poder de controle**, p. 93. WALDÍRIO BULGARELLI, **Tratado de direito empresarial**, pp. 106/107 e em

o complexo heterogêneo que forma o estabelecimento recebe tratamento unitário — ainda que de forma indireta, já que não existe tratamento sistemático da matéria — pela legislação.

Não obstante aqueles fatores, os eventuais direitos de terceiros sobre um ou alguns dos elementos considerados *uti singoli* continuam em pleno vigor. Para entender essa relação devemos ter em mente que a característica essencial que justifica e anima a união daqueles elementos aziendais não é a relação de propriedade, mas sim a relação de pertinência (ou o *nexo ontológico*) que os liga ao fundo de comércio. Essa relação torna-os *elementos do estabelecimento* e, somente nessa qualidade — quando considerados *sub specie universitatis* —, permanecem sujeitos à esfera patrimonial do titular.²⁰³ Este, a fim de realizar a atividade empresarial, deve poder dispor dos bens alheios como se deles fosse o proprietário.

Conforme explica o Professor OSCAR BARRETO FILHO, “*Os bens que compõem o estabelecimento, enquanto são utilizados como instrumentos da atividade empresarial, pertencem juridicamente, embora a títulos diversos, somente ao titular do estabelecimento. Neste sentido, conclui CASANOVA com rigorosa exaço, a titularidade jurídica do fundo se traduz efetivamente na pertinência exclusiva da universitas e de seus elementos como tais, ao titular do estabelecimento. Quando o texto legal se refere à propriedade do estabelecimento tem em mira, não alterar a estrutura complexa do poder jurídico sobre o estabelecimento, mas sim afirmar sua unidade substancial mediante o reconhecimento de um direito subjetivo unitário sobre o conjunto de bens integrados na universitas facti*”²⁰⁴.

Sociedades, p. 62. TULLIO ASCARELLI, *Corso*, p. 321. Em sentido contrário, FRANCESCO FERRARA JR., *La teoria*, pp. 125/126 e BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, p. 157.

²⁰³ Segundo OSCAR BARRETO FILHO: “*Um bem pode pertencer, concomitantemente, a todos os sujeitos que tenham um direito sobre ele, ou em relação a ele: o proprietário, o usufrutuário, o locatário, o credor, etc. Essa diversidade de títulos se explica pelas várias destinações econômicas, que correspondem às diversas utilidades que diferentes sujeitos podem extrair do mesmo bem*” — *Teoria*, pp. 191/192.

²⁰⁴ *ob. cit.*, p. 192.

Nas múltiplas esferas jurídico-econômicas nas quais um bem pode se enquadrar simultaneamente, variadas podem ser a sua destinação econômica, correspondente às diversas utilidades que ele apresenta em relação a diversos sujeitos.²⁰⁵ Por isso o Professor FÁBIO KONDER COMPARATO afirmou que controlar uma empresa é dispor dos seus bens “*de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica*”.²⁰⁶ Por essa concepção é possível conjugar perfeitamente as diversas formas de relações jurídicas presentes no estabelecimento, sem extinguir o direito de propriedade de um lado nem, de outro, inviabilizar a criação, a administração ou a defesa do estabelecimento pelo empresário.

4.3- TRESPASSE DO ESTABELECIMENTO

4.3.1- considerações introdutórias

Como visto, a principal proteção conferida ao estabelecimento é a unidade, que possibilita a transferência em globo e preserva a integridade organizacional capaz de produzir bens e serviços e gerar lucros ao seu titular. Quando se aliena o estabelecimento, o negócio envolve muito mais do que apenas bens materiais. Inclui também bens imateriais, direitos e prestações diversas, garantias relacionadas à defesa da clientela, etc., ou seja, transferem-se todos os direitos mediante os quais o alienante tinha assegurado o gozo dos bens e serviços azideais.²⁰⁷ Por isso, o negócio de alienação do estabelecimento é mais abrangente do que os termos técnico-jurídicos *venda e cessão* podem significar.²⁰⁸

Assim, a exemplo do que dissemos no item 4.2 retro, achamos preferível adotar uma palavra à qual seja possível atribuir-se um significado capaz de abranger, em toda a sua complexidade, a alienação do estabelecimento. Desta forma, não será

²⁰⁵ MARIO CASANOVA, *Azienda*, 2ª col., p. 8.

²⁰⁶ **Poder de controle**, pp. 91/92.

²⁰⁷ GIUSEPPE AULETTA, *Avviamento*, 1ª col., p. 637.

²⁰⁸ GERALDO MAGELA LEITE, ob. cit., p. 22. Discorda, entretanto, OSCAR BARRETO FILHO, para quem, “*Utilizando o termo no sentido mais restrito de cessão, não há problema maior, pois as mesmas disposições são aplicáveis às demais modalidades de negócio a título oneroso (...)*” — ob. cit., p. 208.

necessário recorrermos a expressões plurívocas nem — o que seria ainda pior — lhe atribuiremos um outro termo técnico, em um sentido que ele normalmente não possui.

Compartilho, portanto, da opinião de GERALDO MAGELA LEITE na parte em que afirma: “*O termo que melhor signifique o negócio jurídico de transferência onerosa do estabelecimento comercial não deve significar, também, pelo menos em seu uso correntio, negócio outro, pois isso terá como resultado o empobrecimento do entendimento do negócio pelos circunstantes e, mesmo, dúvida de entendimento por muitos dos que devem considerar no campo do conhecimento jurídico, ou econômico*”.²⁰⁹

4.3.2- conceito de trespasse

Segundo a melhor doutrina, o vocábulo mais adaptado à realidade da transferência onerosa do estabelecimento comercial é trespasse ou traspasso.²¹⁰

Conforme informa BARBOSA DE MAGALHÃES, a palavra trespasse aparece, pela primeira vez, em Portugal (é bom sublinhar), no Alvará de 16 de dezembro de 1757 e, depois, no Decreto de 12 de novembro de 1910, autorizando a sublocação do prédio onde estivesse instalado o estabelecimento trespasado.²¹¹

Só se dá trespasse quando o objeto²¹² do negócio for a transferência do estabelecimento, que não precisa ser estritamente um “estabelecimento comercial”. Negócio necessariamente *inter vivos*, o trespasse deve traduzir a transmissão da

²⁰⁹ O estabelecimento, pp. 22/23.

²¹⁰ CARVALHO DE MENDONÇA afirma que o estabelecimento “*pode ser objeto de compra e venda ou de traspasso, conforme vulgarmente se denomina a operação*”, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 763, p. 154 (grifei). WALDEMAR FERREIRA, por sua vez, grifa o termo como “*trespasso*”, *Tratado*, nº 1.598, p. 337. Na Itália, fala-se “*trapasso*”, cfr., entre outros, FRANCESCO FERRARA JR., *La teoria*, p. 337 e ss.

²¹¹ *Do estabelecimento comercial*, pp. 211/212.

²¹² Não confundir *objeto do contrato* com a *coisa alienada*. O objeto do contrato é, a rigor, a situação jurídica que o contrato visa estabelecer com relação à coisa, cfr. FRAN MARTINS, *Contratos comerciais*, p. 126 e ss.

titularidade, em caráter permanente e oneroso, de toda a organização produtiva,²¹³ dinâmica e ativa (ao menos potencialmente). Transfere-se, inclusive, o aviamento,²¹⁴ sem o qual não se concebe a azienda.²¹⁵

O mais importante é a manutenção da funcionalidade do conjunto.²¹⁶ Caso contrário — consoante sugestiva observação de CASANOVA —, *não haverá cessão, mas cessação do estabelecimento.*²¹⁷ Senão, terá havido simulação de trespasse e não verdadeira transferência do estabelecimento empresarial.²¹⁸

Assim é, também, o Direito espanhol, conforme lição de RODRIGO URÍA: “*El objeto de la venta es el establecimiento como conjunto orgánico de bienes. Pero las partes pueden excluir de la transmisión ciertos bienes integrados en el establecimiento, siempre y cuando no se destruya con ello la capacidad funcional*”

²¹³ FRANCESCO FERRARA JR., *La teoria*, pp. 340/342.

²¹⁴ Segundo MARIO ROTONDI, o critério mais seguro para verificar a continuidade do estabelecimento é a subsistência do aviamento objetivo, “*chiara manifestazione esteriore*” da azienda. O aviamento perdura enquanto durar o estabelecimento — **Diritto industriale**, p. 69. Concorda FRANCESCO FERRARA JR., para quem “(...) *questo è un indice sicuro che esse hanno considerato il complesso come res productiva, cioè in funzione della sua capacità di produrre un reddito*” — **La teoria**, p. 340. No mesmo sentido, OSCAR BARRETO FILHO: “*O aviamento exprime, por assim dizer, a vitalidade do estabelecimento, de maneira que, quando a transformação dos elementos componentes do estabelecimento seja de molde a destruir o aviamento, é sinal de que o velho estabelecimento se extinguiu, e um novo surgiu em seu lugar*”, — **Teoria jurídica do estabelecimento comercial**, p. 138. Discorda BOMFIM VIANNA, ao argumento de que a capacidade de produzir lucros está sujeita a diversas variáveis, desde problemas estruturais internos do estabelecimento, passando por idiosincrasias dos consumidores, até a influência das inflexões da conjuntura política e econômica — *Perfil analítico-comparativo do estabelecimento*, p. 76.

²¹⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, **Tratado**, vol. VI, 2ª parte, nº 763, pp. 154/155. WALDEMAR FERREIRA, **Tratado**, pp. 331/332. OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, pp. 208/209. GERALDO MAGELA LEITE, **O estabelecimento**, p. 25. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, **Da empresarialidade**, pp. 325/326. ORLANDO DE CARVALHO, **Critério e estrutura**, p. 590. E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, pp. 434/438. GIUSEPPE AULETTA, *Aviamento*, 1ª e 2ª cols., p. 639 e ss. ANGELO DE MARTINI, **Corso**, pp. 226/227. Para BARBOSA DE MAGALHÃES, o conceito de trespasse é bem mais amplo. Ele admite ser trespasse a transferência temporária e a qualquer título, inclusive sucessão testamentária, cfr. **Do estabelecimento comercial**, p. 235. Discorda GIOVANNI E. COLOMBO, ao argumento de que o aviamento não é necessário para a configuração do estabelecimento, posto que este é formado apenas por bens, em sentido estrito, onde não entram relações jurídicas abstratas como o aviamento ou mesmo os serviços — *L'azienda e il mercato, in Trattato di diritto commerciale*, vol. 3, p. 30.

²¹⁶ FRANCESCO FERRARA JR., op. cit., pp. 340/342. TULLIO ASCARELLI, **Corso**, pp. 336/337. FRANCESCO GALGANO, **Diritto privato**, pp. 463/464. MARIO CASANOVA, *Azienda*, 1ª col., p. 10. E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, p. 420. ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, *Empresa*, 1ª col., p. 414.

²¹⁷ MARIO CASANOVA, *Azienda*, nº 31, p. 10.

²¹⁸ JOSÉ AUGUSTO MENDES DE ALMEIDA, *Negociação do estabelecimento*, p. 31. BARBOSA DE MAGALHÃES, **Do estabelecimento comercial**, pp. 227/234.

del establecimiento por tratarse de elementos esencialmente conexos a su objeto y a sus fines económicos. En outro caso lo que se transmitiría no sería un establecimiento como unidad compleja productiva, sino una serie de elementos inertes y desconectados entre sí.²¹⁹

Depreende-se, *a contrario sensu*, ser admissível que alguns dos fatores do estabelecimento sejam excluídos do trespasse desde que, deixo sublinhado, permaneçam elementos suficientes para permitir a continuidade do negócio,²²⁰ sem perda do aviamento (sobre essa questão, ver item 4.3.4).²²¹

Também não haverá trespasse se o adquirente do complexo pretende mudar de ramo (sobre definição do ramo, cfr. item nº 7.2.2), pois, nessa hipótese, tanto o aviamento quanto a clientela se dissiparão, descaracterizando o estabelecimento como tal.²²²

O Projeto de Código Civil regula o negócio de alienação do estabelecimento. O art. 1.142 estabelece a unidade do estabelecimento enquanto objeto de negócio jurídico translativo. No art. 1.143 exige-se a averbação da alienação à margem da

²¹⁹ **Derecho Mercantil**, p. 672.

²²⁰ Por mais abstrata que essa fórmula possa parecer — e apesar de alguns países terem promulgado leis estabelecendo os elementos que devem, obrigatoriamente, constar do trespasse (como se verá adiante) —, devido ao caráter variável do estabelecimento é descabido pensar na existência de qualquer espécie de suporte material mínimo uniforme, plenamente válido para toda e qualquer organização aziendal. A verificação sobre quais elementos são essenciais à manutenção da funcionalidade e do aviamento deve ser feita caso a caso, considerando-se a organização mínima necessária para cada tipo de atividade específica, cfr. E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, pp. 414/415.

²²¹ Nesse sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES: “(...) embora possam ser excluídos uns e outros dos elementos do estabelecimento, os que são importantes e que marcam para a existência do estabelecimento — necessários para constituir o aviamento — não podem ser excluídos. Para haver trespasse é preciso que seja transmitido o que se chama o negócio, a sua organização e exploração — a empresa”, **Do estabelecimento comercial**, pp. 225/226. Linhas adiante, conclui: “Se se alienarem elementos do estabelecimento que, separados dos outros, não permitam a existência da unidade económica necessária para que, efetivamente, o estabelecimento continue e, portanto, para que o adquirente possa também ter a possibilidade de lucros futuros que tinha o alienante, deve dizer-se que não há trespasse” — ob. cit., p. 227.

²²² Conferir, a respeito, nota 194 retro. Com base nessa percepção, o Professor BARBOSA DE MAGALHÃES faz severa crítica o legislador português, que fala em *trespasse para o mesmo gênero de negócio* e *trespasse para negócio de gênero diferente* pois, se o gênero de negócio muda, muda o aviamento e o próprio estabelecimento se altera. Portanto, não se dá, propriamente, trespasse, mas negócio de alienação de um simples conjunto de bens. *Idem ibidem*. No mesmo sentido, cfr. GERALDO MAGELA LEITE: “(...) se o adquirente não tiver o propósito de continuar a exploração comercial, o negócio não será trespasse” — **O estabelecimento comercial**, pp. 29/30.

inscrição do empresário no Registro das Empresas (cuja inscrição será obrigatória, conforme previsto no art. 966). Convém mencionar que em nenhum momento o Projeto utiliza expressões como *venda* ou *cessão* para se referir ao negócio de alienação do estabelecimento. E assim procede, provavelmente, por ter o legislador ciência da impropriedade dos termos que, pela sua natureza técnica, não representariam toda a extensão do negócio em questão.²²³

4.3.3- o *trespasse na teoria dos contratos – contrato misto*

Por seu vulto e complexidade, o *trespasse*²²⁴ geralmente é realizado por contrato escrito. Pode ser um único instrumento²²⁵ ou vários, já que os elementos que compõem o estabelecimento conservam a sua individualidade, conforme vimos no item nº 2.1. A vantagem de incluírem-se num contrato único as condições do *trespasse* está em salientar a unidade do negócio como um elemento teleológico a indicar que a intenção das partes era a de realizar a transferência global do estabelecimento — como um todo único e coeso — e não de um simples conjunto de bens.²²⁶

Como vimos, o estabelecimento é composto por diversos elementos heterogêneos (materiais, imateriais, além de outros fatores, conforme descrito no item 2.3). Por isso, a sua alienação envolve diversos negócios: compra e venda dos bens materiais, cessão dos direitos e dos bens imateriais, sucessão nos contratos de trabalhos, etc. Cada relação dessas poderia envolver, em condições ordinárias, a realização de um ou mais contratos, mas, pela característica da unicidade da *azienda*,

²²³ GERALDO MAGELA LEITE, *Do estabelecimento*, p. 25.

²²⁴ A idéia de negócio, em acepção comum (não ligada à teoria dos negócios jurídicos), é mais ampla do que de contrato porque, quando se pretende realizar um negócio, normalmente é utilizado um ou vários contratos, viabilizando a realização do negócio. Cfr. RICARDO LUIS LORENZETTI, *Tratado*, Tomo I, p. 39.

²²⁵ Cfr. PASCUAL DE GUGLIELMO, *Tratado*, p. 18.

²²⁶ OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 194 e ss. e, também, p. 211. Não obstante, nada impede que o negócio de *trespasse* seja realizado por meio de diversos instrumentos, consoante as diversas relações representadas no negócio. Interessante observar que em Honduras, o código comercial prevê o negócio de compra e venda de estabelecimento mercantil, considerado bem móvel. Logo, torna-o um contrato típico, cfr. LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *La empresa*, p. 175.

no trespassse, todos esses negócios realizam-se em bloco, mas sempre respeitando-se os regimes jurídicos próprios de cada elemento individualmente considerado. Em geral, não existe superposição de um negócio sobre os demais, já que o estabelecimento é rigorosamente formado pela inter-relação de todos os seus elementos, sem a prevalência apriorística de um sobre os outros.

Como é cediço, o direito moderno admite a criação de novas obrigações não especificadas em lei e representadas por contratos antes não imaginados.²²⁷ O conteúdo desses contratos pode, portanto, ser estruturado livremente de acordo com as necessidades de realização do negócio, se lícitos e afinados com os princípios gerais dos contratos. Nossa ordenação jurídica, diferentemente das de outros países,²²⁸ não prevê uma modalidade contratual específica na qual possa ser enquadrado o trespassse que, portanto, é considerado um contrato atípico.²²⁹

O trespassse é, também, um negócio complexo pois envolve diversos negócios jurídicos diferentes, unificados pela importância singular que se confere ao ato de transferência do instrumento da atividade empresarial.

Além de inominado, o trespassse pode ser classificado como *contrato misto* pois alia, em um único instrumento negocial, obrigações tipificadas e não tipificadas,

²²⁷ ORLANDO GOMES, *Contratos*, nº 74, p. 123 e ss. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições*, vol. III, nº 190, p. 34. SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. 3, nº 16, p. 37.

²²⁸ Em Honduras, o contrato de “*compraventa de empresas*” é típico, previsto no art. 792 do Código de Comércio, de 1950. LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *La empresa*, p. 175 e ss. O autor explica que, naquele país, o estabelecimento é um bem móvel, sendo dispensável a menção aos elementos transferidos. De regra, adverte, para individuar o bem vendido, costuma-se apenas citar a empresa, cujo estabelecimento é negociado, pelo nome. Não obstante, há exceções, como os valores mobiliários, patentes de invenção, etc., que obrigam a adoção da sistemática especial, legalmente prevista, para a alienação.

²²⁹ Segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, são contratos atípicos aqueles que não receberam regulamentação legal, ou seja, não foram tipificados, *Instituições*, vol. III, nº 190, p. 34. Segundo ORLANDO GOMES, “*A expressão contratos típicos designa os contratos esquematizados em lei, com denominação própria, formando espécies definidas. Dizem-se atípicos os que não se acham especificamente regulados*” – *Contratos*, nº 60, p. 101 e ss. Segundo SILVIO RODRIGUES: “*Inominados ou atípicos são os contratos que a lei não disciplina expressamente, mas que são permitidos, se lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada. Surgem na vida cotidiana, impostos pela necessidade do comércio jurídico*” – *Direito Civil*, vol. 3, nº 16, p. 37. Nesse sentido, o Projeto de Código Civil dispôs no art. 424 que: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*”. Para ser classificado como atípico, aduzem os dois primeiros eminentes civilistas, não importa a designação do contrato (*nomen iuris*), mas a ausência de previsão legal: CAIO MÁRIO, ob. cit., p. 34 e ORLANDO GOMES, ob. cit., p. 131.

misturando contratos típicos com obrigações atípicas, criadas especificamente para o negócio e ligadas pela unidade de causa: a transferência do estabelecimento empresarial.²³⁰ Essa espécie contratual comporta, v. g., a imposição de obrigações acessórias de *fazer* ou de *não fazer* (vale dizer, obrigação de apresentar a clientela, de explicitar o funcionamento da organização, de não concorrência, etc.). A particularidade desse tipo negocial é que, não obstante a variedade de relações principais e acessórias, ele consegue manter uma individualidade própria.²³¹

Sendo atípico, não existem obrigações específicas para a validade do contrato. Não existe, por exemplo, o dever de dar publicidade ao negócio — como acontece em Portugal ou na Argentina —, exceto para estabelecer as relações com credores e devedores. Também não necessita ser escrito para ter validade legal, exceto no caso de algum elemento exigir tal formalidade. Não obstante, *ad probationem*²³² essas cautelas são valiosas, sendo especialmente aconselhável que seja reduzido a escrito, pois os contratos atípicos mistos envolvem diversas obrigações diferentes, dificultando a definição do regime jurídico aplicável.

Como vimos no item 1.2.5, não existe um tratamento orgânico para o estabelecimento, nem para a sua transferência. Não tendo regulamentação específica, são necessários elementos para definir as regras que lhe serão aplicáveis, além, obviamente, dos princípios gerais dos contratos. Estes, entretanto, não bastam para solucionar todos os problemas que podem advir da execução de contrato misto com a complexidade que caracteriza o trespasse. Na falta de uma minuciosa estipulação obrigacional, ou havendo contestação da validade de alguma disposição contratual, caberá ao juiz procurar as regras aplicáveis a esse tipo de negócio utilizando-se, segundo doutrina ORLANDO GOMES, concomitantemente de três métodos de

²³⁰ Nesse sentido, OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, pp. 196/197 e TULLIO ASCARELLI, *Corso*, p. 361. Sobre o contrato misto, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições*, vol. III, pp. 33/35; RICARDO LUIS LORENZETTI, *Tratado*, Tomo I, pp. 33/34 e ORLANDO GOMES, *Contratos*, nº 77, p. 125 e ss.

²³¹ RICARDO LUIS LORENZETTI, *Tratado*, Tomo I, p. 34.

²³² WALDEMAR FERREIRA, *Tratado*, vol. 7, p. 338.

interpretação supletiva: a teoria da *combinação*, a da *absorção* e a da *aplicação analógica*.²³³

Pela teoria da combinação, deve-se isolar nos contratos atípicos aquelas obrigações passíveis de serem enquadradas em uma disciplina legal típica, aplicando-se as regras pertinentes a cada uma das relações em que for possível decompor o contrato. Em consequência, o contrato misto seria disciplinado pela aplicação direta a cada parte em que ele se decompõe, combinadas entre si. Entretanto, nem sempre esse processo de decomposição é possível sem desnaturar a sua unidade, elemento tão caro ao trespassante.

Para a teoria da absorção, deve-se perquirir qual o elemento preponderante, que subordina os demais, impondo sua disciplina jurídica ao todo, absorvendo-os em sua predominância. Entretanto, aqui também cabe a mesma crítica, pois nem sempre há, no trespassante, um elemento predominante. Muitas vezes, os seus elementos são equivalentes entre si em termos de importância para a realização da atividade empresarial, havendo mesmo uma coordenação entre as disposições contratuais, a fim de viabilizar a transferência unitária do complexo azoidal.

A teoria da aplicação analógica é muito semelhante. Por ela, deve-se verificar qual a disciplina jurídica típica que mais se amolda às finalidades do contrato, aplicando-se, por analogia, a sua disciplina jurídica. Entretanto, nem sempre esse método pode fornecer solução idônea a todas as variáveis encontradas nos contratos de trespassante.

Por isso, o eminente civilista não considera tais métodos excludentes entre si. Antes, invoca uma solução que denomina de “*eclética*”, consubstanciada na combinação dos três métodos na busca de uma solução aceitável à *fattispecie* posta diante do intérprete autêntico da lei, que é o juiz.²³⁴

²³³ *Contratos*, nº 79, p. 128 e ss.

²³⁴ *Ob. cit.*, p. 130.

Por fim, cumpre anotar que — não obstante o advento da teoria da empresa estar superando a tradicional dicotomia entre atividade comercial e civil — alguns autores ainda costumam atribuir ao trespasse, pela peculiaridade de seu objetivo, natureza comercial.²³⁵

4.3.4- âmbito de entrega

Como se viu, o trespasse consiste na transferência da organização produtiva. Por isso, muito se discute em doutrina, acerca do *âmbito de entrega* do estabelecimento alienado.

A expressão *âmbito de entrega* é muito cara à doutrina em Portugal, que com ela aventa o problema que pode surgir quando da *entrega* do estabelecimento alienado, caso o alienante pretenda excluir algum dos elementos aziendais, o que em determinadas hipóteses poderia descaracterizar o negócio como trespasse. A doutrina portuguesa cuidou de distinguir, então, o âmbito de entrega em três: (a) âmbito máximo; (b) âmbito necessário e (c) âmbito natural.

Havendo cláusula de amplitude, onde se afasta toda reserva que se possa fazer sobre a transmissão dos fatores, todos os bens estarão, evidentemente, incluídos no negócio independentemente de nenhuma consideração ulterior. Nessa hipótese, estar-se-ia negociando o *âmbito máximo* do estabelecimento, ou seja, a inclusão de todos os elementos no negócio por vontade expressa das partes.²³⁶

Por outro lado, sabemos que a composição do estabelecimento é dinâmica (i.e., varia sem que o complexo perca sua característica) e que, devido à grande variedade de elementos que podem conformá-lo, não existe nenhum que possa ser, *a priori*, considerado absolutamente indispensável.²³⁷

²³⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, tomo XV, p. 375. RODRIGO URÍA, *Derecho mercantil*, p. 673. LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *La empresa*, p. 116.

²³⁶ ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 479/480.

²³⁷ GIORGIO FERRARI, *ob. cit.*, 1ª col., p. 704.

Em Portugal, a legislação estabelece alguns elementos que obrigatoriamente devem fazer parte do trespassse.²³⁸ A exemplo da legislação portuguesa, também na Argentina coube à ordenação jurídica estabelecer determinados elementos que comporão o trespassse em caso de silêncio das partes, estabelecendo o mínimo de elementos que se deve considerar incluídos no negócio. Trata-se da Lei nº 11.867/34.²³⁹ Noutra linha vai o “*Código de Comercio*” hondurenho que, a seu turno, prevê os bens que farão parte do negócio de trespassse no silêncio do contrato.

No Brasil, não existe nenhuma regra com tais características. Por isso, é preciso estabelecer um critério (ou pelo menos um parâmetro seguro), sobre os elementos que devem ser transferidos para que o negócio possa ser qualificado como trespassse.

Esse critério, como já sublinhado, é a possibilidade de manutenção da continuidade da mesma atividade empresarial,²⁴⁰ sem perda substancial do aviamento. A variedade de tipos diferentes de estabelecimentos, bem como dos negócios por eles realizados, impede de fixar critérios apriorísticos, sendo mesmo caso de verificação individualizada para viabilizar uma conclusão segura sobre o trespassse. Este será o *âmbito necessário* de entrega.²⁴¹

²³⁸ Tais como marca, nome e insígnia, débitos sinalagmáticos, créditos do estabelecimento, contratos, etc., cfr. JOSÉ AUGUSTO MENDES DE ALMEIDA, ob. cit., p. 33. No mesmo sentido, E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespassse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, pp. 421/433.

²³⁹ Dispõe o art. 1º: “*Declárase elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmission por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística*”. Cfr. WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., p. 331. GERALDO MAGELA LEITE, *O estabelecimento comercial*, p. 25 e ss. Para maior detalhamento sobre a Lei nº 11.867 e sua elaboração legislativa, cfr. FRANCISCO ORIONE, *Fondo de comercio*, p. 388 e ss. (sobre os elementos do *fondo de comercio*) e p. 400 e ss. (sobre a lei retro referida) e PASCUAL DE GUGLIELMO, *Tratado de derecho industrial*, p. 33 e ss.

²⁴⁰ OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 212 e ss. GIOVANNI E. COLOMBO, ob. cit., p. 31. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, p. 278. GIORGIO FERRARI, ob. cit., 1ª col., p. 704. ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAVOR, *Empresa*, 1ª col., p. 414. LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *La empresa*, p. 177. RODRIGO URÍA fala em manutenção da funcionalidade, *Derecho Mercantil*, p. 672.

²⁴¹ ORLANDO DE CARVALHO descreve o *âmbito necessário* como “*o mínimo do estabelecimento como matéria disponível, ou seja, aquilo sem o qual não existe negociação do estabelecimento*”, cfr. ob. cit., p. 478.

E, por fim, cabe perquirir sobre o *âmbito natural* de entrega,²⁴² ou seja, os elementos naturalmente transmitidos em caso de silêncio do contrato de trespasse.

O estabelecimento é um complexo organizado de bens e de outros fatores, para a realização de uma atividade produtiva. O objetivo do adquirente não se esgota simplesmente na aquisição dos bens do estabelecimento, em si mesmo considerados. Pretende obter, também e especialmente, a sua posição de mercado.

Como, de uma forma ou de outra, todos os bens e os demais fatores do estabelecimento contribuem para a realização da atividade e para a conservação dos índices de qualidade e eficiência, todos são importantes para a manutenção da desejada posição de mercado. Daí porque todos os elementos formadores da azienda acabam tendo influência relativa no sucesso da empresa que, em última análise, é o que o adquirente pretende desfrutar.²⁴³ Por isso, consoante afirma a doutrina, todos os bens do estabelecimento compõem o *âmbito natural* de entrega.²⁴⁴

Segundo essa visão, a obrigação de transmitir eventual imóvel que integre o estabelecimento estaria virtualmente incluída no trespasse, especialmente considerando a importância deste fator para a manutenção do aviamento.

²⁴² ORLANDO DE CARVALHO descreve o *âmbito natural* do estabelecimento como “o que ele transporta naturalmente consigo, sem dependência de uma concreta enunciação”, ob. cit., p. 479. Para uma visão resumida dessa classificação, v. JOSÉ AUGUSTO MENDES DE ALMEIDA, *Negociação do estabelecimento e âmbito de entrega*, in **Negociação e reivindicação do estabelecimento comercial**, p. 30 e ss.

²⁴³ É natural ao trespasse a intenção de manter a integridade do fundo, com todos os elementos que o individualizam e caracterizam, inclusive a organização dos demais fatores do aviamento, cfr. OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, pp. 251/252.

²⁴⁴ Para CARVALHO DE MENDONÇA, “A venda ou cessão do estabelecimento comercial como entidade unitária compreende todos os elementos que o compõem principal ou acessoriamente. Esta é a intenção pressuposta” — **Tratado**, vol. 6º, 2ª parte, p. 154. Para WALDEMAR FERREIRA, o “Mais acertado seria fixar o princípio segundo o qual a alienação do estabelecimento supõe a passagem deste com todos os seus elementos componentes” — **Tratado**, p. 332. Para OSCAR BARRETO FILHO, a falta de especificação “significa a inclusão de todos os bens mencionados nos livros, obrigatórios ou facultativos” — **Teoria**, p. 212. ASCARELLI diz que, se a vontade das partes “refere-se ao estabelecimento, então querem significar todos os seus elementos na sua coordenação” — **Panorama**, p. 203. No mesmo sentido, GIORGIO FERRARI, ob. cit., 1ª col., p. 705; FRANCESCO GALGANO, **Diritto privato**, p. 463; GUIDO UBERTO TEDESCHI, **Trattato**, p. 28. e JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, **Da empresarialidade**, pp. 329/330.

Entretanto, é de se levar em consideração que, dependendo do tamanho da empresa, o imóvel, pode ter um valor maior do que o do próprio estabelecimento.²⁴⁵

Ora, se o contrato nada dispuser, pela doutrina acima ele estaria incluído no contrato. Será essa a melhor solução, ou estar-se-ia diante de um impasse? Para contornar esse problema, consideramos importante observar se o valor do negócio permite, razoavelmente, inferir a inclusão daquele bem (ou melhor, inclusão do direito de exigir, do alienante, a outorga de escritura para a transferência do imóvel, que é a forma legal indispensável no Brasil). Ignorar ser o preço um elemento determinante da vontade das partes é arriscar uma futura contestação do negócio, ao fundamento de preço vil, o que poderia dar causa à anulação do contrato.²⁴⁶

Dessa argumentação podemos inferir que, se o negócio de trespasse tem como objeto a transmissão apenas do âmbito necessário, ou se se pretende excluir algum ou alguns elementos, o contrato deverá ser expresso nesse sentido. Devem ser consignados os bens excluídos do negócio pois, caso contrário, nele será incluído todo o âmbito natural, atendido o critério de razoabilidade em função do valor.

Evidencia-se, portanto, a importância de fazer constar do contrato um inventário de bens, se não completo e taxativo, pelo menos mencionando aqueles de maior relevância técnica e econômica, a fim de minimizar possíveis dúvidas e contestações futuras, evitando surpresas desagradáveis.²⁴⁷

²⁴⁵ AMÂNDIO CANHA, em trabalho intitulado “Reivindicação do direito ao imóvel e meios jurídicos”, defende que o “direito à disponibilidade do imóvel” — e não o direito real sobre ele incidente — é indispensável à empresa, devendo necessariamente compor o estabelecimento. Quanto ao imóvel propriamente dito, sua inclusão dependerá de acordo entre as partes — *in* **Negociação e reivindicação do estabelecimento comercial**, pp. 46/74. No mesmo sentido, FRANCISCO ORIONE, *Fundo de comercio*, p. 400.

²⁴⁶ GIORGIO FERRARI também considera o preço um critério para verificação da vontade das partes na alienação de estabelecimento comercial, *ob. cit.*, 2^a col., p. 704.

²⁴⁷ Sendo o trespasse um negócio representado por um contrato atípico, como vimos no item 4.3.3, há de ter-se o máximo cuidado na sua elaboração, pela falta de regulamentação específica. Daí a advertência de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA dirigida aos contratantes: “A celebração de um contrato atípico exige-lhes o cuidado de descerem a minúcias extremas, porque na sua disciplina legal falta a sua regulamentação específica”, **Instituições de direito civil**, vol. III, p. 35.

Nesse contexto, o art. 648 do “*Código de Comercio*” de Honduras enumera os elementos que devem fazer parte do *trespasse* caso o contrato não disponha de outra forma, fixando, assim, o âmbito natural de entrega.²⁴⁸

Segundo informação de OSCAR BARRETO FILHO, a afamada lei francesa de 1909 também estabelece que, “*na falta de designação precisa, o privilégio do vendedor compreende os elementos dito principais ou ordinários*”,²⁴⁹ que seriam, ainda segundo diz o Mestre, a insígnia e o nome comercial, o direito ao local (*droit au bail*), a clientela e a *achalandage*.²⁵⁰

4.3.5- *trespasse parcial*

Como vimos, só há *trespasse* se ocorrer passagem da organização em plena capacidade funcional. Logo, não se cogita de *trespasse* de parte do estabelecimento. Se alguns elementos ficarem fora do negócio, pelo menos o principal, i.e., aqueles considerados imprescindíveis para a continuidade da atividade e do aviamento, deverão ser transferidos, ou não haverá verdadeiro *trespasse*.

Não obstante, fala-se em *trespasse-parcial* quando o empresário transmite uma parte do seu patrimônio empresarial, capaz de, por si só, viabilizar o estabelecimento de uma atividade empresarial autônoma. É o caso da transferência de uma filial da empresa; de uma loja inteira, que era parte de um grupo de lojas, etc.²⁵¹

²⁴⁸ Trata-se do art. 648, que dispõe: “*Todo contrato celebrado sobre una empresa mercantil, que no expresse los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprenderá: I- El Establecimiento de la misma, si lo tuviere. II- La clientela y la fama mercantil. III- El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del Establecimiento. IV- Los contratos de arrendamiento. V- El mobiliario e maquinaria. VI- Los contratos de trabajo, y Las mercancías, créditos y los demás bienes y valores similares*”, cfr. LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *La empresa*, p. 117.

²⁴⁹ Teoria, p. 211, nota 9.

²⁵⁰ Ob. cit. p. 152. Relata, ainda, que inspirados na lei francesa, diversos países latino-americanos editaram leis especiais dispoendo sobre a transferência do estabelecimento empresarial, tais como o Peru (Lei nº 2.259, de 29 de setembro de 1916) e Uruguai (Lei nº 11.924, de 27 de março de 1953), além de Argentina e Honduras, já mencionados.

²⁵¹ WALDEMAR FERREIRA admite o *trespasse parcial* e aponta diversos males que ele pode trazer para o crédito do alienante, *Tratado*, vol. 7º, p. 349. Cfr., também, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do*

4.3.6- *trespasse e alienação de controle*

A alienação de controle é um negócio de trespasse? Na opinião de BARBOSA DE MAGALHÃES, não. Para ele, se “*a sociedade subsiste, o estabelecimento continua pertencendo à sociedade, mas, na realidade, passou para o domínio do adquirente das quotas, ou das ações*”.²⁵² Essa fórmula, entretanto, se aplicada tornaria insignificantes as hipóteses de trespasse, haja vista a aceitação e a disseminação da organização das empresas pela forma societária.

Parece, pois, mais acertado o magistério de GIOVANNI COLOMBO, para quem a cessão de quotas ou ações, quando realiza o mesmo resultado econômico do trespasse — especialmente quando é considerado o valor do aviamento no preço final e caso o sócio tenha efetivamente exercido funções de empresário — deve ser considerada como alienação do poder de fruição e de disposição sobre o estabelecimento e, portanto, sujeita a todas as peculiaridades desse tipo de negócio.²⁵³ Essa possibilidade é tanto mais intensa consoante o alienante é capaz de impor concorrência qualificada, pela sua especial situação de profundo conhecedor dos meandros da antiga empresa. Nesse sentido é, também, a opinião de FÁBIO KONDER COMPARATO, ao considerar possível a estipulação de cláusula de vedação da concorrência nos negócios de cessão de controle acionário.²⁵⁴

A diferença entre as duas formas de negociação do estabelecimento é meramente formal, não devendo a forma prevalecer sobre a substância. Aliás, convém lembrar que o exemplo mais recordado quando se fala em alienação de estabelecimento — onde contenderam a Cia. Nacional dos Tecidos de Juta e o Conde Álvares Penteado — consistiu, na verdade, em cessão de bloco de controle...

estabelecimento comercial, pp. 234/235; FRANCESCO FERRARA JR., *La teoria*, p. 342 e ANGELO DE MARTINI, *Corso*, p. 226.

²⁵² Ob. cit., p. 220. Cfr., também, GIORGIO FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, 2ª col., p. 711.

²⁵³ *Trattato*, p. 191 e ss.

²⁵⁴ *Poder de controle*, pp. 230/231. Ressalva o exímio comercialista que aceitar ser a cessão de controle equivalente à transferência do estabelecimento não significa, entretanto, admitir ter, o controlador, direito de propriedade sobre a empresa (vista sobre o ângulo funcional). Nesse sentido, ob. cit., nota 21-a, p. 229.

II- A INTERDIÇÃO DA CONCORRÊNCIA

5- PREMISSAS SISTEMÁTICAS

5.1- *A especial situação do alienante frente ao adquirente*

Todo negócio envolve um certo risco natural. No trespasse, esse risco relaciona-se à fidelidade da clientela do estabelecimento alienado ao seu adquirente.²⁵⁵ Não obstante esse fato, é razoável supor que aquele que assume a titularidade de um negócio está especialmente interessado em usufruir da posição de mercado e do aviamento consolidado junto ao público consumidor, aos fornecedores e aos financiadores.

Naturalmente, o adquirente mantém a esperança de poder continuar recebendo a afluência da clientela em níveis quantitativa e qualitativamente semelhantes aos experimentados pelo alienante, i.e., quer apropriar-se da estrutura organizacional original, que inclui relações jurídicas e de fato, com fornecedores, financiadores e clientes.²⁵⁶

O estabelecimento, quando bem aviado e ativo, assume uma posição econômica no mercado capaz de proporcionar os lucros que o adquirente pretende apropriar. Por isso, quando uma pessoa adquire um complexo aziendal, geralmente o faz imaginando ser mais vantajoso — pelas características específicas daquele ramo de negócio, do local e da época — aproveitar-se da *inércia acumulada*²⁵⁷ pelo desenvolvimento continuado da atividade empresarial, em comparação a iniciar uma empreitada nova, na qual teria de edificar o aviamento por conta própria e partindo do zero.²⁵⁸

²⁵⁵ Ver opinião de OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 212.

²⁵⁶ Cfr. GIOVANNI E. COLOMBO, *Trattato*, pp. 174/175.

²⁵⁷ A expressão “*inércia acumulada*” foi utilizada por MARIO ROTONDI, ao tratar do aviamento, em seu *Diritto industriale*, p. 80.

²⁵⁸ Segundo WALDEMAR FERREIRA, “*Constituindo a freguesia a vida do estabelecimento e valendo ele por ela, certamente quem o adquire tem-na em mira*” — *Tratado*, p. 363. Para OSCAR BARRETO FILHO: “*O adquirente de um estabelecimento comercial tem evidente interesse em conservar sua clientela, que é um dos fatores do aviamento — modo característico de ser que se traduz na*

Para usufruir dessa *vantagem* inicial, o adquirente terá de pagar pela *mais-valia* que, como vimos, decorre da boa organização dos fatores de produção, valorizando o estabelecimento. Em outras palavras, a capacidade de produzir renda tem um valor econômico perfeitamente palpável e que, via de regra, vai considerado no preço de venda do estabelecimento, independentemente de qualquer registro contábil a respeito.²⁵⁹

Por isso, é imprescindível, para o adquirente, ter garantia sobre a integridade e a continuidade daqueles fatores do aviamento que, em sua união, compõem a organização azidual, especialmente da principal fonte do faturamento, que é a clientela.²⁶⁰ Se pagou pelo sobre-valor, é natural que pretenda garantir ao máximo a legítima expectativa de rendimento.²⁶¹

capacidade de produzir lucros – em vista do qual pagou um preço maior”, **Teoria**, pp. 241/242. JOÃO DA GAMA CERQUEIRA afirma: “O comprador não visa apenas a compra do estabelecimento com as suas mercadorias e outros elementos materiais que o compõem, mas, principalmente, à sua freguesia, a qual, com toda a probabilidade, se manteria fiel ao antigo proprietário, se este voltasse a se estabelecer com o mesmo negócio qu indústria”, **Tratado**, pp. 384/385. GIORGIO FERRARI afirma: “È di tutta evidenza infatti l’interesse del nuovo titolare dell’azienda a poter godere della clientela di essa e cioè a conseguire quel valore di avviamento che corrisponde alla clientela e in vista del quale viene normalmente pagato un maggior corrispettivo”, cfr. *Azienda (dir. priv.)*, 1ª col., p. 708. De acordo com GIOVANNI E. COLOMBO: “Intento empirico delle parti del negozio di trasferimento dell’azienda è il passaggio all’aquirente del complesso organizzato dei beni, cioè dell’insieme di beni coordinati e idonei allo svolgimento dell’impresa e per ciò stesso caratterizzati da un particolare valore (avviamento) a sua volta derivante (anche) da una – maggiore o minore – capacità di attrazione della clientela” – **Trattato di diritto commerciale**, p. 171.

²⁵⁹ BARBOSA DE MAGALHÃES afirma: “(...) se se transferir um estabelecimento, a freguesia, maior ou menor, que ele tenha, é um valor, maior ou menor, que, embora não figure no balanço, contribui para a determinação do valor do estabelecimento” – **Do estabelecimento comercial**, p. 72. Segundo GIOVANNI E. COLOMBO: “L’aquirente normalmente si attende dal negócio (e l’alienante ignora tale aspettativa, cui anzi ricollega, nei casi di alienazione onerosa, la richiesta di un più elevato corrispettivo) il subingresso nella titolarità di uno strumento idoneo all’esercizio dell’impresa, e conseguentemente l’acquisto – secondo l’espressione più comune usata, anche se giuridicamente impropria – delle clientela dell’azienda ceduta?” – **Trattato**, pp. 171/172. Para GALGANO, o titular do estabelecimento tem interesse em aumentar o valor de mercado da azienda pela capitalização da capacidade de produção de lucro daquela – **Diritto privato**, pp. 470/471.

²⁶⁰ Nessa linha, afirma FRANCESCO FERRARA JR.: “Bisogna considerare che il rendimento dell’organizzazioni aziendale è dovuto nella massima parte alle relazioni esterne com la clientela (...)” – **La teoria**, p. 372.

²⁶¹ Quando o aviamento é considerado no preço do estabelecimento empresarial, pode o adquirente anotá-lo no balanço contábil, segundo disposição do art. 2.427 do Código Civil italiano. Nesse sentido, cfr. OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, p. 209.

Como não é possível dispor fisicamente da clientela, já que não existe garantia da sua fidelidade ao estabelecimento,²⁶² tornou-se costumeiro (costume decorrente da necessidade efetiva) estabelecer cláusula restritiva da concorrência do alienante, evitando que este venha a reaver, ou desviar, parte da clientela, reduzindo o valor de mercado do complexo aziendal pela desqualificação da sua organização, o que prejudicaria o adquirente, reduzindo-lhe o patrimônio pela desvalorização do seu investimento.²⁶³

Cuida-se de praxe comercial das mais arraigadas e que faz parte de nosso direito constituindo, como teremos a oportunidade de comentar adiante.

Esse tipo de precaução daquele que adquire um complexo aziendal é plenamente justificada por diversos motivos. Em primeiro lugar, porque o alienante desfruta de uma posição privilegiada no setor econômico. Sua condição de antigo titular do estabelecimento lhe garante tal vantagem.

Geralmente, tem boa visibilidade do mercado. Sabe das suas oscilações e, muitas vezes, conhece pessoalmente tanto a clientela quanto os representantes comerciais com quem costumava negociar. Tem conhecimento das preferências e das necessidades dos seus antigos parceiros que, com a alienação do estabelecimento, passaram a ser parceiros do adquirente. Por isso, o alienante que se restabelece, no mesmo ramo e no mesmo mercado, já inicia a atividade com vantagem: conhece as características e a idiossincrasias dos fornecedores; as exigências que costumam fazer; os prazos que costumam conceder; a tolerância deles em relação ao cumprimento dos acordos comerciais; a situação econômica; a pontualidade; a confiabilidade, etc.

²⁶² Segundo o que expusemos no n° 3.2.3, não consideramos correto falar em cessão de clientela.

²⁶³ “(...) *se la clientela si disperde, la azienda si svaluta*”, cfr. FRANCESCO FERRARA JR., ob. cit., p. 372.

Sabendo como tirar proveito dessas informações mercadológicas privilegiadas, o alienante poderá ter uma certa facilidade em suplantar o novo titular, que ainda estará travando os seus primeiros contatos comerciais com o novo mercado.

Por outro lado, os clientes, fornecedores e financiadores também conhecem melhor o antigo titular. Sabem de suas qualidades e de seus defeitos gerenciais. Se a empresa teve, ao menos, relativo sucesso sob o seu comando, aqueles podem sentir-se mais seguros em trabalhar com um conhecido, facilitando e desburocratizando os negócios, proporcionando uma sensível vantagem àquele em relação ao novo titular.

Não obstante, é fato que essas vantagens, por si sós, não se mostram suficientes para justificar a vedação da concorrência pois, em geral, todos os demais competidores estabelecidos há mais tempo naquele mercado também ostentarão maiores conhecimentos sobre a sua estrutura, os clientes, fornecedores e financiadores. A diferença que qualifica a concorrência do antigo titular e justifica a sua vedação reside no fato de o alienante conhecer a intimidade do complexo material que teve em suas mãos.

Essa qualificação especial é que o torna um competidor extremamente perigoso para a continuidade e para o sucesso empresarial do adquirente da azienda: ele sabe dos pontos fortes e também das fraquezas; está a par das possibilidades de cumprimento de prazos, do faturamento e da capacidade de endividamento; tem ciência das possibilidades de crescimento e desenvolvimento da nova empresa e, muitas vezes, conhece os planos e as estratégias de expansão ou retração; está habituado com as técnicas de *marketing* e dos projetos já desenvolvidos e, algumas vezes, até dos que ainda serão implantados.

Por isso, pode conciliar os conhecimento normais do mercado, isto é, aqueles que os demais também possuem, com os conhecimentos específicos da estrutura

organizacional do concorrente, que só ele dispõe. Aproveitando-se dessa vantagem estratégica, poderá fechar os melhores negócios, tomando as posições antes ocupadas pelo estabelecimento transferido, que estará numa situação de fragilidade perante aquele. É inegável a posição privilegiada que o antigo titular desfruta frente ao novo empresário.

Nessas condições, permitir que o alienante estabeleça concorrência com o adquirente da azienda equivale a admitir que aquele, na prática, mantenha parte do valor do estabelecimento alienado, em prejuízo do adquirente,²⁶⁴ na medida em que sua atuação impedirá o novo titular da azienda consolidar-se perante a clientela. Significa, também, impedir o novo titular de gozar do complexo aziendal na mesma extensão e profundidade que o alienante desfrutava.²⁶⁵ Por isso, impedir a concorrência do ex-titular significa manter correspondência entre o preço pago e o valor que a azienda continuará ostentando após o trespassar.

O enfoque proposto não vê a proibição de concorrência como uma garantia da transferência da clientela. Conforme já discutido, a clientela não é um bem e por isso é insuscetível de ser objeto de transferência. Bem ao contrário, a técnica da proibição da concorrência do alienante deve ser encarada como um meio de viabilizar que a transferência do complexo aziendal seja a mais completa e efetiva possível, do ponto de vista do adquirente. O negócio deve ter como objeto a transferência de um corpo

²⁶⁴ Segundo ANGELO DE MARTINI, “È evidente, in tali casi, che la sua particolare posizione di imprenditore che há esercitato l’impresa com l’azienda (o parte di azienda) ceduta o data in godimento, comprendendo anche la conoscenza sia del relativo mercato e dell’inserimento in esso della medesima, sia dell’organizzazione, della clientela e persino dei segreti dell’azienda stessa, è tale che lo rende particolarmente idoneo a menomarne l’avviamento od a sfruttarlo a vantaggio della propria impresa, dopo che essa azienda (o parte di essa) sai passata ad altro imprenditore” – CORSO, p. 229. Ver, também, TULLIO ASCARELLI, *Teoria*, pp. 71/72.

²⁶⁵ GIOVANNI E. COLOMBO, “(...) l’inizio, da parte dell’alienante, di un’impresa concorrente com quella esercitata dall’acquirente mediante l’azienda trasferita è suscettibile di impedire che l’acquirente goda di quella organizzazione e di quei rapporti: ciò a causa della particolare pericolosità della concorrenza dell’alienante, che da un lato può godere di relazioni personali com fornitori e clienti tali da consentirgli di esercitare su questi una particolare attrazione, dall’altro è normalmente a conoscenza delle caratteristiche organizzative e così dei punti di forza e di debolezza dell’azienda alienata, e può grazie a tale conoscenza portare attacchi particolarmente nocivi all’avviamento di questa” – *Trattato di diritto commerciale*, p. 175. No mesmo sentido, GUIDO UBERTO TEDESCHI, *Trattato*, p. 34.

empresarial que esteja o mais próximo possível da configuração que tinha na época em que estava sob a titularidade do alienante. Com isso, espera-se estar garantindo tanto a integridade do complexo aziendal, quanto a correspondência entre o preço pago e o benefício recebido.²⁶⁶

Não se pode perder de vista que foram os fatores do aviamento que o estabelecimento apresentava na fase pré-contratual que levaram à realização do negócio. Dentre esses fatores, em geral, o mais interessante para o adquirente é exatamente a capacidade de produzir lucros.²⁶⁷

Se essa capacidade ficar reduzida por fato causado pelo alienante — o que ocorrerá, em se admitindo a concorrência daquele —, então a causa do negócio terá sido alterada. Por isso, na maioria dos casos, a concorrência do alienante do estabelecimento empresarial é inconciliável com o deveres de garantir a coisa alienada.

A doutrina vem trabalhando diversas teorias para justificar a vedação da concorrência. Não se trata, entretanto, de *instituir* uma garantia para o adquirente, posto que esta garantia já deriva, necessariamente, do próprio negócio de trespasse. O que importa, pois, é precisar a extensão dessa garantia, pois a proibição da concorrência é um *instrumento* da garantia e *não a própria garantia* ontologicamente considerada.

5.2- FUNDAMENTOS PARA A VEDAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

5.2.1- *esquadrinhamento das diversas teorias*

Muitas teorias foram desenvolvidas para justificar a proibição de concorrência do alienante do estabelecimento empresarial. Uma delas — dominante

²⁶⁶ Cfr. FRANCESCO FERRARA JR., *La teoria*, p. 37 e GIOVANNI E. COLOMBO, *Trattato*, p. 175.

²⁶⁷ OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 252.

no passado mas já abandonada²⁶⁸ — fundava-se na noção de *evicção*.²⁶⁹ Partia da premissa de que o negócio sobre o estabelecimento envolveria também a clientela. Com o restabelecimento do alienante este acabava retomando parte da clientela, a *evicção* passou a ser fundamento aparentemente adequado para garantir a obrigação de não privar o adquirente da clientela alienada. Essa visão foi abandonada quando a falsidade da sua premissa passou a ser mais aceita, negando-se a idéia de que a clientela poderia ser objeto de apropriação ou transferência.²⁷⁰

Uma outra objeção diz respeito à inadequação do conceito técnico-jurídico de *evicção* — sentença judicial em que se atribua a coisa alienada a *terceiro*, ao seu verdadeiro dono²⁷¹ — à hipótese que se mostra mais afinada com a noção de *turbação*.²⁷²

Muitos buscaram na *teoria contratual* a explicação para a vedação de concorrência: uma exigência para o devido cumprimento do contrato. O alienante que volta a exercer a mesma atividade em outro estabelecimento e em condições de competir com o adquirente, retoma o aviamento ou a clientela e, assim, falta com sua obrigação de não perturbar o uso e o gozo do que fora alienado (obrigação conexa ao dever de entregar a coisa vendida).²⁷³

²⁶⁸ Cfr. OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 243 e GIOVANNI E. COLOMBO, *Trattato di diritto commerciale*, p. 173.

²⁶⁹ Segundo MARIO ROTONDI, essa teoria floresceu na Itália anterior ao *Codice Civile* de 1942, diante da ausência de norma legal expressa, cogitando da vedação de concorrência, sendo dela partidários notáveis Professores italianos como MARGHERI, VIVANTE, SRAFFA, NAVARRINI, PIPIA, CALAMANDREI, TARTUFARI, CASTELLI AVOLIO e franceses, como AL SANHOURY, POUILLET, LYON CAEN e RENAULT, AUBRY e RAU, cfr. *Diritto industriale*, p. 399.

²⁷⁰ GIOVANNI E. COLOMBO, *Trattato di diritto commerciale*, pp. 172/173. MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, pp. 399/400.

²⁷¹ Cfr. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado*, vol. 6, 2ª parte, n° 668, p. 82; SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, p. 122 e ORLANDO GOMES, *Contratos*, n° 71, p. 116. Segundo o civilista bahiano, o vocábulo *evicção* vem do latim *evictio*, que significa recuperação judicial da coisa, exaltando a inaplicabilidade do conceito à hipótese, *idem ibidem*.

²⁷² Nesse sentido, cfr. GIOVANNI E. COLOMBO, *Trattato di diritto commerciale*, p. 173, esp. nota n° 6. PASCUAL DE GUGLIELMO, *Tratado*, pp. 17/18.

²⁷³ Cfr. exposição de JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU sobre Portugal, *Da empresarialidade*, p. 356.

O erro dessa concepção foi deixar-se seduzir pela simplificação de ver a clientela como um bem disponível.²⁷⁴ Quando se considera o aviamento (e não a clientela) como o elemento turbado, a refutação é outra. As críticas, nesse caso, partem dos conceitos de aviamento objetivo e subjetivo.²⁷⁵ Como este último decorreria de fatores pessoais do alienante, não seria transferível ao adquirente e, portanto, tornar-se-ia incorreto falar em *retomada* do que não fora transferido.²⁷⁶

Porém, segundo expusemos no item 3.1.3, o aviamento é uno; várias são as suas fontes, que podem ser *objetivas e subjetivas*, conforme provenham da própria organização ou das características pessoais do antigo titular. Entretanto, uma vez manifestado, o aviamento amalgama-se ao próprio estabelecimento, incorporando-se a ele e dele tornando-se uma qualidade. Por isso, a atração que o aviamento subjetivo exerce sobre a clientela beneficia a organização, e age de forma contínua e inercial, exceto se a fonte subjetiva passar a exercer a sua *vis atractiva* em benefício de outro estabelecimento.²⁷⁷ Daí porque a intransmissibilidade da fonte subjetiva do aviamento, segundo nosso pensamento, não desqualificaria a *turbação* do alienante e, portanto, não negaria a validade dessa teoria.

Freqüentemente invoca-se o *princípio da boa-fé* como justificativa da restrição à concorrência do alienante.²⁷⁸ Ligada à teoria contratual, este fundamento

²⁷⁴ Nesse sentido é a crítica de GIOVANNI E.COLOMBO, ob. cit., p. 173.

²⁷⁵ Cfr. item nº 3.1.3 supra. Sobre a transferência do aviamento, cfr. ANGELO DE MARTINI, *Corso*, pp. 226/228.

²⁷⁶ MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, pp. 400/401.

²⁷⁷ Daí porque discordamos, nesse aspecto, dos argumentos do Professor OSCAR BARRETO FILHO, para quem a clientela seguiria o antigo titular em seu estabelecimento “*pelo hábito e pela rotina*” (*Teoria*, p. 243). Segundo nossa maneira de ver, a rotina conduziria exatamente ao resultado contrário, fazendo com que a clientela se mantivesse mais ligada ao estabelecimento. Não obstante, caso o antigo titular venha a se restabelecer em condições de abrir concorrência com o adquirente, ele certamente desviará parte da clientela, não pelo hábito, mas pelas suas qualidades intrínsecas e, especialmente, pelo seu privilegiado conhecimento do mercado específico e dos seus participantes (aí incluídos os clientes), conhecimento esse adquirido durante o período em que atuava com a outra azienda.

²⁷⁸ Segundo JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, este seria o argumento predominante na Espanha e na Alemanha – *Da empresarialidade*, nota 927, p. 356. MARIO ROTONDI vê esse fundamento como principal para os franceses, *Diritto industriale*, p. 402. Cfr., ainda, as opiniões de GUIDO UBERTO TEDESCHI, *Trattato*, p. 35 e a descrição feita por PASCUAL DE GUGLIELMO, *Tratado*, pp. 16/17.

já se tornou clássico devido à doutrina de CARVALHO DE MENDONÇA, fundada no art. 214 do Código Comercial, que imputa ao vendedor a obrigação de fazer boa a coisa ao comprador, impedindo a prática de atos turbatórios, entrecoloca-se o restabelecimento.²⁷⁹

TULLIO ASCARELLI, a seu turno, também escreveu que o princípio da boa-fé nos contratos impede a concorrência *qualificada* do antigo titular²⁸⁰ (sobre a periculosidade da concorrência, falaremos no item seguinte).

Alguns autores concluíam que a competição exercida pelo alienante caracterizaria concorrência desleal.²⁸¹ ASCARELLI e FERRARI, entre outros, criticam essa teoria, porque a proibição de concorrência afeta apenas uma atividade específica, exercida em condições não incluídas entre as típicas atividades consideradas concorrência desleal. Além disso, a imposição dessa restrição decorre de um contrato e não de normas que estabelecem responsabilidade extracontratual, como sucede com as leis que incriminam os atos tipificados como de concorrência desleal.²⁸² Para WALDEMAR FERREIRA, a invalidade dessa teoria decorreria do fato de que a lei não prevê o restabelecimento do alienante como hipótese de concorrência desleal.²⁸³

JAMES L. HOPKINS também invocava o princípio, mas para justificar a deslealdade da concorrência praticada naqueles termos – **Law of unfair trade**, p. 142.

²⁷⁹ **Tratado**, vol. 6, 2ª parte, pp. 79/81. Cfr., também, WALDEMAR FERREIRA, **Tratado**, vol. 7, p. 359.

²⁸⁰ **Teoria**, pp. 73/74.

²⁸¹ JAMES L. HOPKINS, **Law of unfair trade**, p. 142. PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, vol. XV, p. 378. JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, **Tratado**, p. 384.

²⁸² **Teoria**, p. 73.

²⁸³ **Tratado**, vol. 7, p. 364 e ss. A lei não previa ao tempo em que WALDEMAR FERREIRA escreveu o comentário, assim como não prevê atualmente. Sobre a desinteligência entre este autor e PONTES DE MIRANDA (ob. cit. acima), quando este último conclui que a vedação ao restabelecimento se enquadra na regra geral contida no parágrafo único do art. 178 do revogado Código de Propriedade Industrial (Dec.-Lei nº 7.903/45), nesse sentido, cfr. OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, pp. 250/251.

Outros falam que o restabelecimento do antigo titular seria “*um ato ilícito de natureza contratual*”,²⁸⁴ fórmula aberta que, a rigor, poderia ser encaixada na maioria das diversas fundamentações acima descritas.

5.2.2- *obrigação de garantia do alienante: a nossa opinião*

Depois desse apanhado das diversas teorias, construídas por mentes diferentes e à luz de distintas ordenações jurídicas, passamos a expor a nossa maneira de ver essa questão. Percebemos uma certa reincidência nos argumentos. Muitos estão aproveitados em diversas teorias diferentes, ora em lugar de destaque, ora como coadjuvantes. Em umas são referidos objetivamente e, em outras, são apresentados com nuances próprias, dependendo da peculiaridade que cada autor procurou dar à sua explicação, acentuando aspectos que lhe pareceram mais relevantes, de acordo com a cultura de cada um. Tal circunstância nos faz pensar que — talvez pela própria especificidade de cada visão — a validade de uma não signifique, necessariamente, a invalidade das outras.

Parece-nos que os diferentes argumentos não são necessariamente excludentes entre si. Na verdade, vamos no sentido oposto. Os argumentos recorrentes efetivamente contribuem para justificar a interdição à concorrência, ainda que sozinhos sejam incapazes de expressar toda a extensão dessa obrigação. E, além de não serem excludentes, aqueles fundamentos recorrentes são complementares entre si, merecendo uma tentativa de sistematização deles numa teoria única. Essa é a proposta para esta parte do presente estudo.

Com o trespasse, surge para o alienante a obrigação de *entregar*, ao adquirente, o estabelecimento transacionado na sua mais completa estruturação. Como vimos, o complexo aziendal geralmente é composto por elementos

²⁸⁴ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, p. 290.

heterogêneos: bens, direitos e outros fatores (tais como as prestações, os serviços, etc., cfr. item 2.4.2).

A entrega dos bens corpóreos normalmente exaure-se com a tradição; a dos bens imateriais, com a entrega dos documentos de registro e dos demais elementos eventualmente necessários para a sua utilização. Entretanto, não esgotam aí as prestações devidas pelo trespassante. A entrega dos bens materiais e imateriais não é suficiente para garantir a transferência do estabelecimento em toda a sua magnitude, pois, como vimos, ele é algo mais do que a simples soma dos seus elementos componentes (cfr. itens 2 e 3 acima).

O trespasse é um negócio complexo, que envolve um plexo de direitos e de obrigações nele representadas e que impõem ao alienante²⁸⁵ uma variedade de comportamentos ativos e comissivos, necessários para que as obrigações, implícitas e explícitas decorrentes do contrato, possam ser consideradas efetivamente cumpridas. Por exemplo, havendo um imóvel entre os bens aziendais, aquele terá a obrigação de outorgar escritura pública para viabilizar a sua transferência, mesmo que nada conste do contrato especificamente a respeito dessa específica obrigação. Ou, ainda, compete ao antigo titular informar, ao adquirente, os detalhes sobre o funcionamento da organização, para que este possa extrair o máximo proveito do estabelecimento adquirido. A primeira é uma obrigação ligada à entrega da coisa e a segunda, ligada à sua fruição.

Outras obrigações também se impõem para garantir que o adquirente receba o estabelecimento em situação de uso e gozo equivalente à que o antigo titular desfrutava quando o negócio foi entabulado como, p. ex., a proibição de concorrência do alienante. Se os dois primeiros exemplos não geram maiores dúvidas

²⁸⁵ Segundo PASCUAL DE GUGLIELMO, falando da realidade argentina, é “*lo que sanciona el art. 1º de la ley 11.867, que no fracciona la transferencia del fundo de comercio en tantas relaciones cuantos son los elementos que lo componen, sino que los combina y coordina en único valor, que es objeto único de un único contrato*” – *Tratado*, p. 18.

ou indagações, o mesmo não se pode dizer do vedo à concorrência do alienante. E aqui entram os conceitos teóricos cuja sistematização ora é pretendida.

Esperamos ter demonstrado no item 5.1 acima que, em virtude dos conhecimentos específicos que guarda sobre seu antigo estabelecimento, o alienante exercerá concorrência qualificada e demasiado perigosa, caso venha a restabelecer-se competindo com o novo titular. O aspecto principal dessa periculosidade não reside tanto na manutenção da fonte subjetiva de aviamento na pessoa do alienante,²⁸⁶ pois essas qualidades empresarias todos os empresários devem possuir em maior ou menor grau; portanto, ainda que tenham uma certa importância, não pode ser reputada como o principal elemento dessa vantagem especial que o alienante tem em relação ao adquirente.

Para nós, a periculosidade decorre do específico conhecimento que o antigo titular guarda sobre a *organização* do estabelecimento empresarial, seus segredos, seus pontos fortes e fracos, a qualidade dos serviços que recebe, etc. Em virtude dessa vantagem inicial, o ex-titular terá certa facilidade em desviar uma parcela, talvez muito relevante da clientela do seu antigo estabelecimento, para a sua nova empresa.

Porém, reduzir a clientela de uma empresa é reduzir a sua capacidade de produção de renda, vale dizer, é diminuir uma das qualidades da organização empresarial, qual seja, o aviamento. Mas se o aviamento é, como visto no item 3.1, a

²⁸⁶ Conforme vimos no item 3.1.3, a fonte subjetiva origina-se dos dotes e das qualidades pessoais do empresário, que atrai clientes e impressiona positivamente os fornecedores e financiadores. Sobre os dotes que fazem de uma pessoa um *verdadeiro empresário*, conferir, novamente, ALFREDO LAMY FILHO, *Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização*, p. 94. Essa fonte não segue o estabelecimento, pois é inerente à pessoa humana. É, portanto, intransmissível. O que segue o estabelecimento é o aviamento unitariamente considerado, ainda que originado da fonte subjetiva.

medida de valor do estabelecimento,²⁸⁷ concluímos que reduzir a clientela de um estabelecimento empresarial equivale a reduzir o seu valor de mercado.²⁸⁸

Mas, como procuramos demonstrar na primeira parte deste trabalho (especialmente no item 2.1), quem adquire um estabelecimento empresarial espera receber um conjunto orgânico de bens, concebidos como instrumento de uma atividade, exercida com um objetivo geralmente lucrativo.²⁸⁹ Se o sistema protege a integridade do estabelecimento em circulação, é porque não encara o negócio de trespasse como uma mera transferência de bens desconexos, mas sim, de uma forma especial, como a transmissão de um complexo concebido em função da sua capacidade de produção de riqueza e em consideração à quantidade de riqueza que ele normalmente produzia.

Logo, a transferência do estabelecimento envolve, na falta de estipulação em contrário, a transferência da organização em sua mais completa extensão, garantindo ao adquirente as condições necessárias para que esse possa explorar o complexo integralmente, ultrapassando a simples consideração individualizada dos seus elementos para atingir a capacidade daquele estabelecimento gerar riqueza ao seu titular²⁹⁰

Por isso, desviar a clientela é, em última análise, descumprir o contrato de trespasse, na medida em que o alienante, por esse subterfúgio, retoma parte do valor

²⁸⁷ **La teoria**, nº 25, p. 62.

²⁸⁸ Nesse sentido, v. item 5.1 acima. Cfr. WALDEMAR FERREIRA, **Tratado**, p. 363; OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, pp. 241/242; GIORGIO FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, 1ª col., p. 708; GIOVANNI E. COLOMBO, **Trattato di diritto commerciale**, p. 171; BARBOSA DE MAGALHÃES, **Do estabelecimento comercial**, p. 72 e FRANCESCO FERRARA JR., **La teoria**, p. 372.

²⁸⁹ Para alguns, a busca do lucro não é vista como elemento inerente à atividade empresarial, o objetivo pode ser encarado como “mercadológico-funcional”, cfr. nota 50.

²⁹⁰ “*La entrega del establecimiento implica, desde luego, la de los singulares elementos que materialmente lo integran. Mas como el valor de establecimiento incluye también el de la organización como cualidad inseparable del mismo, la obligación de entrega del vendedor no se agota con la entrega o puesta a disposición de los distintos elementos integrantes de aquél, sino que comprende también la obligación de situar al adquirente en condiciones de utilizar y explotar dicha organización y el crédito del establecimiento frente a la clientela*” – RODRIGO URÍA, **Derecho mercantil**, pp. 672/673.

do estabelecimento e o transfere para sua nova empresa, valorizando o seu novo investimento à custa da desvalorização do investimento do adquirente com quem havia contratado. Na prática, o alienante recebe por um valor que, por ato próprio, não permitiu ao adquirente usufruir: esse valor é exatamente a lucratividade da empresa transferida, que desaparece com a competição qualificada do antigo titular. Essa atitude choca-se com a exigência de boa-fé no cumprimento dos contratos, como notaram diversos teóricos.

Continuando o raciocínio — e ainda procurando sistematizar os fundamentos recorrentes — transferir para a nova empresa do antigo titular uma parcela do valor do estabelecimento é inquietar a fruição da organização empresarial, impedindo acesso a fatores do estabelecimento que, pela sua natureza instrumental, reflete negativamente no desempenho da atividade empresarial como um todo, reduzindo também a sua funcionalidade e, mais uma vez, refletindo negativamente no seu valor.

Por outro ângulo, sendo o negócio de trespasse realizado por um contrato misto que inclui a compra-e-venda, aplica-se-lhe o art. 214 do Código Comercial, que impõe a obrigação de o vendedor fazer boa a coisa vendida ao comprador, o que equivale a impor-lhe a obrigação de transmiti-la em sua integridade e permitir ao comprador usufruí-la com a mesma intensidade que era desfrutada pelo vendedor antes do negócio. Logo, a conquista da clientela do estabelecimento alienado equivale a um ilícito contratual, conforme defendeu BARBOSA DE MAGALHÃES.²⁹¹

Nesse ponto já podemos concluir, afirmando que permitir ao antigo titular usar sua condição privilegiada para desviar, para sua nova empresa, parte da clientela do estabelecimento cedido — reduzindo a sua funcionalidade, sua capacidade lucrativa e, mesmo, os lucros efetivos daquela — é criar um evidente embaraço à fruição plena do que fora alienado, reduzindo o seu valor de mercado. Tudo agravado pelo fato de que a desvalorização se opera em benefício direto do próprio alienante.

²⁹¹Do estabelecimento comercial, p. 290.

Resumindo: a concorrência qualificada diminui o valor de mercado do estabelecimento, pelo desvio de clientela, que reduz a sua capacidade de produzir lucro. Tal prática é contrária à boa-fé inerente à execução dos contratos, pois impede ao adquirente a completa fruição do estabelecimento alienado, o que, em última análise, vicia a conclusão do trespasse, caracterizando um ilícito contratual.

5.2.3- obrigação implícita mas derogável

Pelas características que acabamos de examinar, pode-se afirmar que a vedação da concorrência é uma decorrência natural do trespasse e, por isso, não depende de nenhuma previsão contratual expressa para incidir sobre um negócio dessa natureza.²⁹² Caso contrário, o trespasse não disporia de uma eficiência

²⁹² Nesse sentido, CARVALHO DE MENDONÇA, em doutrina clássica, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, p. 8.; OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, pp. 251/252; JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, *Tratado*, pp. 386/388; FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 230; ALFREDO ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito comercial*, p. 149; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, pp. 287/289; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 355; TULLIO ASCARELLI, *Panorama*, p. 204; MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*, p. 403; ANGELO DE MARTINI, *Corso*, p. 228; GIOVANNI E. COLOMBO, *Trattato*, p. 146 e GUIDO UBERTO TEDESCHI, *Trattato di diritto privato*, p. 35. Para FRANCESCO FERRARA JR., é norma supletiva, aplicável sempre que o contrato não dispuser em sentido contrário. Segundo ORLANDO DE CARVALHO, a obrigação é reconhecida implícita no negócio de alienação do estabelecimento na França desde o primeiro quartel do século XIX, na Itália desde muito antes do Código Civil e, além desses, também na Alemanha, Áustria, Suíça, Bélgica e até nos países anglo-saxônicos (após o caso *Trego vs Hunt*, de 1896). Segundo esse autor, assim também é no Japão, em virtude de norma legal expressa. Na nota 35, cita extensa lista doutrinária em apoio à tese, cfr. **Critério e estrutura do estabelecimento comercial**, p. 401 e ss. Por outro lado, *são contra esse entendimento*, concebendo que o contrato deve prever a restrição: RUI BARBOSA, em clássica doutrina desenvolvida em célebre memorial apresentado perante o Supremo Tribunal Federal no caso da Cia. Nacional de Tecidos de Juta contra Cia. Paulista de Anigagem e Conde Álvares Penteado – *As cessões de clientela*, **Obras completas**, vol. XL, tomo I, 1948, Rio, Min. da Educação e Saúde. WALDEMAR FERREIRA, afirma tratar-se de renúncia de direito que, portanto, deve ser expressa – *Tratado*, vol. 7, p. 366. Cfr. RUBENS REQUIÃO, *Curso*, p. 254. MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA também parece comungar dessa visão – **Valor da clientela**, p. 107. Em seu *The law of unfair competition*, JAMES L. HOPKINS afirma: “*The vendor of the good-will of a business may, in the absence of any agreement to the contrary, re-engage in a similar business in some other place*”. Adiante, arremata: “*Even in absence of express stipulation, good faith requires of a party who has sold the good-will of his business that he should do nothing which tends to deprive the purchaser of its benefits and advantages*”, p. 142. Entretanto, na p. 143 informa: “*A contract not to re-engage in business must, like any other contract, be founded on a sufficient consideration or it will not be enforced*”.

completa. Cuida-se, portanto, de uma obrigação implícita²⁹³ ou, para usar outra nomenclatura, uma condição subentendida.²⁹⁴

Apesar de a interdição da concorrência ser decorrência natural do negócio de trespasse e não obstante a sua inegável relevância para a plena execução do contrato dele derivado, não se trata de uma obrigação essencial. A vedação da concorrência não tem em mira a defesa de nenhum interesse de terceiros, mas apenas garantir a plenitude do uso e da fruição do estabelecimento transferido em benefício do adquirente. Portanto, trata-se de um interesse material e disponível, sem caráter imperativo. Cuida-se, portanto, de obrigação derogável,²⁹⁵ seja pela soberana vontade das partes, seja pelas circunstâncias do negócio ou, como veremos adiante, pelas características próprias ao mercado no qual é exercida a atividade empresarial (ver no item 7.4 a hipótese de a vedação ser contrária ao interesse público relevante).

Resta verificar se a exclusão da proibição de concorrência resulta na descaracterização do negócio assim realizado, que deixaria de ser considerado verdadeiro trespasse do estabelecimento empresarial, como afirma ASCARELLI.²⁹⁶

²⁹³ Invoca-se, também, o art. 214 do Código Comercial como fundamento legal para o impedimento da concorrência do alienante, no sentido de justificar a natureza implícita dessa obrigação. Essa regra estava na base da doutrina de CARVALHO DE MENDONÇA, sustentada no célebre caso da Cia. Nacional de Tecidos de Juta. Para o Mestre, “*Uma das garantias devidas pelo vendedor é fazer boa ao comprador a coisa vendida, e não inquietá-lo na sua posse e domínio (Cód. Comercial, arts. 214 e 215)*”. E, adiante, complementa: “*Assim determina o art. 214 do Cód. Comercial, firmando esta garantia como decorrente do contrato*” – **Tratado**, vol. VI 2ª parte, p. 158. Também fundamenta a vedação da concorrência nesta disposição do Código Comercial o Professor ALFREDO ASSIS GONÇALVES NETO – **Direito comercial**, p. 149.

²⁹⁴ Isto é, condição decorrente da natureza da obrigação contraída ou imposta por força da equidade ou dos costumes, decorre do princípio de boa-fé na execução dos contratos. Cfr. ORLANDO GOMES, **Contratos**, nº 21, p. 49.

²⁹⁵ GIOVANNI E. COLOMBO, **Trattato**, nº 47, p. 176 e ss. ANGELO DE MARTINI, **Corso**, p. 228. Para MARIO ROTONDI, a obrigação de não concorrência é uma presunção *iuris tantum*, i.e., seria implícita mas derogável – **Diritto industriale**, p. 403. Cfr. GUIDO UBERTO TEDESCHI, **Trattato**, p. 35 e GIORGIO FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, p. 709, 1ª col. Para ASCARELLI, cuida-se de norma derogável, mas da derrogação decorreria a descaracterização do trespasse e da consideração unitária dos bens transferidos, **Teoria**, pp. 77/78. Essa questão se põe especialmente em países como a Itália, onde a obrigação decorre explicitamente da lei. Para um detalhado estudo comparado dessa questão, no direito e na jurisprudência, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, **Critério e estrutura do estabelecimento comercial**, nota 160, pp. 507/512; BARBOSA DE MAGALHÃES, **Do estabelecimento comercial**, p. 290 e LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, **La empresa**, pp. 158/159.

²⁹⁶ Para ele, a exclusão do impedimento à concorrência “*implica também a exclusão da consideração unitária dos bens como instrumentos de uma atividade empresarial devendo-se, então, ver no*

Não nos parece que a simples permissão ao alienante de concorrer com o adquirente do estabelecimento alienado acarrete a desqualificação do negócio jurídico em questão. Uma avença com tais características pode decorrer dos mais variados fatores: em troca da concessão dessa liberdade ao alienante, o novo titular da azienda pode ter negociado um preço mais reduzido, desconsiderando a sua efetiva capacidade de produção de renda no momento da realização do negócio. E por quê ele faria isso? Por diversas razões, já que são muitas as variáveis que podem influenciar a conformação do negócio de *trespasse*: o adquirente pode ter considerado mais vantajoso, pela realidade do mercado, investir essa diferença de preço na modernização do estabelecimento, o que lhe permitiria concorrer em melhores condições e, até, desqualificando a vantagem desfrutada pelo alienante de conhecer os meandros do estabelecimento alienado; ou o mercado pode ser tão fluído, com múltiplos competidores, que o surgimento de mais um não seria uma ameaça; também pode acontecer de os custos do restabelecimento do alienante serem tão elevados, que desestimulariam uma nova empreitada; ou talvez o adquirente considere, por sua experiência empresarial, ser insignificante o “*aviamento subjetivo*”²⁹⁷ do alienante ou o seu nível de conhecimento das características do estabelecimento alienado; etc.

Por isso, consideramos não ser a vedação da concorrência do alienante o elemento que caracteriza um negócio como *trespasse*. Maior importância deve ser outorgada à perquirição se a vontade das partes era a de transmitir um complexo de bens interligados por liame teleológico-funcional, capaz de sustentar a realização da atividade empresarial nas condições visadas pelo adquirente (cfr., a propósito, o item 1.2.2).

negócio não uma venda do estabelecimento, senão uma venda dos bens individuais, considerados coletivamente, e não unitariamente” – Teoria, p. 78, em tradução livre.

²⁹⁷ A expressão “*aviamento subjetivo*” foi colocada propositalmente entre aspas porque, como já explicitado, não existem dois aviamentos (um *subjetivo* e outro *objetivo*), mas duas fontes de *aviamento*, cfr. item 3.1.3 retro.

Se este considera, partindo da sua intuição própria de empresário,²⁹⁸ ser vantajoso abrir mão dessa obrigação natural ao traspasse, se entende que será capaz de usufruir plenamente de seu estabelecimento mesmo sofrendo a concorrência do alienante, descabe descaracterizar um negócio que é fruto da vontade livremente manifestada por duas partes perfeitamente capazes.

Além disso, a liberação da concorrência, por si só, não desnatura a unidade da azienda porque essa decorre do nexó ontológico existente entre os elementos que a compõem e o exercício da atividade, e não da sua lucratividade. Mantido o liame funcional, não vemos porque desconsiderar a unidade do complexo empresarial transferido. Não vemos porque descaracterizar o negócio como traspasse.

O disposto no art. 214 do Código Comercial conduz à essa mesma conclusão ao permitir ao adquirente declarar, no contrato, ser do seu conhecimento “o perigo”,²⁹⁹ afirmando que “*toma sobre si o risco*”. Curiosamente, o próprio CARVALHO DE MENDONÇA — que fundamentou ser implícita a interdição da concorrência nesse mesmo dispositivo legal — entende que a vedação da concorrência subsiste “*ainda que as partes estipulem o contrário, o que envolveria dolo*”.³⁰⁰

Parece mais afinada com a realidade do estabelecimento e com a liberdade empresarial constitucionalmente garantida a teoria que entende possível a exclusão contratual da obrigação implícita de não concorrência, devida pelo alienante do estabelecimento comercial.

²⁹⁸ À qual ALFREDO LAMY FILHO chamou de “*capacidade empresarial*” em seu *Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização*, p. 94.

²⁹⁹ Aqui representado pela possibilidade de o alienante estabelecer concorrência.

³⁰⁰ *Tratado*, vol. 6º, 2ª parte, p. 82.

5.3- VIOLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA

Como esperamos ter demonstrado, a proibição da concorrência é natural ao trespassar, porque é condição de adimplemento do contrato. Consubstancia-se em uma obrigação de não fazer, de natureza pessoal. Por isso, a violação dessa obrigação é um ilícito contratual³⁰¹ e permite ao adquirente requerer a rescisão do contrato, sujeitando o alienante ao pagamento de perdas e danos (CC, arts. 1.056 e 1.092, parágrafo único).³⁰²

Por outro lado, sendo o principal efeito dos contratos a criação de obrigações, às quais as partes contratantes ficam adstritas, se houver inexecução da prestação, pode a parte inocente exigir do outro o cumprimento da prestação prometida. Segundo SILVIO RODRIGUES, “*De fato, se o inadimplemento resulta de culpa de um dos contratantes, a lei concede ao outro uma alternativa. Com efeito, pode ele: a) exigir do outro contratante o cumprimento da avença; ou b) pedir judicialmente a resolução do contrato*”.³⁰³ Assim, é também possível forçar a execução contratual mediante a exigência de cessação da atividade concorrente,³⁰⁴ pela via judicial, na forma do CPC, art. 642.

³⁰¹ Nesse sentido, cfr. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, p. 290; LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *La empresa*, p. 154. BARBOSA DE MAGALHÃES admite, ainda, a aplicação analógica das sanções previstas na lei portuguesa de propriedade intelectual, *idem ibidem*. Mesma opinião tem GIOVANNI E. COLOMBO, *Tratatto*, p. 221, citando AULETTA e ANGELO DE MARTINI. Neste sentido, cfr. ainda, LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, comentando a lei de Honduras, *La empresa*, pp. 157/158. Entre nós, WALDEMAR FERREIRA defendeu o oposto: “*Não tendo o Código [de Propriedade Intelectual antigo] incluído o restabelecimento do vendedor entre os casos de concorrência desleal, o que natural e logicamente se infere é não constituir o restabelecimento, por si só, nenhuma deslealdade. Se como tal pudesse qualificar-se, ter-se-ia incluído entre os crimes daquele gênero; e isso não aconteceu*” – *Tratado*, vol. 7, p. 364.

³⁰² OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 255. TULLIO ASCARELLI, *Teoría*, p. 78. GIOVANNI E. COLOMBO, *Tratatto*, pp. 220/221. FRANCESCO FERRARA JR., *La teoria*, p. 376. GUIDO UBERTO TEDESCHI, *Tratatto*, p. 35. GIORGIO FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, p. 714, 2ª col. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 357. PASCUAL DE GUGLIELMO, *Tratado*, pp. 19/20. LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *La empresa*, p. 157.

³⁰³ *Direito civil*, vol. 3, p. 87. Cfr., também, ORLANDO GOMES, *Contratos*, p. 201 e MARIA HELENA DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3, pp. 82/83.

³⁰⁴ TULLIO ASCARELLI, *Teoria*, p. 78. GIOVANNI E. COLOMBO, *Tratatto*, p. 221. PASCUAL DE GUGLIELMO, *Tratado*, pp. 19/20. FRANCESCO FERRARA JR., *La teoria*, p. 376. GIORGIO FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, p. 714, 2ª col. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 357. Em Honduras, a possibilidade de sustação da atividade concorrente decorre do próprio Código

5.4- PROJETO DE CÓDIGO CIVIL E LEGISLAÇÃO COMPARADA

O problema da concorrência do alienante do estabelecimento comercial vem sendo enfrentado de longa data e em diversos países. Algumas ordenações jurídicas cuidaram de positivizar esse impedimento. Em outros lugares, ainda se estuda a adoção do instituto, que constam em projetos de lei, como é o caso do Brasil. Mas, na maioria das vezes, a proibição da concorrência decorre da construção pretoriana.³⁰⁵

A Itália conta com a mais ilustre previsão legal, incontáveis vezes citada neste e em tantos outros trabalhos. Dispõe o art. 2.557 do *Codice Civile*: “*Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta*”.

Também Honduras conta com uma regra semelhante, em vigor desde o ano de 1950. O art. 653 de seu *Codigo de Comercio* sanciona: “*Quien anajena una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transmisión, de iniciar una nueva empresa que por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa transmitida*”. A inspiração do paradigma europeu é evidente.

Num primeiro cotejo dos dois dispositivos legais, podemos ser levados a intuir uma aparente evolução da dicção adotada pela legislação hondurenha: a lei italiana refere-se à “*cessão da clientela*”, uma noção devidamente abandonada pela melhor doutrina há tempos; enquanto a lei centro americana valeu-se da expressão “*clientela de la empresa transmitida*”, que parece contar com uma técnica mais

de Comércio, art. 428, segundo informa LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA, *La empresa*, p. 157. Contra, BARBOSA DE MAGALHÃES, afirmando ausência de disposição legal permissiva. Não obstante admite que, pela utilização analógica do Código de Propriedade Industrial, poder-se-ia chegar ao encerramento do estabelecimento concorrente, *Do estabelecimento comercial*, pp. 290/291.

³⁰⁵ Cfr. exaustiva enumeração em ORLANDO DE CARVALHO – *Critério e estrutura*, nota 35, pp. 401/404.

depurada, pois evitaria partir da concepção de que a clientela pudesse ser objeto de apropriação ou alienação (cfr. item nº 3.2.3). Mas essa evolução é apenas aparente.

Em outro dispositivo, a lei hondurenha afirma claramente que a transmissão da empresa implica na transmissão da clientela, rompendo com a doutrina mencionada.³⁰⁶

Segundo consta, o Japão já dispunha de regra específica sobre essa questão no Código de Comércio de 1899, arts. 22º e 23º. O primeiro deles dispunha que: “*No caso de o estabelecimento ser alienado com a firma e se as partes não exprimiram outra vontade, o vendedor não pode fazer o mesmo comércio, na mesma comuna, durante um período de vinte anos*”. O artigo seguinte estendia a regra a todos os casos de alienação de estabelecimentos, mesmo que o negócio não fosse acompanhado da firma. Essas normas foram mantidas na revisão de 1951, mas passaram para os arts. 24º e 25º.³⁰⁷

Em Portugal, um projeto de lei apresentado ao Senado estabelecia ser “*expressamente proibido, de futuro, pôr nos contratos condições ou cláusulas que inibam os contratantes ou lhes restrinjam a liberdade de exercer qualquer ramo de comércio ou indústria dentro do país, sob qualquer forma que seja*”. Chegou a ser publicado no Diário do Governo, mas nunca foi discutido pelo parlamento.³⁰⁸

Já o nosso Projeto de Código Civil torna explícita a proibição da concorrência do alienante do estabelecimento empresarial, no art. 1.146, cuja redação é a seguinte: “*Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência*”. Vê-se, pois, que, para o nosso direito constituendo, a proibição da concorrência é encarada

³⁰⁶ LAUREANO F. GUTIÉRREZ FALLA comenta o dispositivo afirmando que “*la ‘clientela’ fue uno de los elementos principales transferidos com la empresa cedida de acuerdo com el art. 648, II del Cód. de Comercio*” – **La empresa**, p. 157.

³⁰⁷ Conforme ORLANDO DE CARVALHO, **Crítério e estrutura**, p. 404, nota 35.

³⁰⁸ Segundo BARBOSA DE MAGALHÃES, **Do estabelecimento**, pp. 283/284, nota 128.

como um efeito natural do trespasse, cuja incidência independe de previsão contratual expressa.

Pela sistemática prevista no Projeto, será permitida a derrogação da obrigação pela vontade das partes, sem que isso descaracterize a unicidade do negócio, garantindo a transferência global do complexo azieldal também nessa hipótese (ver item 5.2.3).

Uma evolução do Projeto é a utilização da expressão *alienação* para se referir ao negócio de transferência da titularidade do estabelecimento. Por ser uma expressão genérica, é mais adequada do que *cessão* ou *venda*, que possuem significados jurídicos próprios e que não exprimem todas as relações envolvidas no trespasse (ver item 4.3.2).

A exemplo da lei italiana, o Projeto fixou o prazo de cinco anos para a subsistência dessa obrigação de não concorrência.

Diferentemente dos modelos precedentemente citados, o Projeto não se vale da fórmula “desvio de clientela” nem menciona que a vedação da concorrência incide apenas quando houver identidade no objeto de exploração ou na área em que a atividade estiver vedada. O legislador recorreu diretamente ao conceito de concorrência, avançando em relação aos paradigmas citados posto que este refere-se mais diretamente à atividade e não à consequência da atividade (o desvio), ainda que, na prática, a fórmula italiana não deixe de, inexoravelmente, mesmo que de forma indireta, conduzir à proibição do exercício da atividade concorrente.³⁰⁹

A expressa referência à disciplina jurídica da concorrência pelo Projeto é uma evolução, pois se trata de um conceito jurídico mais moderno, caracterizado por ASCARELLI, como “disciplina da atividade”³¹⁰ e cujos contornos legais e doutrinários

³⁰⁹ Cfr. TULLIO ASCARELLI, *Teoría*, p. 73.

³¹⁰ Ob. cit., p. 74.

já estão bastante desenvolvidos, tanto em nosso país quanto no exterior, sendo suficientes para atingir os objetivos da regra, dispensando a explicitação do objeto e do espaço em que a atividade concorrente fica proibida.

Como veremos no item 7, a disciplina jurídica da concorrência já prevê sistemas e mecanismos próprios para a verificação do mercado em consideração, com um refinamento tal que o *Codice Civile* desconhece. Por isso, quando o Projeto estipula que “o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente”, faz expressa remissão a todo um avançado arcabouço doutrinário e jurisprudencial que passa a ter total pertinência na delimitação dessa obrigação (cfr. item 7.2), o que, no nosso modo de ver, significou um avanço do Projeto em relação à sua fonte de inspiração, onde essa remissão não desponta com a mesma evidência, ainda que também lá seja essa a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo legal.

6- A ADEQUAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA CONCORRÊNCIA

6.1- PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA CONCORRÊNCIA

6.1.1- livre iniciativa

A Constituição de 1988 menciona a livre iniciativa em duas oportunidades: no inc. IV do art. 1º, onde estão declarados os princípios fundamentais da República, e no *caput* do art. 170, onde é tratada a ordem econômica.³¹¹

Livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares e estão relacionados no art. 170, inc. IV, da Constituição, como princípios conformadores da ordem econômica.

Os princípios constitucionais têm dupla função: inspirar e harmonizar, em seu leito, a interpretação de todas as normas do campo econômico e impor ao legislador o dever de explicitar o princípio em normas que lhe dêem substância e efetividade (eficácia afirmativa, cfr. item 5.2.3).³¹²

O princípio da livre iniciativa incide em duas vertentes: na primeira como direito, conferido a todo indivíduo, de livremente ingressar, permanecer, mudar (ou se retirar) de um determinado mercado — ou mesmo do jogo econômico —, em igualdade de condições com seus semelhantes. Decorre daí o direito de não se sujeitar a nenhum tipo de restrição ou de ameaça ao exercício de atividade econômica lícita, exceto as reputadas inerentes e normais ao livre jogo de mercado.

³¹¹ Sobre as diversas conotações (polissemia) em que a expressão *ordem econômica* é utilizada (a- modelo de ser empírico de uma determinada economia concreta; b- conjunto de normas de qualquer natureza que regulam o comportamento do sujeito econômico e c- ordem jurídica da economia), cfr. EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica*, pp. 69 e 71.

³¹² FÁBIO KONDER COMPARATO, *Regime constitucional de controle de preços no mercado*, item 1.1.

Na outra ponta, a liberdade de iniciativa é vista como *direito individual* de agir no mercado, a fim de desenvolver qualquer atividade empresarial lícita.³¹³ É uma *liberdade de ação* e, portanto, uma *liberdade* propriamente dita.³¹⁴ Logo, o seu exercício pressupõe o reconhecimento de outros direitos particulares, tais como o da propriedade privada dos bens de produção, a liberdade contratual, a disponibilidade de recursos e de colocação da produção no mercado, possibilidade de apropriação de força de trabalho, etc. Para GALGANO, a livre iniciativa seria um *plus* decorrente da utilização conjunta daqueles direitos e liberdades.³¹⁵

Ela não se exaure no mero exercício do direito de empresa,³¹⁶ o que é um avanço em relação ao sistema precedente, onde ela encontrava sua premissa como instrumento do desenvolvimento industrial.³¹⁷ Atualmente, abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, de qualquer atividade econômica lícita, como o cooperativismo, a produção agrária, a atividade autogestária, etc.³¹⁸

³¹³ Liberdade de dispor dos recursos materiais e humanos, de organizar a atividade produtiva, de decidir *o que, quanto, quando e como* vai produzir, FRANCESCO GALGANO, **Diritto privato**, p. 473. Para MODESTO CARVALHOSA, “*direito subjetivo dos residentes de, preferencialmente, organizarem e exercitarem qualquer modo de atividade econômica voltada a obtenção de um rendimento de capital*” – **A ordem econômica**, p. 116. É expressão da *liberdade*, cuja natureza não é diferente da de outras liberdades constitucionalmente declaradas, como a de pensamento, credo, associação, etc. É um aspecto da liberdade humana, no sentido de ser aquela uma das formas pela qual o indivíduo desenvolve sua personalidade. Nesse sentido, cfr., novamente, GALGANO; desta vez a obra *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in **Trattato di diritto commerciale**, pp. 512/513. Para VITTORIO OTTAVIANO, “*Si è già detto dei limiti entro cui la costituzioni di un’impresa contribuisce allo sviluppo dellapersonalità di chi la crea o la dirige. Non pare dubbio che l’impresa da luogo anche ad una formazione sociale entro cui si svolge la personalità di chi vi è adetto, la quale quindi deve trovare in seno ad essa la più ampia tutela, come poi l’art. 41, cpv., Cost. specifica*” – **Trattato di diritto commerciale**, p. 444.

³¹⁴ FÁBIO KONDER COMPARATO, *Regime constitucional de controle de preços no mercado*, item 1.1. EROS ROBERTO GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, pp. 221/222.

³¹⁵ FRANCESCO GALGANO, **Diritto privato**, p. 474.

³¹⁶ EROS ROBERTO GRAU, **A ordem econômica**, pp. 222/223. Segundo FÁBIO KONDER COMPARATO, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, “*constituem aspectos ou elementos indissociáveis da liberdade de empresa como um todo*” – *A proteção ao consumidor na Constituição de 1988*, p. 71. FRANCESCO GALGANO, falando do sistema constitucional italiano, explica que a liberdade de iniciativa é exatamente *liberdade de empresa*, no quadro estabelecido pelo Poder Público, **Trattato di diritto privato**, p. 512. No mesmo sentido, VITTORIO OTTAVIANO, **Trattato di diritto commerciale**, pp. 453/455. Para ASCARELLI, é instrumento da industrialização – **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**, p. 16.

³¹⁷ Como, por exemplo, acontece na Itália, consoante apontado na nota acima.

³¹⁸ Nesse sentido, cfr., novamente, EROS ROBERTO GRAU, ob. cit., p. 223. Segundo esse Professor, “*a livre iniciativa é expressão da liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho*” – **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 221. Para ele, é um modo de

A Constituição anuncia, em primeiro lugar, que o *valor social* da livre iniciativa é fundamento da República (no art. 1º, inc. IV) e, depois, em outro contexto, que a ordem econômica funda-se na livre iniciativa (art. 170, inc. IV). Não há redundância. No art. 1º da Carta, a livre iniciativa não é tomada como um valor próprio, como no art. 170, mas no quanto expressa de socialmente valioso para a República, juntamente com o valor social do trabalho que, de resto, também é fundamento da ordem econômica (CF, art. 170, *caput*). Daí porque, segundo o Professor EROS ROBERTO GRAU, “*não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo*”, que é apenas uma de suas facetas.³¹⁹ O art. 1º da Constituição consagra a prevalência do homem sobre a matéria econômica³²⁰ que, de resto, parece ter sido esquecido pela vigente política monetarista.

O exercício dessa liberdade — que de um lado pressupõe a liberdade de ingresso, de permanência e de retirada do mercado e, de outro, a não sujeição a

expressão do trabalho e, por isso, corolário do princípio da valorização do trabalho humano, motivo pelo qual o art. 1º da CF coloca lado a lado o valor social do trabalho e da livre iniciativa, no sentido de que este seja valorizado por aquela, ob. cit. p. 226. Analisando a livre iniciativa na Carta emendada de 1969, MODESTO CARVALHOSA afirmou o contrário: “(...) a prerrogativa voltada a obtenção de um rendimento de capital e não de trabalho, na medida em que não se pode confundir uma atividade com outra, inclusive sob o ponto de vista constitucional que, apartada e especificamente, assegura o livre exercício de qualquer trabalho e ofício ou profissão (art. 153, § 23). Assim, o trabalho, seja autônomo seja subordinado (art. 165), escapa aos contornos do direito à livre iniciativa econômica, reservada esta aos investimentos de capital oriundos de recursos poupados” — **A ordem econômica**, p. 118. Sobre essa questão, é sabido que na Constituição alemã não existe previsão constitucional do princípio da liberdade econômica nos moldes encontrados em nossa Carta. Lá, existe o princípio da livre escolha da profissão, do lugar do trabalho e dos centros de formação (art. 12, alínea 1, frase 1 da Constituição) que abrange a liberdade de indústria. Segundo KONRAD HESSE, “(...) a liberdade de profissão é elemento essencial da ordem econômica e social liberal. De outra forma como a liberdade de indústria, contém ela, por conseguinte, não só um princípio objetivo, mas simultaneamente, também a garantia de um direito subjetivo à escolha e exercício da profissão livre. A partir daqui, o conceito de ‘profissão’ estende-se mais do que aquele de indústria. Ele indica toda atividade que, para o particular, é base da vida, e pela qual ele, simultaneamente, fornece sua contribuição para a produção global social, indiferente, se se trata de uma atividade autônoma ou não-autônoma, de uma profissão ‘livre’, uma vinculada estatalmente ou uma atividade no serviço público” — **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 322.

³¹⁹ Para o Professor EROS ROBERTO GRAU, o princípio abrange todas as formas de produção individual ou coletiva — ob. cit., p. 223.

³²⁰ MODESTO CARVALHOSA, **A ordem econômica**, p. 151. Segundo ele, essa valorização toma seu sentido na inserção, pela Constituição emendada de 1969, dos valores da pessoa humana no processo produtivo, com o que se objetivou a correção das desigualdades estruturais produzidas pela industrialização. Diz: “*O justo econômico passa a impor-se como uma categoria constitucional*” — *idem ibidem*.

limitações desarrazoadas, conforme anteriormente descrito — pressupõe a conjugação das suas duas vertentes, sintetizando o princípio em toda a sua grandeza. Entretanto, em determinadas situações pode ser necessária a intervenção do Estado, exatamente para garantir que a subsistência da liberdade seja efetiva.

O modelo econômico constitucionalmente adotado reserva as atividades econômicas à iniciativa privada, mas permite a atuação estatal em caráter excepcional, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (CF, arts. 173 e 175), *intervindo*,³²¹ quando necessário, para estabelecer, policiar ou implementar políticas públicas, com escopo de preservar ou incrementar a estrutura dos mercados internos (cfr., p. ex., §§ 4º e 5º, do art. 173 da CF), que o art. 219 da Carta considera “patrimônio da Nação”.³²²

Em outras palavras, a intervenção do Estado na economia só se justifica para garantir a manutenção da livre iniciativa, mesmo que para isso, em dado momento e

³²¹ Já se definiu *intervencionismo* como “um fenômeno típico da economia capitalista. Refere-se ao exercício, por parte da autoridade política, de uma ação sistemática sobre a economia, estabelecendo-se estreita correlação entre o subsistema político e o econômico, na medida em que se exige da economia uma otimização dos resultados e do Estado a realização de uma ordem jurídica como ordem de bem-estar social”, cfr. TÉRCIO SAMPAIO DE FERRAZ JUNIOR, *Congelamento de preços - tabelamentos oficiais*, p. 76. Não é lícito, ressalva o Professor, confundir *intervencionismo econômico* com *dirigismo econômico*. Este, típico de economias totalitárias e planificadas, pressupõe a propriedade estatal dos meios de produção, coletivização da agropecuária e o Estado como agente centralizador das decisões econômicas, formador de preços além de fixador de objetivos. Cfr. também, WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Primeiras linhas de direito econômico*, pp. 250/288. Já o liberal LUDWIG VON MISES (que teria inspirado, na escola austríaca, o famoso economista liberal e ganhador do Nobel de economia FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK) não faz tal distinção pois entende que o intervencionismo é típico dos países socialistas e, quando adotado em países capitalistas, acaba gerando sua migração, ainda que involuntária, para o socialismo — *As seis lições*, p. 35 e ss.

³²² Adota-se, segundo classificação colhida em trabalho de CALIXTO SALOMÃO FILHO, a *Teoria do interesse público*, “(...) que procura justificar a existência da regulação em razão do interesse público envolvido — benefício aos consumidores e incremento do bem estar social —, que leva a substituir o mercado como forma de ordenamento do sistema econômico”, em contraposição à *Teoria econômica da regulação*, que justifica a intervenção com base na oferta e na demanda por regulação que, no extremo, acarretaria a captura das agências reguladoras pelos interesses privados. O Professor critica as duas teorias, considerando a dicotomia maniqueísta e sugere — fundado na premissa de ser a concorrência, e não o mercado, a chave da organização do sistema econômico — duas hipóteses para regulamentação: para *criar concorrência onde ela não exista* ou para *garantir eficácia e segurança ao sistema* — *Condutas anticoncorrenciais no setor bancário*, pp. 52/53. Fica de fora dessa classificação, pelo que nos pareceu, a intervenção estatal direta como agente econômico, naqueles setores em que eventualmente não haja interesse estratégico ou econômico a incentivar investimentos da iniciativa privada, hipótese que, segundo nosso pensamento, parece adequar-se somente à *Teoria do interesse público*, e não às duas últimas.

em especiais circunstâncias, tenha de limitá-la ou excluí-la.³²³ Por isso, a intervenção deve desenvolver-se estritamente dentro dos modelos definidos na Constituição (cfr. arts. 173 e 174, esp. o § 1º).

Para estabelecer as formas de intervenção, devemos pensar nas funções dos agentes privados e do Estado: os primeiros, como jogadores do jogo econômico e, o segundo, como gestor do mercado.³²⁴

A Constituição estabelece três possíveis formas de intervenção estatal no domínio econômico:³²⁵ (a) como *agente normativo*, organizando e planejando de forma determinante para o setor público e indicativa para o privado (conforme preceitua a CF, art. 174);³²⁶ (b) como *agente fiscalizador*, vigiando a normalidade do exercício da atividade econômica, mantendo o seu curso em conformidade com os fundamentos e princípios da ordem econômica, podendo recorrer ao *poder de polícia*³²⁷ para corrigir o funcionamento cego das forças de mercado,³²⁸ restringindo

³²³ EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 61. Para MODESTO CARVALHOSA, “*No dualismo estabelecido entre a liberdade de iniciativa privada e a ingerência do Estado para regular esse direito e intervir operativamente no setor econômico, vale como regra inviolável a primeira e como fonte de exceção a segunda*” – *A ordem econômica*, p. 119. Cfr., também, magistério de FÁBIO NUSDEO sobre *As duas liberdades*, onde o citado Professor explica, baseado em BOBBIO, a dualidade que se esconde sob o a expressão liberalismo, abrangendo a liberdade formal e a material, in *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*, pp. 142/148. Ver, ainda, FRANCESCO GALGANO, ao comentar a dualidade entre liberdade de iniciativa econômica e a liberdade política, liberdade sindical, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale*, p. 516 e ss.

³²⁴ Não como gestor do patrimônio próprio, mas do patrimônio nacional, cfr. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Lei de defesa da concorrência*, p. 184.

³²⁵ WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Primeiras linhas de direito econômico*, p. 250. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Atuação estatal e ilícito antitrust*, p. 36.

³²⁶ Ou, de acordo com TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, “*Como agente normativo e regulador, o Estado também, de certa forma, tem a incumbência de gerir o mercado, não como seu patrimônio, mas como patrimônio nacional. Neste sentido, a sua função de incentivar e até planejar, indicativamente para o setor privado, a atividade econômica. Isto, é claro, não significa substituir-se à iniciativa privada na determinação das suas próprias políticas, pois, nesse caso, estaria o Estado, inconstitucionalmente, alterando o fundamento da ordem econômica (art. 170), mas o autoriza, como agente normativo, a promover incentivos, num quadro geral de um planejamento econômico, e, como agente regulativo, a exercer gestões persuasivas em favor do bom funcionamento do mercado, das quais podem resultar recomendações e compromissos bem como acordos de cavalheiros e protocolos de intenção*” – *Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional*, p. 184.

³²⁷ Segundo OSCAR BARRETO FILHO, “*A intervenção do Estado na economia nada mais é, em última análise, do que o exercício mais extenso e profundo do poder de polícia na esfera econômica, por imposição das novas circunstâncias. Pode-se dizer, mesmo, que o poder de polícia é a fundamentação doutrinária da intervenção*” – *Limites constitucionais da intervenção do Estado na*

a espontaneidade da ação econômica, que pode ou não estar sendo intencionalmente desviada do seu rumo,³²⁹ e, por fim, (c) pode intervir diretamente na economia, atuando *como agente econômico* (CF, arts. 173 e 174), para incentivar a concorrência, ou para normalizar a distribuição ou para dar início a algum setor econômico onde a atuação privada se mostre economicamente desinteressante (CF, art. 173),³³⁰ quando, então, sujeitar-se-á às mesmas condições e ao mesmo regime jurídico impostos aos particulares (CF, art. 173, § 1º, inc. III).

Logo, a atuação estatal não se limita à criação das condições de entrada e permanência dos novos agentes econômicos. Deve ir além, influenciando sobre o processo econômico como um todo, incentivando e regulando o seu andamento, estimulando, estabilizando ou até direcionando a atividade e os investimentos, para onde se encontram os objetivos e interesses públicos.³³¹ Entretanto, ao intervir, o

economia privada, p. 505. Essa expressão foi, também, usada por FÁBIO KONDER COMPARATO – *Regime constitucional de controle de preços no mercado*, pp. 18/19 e CALIXTO SALOMÃO FILHO – *Condutas anticoncorrenciais no setor bancário*, nota 3, p. 52. EROS ROBERTO GRAU, explicando a origem da livre iniciativa na seqüência de éditos que extinguiu as corporações de ofícios, afirma que medidas de polícia já eram impostas naquela época para garantir a efetividade da liberdade, *A ordem econômica*, p. 224.

³²⁸ Cfr. NORBERT REICH, *Intervenção do Estado na economia*, p. 265.

³²⁹ Atuando diretamente ou por meio de agências de defesa da concorrência como o CADE e a SDE (Ministério da Justiça) ou a SEAE (Ministério da Fazenda) ou, ainda, por intermédio das agências reguladoras, recentemente criadas para atender à política de desestatização e de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, tais como ANATEL (telecomunicações), ANEEL (energia) e ANP (petróleo), pode o poder público agir na fiscalização da normalidade do mercado. Sobre a atuação das novas agências, cfr. BOLIVAR MOURA ROCHA – *Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação*, pp. 85/92, esp. pp. 89 e ss. Sobre o sistema norte-americano, ver também, CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Atuação estatal e ilícito antitruste*, esp. p. 36 e ss. Cfr., ainda, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Congelamento de preços - tabelamentos oficiais*, p. 79.

³³⁰ Nessa hipótese, a intervenção estatal pode ser dirigida no sentido de permitir a criação de monopólio contestável (i.e., com potencialidade de estabelecimento de concorrência, acaso sejam apontados abusos por parte do monopolista), para incentivar e justificar investimentos privados em setores com as características apontadas.

³³¹ Segundo GALGANO, a história comprova que a economia capitalista é incapaz de autogovernar-se segundo o mecanismo espontâneo de mercado, sendo inapta para, sozinha, estabelecer um modelo de desenvolvimento econômico equilibrado e coordenado com o progresso civil e social – *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale*, p. 512. Nesse contexto, CARLOS GALVEZ, *Manual de economia política atual*, pp. 240/241. CALIXTO SALOMÃO FILHO afirmou: “*Se nem Estado nem mercado são capazes de organizar a sociedade, é preciso encontrar um novo elemento organizador*”. Para o E. Professor da Universidade de São Paulo, esse papel compete ao Direito, pela sua capacidade valorativa e idealizadora, capaz de fomentar a realização dos objetivos supra-individuais pelos agentes econômicos, pela via do controle mais adequado do exercício cooperativo dos detentores de poder econômico, sempre com atenção e estímulo à democracia econômica – *Direito empresarial público*,

Estado encontra na própria livre iniciativa (e em seus corolários) um limite para a sua ação. Limite no sentido de que o ato interventivo não pode desnaturar nem suprimir o princípio, cuja preservação deve ser o elemento norteador da intervenção (o valor social da livre iniciativa é *fundamento* da República).³³²

Outro limite é o da reserva legal,³³³ no sentido de não se sujeitar à nenhuma restrição senão em virtude de lei que, desde a sua edição, tenha atentado para a ideologia constitucionalmente adotada.³³⁴ Vê-se, pois, que nem mesmo o legislador ordinário é absolutamente soberano em matéria de política econômica e social. Nessa linha, também o princípio da livre iniciativa não deve ser considerado absoluto, como efetivamente nunca foi desde a sua positivação.³³⁵

pp. 17/18. Em outro trabalho, ele afirma que a aplicação dos princípios concorrenciais não decorre da descrença no mercado como entidade capaz de tutelar o sistema econômico. Para ele, essa afirmação desvia a atenção do verdadeiro elemento que dá a tônica da organização do sistema econômico que é a própria concorrência – e não o mercado, cfr. *Condutas anticoncorrenciais no setor bancário*, p. 52.

³³² Para VITTORIO OTTAVIANO, a imposição de atividade antieconômica à livre iniciativa é vedada, pois sua consequência seria, exatamente, a supressão da própria liberdade de iniciativa. O que não significa não se possa regular a atividade de modo a fazê-la corresponder aos fins sociais que se propõe defender e desenvolver – *Trattato di diritto commerciale*, pp. 450/455. Aí entra, p. ex., a função social da propriedade privada: a liberdade de exercer a atividade econômica deve respeitar a dignidade do trabalho, os direitos do consumidor e a higidez ambiental. E tudo isso deve rumar sempre para o desenvolvimento nacional e para a redução das desigualdades sociais. Cada um dos princípios acima não elimina a liberdade, antes traçam genericamente o que deve ser considerado na elaboração das regras que determinarão os rumos econômicos: “*Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos*”, cfr. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Congelamento de preços - tabelamentos oficiais*, p. 78.

³³³ Cfr. EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 225; FÁBIO KONDER COMPARATO, *Recolhimento forçado, ao Banco Central, de saldos de contas bancárias*, pp. 185/187; VITTORIO OTTAVIANO, *Trattato di diritto commerciale*, pp. 461/465; FRANCESCO GALGANO, *Diritto privato*, p. 475 e ANGELO GRISOLI, *Trattato*, p. 302. Atende ao princípio da reserva legal a invocação aos princípios legais expressos ou implícitos, posto que estes formam a base da ordenação jurídica e, como tal, são dotados de força normativa.

³³⁴ Segundo WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, para que a autoridade não descambe para o arbítrio, as leis de direito econômico delimitam a competência tendo como elemento fundamental o princípio da ideologia consignada na Constituição, onde está a autorização para o Estado intervir na atividade econômica, onde se encontram os objetivos finais a serem atingidos (desenvolvimento, justiça social, etc.), como que emoldurando o sentido e a atuação das leis. É um conjunto harmônico de princípios que inspiram a organização da vida social segundo o regime que irá regê-la, condicionando o direito positivo, *Primeiras linhas de direito econômico*, p. 109. Para EROS ROBERTO GRAU, a ideologia constitucionalmente adotada é um fator de vinculação do intérprete constitucional, cfr. *A ordem econômica*, pp. 194/195.

³³⁵ O princípio da liberdade de iniciativa econômica originou-se do Édito de Turgot, de 13/9/1774, que tratava da liberdade de circulação no comércio do trigo. Depois, ela foi ampliada pelo Decreto d’Allarde de 2-17/3/1791 que, no art. 7º, determinava a liberdade para o exercício de qualquer negócio, profissão, arte ou ofício, *desde que* pagos os tributos devidos. Logo depois, com a Lei Le

As decisões legislativas devem pautar-se pelos princípios e diretrizes constantes do texto constitucional, compreendidos e harmonizados com a realização da justiça social,³³⁶ o que, por si só, já impõe, de uma certa forma, limites à livre iniciativa, cujo exercício deve estar adequado ao conjunto normativo protetivo dos demais direitos individuais e coletivos,³³⁷ dentre os quais se destaca, p. ex., o princípio da livre concorrência, a ser examinado logo em seguida.

Nesse sentido, a ação estatal num regime capitalista que preze o livre mercado e a livre iniciativa deve ter um papel *organizador*, pois os mercados precisam de alguma regulação para trabalhar corretamente.³³⁸

6.1.2- livre concorrência

A livre concorrência é princípio da ordem econômica,³³⁹ assumindo especial importância em nosso sistema porque, pela ideologia constitucionalmente adotada

Chapelier, de 14-17/6/1791, foram proibidas as corporações de ofícios, reiterando-se o novo princípio. Cfr. EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, pp. 223/226; WERTER FARIA, *Constituição econômica*, p. 105 e ROBERTO SENISE LISBOA, *A livre iniciativa e os direitos do consumidor*, pp. 142/144.

³³⁶ FÁBIO KONDER COMPARATO, *Regime constitucional de controle de preços no mercado*, pp. 18/19. Para MODESTO CARVALHOSA, a livre iniciativa deve evoluir para afirmar a preponderância dos fins sociais, ob. cit. p. 144, cfr. também, pp. 148/149, onde o autor afirma que “(...) *se pode admitir a restrição toda a vez que a norma vise eficazmente promover as condições que tornem efetivas a valorização do trabalho, a harmonia e a solidariedade entre as categorias sociais da produção, a expansão das oportunidades de emprego produtivo, a integração na vida e no desenvolvimento da empresa e a repressão ao abuso do poder econômico – este último conhecido fenômeno impeditivo da consecução dos fins de desenvolvimento sócio-econômico (...)*”. FRANCESCO GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale*, pp. 511/512. Ver, também, VITTORIO OTTAVIANO: “*Per meglio intendere i limiti posti al potere pubblico nello svolgere la sua funzione diretta a regolare l’iniziativa privata in modo da non farla contrastare con l’utilità sociale, conviene considerare questa anzitutto nel quadro delle altre libertà*” – *Trattato di diritto commerciale*, n° 140, p. 442.

³³⁷ Cfr. MODESTO CARVALHOSA, *A ordem econômica*, p. 145 e PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 230.

³³⁸ Cfr. NORBERT REICH, *Intervenção do Estado na economia*, p. 274.

³³⁹ Muitos autores consideraram a consagração constitucional da livre concorrência e, também, da liberdade de iniciativa econômica redundante, afirmando a suficiência dessa última (cfr. EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 23; SÉRGIO VARELLA BRUNA, *O poder econômico*, p. 135 e PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 228). Com posição ligeiramente distinta, mas no mesmo contexto, FÁBIO KONDER COMPARATO afirma sobre esses dois princípios: “*Não se pode vislumbrar nenhuma distinção conceitual de importância, relativamente à livre iniciativa. Ainda que se entenda de maneira restritiva, que esta última corresponde à liberdade de instalação e ingresso no mercado – freie Gründung – e aquela, à livre atuação no mercado – freie Führung – é impossível negar que ambas constituem aspectos ou*

(CF, art. 170), ela é considerada um dos instrumentos para a realização do objetivo de construir uma sociedade onde todos tenham existência digna e conforme os ditames da justiça social.

Essa ideologia baseia-se na idéia de que garantindo um mercado aberto, com diversos fornecedores atuando em regime concorrencial, tender-se-ia, naturalmente, para a melhoria da qualidade dos produtos e serviços oferecidos ao público consumidor. Na vitória da batalha pela preferência dos consumidores, a constante evolução tecnológica, a utilização mais eficiente dos recursos e os preços mais baixos seriam as armas para conquista de melhores posições de mercado, o que na ponta aumentaria a prosperidade geral.

A aplicação dessa estratégia no contexto atual privilegia o processo comportamental dos agentes econômicos, diferentemente da construção oitocentista do mercado, em que bastava garantir uma estrutura atomística e fluída.³⁴⁰ Não que fosse absolutamente ignorada a importância do processo comportamental competitivo. Apenas se negligenciava a vigilância das práticas anticoncorrenciais em relação aos demais competidores, porque somente os movimentos de concentração

elementos indissociáveis da liberdade de empresa", cfr. *A proteção ao consumidor na Constituição de 1988*, p. 71. Para outros autores, entretanto, a liberdade de iniciativa econômica é pressuposto essencial, mas insuficiente para a manutenção do regime de concorrência pois, na prática, o reconhecimento daquela não bastaria numa situação de insuficiência dos elementos objetivos de composição do mercado (cfr. ANGELO GRISOLI, *Trattato di diritto privato*, p. 306; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *O "dumping" como forma de abuso do poder econômico*, pp. 7/8 e RACHEL SZTAJN, *Os custos provocados pelo Direito*, p. 78). Realmente, somos da opinião de que se trata de conceitos distintos, não obstante, complementares. A liberdade de iniciativa garante o acesso dos empreendedores ao mercado, viabilizando a potencial presença de vários agentes, mas essa liberdade não é suficiente para, por si só, garantir a manutenção das condições de subsistência da situação de concorrência no mesmo mercado nem para garantir a livre formação dos preços. Mais relevante, para esse objetivo, é o *processo comportamental* dos agentes econômicos, como se verá logo adiante, que *devem ser mantidos* constantemente em *jogo competitivo*. É, pois, a competitividade (mesmo que apenas potencial) que descentraliza a formação de preços e garante a eficiente alocação de recursos e não a quantidade de agentes econômicos no mercado (mercado atomístico).

³⁴⁰ Atomística por comportar uma pluralidade de agentes (viabilizada pela consagração da liberdade de iniciativa econômica), em situação mais ou menos isonômica que, por si só, considerava-se garantia de homogeneidade (busca do ideal da concorrência perfeita). A fluidez, por seu turno, tinha como premissa a extrema liberdade dos agentes econômicos, ou seja, a possibilidade de eles determinarem a seu exclusivo critério, a produção, o ingresso e a retirada do mercado, com um mínimo de disciplina regulatória (*laissez faire*).

tendiam a ser vistos como formas de distorção, que impediam a evolução desimpedida do mercado.³⁴¹

Com a conscientização política da classe operária e do campesinato, após a conquista do sufrágio universal, a guerra e a recessão, e com a ascensão do fascismo, a concepção de neutralidade do Estado vai perdendo a força. Nos limites, a economia fica entre o franco intervencionismo — típico da ideologia nazi-fascista e do socialismo — e a concepção conservadora da estrutura liberal de mercado.³⁴²

Com o influxo das forças econômicas ocidentais, lá pela década de cinquenta, o mercado interno foi ganhando em complexidade, com os investimentos estrangeiros, o que trouxe uma profunda alteração da concepção do papel da concorrência, a partir da percepção de que mesmo empresas grandes e poderosas não só continuavam a competir, como desfrutavam das vantagens advindas da economia de escala e da maior capacidade de investimentos em tecnologia, viabilizando preços mais competitivos.³⁴³

Consagrando a paridade entre os competidores como princípio econômico para disciplinamento do comportamento no mercado, passou-se à valorização do *processo comportamental competitivo*, forçando a modificação da política de

³⁴¹ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional*, p. 175. CARLOS GALVEZ, **Manual de economia política atual**, pp. 233/234.

³⁴² Para uma rápida descrição da atuação intervencionista do regime nazista, cfr. LUDWIG VON MISES, **As seis lições**, pp. 43/51. Segundo a visão de KEYNES, enquanto o movimento socialista estava comprometido em destruir o capitalismo, o nazi-fascismo sacrificava a democracia para salvá-lo. Urgia implementar uma renovação do capitalismo para salvar a democracia, trilhando uma terceira opção, que pregava a imposição de certas metas ao funcionamento cego do mercado, cumulado com o assistencialismo para minimizar as diferenças sociais: o *keynesianismo*, precedido pelo *New Deal*. Cfr., a propósito, ROBERT HEILBRONER, **A história do pensamento econômico**, pp. 250/265 e ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, *Justiça comutativa vs. justiça distributiva*, pp. 185/186.

³⁴³ Sobre a atomização ser vista como fundamento para a regulação do mercado, questiona a Professora RACHEL SZTAIN: “*Como se atomizam setores em que o custo de investimento é elevado e o prazo de maturação longo? Ou há exigência de pesquisa e desenvolvimento, como nos setores de tecnologia de ponta?*” e completa: “*Mercados monopolistas ou oligopolistas aumentam os custos de entrada de novos concorrentes, mas mercados extraordinariamente pulverizados podem não propiciar os ganhos de escala necessários a uma boa estrutura de custos e, também aqui, sofre o consumidor*” — *Os custos provocados pelo Direito*, pp. 77/78. Na mesma linha de raciocínio, cfr. também, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *O “dumping” como forma de abuso do poder econômico*, pp. 5/6.

vigilância da estrutura do mercado para a repressão do abuso do poder econômico, em parcial superação da *per se condemnation theorie*, graças à sistemática aplicação da *rule of reason* pelos tribunais dos EUA e pela alteração das leis na Europa, especialmente na Alemanha.³⁴⁴

Por essa nova visão, admite-se gradações tanto na atonicidade, quanto na fluidez, passando a competitividade a ser o elemento definidor da estrutura do mercado. A especial consideração que é dispensada à disputa pela preferência da clientela passa a superar a preocupação simplista que antes era dispensada à quantidade de competidores ou às facilidades para ingresso no mercado.³⁴⁵ Os comportamentos deixam de ser considerados isoladamente, para serem contextualizados no âmbito do jogo competitivo.

Por extensão, a livre concorrência passou a ser encarada como forma de tutela do consumidor, na medida em que induz a um aproveitamento mais eficiente dos recursos disponíveis e dos meios de produção, como meio para a redução dos preços. Do ponto de vista político, desconcentra o poder, dando oportunidade mais isonômica para os agentes econômicos. Pelo prisma social, a competitividade gera extratos intermediários entre os grandes e os pequenos agentes econômicos, proporcionando maior equilíbrio social.³⁴⁶ Daí considerar-se a concorrência um dos instrumentos com os quais serão conquistados os objetivos nacionais, ombreada com outros princípios como a soberania nacional, a propriedade privada e sua função social, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades

³⁴⁴ “Segundo esse sistema, os acordos restritivos e os processos concentracionistas não são repudiados a priori, proibindo-se apenas as práticas abusivas do poder econômico. Assim, fala-se em *mauvaises e bonnes ententes*, em monopólios naturais e artificiais, como se admite também a existência de legislação atinente às macro-empresas e aos fenômenos grupais” – LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *O “dumping” como forma de abuso do poder econômico*, pp. 5/6. Cada um dos dois enfoques concentra-se nos EUA (*per se doctrine* e controle *ex post facto*) e na Europa (conceito flexível de repressão ao abuso e controle *a priore*). Não obstante, existe uma inter-relação entre ambos, o que justifica uma certa hibridez do sistema brasileiro, *cfr. ob. cit.*, p. 9).

³⁴⁵ TERCIO SAMPAIO DE FERRAZ JUNIOR, *Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional*, pp. 175/178.

³⁴⁶ *Cfr. TERCIO SAMPAIO DE FERRAZ JUNIOR, Propriedade industrial e defesa da concorrência*, p. 498.

regionais e sociais, a busca do pleno emprego e a proteção da pequena empresa nacional.

6.1.3- *dupla eficácia dos princípios constitucionais*

Princípios constitucionais atuam com dupla eficácia: *afirmativa e negativa*.³⁴⁷

A *eficácia afirmativa* incide de duas formas: impondo aos intérpretes do Direito — aí incluídos os Poderes Públicos em todos os níveis e em todas as suas manifestações e, de forma especial, o Poder Judiciário, intérprete autêntico da lei — o dever de considerar aquelas diretrizes ao aplicar as regras jurídicas de qualquer nível. Além disso, obriga o legislador a dar *cumprimento positivo* ao princípio, editando as leis que forem necessárias para a sua efetivação,³⁴⁸ sob pena de incidir-se na hipótese de inconstitucionalidade por omissão legislativa.

A *eficácia negativa*, por sua vez, acarreta a inconstitucionalidade (omissiva ou comissiva) se constatada a incompatibilidade de mérito entre os resultados advindos de uma norma ordinária e o princípio constitucional. Ou, em outras palavras, a inconstitucionalidade decorrerá da “*não-conformidade dos efeitos sociais da norma ordinária com as finalidades ou o programa do princípio constitucional. O julgador é, portanto, obrigado a proceder a uma análise mais substancial, e menos formal, da lei ou ato administrativo cuja constitucionalidade está sendo discutida*”.³⁴⁹

Logo, a conformidade da vedação de restabelecimento do alienante de estabelecimento comercial com os princípios constitucionais da liberdade de

³⁴⁷ FÁBIO KONDER COMPARATO, *Liberdade de empresa e a proteção ao consumidor*, p. 141. Em outro texto, o Professor nomeia as duas eficácias como negativa e positiva (em vez de afirmativa), cfr. *A proteção ao consumidor na Constituição de 1988*, p. 72.

³⁴⁸ Quando se fala em “*necessárias para a sua efetivação*”, quer-se referir à pretensão de uma determinada prestação estatal, consoante ressalva do próprio Professor FÁBIO KONDER COMPARATO, no texto *A proteção ao consumidor na Constituição de 1988*, p. 69.

³⁴⁹ FÁBIO KONDER COMPARATO, *Liberdade de empresa e a proteção ao consumidor*, p. 141. Cfr. também do mesmo autor, *A proteção ao consumidor na Constituição de 1988*, p. 73.

iniciativa e da livre concorrência deve ser pensada no âmbito dos efeitos sociais e não em simples questões formais ou de competência.

6.2- HARMONIZAÇÃO DOS CONCEITOS: IMPOSIÇÃO DE LIMITES

6.2.1- introdução

Vemos contrastar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com a proibição de concorrência imposta ao alienante do estabelecimento. Desse contraste surgem naturalmente algumas indagações, sugerindo uma aparente contradição entre os princípios constitucionais e a garantia do adquirente do complexo aziendal: como é possível admitir a validade de preceito impediante do livre exercício de alguma atividade empresarial em vista dos princípios acima analisados? Quais limites que devem ser impostos para viabilizar a sua validade? Como conciliar conceitos aparentemente tão díspares?

Na parte introdutória deste trabalho, vínhamos olhando para *dentro* do estabelecimento, procurando estabelecer os principais elementos que, segundo a doutrina que consideramos mais acertada, caracterizariam o *perfil funcional* da empresa. Ainda nesse contexto, ensaiamos uma análise da correlação entre este perfil e os demais, segundo a teoria de ASQUINI.

Estabelecidas essas premissas, passamos a dirigir nossas preocupações para *fora* do estabelecimento, tentando — à luz dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica³⁵⁰ — sistematizar as justificativas da restrição da concorrência do alienante.

Essa obrigação, como já dissemos no item 5.2.3, tem em mira a proteção dos interesses do empresário e não a proteção de eventuais direitos de terceiros, ou alguma outra consideração *imediata*, de fundo social ou de ordem pública.

³⁵⁰ Ordem econômica no sentido do conjunto de normas de qualquer natureza que regulam o comportamento do sujeito econômico. Verificar a nota nº 311.

E se dizemos *imediate* é porque, quando encarada por um outro ângulo, a restrição de concorrência permite vislumbrar uma função pública *mediate*: a de proporcionar a subsistência da unidade e a continuidade da organização empresarial, mantendo os empregos dos colaboradores, a produção destinada ao mercado e a arrecadação do Fisco.

Num regime de livre mercado, os riscos inerentes à organização dos meios para produção ou distribuição de bens e serviços exigem que o empresário leve em consideração diversos fatores que podem influenciar a rentabilidade do empreendimento, identificando a viabilidade da atividade econômica escolhida.³⁵¹ O mesmo tipo de precaução aplica-se ao adquirente do estabelecimento comercial.

Entretanto, como esse está também sujeito a riscos específicos, decorrentes da forma pela qual adquiriu os meios de produção, ele deve considerar a possibilidade de exercer sua atividade dentro dos mesmos padrões de riscos aos quais estejam sujeitos os seus concorrentes.³⁵²

Segundo lição de CALIXTO SALOMÃO FILHO, dois tipos de regra regulam o exercício da atividade econômica: um atuando sobre a lealdade³⁵³ da competição enquanto o outro se preocupa com a liberdade. Da união de ambos exsurge o sistema da concorrência que, por isso, está em imanente tensão. Na medida em que se expande a preocupação com a lealdade, na outra ponta, algumas restrições são impostas à liberdade de iniciativa econômica e vice-versa. Importante, defende o Professor, é “*tentar encontrar o correto ponto de equilíbrio entre essas necessidades*

³⁵¹ “*Si è rilevato che il modello del sistema economico capitalistico richiede che chi organizza la produzione possa compiere con sufficiente certezza il calcolo economico in modo da potere, appunto, stabilire l'economicità dell'attività che si apresenta a compiere*” – VITTORIO OTTAVIANO, *Trattato*, p. 456.

³⁵² O risco extraordinário experimentado pelo empresário que adquire os meios de produção que foram originalmente organizados por outro é, exatamente, a possibilidade de vir a sofrer a concorrência qualificada deste, situação personalíssima à qual os demais agentes econômicos não estão sujeitos (cfr. item 5.1).

³⁵³ E aqui não é de limitar-se apenas à sistemática da concorrência desleal, mas ao princípio de lealdade que rege toda atividade econômica, especialmente no âmbito empresarial.

por vezes opostas”, ao que completa: “Elemento fundamental para esse equilíbrio é a consideração concreta da pluralidade de interesses envolvidos no direito concorrencial”.³⁵⁴

A proibição de concorrência do alienante não deve ser encarada como uma simples e inexorável limitação da liberdade de iniciativa deste, mas como uma garantia do equilíbrio e da igualdade entre os competidores, que é o escopo final da disciplina econômica e o corolário dos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa econômica e da livre concorrência. Devemos procurar o ponto de equilíbrio entre os princípios e a possibilidade de autolimitação deles, tendo-se em vista os interesses que estão em jogo e que não devem ser encarados sob um ponto de vista unitário nem maniqueísta.³⁵⁵

O ponto de equilíbrio passa pela dosagem dos conceitos destacados, sem que a aplicação de um expulse o outro do sistema. Assim como a diferença entre o remédio e o veneno reside na dose, a solução para o aparente paradoxo passa pela exata dosimetria da liberdade de exercício econômico e da concorrência sadia, com as garantias ao empresário, cujos meios de produção foram adquiridos já organizados por terceiro e que também tem o direito de produzir no mercado, competindo em condições de isonomia com o demais *players*.

Parece inegável que uma proibição ampla de restabelecimento, sem qualquer restrição, seria contrária ao interesse público, não tendo como sustentar-se frente à ideologia constitucional. Quando aplicada na intensidade adequada — possibilitando ao alienante o desenvolvimento de atividade econômica que não seja agressiva ao

³⁵⁴ **Direito concorrencial**, pp. 63/64. Na busca do ponto de equilíbrio, o Professor também dá especial realce à perquirição dos interesses dos consumidores, pois uma restrição exacerbada da liberdade de iniciativa e de concorrência pode trazer potencial prejuízo a eles.

³⁵⁵ Segundo GIOVANI E. COLOMBO, em raciocínio justificando a não excepcionalidade da regra em comento, “*quel divieto di concorrenza non costituisce ‘un’interruzione della conseguenzialità logica e politico legislativa dei principi’, ma una specificazioni ed addatamento del principio di liberta della concorrenza alla particolare situazione che l’alienazione di azienda pone in essere*” – **Tratatto**, citando BETTI, pp. 181/182.

adquirente e, desta forma, garantindo a completa fruição do complexo empresarial alienado — certamente estarão sendo atendidos os reclamos do desenvolvimento econômico fundado na liberdade, na lealdade e na boa-fé.

6.2.2- imposição de limites como elemento de harmonização

Quando falamos em dosagem, estamos nos referindo exatamente às limitações que se impõem para a validade da proibição da concorrência do alienante, quanto ao objeto e ao espaço da atividade, e na duração da restrição.

A exigência de que certos limites sejam impostos para que a proibição de concorrência do alienante do estabelecimento empresarial seja considerada válida perante a principiologia jurídica, já era sustentada por RUI BARBOSA, no famoso memorial que apresentou no caso da Cia. Nacional de Tecidos de Juta contra Cia. Paulista de Aniagem e Conde Álvares Penteado,³⁵⁶ quando o Supremo Tribunal Federal afirmou que: “*além de restrita no tempo, no espaço e no objeto, a renúncia deve ser expressa, ou pelo menos resultar de modo inequívoco dos termos do contrato, para que na solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência*”.³⁵⁷

Como vimos, a vedação da concorrência do antigo titular do estabelecimento funda-se na necessidade de salvaguardar os interesses concretos do adquirente, diante da competição qualificada do alienante, logo, os limites que a vedação da concorrência encontra não decorrem de fatores meramente formais, mas do seu próprio objetivo, isto é, a proibição de concorrência não abrangerá senão as atividades que podem prejudicar os interesses protegidos.

³⁵⁶ Ver *As cessões de clientela*, nºs 278 e ss., p. 275 e ss.

³⁵⁷ *Revista de direito empresarial, Memória do direito de empresa*, 1996, Max Limonad, p. 154 (a ortografia foi adaptada).

Daí porque essa restrição à liberdade de concorrência e de iniciativa só pode ser direcionada no sentido de limitar a atuação do alienante na mesma atividade e no mesmo espaço explorados pelo antigo estabelecimento, pois outra atividade, ou a mesma exercida em local onde o antigo estabelecimento não tenha nenhuma penetração, não ocasionará disputa pela mesma clientela e, dessarte, não desvalorizará o investimento do adquirente nem o impedirá de usufruir o estabelecimento em sua completude. Mesmo assim, a vedação só valerá pelo tempo necessário para que o adquirente possa construir a sua própria reputação no mercado, desfazendo a vantagem competitiva do antigo titular.³⁵⁸

Do exposto conclui-se que a proibição de concorrência não é uma exceção aos princípios da livre iniciativa e da concorrência. Primeiro porque, como visto nos itens n°s 6.1.1 e 6.1.2, eles não são nem nunca foram absolutos e historicamente admitem gradações. Por outro lado, a vedação da concorrência do alienante é mais uma regra especial do que uma exceção, pois decorre dos princípios da plena execução dos contratos e do dever de garantir, com boa-fé, a ampla fruição dos bens alienados nas mesmas condições de quando o negócio foi entabulado. Nesse sentido, a vedação da concorrência não se constitui numa interrupção na seqüência lógico-jurídica e político-legislativa dos princípios, mas uma especificação e uma adaptação desses mesmos princípios à situação particular que a alienação do estabelecimento empresarial faz surgir para aqueles que realizaram o negócio.³⁵⁹

Vê-se, pois, que não se trata de vedar o *restabelecimento* do alienante do estabelecimento empresarial, como se costuma dizer sem maiores preocupações com as conseqüências que o mau uso da palavra pode ocasionar. Proibir o

³⁵⁸ WALDEMAR FERREIRA, *Tratado*, vol. 7, pp. 370/373; OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria*, p. 252; ALFREDO ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito comercial*, p. 149 e ss.; JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, *Tratado*, p. 385; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, p. 281/284; FRANCESCO GALGANO, *Diritto privato*, p. 471; GUSTAVO GHIDINI, *Monopolio*, n° 25, pp. 813/814; MARIO CASANOVA, *Concorrenza*, n° 2, p. 994, 2ª col. e JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, nota 933, p. 358. PASCUAL DE GUGLIELMO, *Tratado*, pp. 29/30.

³⁵⁹ GIOVANNI E. COLOMBO, *Tratatto*, pp. 181/182.

restabelecimento significa impedir alguém de estabelecer-se novamente, situação bastante diferente da vedação da concorrência do alienante, que é menos abrangente. Uma genérica proibição de restabelecimento seria invariavelmente incompatível com os princípios constitucionais e, portanto, causa de nulidade de qualquer contrato que assim dispusesse.

Nesse contexto, afirma BARBOSA DE MAGALHÃES: *“não se admite que indivíduo se obrigue a não mais exercer o comércio, o que poderá comprometer o seu futuro, como prejuízo não só do exercício da sua actividade, como até das duas próprias condições de vida, ficando privado de conseguir os meios necessários para a sua manutenção e a da sua família, por não ter, muitas vezes, possibilidade de se dedicar a outra profissão, tais inconvenientes desaparecem ou ficam muito atenuados se esse indivíduo se obrigar limitadamente a não exercer certo ramo de comércio apenas num determinado local, maior ou menor e durante um espaço de tempo mais ou menos longo”*.³⁶⁰

Não obstante, é comum encontrarmos na doutrina a expressão vedação do restabelecimento ou não-restabelecimento,³⁶¹ às vezes desacompanhada de maiores explicações sobre os seus limites.³⁶²

Para afastar a confusão, PONTES DE MIRANDA, preferia falar em *“não-restabelecimento igual”*, advertindo: *“Deve-se evitar a referência à cláusula de não-restabelecimento sem se acrescentar adjetivo, ‘igual’, ‘concorrente’, ‘do mesmo gênero’, embora seja de subentender-se”*.³⁶³

³⁶⁰ **Do estabelecimento comercial**, p. 282. Cfr., ainda, FRANCESCO FERRARA JR.: *“Il divieto riguarda non l’inizio di qualsiasi impresa, ma solo di quelle imprese che siano idonee a sviare la clientela dell’azienda ceduta”* – **La teoria**, p. 375, destaques do original.

³⁶¹ Cfr. MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA, **O valor da clientela**, p. 97; RUBENS REQUIÃO, **Curso**, vol. 1, p. 254 e ALFREDO ASSIS GONÇALVES NETO, **Direito comercial**, p. 149. CALIXTO SALOMÃO FILHO, **Direito concorrencial**, nota nº 81, pp. 70/71. CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES, *Cláusula de não restabelecimento e não concorrência*, p. 631. OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria**, p. 252.

³⁶² RUBENS REQUIÃO, **Curso**, vol. 1, p. 254 e MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA, **O valor da clientela**, p. 97 e ss.

³⁶³ **Tratado**, vol. XV, p. 378.

Impõe-se, então, firmar o entendimento de que, para ter validade, a vedação de restabelecimento deverá ser limitada no tempo, no espaço e quanto ao objeto, equiparando-a à simples proibição de concorrência.

7- A ESTRUTURA DA LIMITAÇÃO AO RESTABELECIMENTO

7.1- INTRODUÇÃO

Estabelecido que a estipulação de limites precisos — relacionados ao objeto e ao espaço onde a atividade do alienante está proibida, aliado ao período de tempo no qual vigora a vedação — equivale à adaptação dos princípios constitucionais da concorrência e da livre iniciativa à proibição da concorrência imposta ao alienante, resta precisar como deve ser estabelecido o objeto cuja exploração é vetada ao alienante, em que espaço e por quanto tempo.

Como dissemos no item nº 5.4, consideramos que o nosso Projeto de Código Civil evoluiu quando optou por não adotar a fórmula do modelo italiano, que fala em “*sviare la clientela dell'azienda ceduta*”, recorrendo diretamente à noção de concorrência para estabelecer o tipo de atividade que o alienante não poderia realizar.

Se o Projeto já se vale dos conceitos oriundos da disciplina jurídica da concorrência, o faz porque essa é a solução já dotada de certa sedimentação e estabilidade na comunidade jurídica.³⁶⁴ Logo, não vemos melhor método para perquirir sobre a amplitude e a extensão dos limites que incidem na atuação da vedação da concorrência do alienante do estabelecimento, senão aqueles decorrentes da próprio direito concorrencial.

Nos itens seguintes, recorreremos às definições e aos conceitos típicos desse ramo do direito, para precisar qual a *atividade* e em qual *espaço geográfico* o alienante do estabelecimento empresarial está proibido de atuar. Ambos os conceitos devem estar conjugados para estabelecer precisamente o alcance dessa obrigação. Será necessário, por óbvio, que tanto a atividade exercida quanto o *locus* onde ela se realiza, possibilitem efetiva ou potencial disputa pelos mesmos clientes.

³⁶⁴ Conforme consta da exposição de motivos, *apud* SYLVIO MARCONDES, *Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil*, p. 2.

Depois, procuraremos analisar, à luz das regras que já se encontram em vigor, qual o período de tempo necessário, para o empresário firmar-se perante uma clientela com a qual não tem, ainda, a devida familiaridade. Para tanto, recorreremos aos conceitos que balizam a ação renovatória, que encontra fundamento na proteção da clientela, que faz o ponto comercial, valorizando o imóvel locado, onde se encontra instalado o estabelecimento empresarial.

7.2- A LIMITAÇÃO NO MERCADO RELEVANTE

7.2.1- noção de mercado

Segundo afirma a doutrina, pressuposto para incidência da vedação da concorrência é verificar se a atividade do alienante é em tudo ou em parte igual à atividade do estabelecimento alienado. Quando o perigo do desvio de clientes (isto é, de concorrência) subsiste, diz FERRARA JR., o início do comércio é sempre proibido.³⁶⁵

Logo, para estabelecer qual o limite espacial em que o alienante está proibido de voltar a exercer o mesmo ramo explorado pelo estabelecimento alienado, recorreremos à noção do mercado em que é exercida a atividade empresarial do qual é instrumento a azienda alienada. Interessa-nos, portanto e mais precisamente, identificar o mercado relevante.

Evidentemente que o objetivo do presente trabalho não é definir mercado relevante nem estabelecer todas as técnicas e fórmulas disponíveis para identificação desse mercado, ordinariamente empregadas na hipótese de investigação de abuso do poder econômico. O nosso âmbito de cogitação é, evidentemente, mais limitado e diz respeito apenas à configuração dos limites de incidência da vedação de concorrência imposta ao alienante do estabelecimento comercial. Feita a ressalva, passamos adiante.

³⁶⁵ La teoria, p. 375.

Originalmente, considerava-se *mercado* o lugar público para onde as pessoas dirigiam-se a fim de pôr a venda os seus produtos, seus excedentes de produção, etc. Por volta do final do Século XII e início do XIII — com o reflorescimento do comércio europeu após séculos de retração comercial motivada pela invasão moura do Mediterrâneo —, organizavam-se periodicamente grandes feiras, das quais a mais exemplar era a de Champagne,³⁶⁶ para onde acorriam enorme quantidade de mercadores oriundos das mais distantes regiões, para vender suas valiosas mercadorias.

Esses locais eram especiais, pois ali os comerciantes dispunham de certas facilidades. Contrastando com a realidade do medievo, nas feiras havia segurança, contavam com abrigo, dispunham os mercadores de meios adequados para a solução de conflitos comerciais, etc. Além disso, eles gozavam de alguns privilégios proporcionados pelos Condes de Champagne: imunidades por dívidas contraídas fora da feira, isenções fiscais diversas (talhas e foros eram substituídos por taxas fixas), suspensão da vigência da lei canônica que proibia a usura, formação do embrião das câmaras de compensação financeira, etc.³⁶⁷ Tudo para incentivar o desenvolvimento do comércio e a circulação de riqueza, o que ampliava o poder da nobreza local.

Em sentido econômico, entende-se *mercado* como sendo um verdadeiro mecanismo regulador da atividade econômica. Um espaço ideal onde se estabelece o jogo das negociações entre fornecedores e adquirentes de produtos e serviços. Onde eles interagem sob a influência do conjunto de relações de oferta e procura por produtos ou serviços, onde se dá a formação dos preços.³⁶⁸

³⁶⁶ JACQUES LE GOF afirma “no século XIII, a grande meta do mercador itinerante são (sic) as feiras de Champagne. Essas feiras realizavam-se em Lagny, em Bar-sur-Aube, em Provins e em Troyes, e sucediam-se ao longo do ano. (...) As terras de Champagne eram assim um fato capital. Havia lá um mercado quase permanente do mundo ocidental” — **Mercadores e banqueiros da idade média**, pp. 14/15.

³⁶⁷ JACQUES LE GOF, **Mercadores e banqueiros da idade média**, pp. 14/17. ROBERTO TAMAGNO, *Mercado (Libetad de)*, p. 595.

³⁶⁸ CARLOS GALVES, **Manual de economia política atual**, p. 230. TULLIO ASCARELLI, **Teoria**, p. 58. MARIO LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, p. 351. GIOVANNI CARAVALI, *Mercato — economia politica*, p. 525. ANTONIO AMORTH, *Mercati comunali, generali e ortifruttili*, p. 114.

Vê-se, pois, que a evolução do conceito deu-se no sentido de reduzir a importância geográfica, do local físico onde realizam-se os negócios, para uma noção mais ligada à troca de informação, atualmente disponibilizada pela tecnologia de comunicação, que permite aos participantes de um dado mercado manter contato constante, viabilizando a aferição dos custos e a formação dos preços.

Esse mercado moderno aceita diversas classificações, conforme o enfoque que se lhe aplica. A amplitude territorial, por exemplo, depende das características da mercadoria (ou do serviço) e da quantidade disponível para o comércio. A *amplitude*, como veremos, pode ser local, regional, nacional ou mesmo global.

Quanto ao *objeto*, o mercado pode dividir-se em: (a) mercado de produtos, que subdivide-se em mercado de matéria-prima, de produtos alimentares, produtos industrializados, manufaturas, etc.; (b) mercado de mão-de-obra; (c) mercado de serviços; (d) mercado de capitais, que compreende o jogo de demanda e oferta de empréstimos, financiamentos, ações, dividido em (i) mercado monetário (operações de curto prazo) e (ii) mercado financeiro (operações de médio e longo prazo); (e) mercado cambial, onde se faz arbitragem com divisas de moedas estrangeiras; (f) mercado de divisas, onde os negócios giram em torno de créditos em moeda estrangeira, a serem resgatados fora do país. Há, ainda, muitas outras classificações: quanto à *legalidade*, o mercado pode ser *legal* ou *negro* (quando clandestino), quanto à *regulamentação*, pode ser *mercado livre* ou *regulamentado* (controlado por lei que estabelece limites de atuação, quantidade, pessoas, etc., que dele podem participar) e quanto ao número de *participantes* pode ser mercado da *livre concorrência*, mercado *monopolista* ou mercado da *concorrência imperfeita*.³⁶⁹

RAFFAELLA NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, p. 107 e ss. ROBERTO TAMAGNO, *Mercado (Libetad de)*, p. 592. SÉRGIO VARELLA BRUNA, *O poder econômico*, pp. 74/75. JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA, *Direito antitruste*, p. 53.

³⁶⁹ Classificação de CARLOS GALVES, *Manual de economia política atual*, pp. 232/233. Cfr., também, TULLIO ASCARELLI, *Teoria*, p. 58 e GIOVANNI CARAVALI, *Mercato – economia politica*, p. 525. Para WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, por exemplo, o mercado divide-se em três: mercado de capitais, que se refere aos juros, investimentos, lucro e crédito de modo geral; mercado de bens, onde há especialmente os tabelamentos de preços e as medidas referentes às manipulações

7.2.2- MERCADO DE PRODUTOS: MÉTODO DA ELASTICIDADE CRUZADA

Vê-se, pois, que a noção de mercado é ampla e relaciona-se com conceitos de microeconomia, especialmente ligados à formação de preços, o que, entretanto, não tem interesse direto para o espectro desse estudo. Interessa-nos mais de perto a noção de mercado relevante.³⁷⁰

Diz-se *relevante* procurando significar a pertinência³⁷¹ de um mercado específico, na aferição da efetiva potencialidade concorrencial da atividade exercida pelo agente que, na nossa hipótese de trabalho, é o adquirente do estabelecimento.

A definição do mercado em que se insere o estabelecimento alienado é necessária exatamente para a delimitação do produto (ou serviço) e da área geográfica em que a atividade do alienante é considerada perigosa e, portanto, é proibida. Desde que se pretende restringir a concorrência do alienante, devemos perquirir de qual concorrência estamos tratando. Ou, em outras palavras, a partir da definição sobre quais produtos e em qual espaço geográfico a empresa do estabelecimento alienado tem penetração mercadológica, será definida a extensão da vedação de concorrência imposta ao alienante.

artificiais do mercado; e mercado de serviços, relacionado à política de empregos chegando até os problemas relacionados com os avanços tecnológicos – **Primeiras linhas**, p. 404 e ss.

³⁷⁰ Segundo PAULA FORGIONI, mercado relevante “é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado” – **Os fundamentos do antitruste**, p. 200. HERBERT HOVENKAMP, a seu turno, define-o como “(...) *the smallest grouping of sales for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that grouping could profitably reduce output and increase price substantially above marginal cost*” – **Federal antitrust policy**, p. 83. Para LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN, mercado relevante “is the narrowest market which is wide enough so that products from adjacent areas or from other producers in the same area cannot compete on substantial parity with those included in the market” – **Antitrust**, p. 41.

³⁷¹ *Relevant*, do inglês, que não significa relevante, mas “*closely connected with*”, ou “*appropriate in the circumstances*”, in **Oxford advanced learner’s dictionary**. Tanto que, em Portugal, fala-se de “mercado em causa”, para se referir ao conceito de *relevant market*, cfr. JOSÉ MANUEL CASEIRO ALVES, **Lições de direito comunitário da concorrência**, Cap. II, § 2, letra b, p. 72 e ss. Não obstante, JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES, a exemplo dos brasileiros, também fala em mercado relevante, cfr. **Direito da concorrência nas comunidades européias**, Cap. X, nº 11, p. 138 e ss. Sobre o assunto, v. também, SÉRGIO VARELLA BRUNA, **O poder econômico**, p. 80.

A análise do mercado relevante para a hipótese deve ser finalística, isso é, deve considerar apenas a definição do mercado concorrencial em que atua o estabelecimento alienado. Por isso, serão descartadas as técnicas e critérios voltados para a apuração do poder de mercado, que não interessam para essa investigação.

A Lei nº 8.884/84 não define mercado relevante, mas vale-se do seu conceito para definir poder de mercado (art. 20, § 3º e art. 54, § 3º). Normalmente, a definição do mercado relevante, tanto do mercado de produtos quanto do geográfico, depende da análise dos possíveis substitutos ao produto ou serviço fornecido pela empresa em questão, pelo lado da oferta e da demanda (elasticidade cruzada).

Como nos interessa apenas definir o mercado no qual a empresa do estabelecimento alienado está inserida — já que o nosso objetivo não é exatamente evidenciar a existência (ou não) de poder de mercado —, devemos adaptar esse conceito, buscando apenas os limites em que ele pode ser utilizado para delimitar o mercado em que o alienante está impedido de atuar.

Por isso, perquirições acerca da elasticidade da oferta, tais como a investigação sobre a possibilidade de redirecionamento da produção ou a análise das eventuais barreiras à entrada de competidores potenciais em determinado mercado, capacidade ociosa, influxo de produção externa, etc., apesar de típicos da análise econômica e primordiais para a caracterização do mercado relevante quando da apuração de abuso do poder econômico, não dizem respeito à nossa hipótese de trabalho e, por isso, serão ignorados.³⁷²

³⁷² É irrelevante que o alienante tenha a capacidade de redirecionar facilmente a sua produção para ingressar no mesmo mercado do seu antigo estabelecimento pois, se o fizer, entrará em choque com a vedação e terá de cessar a produção. Além disso, como só nos preocupamos com a concorrência qualificada do ex-titular, as barreiras para ingresso de outros competidores não interessam. A única barreira que importa é aquela imposta exclusivamente ao alienante do estabelecimento, em virtude dessa sua característica personalíssima. Vê-se, pois, que a noção de mercado relevante do direito concorrencial deve ser adaptada para balizar adequadamente a definição do mercado em que o alienante está proibido de atuar.

Para tanto, interessa-nos questionar quais produtos (ou serviços) são considerados pelos consumidores e demais adquirentes,³⁷³ sucedâneos naturais dos oferecidos pelo estabelecimento trespassado e até que ponto estariam eles dispostos a substituir um pelo outro. Segundo imagem sugerida por HOVENKAMP, a definição do mercado relevante do produto depende da investigação sobre a intercambialidade dos produtos *aos olhos do consumidor*.³⁷⁴

Segundo ASCARELLI, falar em concorrência é falar em satisfação das necessidades por determinados bens que podem ser considerados únicos ou, ao contrário, fungíveis ou análogos enquanto conduzíveis a um “*tipo comum*”.³⁷⁵

Respondendo a essa pergunta, saberemos qual o mercado relevante para o estabelecimento alienado e, por conseqüência, o mercado de quais produtos o alienante está impedido de explorar.

Mas o que se deve entender como produto sucedâneo? Segundo a doutrina, produto sucedâneo é aquele que, em virtude das suas específicas propriedades, condições de uso, preço e fim a que se destina, podem ser considerados similares pelos compradores.³⁷⁶ No julgamento do ato de concentração nº 16/94 no CADE, o Relator do processo administrativo definiu, em seu voto, mercado relevante do produto como sendo “*representado pela soma de produtos que podem ser razoavelmente substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos,*

³⁷³ Descabe aqui falar em consumidor no sentido do CDC. Quando falamos em mercado relevante, releva ressaltar a inter-relação estabelecida entre ofertantes e demandados *lato sensu* de produtos e serviço, com o que não se compadece nenhuma das definições de consumidor do CDC, especialmente a do art. 2º. Sobre a questão, cfr. JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA e LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercado relevante e defesa da concorrência*, pp. 69/70.

³⁷⁴ “*In consumers’ eyes*”, afirma o referido autor, cfr. **Federal antitrust policy**, p. 89.

³⁷⁵ **Teoría**, pp. 31/32. Também, nessa linha, PASCUAL DE GUGLIELMO, afirma que a obrigação de não concorrer “*prohibe restablecerse, no sólo com un comercio idéntico, sino con uno que sea simplemente similar. De ahí que el nuevo fundo de comercio no debe procurar a la clientela o proveer al público, bajo cualquier forma, artículos destinados a satisfacer las mismas necesidades*”, **Tratado**, p. 24.

³⁷⁶ JORGE JESUS FERREIRA ALVES, **Direito da concorrência nas comunidades européias**, p. 142. O autor cita, ainda, a definição dada no acórdão Hoffmann-La Roche, no sentido de serem sucedâneos aqueles produtos que têm um “*grau suficiente de intermutabilidade, com vista ao mesmo uso, entre todos os produtos que fazem parte do mesmo mercado*” – *idem ibidem*.

sem deles desvincular a quantidade, a finalidade e de maneira especial, na transação em exame, o preço".³⁷⁷

Nas *Horizontal Merger Guidelines* de 1992, que explicitam a política de concentração empresarial aplicada pelo *Department of Justice* e pela *Federal Trade Commission* dos EUA, define-se o mercado relevante do produto (ou grupo de produtos) como sendo "*a hypothetical profit-maximizing firm that was the only present and future seller of those products ('monopolist') likely would impose at least a 'small but significant and nontransitory' increase in price*".³⁷⁸

Estabelecidos os produtos (ou serviços) substituíveis, estaremos fixando um primeiro elemento para definir o mercado relevante em que a atuação do alienante pode ser considerada vetada. Isso porque o mercado do estabelecimento alienado pode ser afetado — tendo sua participação nele diminuída e com ela reduzido o valor da azienda — pela atuação do antigo titular com o produto ou serviço sucedâneo.

Isso significa que a perquirição não se contenta em saber se o alienante do estabelecimento efetivamente está concorrendo com o adquirente nesse momento, mas também busca definir a amplitude da concorrência caso determinadas condições venham a ser preenchidas. Se a resposta for afirmativa, então é porque os produtos são sucedâneos aos olhos dos consumidores e, portanto, deverá ser ampliado o mercado no qual está proibida a atuação do antigo titular.

No julgamento do *leading case* conhecido como *Cellophane case*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que: "*O mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos — levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles*".³⁷⁹ O problema do cálculo da elasticidade

³⁷⁷ Cfr. **Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE**, por JOSÉ INÁCIO DE GONZAGA FRANCESCHINI, p. 531.

³⁷⁸ Sobre a evolução do conceito da *Horizontal Merger Guidelines*, cfr. CALIXTO SALOMÃO FILHO, **Direito concorrencial**, nota 18, pp. 92/93.

³⁷⁹ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956). A tradução ora transcrita foi obtida na obra de BENJAMIN M. SHIEBER, **Abuso do poder econômico**, p. 47.

cruzada da demanda é que a sua aferição depende de os produtos comparados estarem sendo vendidos por preços competitivos pois, caso contrário, o resultado estará falseado.³⁸⁰

Apartando-nos das críticas que se fizeram à solução específica adotada no referido precedente, o fato é que a conclusão do tribunal passou a influenciar toda a sistemática adotada para a análise do mercado relevante, em todos os sistemas jurídicos mais importantes e, quando vista de um ângulo genérico, é um marco na aplicação jurídica do conceito econômico de elasticidade cruzada da demanda.

A definição do mercado relevante, portanto, deve levar em consideração os produtos que os consumidores e demais usuários normalmente substituem ou podem vir a substituir, quando diante dos mais variados fatores, como modificação de preços, aviamento subjetivo, facilidade de localização, proximidade, etc. Por isso, deve-se levar em conta não a simples possibilidade técnica de substituição, mas a prática efetiva da substituição, pelos utilizadores.

Explica-se: tecnicamente carros de diferentes marcas são substituíveis uns pelos outros mas, na prática, sabemos existirem diversos mercados relevantes de carros, pois os de luxo não são normalmente considerados sucedâneos dos populares.³⁸¹ Assim, o custo dos produtos é decisivo na intercambialidade, assim

³⁸⁰ Nesse sentido, cfr. a crítica de HERBERT HOVENKAMP, **Federal antitrust policy**, p. 98 e ss., onde o autor defende que a du Pont já praticava preços monopolísticos no limite do possível e, por isso, qualquer acréscimo acarretaria a migração dos consumidores, em contraste com a conclusão do tribunal que entendeu o fato dessa migração como sendo indicação de um alto índice de elasticidade cruzada, o que acabou por ampliar demasiadamente o mercado relevante e, conseqüentemente, diluir o poder de mercado da investigada. Cfr., ainda sobre essa abalizada crítica, ERNEST GELLHORN e WILLIAN E. KOVACIC, que afirmam: "(...) *the concept of demand cross-elasticity helps establish whether two products are close substitutes only when both are sold at competitive prices*" – **Antitrust law and economics**, p. 103.

³⁸¹ Ainda segundo SHIEBER: "(...) *o fato de que baixelas de prata podem ser usadas para substituir travessas de louça não deve resultar na conclusão de que baixelas de prata são uma parte do mercado relevante de aparelhos de jantar de louça*" – ob. cit., p. 49. Segundo CALIXTO SALOMÃO FILHO, "*Produtos que para os consumidores servem absolutamente para o mesmo uso podem não ser substituíveis se a diferença de preço entre eles for muito grande. Poderão ser substituíveis, no entanto, se essa diferença de preço corresponder exatamente à diferença de qualidade a eles atribuída pelos consumidores (isto é, à diferença de utilidade entre ambos os produtos)*" – **Direito concorrencial**, p. 96. PAULA FORGIONI, **Fundamentos do antitruste**, p. 207. SÉRGIO VARELLA BRUNA, **Poder econômico**, p. 88.

como as diferenças tecnológicas que geram ou podem gerar incompatibilidade entre produtos, muito comum no mercado de informática ou mesmo no mercado de filmes fotográficos, ou na indústria de metais, etc. Daí tiramos a regra de que, não obstante a aparente semelhança existente entre alguns produtos, eles podem não ser tecnologicamente fungíveis entre si.³⁸²

Entretanto, como a substituibilidade dos produtos é de difícil constatação, a regra mais aceita para a verificação dessa fungibilidade, na prática, refere-se à dança dos preços: quando o aumento do preço de um dos produtos conduz ao aumento do consumo do outro, significa que está havendo a substituição automática do produto encarecido pelo seu sucedâneo.

A noção de elasticidade cruzada se aplica à hipótese em estudo, porque a vedação do restabelecimento do alienante do estabelecimento empresarial rege-se pelo sistema concorrencial (cfr. nº 5.4 acima). Pode-se objetar que, em condições normais, o produto (ou serviço) sucedâneo talvez não desvie a clientela do produto (ou serviço) principal mas, em direito concorrencial, ambos são considerados competidores potenciais e, portanto, o sucedâneo também deve ser abrangido pela limitação imposta ao alienante de concorrer com o estabelecimento empresarial alienado.

Nesse diapasão, UMBERTO PIPIA, em escrito de 1923, já mencionava que a proibição de concorrência investia também contra a “azienda consimile”!³⁸³ Mais

³⁸² HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy*, p. 90. LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN, *Antitrust*, p. 48 e ss. Segundo relato de JOSÉ MANUEL CASEIRO ALVES, o processo relativo à *Continental Can*, julgado na União Européia, tratava de saber se as embalagens metálicas poderiam ser consideradas substituíveis por outros tipos de embalagens, como as de vidro ou de plástico, na tentativa de ampliar o mercado relevante e, assim, descaracterizar sua posição dominante no mercado. A Comissão da U.E. rejeitou a alegação, ao argumento de que, pelas características próprias da embalagem metálica e pela especificidade tecnológicas para a sua produção, a sua substituição era altamente improvável (no entanto, essa decisão foi, depois, anulada em recurso por insuficiência de motivação) – cfr. *Lições de direito comunitário da concorrência*, pp. 75/76.

³⁸³ Segundo o autor: “Quando la nuova azienda esplichi la sua attività su generi e su prodotti uguali o simili a quelli dell’azienda ceduta, di modo che la clientela di questa possa nell’azienda nuova trovare gli stessi prodotti o, se anche com qualche differenza, pure adatti a conseguire la stessa utilità, allora deve ritenersi che la nuova azienda è consimili, e che il cedente è venuto meno alla propria obbligazione di garanzia”, *Azienda Commerciale*, p. 1077.

modernamente, GIOVANNI E. COLOMBO, externou opinião no sentido de que: “(...) *l'identità dell'oggetto e del luogo va intesa com la dovuta elasticità: se l'attività esercitata non è identica, ma prodotto di questa è succedaneo a quello dell'azienda alienata, il divieto opera (...)*”.³⁸⁴

7.2.3- mercado geográfico

O mercado geográfico é o local físico onde é normalmente desenvolvida a concorrência. No caso, interessa-nos a área relacionada à atividade operacionalizada pelo estabelecimento alienado.

No ato de concentração nº 16/94, julgado pelo CADE, o Relator do processo administrativo definiu, em seu voto, o mercado relevante geográfico como sendo “o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e na procura de produtos ou serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e em que as condições de concorrência são substancialmente distintas das prevalecentes em territórios vizinhos”.³⁸⁵

Segundo o direito concorrencial, o mercado relevante geográfico é aquele em que a empresa pode aumentar seus preços sem que seus clientes passem a se abastecer de produtos semelhantes provindos de outra localidade e sem que empresas concorrentes sediadas em outras localidades redirecionem sua produção para atingir aquela região, atraídos pelos maiores ganhos desfrutados pela empresa que aumentou o preço. Se o aumento de preço ampliar a concorrência, deve-se ampliar o mercado geográfico para abranger essas empresas, estabelecendo a vantagem que essas

³⁸⁴ Trattato, p. 204.

³⁸⁵ Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE, por JOSÉ INÁCIO DE GONZAGA FRANCESCHINI, p. 531. Nessa linha, a *Horizontal Merger Guidelines*, de 1992, define o mercado relevante geográfico como a “region such that a hypothetical monopolist that was the only present or future producer of the relevant product at location in that region would profitably impose at least a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price, holding constant the terms of sale for all products produced elsewhere”.

empresas detêm com relação aos custos de produção e distribuição, em relação a outras localizadas fora do perímetro.

Segue, daí, que a definição do mercado geográfico depende não só da localização dos estabelecimentos considerados, mas também da natureza do produto (ou serviço) e da sua capacidade de penetração nas áreas a serem consideradas. A distribuição (pontos de venda, transporte, etc.) é um elemento preponderante na definição do mercado geográfico.

Alguns fatores devem ser considerados na apuração do mercado relevante geográfico e, especialmente, para a nossa hipótese de trabalho, tais como a eventual disposição dos clientes do estabelecimento alienado em deslocarem-se até o local em que o alienante se restabeleceu com a mesma atividade, independentemente de considerações acerca do aviamento subjetivo deste; é também relevante a incidência dos custos com transporte, que podem desestimular ou inviabilizar a disputa pelos mesmos clientes, descaracterizando a situação de concorrência e, portanto, escapando à proibição em exame.

A área geográfica será menor quando o consumidor e os adquirentes em geral, devam deslocar-se e, ao contrário, tenderá a ampliar-se quando o fornecedor entregar a mercadoria.³⁸⁶

São também relevantes para a delimitação do mercado geográfico, considerações acerca das características do produto ou do serviço, tais como o seu preço (quanto menor o valor econômico da mercadoria, menos o utente está disposto a deslocar-se para adquiri-lo a um eventual preço menor),³⁸⁷ a sua resistência ao transporte (quanto menos resistente fôr, menor a distância pela qual ele pode ser

³⁸⁶ SÉRGIO VARELLA BRUNA, **O poder econômico**, p. 96.

³⁸⁷ Às vezes, em sentido inverso, 100km consistem numa distância muito longa a ser percorrida pelo consumidor, quando o aumento de preço do fornecedor local é de apenas 1%. Mas essa mesma distância pode deixar de ser uma barreira se o aumento for muito maior, cfr. LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN, **Antitrust**, p. 42.

transportado e menor a área passível de ser abrangida pela empresa), durabilidade, etc.³⁸⁸

Estabelecido o mercado geográfico relevante, teremos já o segundo elemento para definir até que ponto incide a vedação da concorrência do alienante.

7.2.4- Conclusão

Segundo SULLIVAN a definição dos mercados relevantes é um problema de julgamento,³⁸⁹ e como tal está sujeita a diversas variáveis que a abordagem que se emprega nesse estudo não comportaria.

Na verdade, na aferição do mercado relevante, os julgadores pautam-se mais por tendências do que efetivamente por alguma regra absoluta,³⁹⁰ especialmente devido às limitações que os tribunais ordinariamente enfrentam para a apuração de dados econômicos, que são de difícil obtenção, especialmente num país como o nosso em que não existe a cultura da pesquisa de estatísticas.

Além disso, a definição do mercado do produto, considerando a elasticidade cruzada, envolve a análise de gostos dos consumidores e demais adquirentes, o que nem sempre é possível fazer sem dados econométricos mais ou menos precisos, geralmente não disponíveis.³⁹¹ Em qualquer caso, é preciso ter certeza de que a preferência dos adquirentes não está ligada à tecnologia específica, à assistência técnica (*lock-in*)³⁹² ou a mercados agrupados (onde o agrupamento dos produtos é o que lhes confere atratividade, também chamados *cluster markets*).³⁹³

³⁸⁸ Já se decidiu, nesse contexto, que os mercados do leite natural e do leite pasteurizado não são os mesmos, sendo o mercado geográfico deste último mais amplo pela sua maior durabilidade e capacidade de enfrentar o transporte, cfr. PAULA FORGIONI, **Fundamentos do antitruste**, p. 206.

³⁸⁹ **Antitrust**, p. 42.

³⁹⁰ Novamente, SULLIVAN, *idem ibidem*.

³⁹¹ Cfr. HOVENKAMP, **Federal antitrust policy**, p. 89. Para uma análise dos métodos de apuração do mercado, cfr. CALIXTO SALOMÃO FILHO, **Direito concorrencial**, p. 90 e ss.

³⁹² Cfr. CALIXTO SALOMÃO FILHO, **Direito concorrencial**, p. 99 e ss. e HOVENKAMP, **Federal antitrust policy**, p. 91 e ss.

³⁹³ CALIXTO SALOMÃO FILHO, **Direito concorrencial**, pp. 98/99; HOVENKAMP, **Federal antitrust policy**, p. 96 e ss.; SULLIVAN, **Antitrust**, p. 59 e ss.

Nesse contexto, adverte SULLIVAM, simplificação é essencial.³⁹⁴ Entretanto, simplificação não se confunde com desídia. Muita informação empírica deve ser desenvolvida na definição do mercado e, portanto, seria inviável exigir-se um exame aprofundado de todo o mercado internacional para a aferição de área de atuação de uma empresa.

Firmados os mercados de produto e o geográfico já se pode traçar o quadro em que fica limitada a atividade do alienante e, daí, infere-se que todas as demais atividades estão livres para serem exploradas. Por isso afirmou-se que a imposição de precisos limites para a incidência da vedação da concorrência, antes de restringir desarrazoadamente a livre iniciativa e a liberdade de concorrência, cuidava de garantir a sua incidência em harmonia com outros princípios tão caros quanto aqueles.

Resta, então, estabelecer qual o período de tempo em que deve vigorar essa restrição, a fim de que o quadro fique completo.

7.3- Limitação Temporal: Elementos e Função

Como não existe lei regulando a obrigação de não concorrência do alienante, o prazo de duração dessa obrigação foi construído pela doutrina e jurisprudência, pela analogia com a ação renovatória e pelo recurso ao direito comparado, onde o prazo de cinco anos é o mais prestigiado (cfr. item nº 5.4). Considera-se ser esse o período de tempo necessário para o adquirente do estabelecimento empresarial construir, junto à clientela, uma relação de confiança própria, substituindo a relação que esta mantinha com a empresa anterior.

Na verdade, a doutrina estrangeira critica a fixação de um prazo rígido porque intui-se que a consolidação da clientela seja diferente de empresa para empresa,

³⁹⁴ Afirmo o autor: “*That simplification may begin by a decision to select from the alternative markets which are proposed a single economically meaningful market which will be identified as ‘the’ relevant market*” – ob. cit., p. 43.

dependendo de vários fatores que são altamente variáveis, como o tipo de atividade, as características da clientela e, sobretudo, as próprias qualidades do alienante do estabelecimento.³⁹⁵ Nessa linha, se a clientela for consolidada antes do término do quinquênio legal, cessa a obrigação de abstenção do exercício da atividade empresarial concorrente, para que não seja inutilmente limitada a liberdade de iniciativa do alienante.³⁹⁶

No Brasil, costuma-se invocar analogicamente a disciplina legal da ação renovatória como fundamento jurídico para a estipulação do prazo de cinco anos.³⁹⁷ Nessa linha foi a solução adotada pelo Projeto de Código Civil, que definiu o prazo legal de vigência da restrição de concorrência também em cinco anos.

Vejamos a disciplina jurídica da ação renovatória na sua configuração atual. Dispõe o art. 51 da Lei nº 8.254, de 18 de outubro de 1991³⁹⁸ que — na locação de imóveis destinados ao comércio —,³⁹⁹ o locatário tem direito de renovar o contrato de locação, desde que: (inc. I) o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; (inc. II) a locação já esteja vigendo por no mínimo cinco anos e (inc. III) deve o locatário estar explorando o mesmo ramo por no mínimo três anos.

Vê-se, pois, que existem dois diferentes prazos para legitimação da proteção especial do fundo, quais sejam, cinco anos de vigência contratual e três anos de exercício da mesma atividade empresarial. Parece-me que a existência desses dois prazos distintos recomenda a perquirição sobre a função de cada um deles no sistema

³⁹⁵ GIORGIO FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, p. 712); FRANCESCO FERRARA JR., *Teoria*, p. 376.

³⁹⁶ FRANCESCO FERRARA JR., *Teoria*, p. 376. Contra, entendendo que a fixação de prazo fixo visou exatamente impedir indagações casuísticas, GIOVANNI E. COLOMBO, *Tratatto*, pp. 214/215.

³⁹⁷ Nas palavras de OSCAR BARRETO FILHO: “*Na falta de lei expressa, em nosso país, não se deve admitir duração de pacto [de não concorrência] por prazo superior a cinco anos, que é o geralmente aceito pela legislação e pela jurisprudência de outros países, e que é também fixado pelo decreto nº 24.150, de 1934, como bastante para estabilizar o aviamento do fundo, em relação ao seu titular*”, *Teoria*, p. 254. No mesmo sentido, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Convenção impediante de novo estabelecimento*, p. 236.

³⁹⁸ Que sucedeu o anterior Decreto nº 24.150 de 1934.

³⁹⁹ O § 4º desse mesmo artigo estende o direito à renovação às indústrias e às sociedades civis com fins lucrativos.

legal, a fim de precisar qual dos dois é mais adequado para integrar a sistemática da proibição de concorrência do alienante.

Segundo explica ALFREDO BUZAID, o objetivo da renovatória é proteger a clientela, cuja fidelidade só é conquistada à custa de muito esforço e investimentos. A confiança da clientela forma-se lentamente e vai atribuindo maior valor econômico ao fundo. Ainda segundo o Professor, a simples instalação do estabelecimento não é suficiente, pelo nosso sistema jurídico, para justificar a proteção legal que exige também o exercício ininterrupto da mesma empresa por três anos. Nesse período a empresa forma sua clientela (acrescendo valor ao imóvel), justificando a intervenção do estado no domínio contratual para impor à uma das partes a obrigação de renovar a locação.⁴⁰⁰

Vê-se, pois, que, ao contrário do que se afirma, o nosso sistema legal não considera que o prazo para a consolidação da clientela junto à determinada empresa se dá em cinco anos. Antes, tanto o Decreto nº 21.150/34 quanto a Lei nº 8.245/91 estabeleceram em três anos o período de tempo em que a clientela se consolida junto ao fundo e, só então, está justificada a intervenção no domínio econômico para a proteção desse direito privado do empresário, com a conseqüente restrição do direito da outra parte, que se vê obrigada a renovar compulsoriamente o contrato de locação.

Aplicando esse raciocínio à hipótese em estudo, concluímos que, se a lei entende que em três anos o empresário criou e consolidou a clientela em torno de seu

⁴⁰⁰ **Da ação renovatória**, p. 229 e ss. Sobre essa questão, escreveu o autor: “O locatário deve provar que explora o comércio ou a indústria durante três anos. Justifica-se a razão dessa exigência. A lei pressupõe a continuidade do fundo de comércio, protegendo a clientela que, só a custa de esforços, propaganda e qualidade dos artigos se foi formando lentamente. O fundo adquire um valor econômico. A simples instalação da casa de comércio não bastaria para justificar a propositura da ação, porque lhe falta o requisito da clientela, que ainda não se formou. Enquanto o contrato de locação deve ter uma duração mínima de cinco anos, contentou-se a lei em exigir três para a exploração do comércio e da indústria. Estes prazos não poderiam ser coincidentes, porque da formação do contrato à abertura do estabelecimento, cuidou o legislador, com todo acerto, que deveria medear um espaço de tempo razoável à instalação da casa e a experiência da atividade comercial. Não basta, porém, a atividade comercial ou industrial exercida no imóvel. É necessário que o proprietário do fundo e locatário do imóvel explore o seu comércio ou indústria por três anos” – ob. cit., p. 229. No mesmo sentido, cfr. FÁBIO ULHOA COELHO, **Comentários à lei de locação de imóveis urbanos**, pp. 322 e 323.

estabelecimento empresarial, com muito mais razão nesse mesmo período ele também tem plenas condições de fazer o mesmo com uma clientela que, pelo menos em parte, já mantém relações com o estabelecimento, dos tempos em que esse era pertencente à empresa do antigo titular.

Principalmente porque, segundo pensamos (v. n.º 3.1.3 acima), o aviamento é sempre único e invariavelmente ligado ao estabelecimento. A atividade do empresário na administração do negócio, reverte-se sempre em benefício do complexo aziendale, estruturando a formatação do aviamento empresarial ainda que a atuação de algum particular seja a causa preponderante. Mesmo nessa hipótese, a clientela é sempre aproveitada pelo estabelecimento e, por isso, pode ser mantida mesmo depois de essa fonte subjetiva de aviamento não mais fazer parte do complexo aziendale, pois permanece no estabelecimento a boa impressão causada na clientela que — se não for pelas outras qualidades intrínsecas da empresa, será pela força do hábito — tenderá a continuar freqüentando o mesmo estabelecimento, quando então a confiança dela será conquistada pelos demais fatores que convivem em uma empresa bem aviada.

Por isso, consideramos que — na ausência de estipulação legal explícita, como a que há na Itália e em outros países — a aplicação analógica do sistema inerente às ações renovatórias conduzem à conclusão de que o período de vigência da proibição de não concorrência seria de três anos, e não cinco como defendem doutrina e jurisprudência.

7.4- QUANDO A VEDAÇÃO DA CONCORRÊNCIA É CONTRÁRIA AO INTERESSE PÚBLICO

Segundo a visão do Professor CALIXTO SALOMÃO FILHO, o direito concorrencial é formado pela tensão entre defesa da lealdade e defesa da liberdade na atividade econômica, sendo a proteção aos interesses do consumidor a finalidade

econômica (*mediata*) do sistema, enquanto a proteção do mercado e do próprio sistema concorrencial (como instrumento de proteção dos interesses daqueles consumidores) a finalidade jurídica *imediate*.⁴⁰¹ Por isso, o nosso sistema concorrencial impõe padrões mínimos de ética na conduta dos agentes econômicos, a fim de evitar o desencadeamento de um processo antropofágico de disputa por posições de mercado, que carretaria, em última análise, a formação das concentrações que são a principal preocupação do direito concorrencial.⁴⁰²

Na nota de rodapé nº 81,⁴⁰³ o Professor lamenta que nem sempre o nosso sistema legal esteve preocupado com a proteção e a manutenção da própria estrutura concorrencial. Afirma que, durante muito tempo, a doutrina comercialista vinha entendendo — influenciada sobretudo pela doutrina germânica do século passado — que o objeto de proteção da concorrência desleal era a clientela do empresário, em marcada influência privatística que reputa estar superada mas que, não obstante, ainda se faria sentir em algumas poucas áreas do direito concorrencial.

Nesse ponto, cita como exemplo a doutrina e a jurisprudência que afirmam a legalidade da cláusula de não restabelecimento⁴⁰⁴ do sócio retirante, com base na preservação do aviamento da empresa.

A crítica lançada pelo Professor dirige-se à total ausência de preocupação dos aplicadores da lei com a análise dos eventuais efeitos que a eliminação de um potencial concorrente pode causar em determinado mercado.

Segundo me parece, é bastante procedente a preocupação do ilustrado autor.⁴⁰⁵ Realmente, as análises que se fizeram dessa problemática sempre se

⁴⁰¹ **Direito concorrencial**, pp. 63/64.

⁴⁰² Refere-se, por exemplo, à utilização de meios enganosos para provocar oscilação de preços de terceiros — ob. cit., pp. 70/71.

⁴⁰³ Lançada às pp. 70 e 71.

⁴⁰⁴ Perceba-se a diferença entre “não-restabelecimento” e “vedação de concorrência”, conforme expusemos no item nº 6.2.2 acima.

⁴⁰⁵ Em sentido contrário, cfr. ALFREDO ASSIS GONÇALVES NETO, onde argumenta que a proibição da concorrência não prejudica nem limita o direito do alienante posto haver limitações no tempo e no espaço — **Direito comercial**, p. 151. Na verdade, consideramos haver, sim, limitação ao direito do alienante, mas limitação plenamente justificada pelas características de que se reveste o negócio de

mantiveram restritas ao âmbito do direito privado⁴⁰⁶ — talvez pela influência do Direito italiano que, até meados da década passada, não contava com uma legislação própria a regular a concorrência e o abuso do poder econômico — o que, no mais das vezes, acaba por descurar de uma abordagem mais preocupada com a questão da proteção do próprio mecanismo de mercado que, ao fim e ao cabo, podem repercutir no mercado de consumo, cuja proteção é, em nosso país, uma política pública.⁴⁰⁷

Não é difícil imaginar hipóteses em que a proibição de concorrência do alienante do estabelecimento empresarial pode mostrar-se frontalmente contrária ao interesse público. Pensemos, por exemplo, na alienação de um complexo azial em mercado estratégico para o país e que, não obstante, seja monopolista, oligopolista ou onde hajam algumas barreiras ao ingresso de novos *players*, especialmente ligadas ao *know how* necessário para a atividade.

Indagamos: convém, numa hipótese como essa, que o Estado intervenha na economia para proteger interesses privados (aceitando a restrição da concorrência), quando estes estão em evidente confronto com o interesse público? Parece-nos que a resposta deva ser negativa.

Aceitar uma situação de eventual dominação do mercado ou situação de grave prejuízo ao interesse público, apenas para proteger interesses materiais de agentes econômicos privados, escapa do ponto de equilíbrio que é a base do direito concorrencial — que, conforme explicitado no item nº 6.2 acima, obtém-se como se fosse um vetor, resultado da tensão de duas diferentes forças, uma voltada para a proteção da boa-fé e da lealdade na atividade econômica e a outra direcionada para a liberdade de iniciativa —, na medida em que não dá a devida consideração à

trespasse. Entretanto, não é esse o ponto relevante levantado por CALIXTO SALOMÃO FILHO. Este lamenta o total descuido dos aplicadores do direito com a análise do impacto no mercado que tal restrição à concorrência poderia acarretar.

⁴⁰⁶ Também nesse sentido, cfr. CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES, *Cláusula de não restabelecimento e não concorrência*, p. 631 e ss.

⁴⁰⁷ Cfr. FÁBIO KONDER COMPARATO, *A proteção ao consumidor na Constituição de 1988*, pp. 66/75.

“*pluralidade de interesses envolvidos no direito concorrencial*”, privilegiando os interesses privados materiais em detrimento das políticas e dos interesses públicos.⁴⁰⁸

Haverá hipóteses a serem perscrutadas caso a caso, em que o interesse público deverá ser privilegiado, vetando a incidência da regra que limita a liberdade de iniciativa econômica do alienante do estabelecimento empresarial. Por isso, para que a vedação da concorrência do alienante do estabelecimento empresarial seja válida, deverá ser precedida de uma análise do impacto que essa obrigação de não concorrência causará no mercado relevante em questão.

Por outro lado, como conseqüência, o alienante não poderá exigir do adquirente o sobre-valor que valoriza o estabelecimento, representado no preço de venda do complexo aziendal como contrapartida pela abstenção da concorrência (cfr. item nº 5.1). A razão é bastante intuitiva: se a abstenção de concorrência do alienante é a contrapartida do *plus-valor* do estabelecimento alienado, quando essa obrigação de não-fazer não puder, por motivos de ordem pública, ser imposta ao alienante, tão pouco poderá ser refletida no valor do estabelecimento, sob pena de enriquecimento sem causa deste.

Nessa hipótese, é altamente recomendável que o contrato de trespasse seja expresso e, quando da avaliação do aviamento, o laudo deverá considerar a possibilidade de diminuição do faturamento em virtude da potencial concorrência do antigo titular.

Caso contrário, o adquirente poderá pleitear a anulação do negócio por erro essencial quanto à essa característica do estabelecimento que, sem dúvida, é fundamental para o correto cálculo do risco empresarial. Noutra perspectiva, a adquirente poderá, ainda, intentar ação *quanti minoris* contra o alienante.

⁴⁰⁸ Cfr., novamente, CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, pp. 63/64.

III- O RESTABELECIMENTO NO ESPAÇO VIRTUAL DA INTERNET

8- A INTERNET E O ESPAÇO CIBERNÉTICO

8.1- ORIGEM DA INTERNET

A Internet surgiu entre o final dos anos sessenta e o início dos anos setenta. Originalmente, era um projeto militar denominado ARPANET: uma rede que interligava os computadores científicos da *Advanced Reserch Project Agency* – ARPA.

Financiado pelo Ministério da Defesa dos Estados Unidos, seu objetivo era desenvolver um instrumento de comunicação flexível e descentralizado, para interligar a estrutura militar norte-americana. Em plena guerra fria, o modelo tinha como premissa garantir a continuidade do sistema de comunicação de dados, mesmo na hipótese de parcial destruição da estrutura em situação de guerra.⁴⁰⁹

Com o tempo, a rede foi perdendo a original conotação militar, sendo paulatinamente encampada pela comunidade acadêmica.⁴¹⁰ Novas redes menores e privadas foram sendo criadas,⁴¹¹ até que, nos anos noventa, com o surgimento de um sistema de *backbones*⁴¹² privados, e a partir da interconexão entre as redes menores, acabou resultando na configuração próxima da atual, que é capaz de atingir os consumidores e os cidadãos comuns em todo o mundo.

⁴⁰⁹ Outros importantes objetivos da ARPANET, que viabilizaram a formação da Internet como nós a conhecemos são: facilitar ao máximo (por padronização de protocolos, indo do *File Transfer Protocol-FTP* ao *Hyper Text Transfer Protocol-HTTP*) a troca de informação entre computadores (interoperação); re-roteamento rápido e automático da informação (i.e., dos “pacotes” digitais) ao destino, desviando de partes eventualmente inoperantes; capacidade de atuação como uma “rede das redes”, cfr. DANIEL C. LYNCH e LESLIE LUNDQUIST, *Dinheiro digital*, pp. 4/6. Para uma narrativa completa da história da ARPANET, cfr. a primeira parte em <www.dei.isep.ipp.pt/docs/arpa-1.htm>.

⁴¹⁰ A ARPANET foi encampada pela NSFNET, da *National Science Foundation*. Os militares criaram uma rede própria, a MILNET.

⁴¹¹ Nessa fase, em 1980, foram criadas diversas redes como a BITNET e a Usenet. Depois vieram as redes da CompuServe e da AOL.

⁴¹² As “espinhas dorsais” de cabos de telecomunicações, responsável pela comunicação dos dados entre os computadores de grande porte e os roteadores que controlam o tráfego da Internet.

A transmigração da Rede do âmbito restrito dos militares e das universidades para o uso geral foi involuntária e deve-se, basicamente, a fatores como: (a) padronização de um modelo uniforme de programas de computador; (b) subdivisão dos recursos de utilização da rede (como, p. ex., a criação da sub-rede *Word Wide Web*, que maximizou os recursos e a funcionalidade da consulta de dados armazenados nos computadores que integram a Rede, pela utilização da técnica de hipertexto);⁴¹³ e (c) a própria arquitetura com a qual foi concebida, que é flexível e aberta, permitindo a integração de um número potencialmente ilimitado de computadores nas atividades de transmissão, roteamento e armazenamento de dados, que fazem a Internet ser o que é.

Após a imensa difusão da Internet junto ao público comum (i.e., público não militar e não acadêmico), o passo natural a ser dado em seguida não poderia deixar de ser a sua utilização como ferramenta para a realização de negócios. Afinal, a fenomenal dispersão da Internet em meio aos agentes econômicos e consumidores em geral é um atrativo que não pode ser ignorado. Nesse contexto, a Internet deve ser encarada como uma evolução do conceito que temos do mercado, pois com ela amplia-se imensamente o espectro geográfico que os empresários podem atingir, já que cada computador conectado à Rede tem, em sua ponta, pelo menos um (quando não vários) potencial cliente.

Segundo já previa ASCARELLI na década de cinquenta: “*a abertura de novas comunicações pode provocar a concorrência entre bens que anteriormente não poderiam concorrer*”.⁴¹⁴ Essa realidade, que identificamos no fenômeno da Internet, é altamente significativa e pode alterar grandemente a noção de mercado geográfico,

⁴¹³ Cada letra, palavra, figura ou ícone pode servir de elemento de ligação do documento original com outra base de dados, armazenada em outro computador conectado à Rede, interligando a informação contida nos diversos computadores, criando um *metatexto*. Segundo NICHOLAS NEGROPONTE, a técnica do *hipertexto* foi desenvolvida a partir dos estudos de DOUGLAS ENGLEBART no *Stanford Reserch Institute* e deve seu nome ao trabalho de TED NELSON da *Brown University*, por volta de 1965, cfr. *Vida digital*, p. 71.

⁴¹⁴ *Teoría*, p. 32, (tradução livre).

na medida em que amplia consideravelmente o poder de penetração de um estabelecimento junto ao público consumidor, atingindo áreas geográficas antes inacessíveis (pela distância), multiplicando a concorrência entre agentes econômicos que antes não competiam entre si pelos mesmos consumidores, em virtude da distância.

8.2- NATUREZA JURÍDICA DA INTERNET

Refoje ao objeto deste trabalho aprofundar a perquirição sobre a natureza jurídica da Internet. Entretanto, a boa metodologia recomenda que a pesquisa sobre as conseqüências do advento da Rede e do comércio eletrônico seja precedida (pelo menos) da tentativa de encontrar uma definição jurídica para Internet, tentando enquadrar esse fenômeno nos conceitos jurídicos tradicionalmente conhecidos.

Em sua gênese, a Grande Rede de computadores era tratada como uma comunidade⁴¹⁵ pelos pioneiros usuários que pretendiam e ainda pretendem mantê-la quase intocada pela ação regulatória dos Governos como se — depois da intensa massificação experimentada pela Internet — fosse possível a manutenção de um ponto de vista tão romântico e quase místico.⁴¹⁶

Desde os primórdios, portanto, a Internet é encarada como um *espaço*, uma espécie de lugar qualificado por não ser físico, mas sim virtual. Dessa visão clássica deriva, aliás, a expressão que fez fortuna nos países de língua inglesa — e que já permeia os demais idiomas — utilizada para significar o espaço criado pela

⁴¹⁵ LAEWRENCE LESSIG, *Code*, p. 63.

⁴¹⁶ Ver, para ilustrar, a **Declaração de independência da Internet**, proclamada em Davos, Suíça, em 18/2/1996, pelo ativista libertário, co-fundador da *Electronic Frontier Foundation*, o norte-americano JOHN PERRY BARLOW, cujo preâmbulo é o seguinte: “*Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do espaço cibernético, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem vindos entre nós. Vocês não têm a independência que nos une*”, disponível em português em <www.dhnet.org.br/ciber/textos3/barlow.htm>.

interconexão dos computadores que formam a Internet: *cyberspace*.⁴¹⁷ Logo, uma primeira reação levaria a definir a Internet como um espaço.

Outro impulso imediato seria o de defini-la tecnicamente, como fez a Corte do Distrito Oriental da Pennsylvania⁴¹⁸ — em acórdão que depois foi confirmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, quando do julgamento do famoso caso da inconstitucionalidade do *Communications Decency Act* de 1996⁴¹⁹ — afirmando que a Internet não é “*uma entidade física ou tangível, mas uma enorme rede de computadores [network] que interliga inúmeros pequenos grupos de redes de computadores [networks] por sua vez interconectados. Pode ser, assim, definido como uma rede de redes de computadores [networks]*”.⁴²⁰

Nessa linha, a Internet foi tecnicamente definida, no Brasil, pela alínea “a” do Item 3 da Norma 004/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31/5/95, do Ministério das Comunicações, define Internet como: “*Nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores*”.

Nessa direção encontramos algumas posições doutrinárias, como por exemplo, a definição de RENZO RISTUCCIA e de LUCCA TUFARELLI: “*Internet, invece, nella realtà non esiste né come entità giuridica, né come soggetto gestore della rete, né come entità astratta. Com il termine Internet si intende piuttosto indicare il*

⁴¹⁷ A palavra foi cunhada por WILLIAN GIBSON em seu livro de ficção científica *Neuromancer*, para identificar um mundo criado em realidade virtual por poderosos computadores, onde as pessoas poderiam ingressar para exercer atividades quase reais, onde acontecem as tramas da ficção. O roteiro do livro não se referia à Internet propriamente dita que, aliás, nem sequer existia na época do lançamento da obra. Entretanto, pela evidente semelhança — que mais uma vez confirma como a vida imita a arte —, a expressão acabou sendo apropriada pelos entusiastas da tecnologia para representar o espaço virtual da Internet. Não obstante tanto sucesso, a expressão *cyberspace* não é oficialmente reconhecida e não consta no *Glossary of Telecommunication Terms*, do **The Federal Standard 103**, Cfr. em <www.its.bldrdoc.gov/fs-1037>, visitado em 8 de janeiro de 1999.

⁴¹⁸ Ação civil nº 96-963, *American Civil Liberties Union* e outros, vs. Janet Reno.

⁴¹⁹ *Reno vs. ACLU*, 521. *US* 844.

⁴²⁰ Tradução livre feita a partir do italiano. Texto integral disponível na obra **I problemi giuridici di Internet**, p. 411.

*fenomeno telematico*⁴²¹ conseguente alla interconnessione dei computer che, attraverso l'utilizzo delle reti di telecomunicazioni esistenti, possono dialogare utilizzando protocolli univoci e servizi di comunicazioni standardizzati".⁴²²

Não obstante, é preciso compreender que o que se convencionou chamar de Internet não é apenas uma rede de computadores como qualquer outra. Na verdade, ela engloba uma gama de aplicações variadas, realizadas pela via dos computadores em virtude da interconectividade que lhe caracteriza tecnicamente, mas que, não obstante esse elo de ligação, consubstanciam-se em realidades intrinsecamente diferentes entre si.

Logo, segundo penso, a verdadeira definição da natureza jurídica da Internet não pode se limitar ao conceito técnico de “*rede das redes de computadores*”, pois há muito mais a ser juridicamente explorado.

Segundo a opinião de BENJAMIN SELF,⁴²³ a natureza da Internet depende grandemente da aplicação que estiver sendo utilizada. De acordo com suas informações, existem no momento sete grandes categorias de aplicações para a Internet: *e-mail*,⁴²⁴ *World Wide Web* (ou simplesmente *web*),⁴²⁵ *Usenet*,⁴²⁶ *Telnet*,⁴²⁷

⁴²¹ Segundo CARLOS ALBERTO ROHRMANN, “*A telemática tem como objetivo o estudo do intercâmbio da informação contida em dados manipulados pelos computadores ligados através dos meios de telecomunicações (bem como a possibilidade técnica da interligação entre os computadores)*”, *O direito virtual – a assinatura digital*, p. 33, nota 1. Conforme MIGUEL PUPO CORREIA, o neologismo *telemática* terá sido utilizado pela primeira vez por SIMON NORA e ALAIN MINC (na obra *L'informatisation de la société*, Paris, 1978), cfr. **Sociedade de informação e direito: a assinatura digital**, nota 3. Por sua vez, MÁRIO LOSANO explica que a palavra *informática* decorre etimologicamente da aglutinação dos vocábulos de origem francesa “*information*” e “*automatique*”, cfr. *Informática jurídica*, p. 352.

⁴²² **La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider**, disponível em <www.interlex.com/regole/ristufa.htm>. Ver, também, opinião de RICARDO LUIS LORENZETTI, **Tratado de los contratos**, vol. III, p. 837.

⁴²³ **What's exactly is the Internet**, trabalho apresentado no curso *Ethics and Law on the Electronic Frontier*, outono de 1997, realizado em conjunto entre o MIT e a Faculdade de Direito de Harvard e, até onde se sabe, ainda inédito.

⁴²⁴ A mais difundida e antiga aplicação da Internet, o *e-mail* é o correio eletrônico. Sistema pelo qual o usuário pode trocar mensagens, programas, imagens, etc., com outros usuários, são recebidos por um programa específico de mensagens e arquivadas num arquivo próprio, geralmente denominado “caixa postal”.

⁴²⁵ A *web* é o verdadeiro motivo da grande massificação da Internet. Cuida-se de uma parte da rede em que é arquivado e disponibilizado um gigantesco banco de dados contendo imagens, sons, filmes,

FTP (ou *file transfer protocol*)⁴²⁸ e mensagens instantâneas.⁴²⁹ Não obstante, conforme a tecnologia vai evoluindo, novas utilidades vão sendo implementadas e incluídas na rede, gerando, em alguns casos, perplexidades. É o caso da transmissão de rádio e TV via *web*, o que cria problemas com a regulamentação das mídias que, cada vez mais, se misturam na Grande Rede; os diários oficiais que vão sendo, paulatinamente, transferidos para o meio digital, etc.

Por isso, e sem embargo da importância da definição técnica, pela relevância que a Internet vem assumindo no mundo moderno — que em muito supera a das simples redes fechadas de computadores, seja pela abrangência transnacional, seja pela diversificação da informação ou, ainda, pela imensa variedade de mídias com as quais ela é compatível — convém englobar na definição a informação nela arquivada e também a que por ela circula (como, de resto, fez a Portaria nº 148/95 acima citada), bem como o conjunto de pessoas que dela se utilizam.⁴³⁰

Assim, a Internet é, evidentemente, uma estrutura lógica; um sistema que interliga uma quantidade indefinida de redes de computadores, baseada em certos padrões que permitem a intercomunicação entre essas diferentes redes que, por sua vez, interligam diversas pessoas, dando-lhes não só a possibilidade de acessar toda a informação armazenada mas também de incluir mais informação para armazenamento, que é, por sua vez, disponibilizada aos demais usuários e assim sucessivamente.

textos, programas, etc., em formato gráfico e disponível para qualquer computador conectado por um modem e uma linha telefônica a um provedor de acesso. Atualmente, muitas empresas e pessoas possuem páginas na Internet, na *World Wide Web*. Esse é o aplicativo que mais de perto nos interessa.

⁴²⁶ É a parte da Internet utilizada para remessa de dados para grupos de distribuição de notícias (os *newsgroups*), que redistribuem essa informação (geralmente textos) para todos os afiliados.

⁴²⁷ Utilização da Internet como meio de difusão de voz em tempo real. Similar ao telefone.

⁴²⁸ Sistema que permite a transferência de arquivos de computadores pela rede.

⁴²⁹ Como o nome deixa antever, é o sistema que permite o envio de mensagens, arquivos, programas, etc., instantaneamente, para qualquer usuário do sistema que esteja conectado à Internet.

⁴³⁰ ROCÍO OVILLA BUENO, *Internet y derecho*, p. 423.

Segundo nos parece, não é bastante — para definir o que a Internet representa na sociedade da informação — invocar uma simples coligação de computadores, cabos, antenas, roteadores. Ainda que acrescentemos os serviços de provisão de acesso, os protocolos de comunicação geralmente aceitos (voluntariamente), os programas de navegação (*browsers*) uniformes, a infra-estrutura de comunicação, etc, a Internet continua transparecendo ser algo além da conjugação desses fatores homogêneos que formam a sua estrutura lógica.

Por outro lado, é cediço que a Internet também não é um sujeito.⁴³¹ As relações jurídicas realizam-se *na* rede, entre diversos sujeitos por ela interligados, e não *com* a rede. Logo, se a Rede é o espaço em que se realizam diversas formas de relações jurídicas, exsurge a compreensão — de resto amplamente aceita e difundida desde seus primórdios — de que a Internet é um *lugar*, gerado virtualmente pela estrutura lógica acima descrita, mas ainda assim um *locus*.

Essa é a opinião, por exemplo, de GUIDO ALPA, para quem “‘Internet’ è definito, nella lettura corrente, come un ‘prototipo in evoluzione dello spazio cibernetico’, e consiste in una rete globale di reti relative a personal computers, sistemi telefonici tradizionali, sistemi telefonici mobili e sistemi televisivi. Così formulato lo spazio cibernetico e i sistemi di navigazioni dentro di esso non sembrano differire, salvo che nella tecnica e nella ‘materia’ dagli altri spazi di cui si è occupato il giurista, quali lo spazio marittimo o lo spazio aereo o lo spazio cosmico”.⁴³²

⁴³¹ Segundo MANLIO CAMMARATA, “Indagando sui rapporti che si instaurano nella Rete, il giurista si accorge presto dell’assenza di qualsiasi requisito che possa far attribuire a Internet una personalità giuridica. Non há uno status, non è titolare di diritti, non há doveri, Non esiste un ‘responsabile di Internet’, un amministratore, un procuratore. Nessuno può stipulare un contratto ‘con Internet’. Non esiste nessuno soggetto del quale si possa dire che abbia un rapporto giuridico, di qualsiasi natura, com Internet” — **Quale leggi per territorio Internet?**, disponível em <www.interlex.com/regole/mcmeta1.htm>, visitado em 13/7/99. Na mesma linha, cfr. MICHELE IASELLI, **La natura giuridica di Internet**, disponível em www.diritto.it/articoli/informatica/nat_giu_internet.htm, visitado em 19/7/99.

⁴³² *Premesse, I problemi giuridici di Internet*, p. XIII. Muitos outros comungam desse mesmo entendimento.

Não obstante, é visível a preocupação dos que assim pensam, no sentido de deixar bem realçado que o espaço em questão é diferente, posto que virtual; não dispõe da realidade material com a qual estamos acostumados a lidar no âmbito material. Tanto que o Professor GUIDO ALPA complementa sua afirmação, ressaltando: *“Tuttavia, a differenza delle esperienze pregresse, ciò che connota lo spazio cibernetico è il fatto che esso si presenta come virtuale, che non comporta alcun movimento fisico di veicoli o di cose, ma soltanto di impulsi elettronici”*.⁴³³

O Professor LAWRENCE LESSIG — com a autoridade de quem ministrou aulas sobre “cyberlaw” nas Faculdades de Direito das Universidades de Yale, Chicago e, atualmente, Harvard — já afirmou: *“Cyberspace is a place. People live there. They experience all the sorts of things that they experience in real space, there”*.⁴³⁴ Mais recentemente, o Professor passou a definir: *“Cyberspace is not a place. It is many places. The character of these many places is not identical. They instead differ in ways that are fundamental. These differences come in part from differences in the people who populate these places. But demographics alone won’t explain the variance”*,⁴³⁵ explicando, mais adiante, porque mudou seu pensamento, afirmou: *“Cyberspace has changed in part because the people — who they are, what their interests are — have changed, and in part because the capabilities provided by the space have changed”*.⁴³⁶ Essa definição afina-se com a argumentação de BENJAMIN SELF acima referida, de que a definição de Internet varia conforme a aplicação que esteja em análise.

Ao comentar sobre as novas necessidades que o surgimento da Internet criou para o jurista, HUGO CESAR HOESCHL também assume essa intelecção quando fala *“perquirir da configuração de uma nova ‘dimensão’, um novo ‘lugar’ onde ocorre a*

⁴³³ *Idem, ibidem.*

⁴³⁴ *The zones os cyberspace, Stan. L. Rev.*, 1403 (1996), *apud* CARLOS ALBERTO ROHRMANN, **Electronic promissory notes**, tese apresentada na University of California at Los Angeles, inédita, nota nº 20.

⁴³⁵ *Code*, p. 63.

⁴³⁶ *Ob. cit.*, p. 64.

interação humana".⁴³⁷ MICHELE IASELLI também vai buscar a natureza da Internet na analogia com um *lugar* para, em seguida, ressaltar: "*la dottrina in esame, comprendendo che la nozione tradizionale di territorio mal si adatta ad una realtà virtuale come Internet (dove non è possibile determinare un confine fra le varie reti territoriale che attraversano i singoli stati) há creato un novo concetto il cd. 'metta-territorio' che sarebbe una sorta di territorio virtuale dove i confini fra i vari stati sarebbero non fisici, ma logici. Internet secondo questa costruzioni dottrinaría è un meta-territorio*".⁴³⁸

MANLIO CAMMARATA também define a Internet como um lugar onde se realizam relações interpessoais, comerciais, ações ilícitas, em suma, tudo aquilo que se manifesta porque existe o espaço virtual. Ressalva em seguida, "*Le difficoltà emergono quando tentiamo di definire le relazioni tra lo spazio virtuale e lo spazio reale*"; para acrescentar depois: "*In effetti è difficile immaginare che a un territorio reale in senso giuridico se ne possa sovrapporre un altro, a meno che non si pensi al secondo come a un 'meta-territorio'*".⁴³⁹

Simplificando os conceitos, a Internet é um meta-território — transcendente em relação ao território físico porque criado virtualmente por meio de maciça interligação de redes de computadores espalhados pelo mundo que, portanto, não conhecem fronteiras físicas —, onde é possível armazenar e divulgar todo tipo de informação, pela transferência de arquivos de computador para computador, utilizando os meios e a infra-estrutura de comunicação disponíveis e, dessa forma, o usuário pode se relacionar bem como estabelecer toda sorte de relações jurídicas e sociais.

⁴³⁷ *O ciberespaço e o direito*, p. 15.

⁴³⁸ *La natura giuridica di Internet*, ob. cit.

⁴³⁹ *Quale leggi per territorio Internet?*, ob. cit.

8.3- A INFLUÊNCIA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA DELIMITAÇÃO DA VEDAÇÃO AO RESTABELECIMENTO

8.3.1- o estabelecimento virtual

A Internet está implementando uma verdadeira revolução⁴⁴⁰ na economia e no comércio, a exemplo do que a revolução industrial realizou em seu tempo.

Sendo um meta-território que desconhece as fronteiras físicas, a Internet chega em qualquer lugar onde haja um computador conectado e, por isso, muitos empresários desejam disponibilizar seus produtos ou serviços pela Rede, relacionando-se com potenciais consumidores na modalidade de comércio eletrônico denominada, no jargão da nova economia, de “b2c” ou “*business to consumer*”, quer dizer, negócios diretamente com consumidores, dispensando a participação dos atravessadores.

A nova fronteira dos negócios virtuais divide-se em três grandes categorias:

(a) o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na própria Internet (os chamados *information good*,⁴⁴¹ como, p. ex., os serviços de notícias, de corretagem, de venda de programas, etc.); (b) o fornecimento de produtos ou serviços a serem entregues ou prestados fora da Rede e, por fim, (c) as transferências de valores.⁴⁴²

⁴⁴⁰ O uso da expressão “*revolução*” pode parecer hiperbólica, mas faz jus à enorme evolução – já experimentada e em vias de se expandir –, nas relações comerciais proporcionada pelo advento da Internet, tanto que foi utilizada em **Emerging digital economy** (capítulo I, *The digital revolution*, pp. 3/7), documento oficial do Departamento de Comércio dos Estados Unidos e, também, na Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, de 15/04/97, intitulada **Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico** (COM (97) 157). Como os documentos oficiais costumam ser “econômicos” quanto ao uso de expressões grandiloqüentes, achamos que a utilização do termo era compatível (diante da realidade que se nos apresenta), com o objetivo do presente estudo.

⁴⁴¹ Cfr. HAL R. VARIAN, **Market structure in the Network age**, disponível em <<http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/doc/doc.html>>.

⁴⁴² Cfr. CARLOS ALBERTO ROHRMANN, *O direito virtual – a assinatura digital*, p. 35. Para JAVIER JIJENA LEIVA, o comércio eletrônico divide-se em duas categorias: o *direto*, que realizados e entregues diretamente pela rede (reservas de hotel, consulta a bases de dados *on line*, compra de software via *download*); e o *indireto*, em lojas virtuais, para entrega da mercadoria em casa, **Comercio electrónico e derecho**, nº II-1. A principal forma de comércio ou prestação de serviços aos consumidores realiza-se pela *web*. Cfr., também, a Comunicação ao Parlamento Europeu, ao

De todas as aplicações disponíveis, é na *web* que estão os recursos gráficos mais atrativos para os usuários e, por isso, é nela que está centrado o grande potencial para o “*b2c*”. Especialistas em *marketing* e administração de empresas têm afirmado constantemente nos meios de comunicação que, em breve, a *web* será a principal ferramenta de venda para o público consumidor. Isso porque a *web* leva a vitrine do comerciante até o consumidor sem que ele precise sair de casa.⁴⁴³ Esta constatação levou o Professor LUIZ OLAVO BAPTISTA a concluir que a aplicação dessa nova tecnologia permite, de um certo modo, uma volta ao passado, ao tempo em que os mascates batiam de porta em porta, oferecendo os produtos que traziam numa mala ou no lombo de um mular, o que dispensava o estabelecimento comercial.⁴⁴⁴

A revolução do comércio eletrônico pode, em um futuro próximo, tornar o estabelecimento empresarial muito diferente do que ele é hoje, pelo menos em certas atividades e para alguns produtos. Basta pensarmos nos serviços prestados *on line*, como as páginas especializadas em busca, em comparação de preços, etc. Ou nas empresas especializadas em venda de produtos diretamente pela Rede, tais como programas de computador via *download*; livros eletrônicos e músicas em formato mp3 também por *download*. Em breve, estarão disponíveis filmes por *download*, etc.

Nessas hipóteses, como o produto é digital, pode ser dispensável qualquer estrutura física de armazenamento, administração, etc. Por isso, o estabelecimento pode acabar transmigrando totalmente do mundo físico para meta-território virtual, modificando completamente o conceito de estabelecimento empresarial. Basta imaginar que a administração pode ser feita eletronicamente, a cobrança e a entrega

Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, de 15/04/97, intitulada **Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico**” (COM (97) 157).

⁴⁴³ LUIZ OLAVO BAPTISTA, Comércio eletrônico: uma visão do Direito brasileiro, p. 84.

⁴⁴⁴ Na verdade, discordamos dessa observação, pois podemos considerar a conjugação dos utensílios, quaisquer que fossem, utilizados pelos mascates para a realização de sua atividade, como sendo o seu minúsculo estabelecimento, como aliás, fez WALDEMAR FERREIRA – *Tratado*, vol. 7, pp. 237/238.

idem, os depósitos do faturamento nos bancos também, etc. Além disso, a burocracia fiscal ruma rapidamente para a virtualização e imaginamos que, em breve, será possível manter toda a escritura fiscal e contábil na própria Internet, o pagamento de tributos poderá ser realizado pela Rede, etc. O próprio computador que hospeda a página pode não pertencer à empresa, pois a hospedagem do *site* (o chamado *host*) pode ser terceirizada, etc.

Noutra perspectiva, também existem empresas que ficam no meio termo. É o caso daquelas estabelecidas no meta-território, mas que prestam serviços ou fornecem produtos que devem ser entregues ou prestados fora da Rede. A Internet serve basicamente para permitir o contato com os potenciais clientes, pelo *site*, enquanto no espaço físico permanecem a administração, o estoque físico e, eventualmente, a estrutura para as entregas, etc. Podem ter essa conformação tanto empresas que já se iniciam diretamente na Internet quanto aquelas que rumam para o ambiente virtual em busca da ampliação da sua base de atuação (mercado geográfico).

Mesmo quando o produto deva ser entregue fora da Rede, já se antevê que no futuro próximo será possível criar uma estrutura onde será dispensado o estabelecimento no espaço físico real. Pensemos, por exemplo, em uma livraria virtual. A administração poderá ser deixada por conta de Programas de Inteligência Artificial. Quando for recebido um pedido, o estabelecimento virtual enviará uma mensagem eletrônica para a editora (que também deverá estar informatizada e com acesso pela Internet aos seus parceiros comerciais) encomendando os livros pedidos naquele dia, quando receberá uma resposta, também eletrônica, sobre a disponibilidade deles. Concomitantemente, enviará também uma mensagem para a transportadora (que também deverá estar informatizada e disponível para realização de negócios via Internet), informando o local e a quantidade de produtos a serem

retirados da editora e o local e as quantidades a serem entregues aos consumidores. O pagamento será por cartão de crédito ou dinheiro digital.

Por enquanto, a implementação do estabelecimento 100% virtual, mesmo na hipótese de produtos e serviços a serem entregues e prestados na Rede, ainda é um roteiro de ficção científica. Mas a tecnologia para tanto já está praticamente disponível. O que falta, ainda, é informatização da burocracia fiscal e administrativa, a disseminação do comércio eletrônico e dos sistemas seguros para a transferência de dados (criptografia, assinaturas eletrônicas, etc.) e a aquisição de confiança por parte do público consumidor.

No Brasil, se aprovado o Projeto de Lei nº 1.589/99, talvez não seja possível a criação de uma empresa exclusivamente estabelecida de maneira virtual, pois a alínea “b” do art. 4º determina que a oferta de contratação eletrônica deve informar o endereço físico do estabelecimento, dando a entender que essa qualidade seja necessária para o comércio eletrônico, o que não deixa de ser um fator de atraso no desenvolvimento da atividade comercial na Internet, ainda que seu objetivo seja, claramente, o de garantir os direitos do consumidor, o que poderia ser contornado, p.ex., com um eficiente sistema de seguros.

Na Europa, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao comércio eletrônico, define, no art. 2º: “*prestador estabelecido*”: *prestador que exerça, de uma forma efetiva, uma atividade econômica através de uma instalação estável, por um período indefinido. A presença e a utilização de meios técnicos e de tecnologias para fornecer o serviço não constituem critério de estabelecimento do prestador*”.

Vê-se, pois, que a Europa centrou sua definição de estabelecimento virtual na efetividade e na continuidade da atividade econômica pela Rede. Com essa posição, esperam ter escapado dos critérios formais ou puramente tecnológicos, que

permitiriam aos fornecedores fugir da regulamentação legal. A Proposta de Diretiva tomou como base de identificação do local do estabelecimento os seguintes critérios: (a) local da tecnologia utilizada, ou seja, onde está o computador em que a página está armazenada (local do *host*); (b) local onde a página está sendo acessada (o que levaria a entender que o local do estabelecimento é potencialmente o mundo todo) e (c) a oferta dirigida a determinado mercado.⁴⁴⁵

Estamos, pois, presenciando o surgimento de uma nova empresa: a empresa virtual. Mas o aprofundamento dessa pesquisa escapa ao escopo do presente trabalho e fica, portanto, guardada para um futuro próximo.

8.3.2- mercado e concorrência na rede

De tudo quanto foi dito, exsurge evidenciado que o comércio eletrônico trouxe o mercado para dentro da Internet num processo de interação em extraordinária expansão.⁴⁴⁶ Na verdade, o comércio eletrônico não é algo novo. Há muito tempo as empresas já trocavam dados através de meios eletrônicos variados. A novidade é a expansão acelerada que a Internet impõe ao mercado, ampliando a atividade comercial, que inicialmente era “empresa para empresa”, para o mercado consumidor, para o âmbito da administração pública, em escala mundial e entre um universo cada vez maior de participantes empresariais, individuais, conhecidos e desconhecidos.

Nos primórdios do comércio eletrônico, quando ainda se usavam exclusivamente redes fechadas, o mercado eletrônico era como um clube, disponível apenas para um pequeno número de sócios que, dificilmente, se ampliava. Com o

⁴⁴⁵ Cfr. **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos jurídicos do comércio eletrônico no mercado interno**, Bruxelas, 18/11/98, COM (1998) 586 final 98/0325 (COD).

⁴⁴⁶ Cfr. GUIDO ALPA, *Premesse*, p. XVI.

advento da Internet, “a rede é o mercado”,⁴⁴⁷ e a concorrência está apenas a um clique de distância.⁴⁴⁸

Segundo a Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, de 15/04/97, intitulada **Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico**: “*Pela sua apropriada natureza, o comércio electrónico é transnacional e encoraja a encomenda e entrega transfronteiras de mercadorias e serviços. Estimula directamente a concorrência no mercado único. (...) Além disso, o comércio electrónico oferece às regiões periféricas novas oportunidades de acesso aos principais mercados*”.

O comércio mudou, mas as leis econômicas não. Por isso, os princípios fundamentais da concorrência continuam valendo na era da informação,⁴⁴⁹ devendo apenas ser adaptados para as novas realidades. Por isso, a partir do advento da Internet devemos rever o conceito de mercado geográfico, a fim de bem delimitar a extensão da obrigação de não concorrência do alienante quanto à essa particularidade.

Não há dúvida de que — se existe identidade ou subsidiariedade do produto — o meta-território deve ser considerado na definição do mercado geográfico onde incidirá a proibição de concorrência. O espaço pode ser virtual, mas os clientes e consumidores que navegam pelo espaço virtual em busca de negócios continuam sendo reais.

Daí porque, para essa finalidade, tanto o território real quanto o meta-território se confundem e conformam em uma mesma realidade fundamental que, na prática, pode ser resumida como o espaço em que o fornecedor e os clientes travam

⁴⁴⁷ Cfr. a Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, de 15/04/97, intitulada **Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico**” (COM (97) 157).

⁴⁴⁸ HAL R. VARIAN, **Market structure in the Network age**, ob. cit.

⁴⁴⁹ HAL R. VARIAN, **Market structure in the Network age**, ob. cit.

contato. Nesse contexto, a Internet deve ser encarada como um fator de *amplitude* do mercado (cfr. nº 7.2.1) e não como um mercado específico, apartado do mercado relevante. O espaço cibernético apenas amplia o alcance dos competidores no mercado, aumentando a área de atuação da empresa para abranger locais que antes não estavam ao seu alcance por causa da distância física, agora suplantada pela nova tecnologia de comunicação.

De posse dessas informações, vamos analisar as possibilidades de o alienante do estabelecimento abrir concorrência com o adquirente, utilizando-se de um estabelecimento virtual onde explorará uma atividade idêntica ou sucedânea àquela explorada pela outra empresa.

Antes, porém, convém reforçar que a vedação da concorrência é fundada na salvaguarda de interesses concretos do adquirente do estabelecimento, diante da competição qualificada do seu alienante (cfr. item nº 6.2.2) e, por isso, a extensão dessa obrigação não é delimitada por meros fatores formais, mas sim pelo seu próprio objetivo. Vale dizer, a proibição de concorrência não abrangerá senão as atividades que puderem prejudicar os interesses protegidos. Por isso, a liberdade de iniciativa do adquirente só deve ser restringida quando o seu exercício puder acarretar danos ao adquirente do estabelecimento.

8.3.3- hipóteses de incidência da vedação da concorrência

Duas são as hipóteses. Na primeira, o estabelecimento alienado já possuía, quando do *trespasse*, um *site* de comércio eletrônico voltado para o mercado de consumo. Nessa configuração, quando o complexo azidental foi alienado, o mercado relevante dessa empresa já considerava o alcance da Internet na composição do seu mercado geográfico que, por isso, já fazia parte do patrimônio azidental como fator de *aviamento*.

Portanto, se o alienante organizasse um *site* de comércio eletrônico para explorar a mesma atividade, ou atividade similar, à explorada pelo antigo estabelecimento que já estava instalado na Internet, estará com ele concorrendo e, por isso, estará descumprindo as obrigações decorrentes do *trespass*.

Se, ao contrário, o estabelecimento não estava instalado na Internet quando foi alienado, o aviamento foi formado e se mantinha sem nenhuma relação com o mercado virtual. Por isso, não devemos considerar esse mercado como parte do mercado relevante geográfico daquele estabelecimento nem como elemento do seu aviamento. Não obstante esse fatos, que à primeira vista conduziriam à conclusão de não incidência da restrição em estudo, o fato é que, se o alienante cria um *site* de comércio eletrônico para explorar a mesma atividade, ou atividade similar, à explorada pelo antigo estabelecimento, poderá atingir o mesmo mercado tradicional do estabelecimento alienado pois, como vimos no nº 8.3.2 acima, a Internet não conhece fronteiras geográficas. Desta forma, o alienante poderá atingir os clientes do adquirente por meio do *site* de comércio eletrônico.

Por isso, o antigo titular do estabelecimento alienado não poderá se restabelecer na Internet, a não ser que implemente tecnologias para identificação e exclusão de clientes (e potenciais clientes) originários do mercado relevante geográfico em que atua o estabelecimento alienado.

Há um precedente da *Federal District Court* de *NewYork*, que determinou que o *site* Playmen (estabelecido e hospedado na Itália!) fosse inteiramente fechado ou, pelo menos, que estabelecesse técnicas para negar acesso a cidadãos norte-americanos. No caso, o método indicado pelo Tribunal para a identificação dos usuários foi a utilização de formulários e senhas, para filtrar o acesso de pessoas oriundas do local onde o *site* não poderia ser veiculado (na hipótese, os EUA). Numa nota de rodapé, o Tribunal estabeleceu, ainda, que se o *site* não fosse capaz de

identificar eletronicamente o local de origem da requisição de inscrição, as senhas de acesso ao conteúdo do Playmen deveriam ser remetidas via correio!⁴⁵⁰

Continuando a análise, podemos incluir mais um fator no problema. Vimos que, no ambiente virtual, a *distância física* não é propriamente um problema que dificulte o contato entre fornecedor e clientela. Entretanto, ele continua sendo um limitador crucial quando pensamos nos eventuais custos de transporte para entrega do produto ou prestação do serviço (quando esses devam ser entregues ou prestados fora da Rede).⁴⁵¹

Esses custos podem tornar o produto não competitivo quando comparado com outros produtos, idênticos ou sucedâneos, fornecidos por uma empresa local (vale lembrar que os custos de transportes são um elemento fundamental na delimitação do espaço geográfico, cfr. item nº 7.2.3).

Nessa hipótese, indaga-se: há concorrência quando o custo de transporte da mercadoria idêntica ou similar, para a área de atuação do estabelecimento alienado, é demasiadamente elevado, a ponto de torná-lo não competitivo com os similares fornecidos pelos competidores locais? Nesse caso, incide ou não a vedação de concorrência? Ora, se os custos inviabilizam a competitividade do produto ou do serviço, então, na prática, não há concorrência nem potencialidade de concorrência. Logo, não incide a vedação.

⁴⁵⁰ BRIAN KAHIN e CHARLES NESSON, *Preface*, pp. VIII e IX. O caso original, diferentemente da hipótese em estudo, versava sobre concorrência desleal. A revista *Playboy* obteve provimento judicial para impedir a atuação da revista *Playmen* nos EUA, em virtude da similaridade da marca registrada. Esse precedente tem, ainda, um elemento bastante interessante: o site *Playmen* é italiano, estabelecido em computadores na Itália. Não obstante, o Tribunal estendeu sua jurisdição para impor a condenação.

⁴⁵¹ Evidentemente que os bens e serviços prestados diretamente na Rede (os *informations goods*) não fazem parte desse problema.

9- CONCLUSÕES

Ao cabo de todas essas considerações, podemos concluir sobre a obrigação de não concorrência imposta ao alienante do estabelecimento empresarial:

- ✓ A obrigação de não concorrência é decorrência natural do negócio de trespasse e, por isso, é implícita e decorre do dever de boa-fé, que compete ao alienante, de entregar ao adquirente o estabelecimento nas mesmas condições de lucratividade que tinha quando foi alienado, bem como de lhe garantir o uso e a fruição plena do complexo aziendal, com as mesmas qualidades que possuía quando o negócio foi fechado;
- ✓ Que a obrigação não é essencial ao trespasse e, por isso, pode ser derogada pela vontade das partes, expressada no contrato, sem que isso desqualifique o negócio como transferência global do estabelecimento empresarial;
- ✓ Que essa obrigação é plenamente válida e eficaz perante o nosso sistema constitucional e não infringe os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Antes, é preceito que garante a plena eficácia desses princípios;
- ✓ Para tanto, há apenas que se delimitar a obrigação de não concorrência quanto ao seu objeto, à sua área de incidência e por um período de tempo que não deve ultrapassar três anos;
- ✓ Que, para a delimitação do objeto e do espaço geográfico exatos onde vigora o dever de não concorrência, deve-se recorrer à disciplina jurídica da concorrência, adaptando os conceitos de mercado relevante do produto e mercado relevante geográfico;

- ✓ A Internet deve ser considerada como um fator de amplitude do mercado geográfico, na medida em que incorpora a possibilidade de atingir uma clientela localizada em espaço físico que, de outra forma, não teria como manter contato com o estabelecimento.

BIBLIOGRAFIA

(obras diretamente consultadas)

- ABREU, JOSÉ MANUEL COUTINHO DE. **Da empresarialidade**, 1996, Lisboa, Almedina.
- ALMEIDA, JOSÉ AUGUSTO MENDES DE. *Negociação do estabelecimento e âmbito de entrega*, in **Negociação e reivindicação do estabelecimento comercial**, 1993, Coimbra, Almedina.
- ALPA, GUIDO. *Premesse, I problemi giuridici di Internet*, 1999, Milano, Giuffrè.
- ALVES, JOSÉ MANUEL CASEIRO. **Lições de direito comunitário da concorrência**, 1989, série das lições do curso de estudos europeus da faculdade de direito da Coimbra, Coimbra.
- ALVES, JORGE DE JESUS FERREIRA. **Direito da concorrência nas comunidades europeias**, 2^a ed., 1992, Coimbra, Coimbra Editora.
- AMORTH, ANTONIO. *Verbete Mercati comunanli, generali e ortifrutticoli*, in **Enciclopédia de diritto**, XXVI, 1976, Milano, Giuffrè
- ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE. **Teoria geral da relação jurídica**, vol. 1, 1997, Coimbra, Almedina.
- ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA. **Os grupos de sociedades**, 1993, Coimbra, Almedina.
- ASCARELLI, TULLIO. **Corso de diritto commerciale**, 3^a ed., 1962, Milano, Giuffrè.
- _____ **Panorama do direito comercial**, 1947, S.Paulo, Saraiva.
- _____ **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**, 1970, Barcelona, Bosch, trad. E. VERDERA e L. SUÁREZLLANOS.

_____ *Vendita dell'azienda e divieto di concorrenza, in Temi Emiliana*, 1926, I, p. 357.

_____ *Divieto di concorrenza e vendita di azienda, in Rivista di Diritto Commerciale*, 1930, II.

ASHER, ALLAN. *Trade Practices Issues arising from the rapid growth of ECommerce Outcomes from the SOCAP Computer Summit, 12 May 1999*, disponível no site da ACCC em <<http://www.accc.gov.au>>.

ASQUINI, ALBERTO. *Profili dell'impresa, in Revista de Direito Mercantil nova série*, nº 104, 1996, S.Paulo, RT, tradução Fábio Konder Comparato.

AULETTA, GIUSEPPE GIACOMO, Verbete “aviamento”, in *Enciclopédia de diritto*, IV, 1959, Milano, Giuffrè.

BAPTISTA, LUIZ OLAVO. *Comércio eletrônico: uma visão do Direito brasileiro, in Revista da Faculdade de Direito*, vol. 94, 1999, S.Paulo, Universidade de São Paulo.

BARBOSA, MÁRIO FIGUEIREDO. *O valor da clientela*, 1989, Rio, Forense.

BARBOSA, RUI. *As cessões de clientela, Obras completas*, vol. XL, tomo I, 1948, Rio, Min. da Educação e Saúde.

BARLOW, JOHN PERRY. *Declaração de independência da Internet*, disponível em <www.dhnet.org.br/ciber/textos3/barlow.htm>.

BARRETO FILHO, OSCAR. *Teoria do estabelecimento comercial*, 2ª ed., 1988, S.Paulo, Saraiva.

_____ *A dignidade do direito mercantil, in Revista de Direito Mercantil nova série*, 1973, vol. 11, S.Paulo, RT.

_____ *Limites constitucionais da intervenção do Estado na economia privada, Revista Forense*, vol. 184.

BATALHA, WILSON DE SOUZA CAMPOS. *A empresa e seus problemas*, in RT, 1971, ed. RT, vol. 432.

BENJAMIN, ROBERT I. e outro, *Electronic Commerce: Effects on Electronic Markets*, publicação da School of Information Studies, Syracuse University, em <<http://www.ascusc.org/jcmc/vol1/issue3/wigand.html>>.

BERLE, ADOLF A. e outro, **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada (The modern corporation and private property)**, 1984, S.Paulo, Abril Cultural, trad. DINAH DE ABREU AZEVEDO.

BRUNA, SÉRGIO VARELLA. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**, 1997, S.Paulo, RT.

BUENO, ROCÍO OVILLA. *Internet y derecho*, in **Boletín mexicano de derecho comparado**, nova série, nº 92, 1998, UNAM.

BULGARELLI, WALDÍRIO. **Tratado de direito empresarial**, 3ª ed., 1997, S.Paulo, Atlas.

_____ **Sociedades comerciais: empresa e estabelecimento**, 3ª ed., 1991, S.Paulo. Atlas.

_____ *A atividade negocial no Projeto de Código Civil brasileiro*, in **Revista de Direito Mercantil** nova série, 1984, vol. nº 56, S.Paulo, RT.

BUZAID, ALFREDO. **Da ação renovatória**, 1958, S.Paulo, Saraiva.

CAMPOS FILHO, JOSÉ MACHADO. verbete *Cláusula de não-restabelecimento*, in **Enciclopédia Saraiva de direito**, v. 15.

CANHA, AMÂNDIO, *Reivindicação do direito ao imóvel e meios jurídicos*, in **Negociação e reivindicação do estabelecimento comercial**, 1993, Coimbra, Almedina.

CAMMARATA, MANLIO. **Quale leggi per territorio Internet?**, disponível em <www.interlex.com/regole/mcmeta1.htm>, visitado em 13/7/99.

CARAVALI, GIOVANNI. *Verbete Mercato – economia politica*, in **Novissimo Digesto italiano**, vol. X.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Proprietá della clentela*, **Rivista del Diritto Commerciale**, de Sraffa e Vivante, vol. 28, 1ª parte, 1930, Milano, Casa Editrice Dottore Francescoi Vallardi.

CARVALHO, ORLANDO. **Crítério e estrutura do estabelecimento comercial**, 1967, Coimbra, Atlântida Editora.

CARVALHOSA, MODESTO. **A ordem econômica na Constituição de 1969**, 1972, S.PAULO, RT.

CASANOVA, MARIO. *Verbete azienda*, **Novissimo digesto italiano**.

_____ *Verbete Concorrenza*, in **Novissimo digesto italiano**, vol. III, Milano, Giufrè.

_____ *Especiali aspetti dell'obbligo di non concorrenza nel trasferimento dell'azienda*, in **Rivista di Diritto Commerciale**, 1941, II, p. 112.

CAVAZOS, EDWARD A. *e outro*. **Cyberspace and the law**, 1996, Cambridge/London, The MIT Press.

CERQUEIRA, JOÃO DA GAMA. **Tratado da propriedade industrial**, 1956, RJ, Forense, v. 2, t. 2, parte III, p. 384/5.

CHARRASSIN, ANDRÉ, **De l'interdiction de se rétablir dans les ventes de fonds de commerce**, 1929, Paris, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

COLOMBO, GIOVANNI E. *L'azienda e il suo trasferimento*, in **Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia - L'azienda e il mercato**, diretto da FRANCESCO GALGANO, vol. 3, 1984, Padova, CEDAM.

_____ *L'azienda e il divieto di concorrenza dll'alienante, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia - L'azienda e il mercato*, diretto da FRANCESCO GALGANO, vol. 3, 1984, Padova, CEDAM.

Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões. **Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico**, (COM (97) 157).

CONSEIL D'ETAT. **The internet and digital networks**, 1998, Paris, La documentation française.

COMPARATO, FÁBIO KONDER. **O poder de controle na sociedade anônima**, 2ª ed., 1977, S.Paulo, RT.

_____ *A constituição de reserva de lucros a realizar e o dividendo obrigatório*, in **Novos ensaios de pareceres de direito empresarial**, 1981, Rio, Forense.

_____ *A reforma da empresa*, in **Revista de Direito Mercantil nova série**, 1983, vol. 50, S.Paulo, RT.

_____ *Função social da propriedade dos bens de produção*, in **Revista de Direito Mercantil nova série**, 1986, vol. 63, S.Paulo, RT.

_____ *A proteção ao consumidor na Constituição de 1988*, in **Revista de Direito Mercantil nova série**, vol. 80, 1990, S.Paulo, RT.

_____ *Regime constitucional de controle de preços no mercado*, in **Revista de Direito Público**, vol. 97, 1991, S.Paulo, RT.

_____ *As cláusula de não-concorrência nos "shopping centers"*, in **Revista de Direito Mercantil nova série**, 1995, vol. 97, S.Paulo, RT.

_____ *Recolhimento forçado, ao Banco Central, de saldos de contas bancárias consumidor*, in **Direito público – estudos e pareceres**, 1996, S.Paulo, Saraiva.

_____ *Liberdade de empresa e a proteção ao consumidor, in Direito público – estudos e pareceres*, 1996, S.Paulo, Saraiva.

CORREIA, MIGUEL PUPO. **Sociedade de informação e direito: a assinatura digital**, disponível em <wysiwyg://99/http://publicaciones.derecho.org/redi/indx.cgi>, consultado em 23/7/99.

COTRIM NETO, A.B., *Fundo de comércio e outros temas - Como proposições pertinentes ao anteprojeto de Código Civil*, **Revista dos Tribunais**, vol. 456, outubro de 1973, p. 15.

GRISOLI, ANGELO. *La concorrenza – Le disposizioni generali*, in **Trattato di diritto privato** diretto da PIETRO RESCIGNO, tomo IV, 1990, Torino, UTET.

DE CUPIS, ADRIANO. **Istituzioni di diritto privato**, 4ª ed., 1987, Milano, Giuffrè .

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 3, 6ª ed., 1989, S.Paulo, Saraiva.

DRUCKER, SUZAN J. e outro, **Real law and virtual space**, 1999, New Jersey, Hampton Press.

E. DOS SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, in **As operações comerciais**, 1988, Lisboa, Almedina.

EIZIRIK, NELSON. *Propriedade e controle na companhia aberta – uma análise teórica*, in **Questões de direito societário e mercado de capitais**, 1987, Rio, Forense.

FAGUNDES, J. e outro. *Políticas de Defesa da Concorrência e Controles sobre Atos de Concentração Horizontais: O Caso Brasileiro*. **Revista Archè**, número 16, ano VI, Universidade Cândido Mendes, 1997, em <<http://www.ie.ufrj.br/grc/artigos.htm>>.

FARIA, LUIZ ALBERTO GURGEL DE. *O restabelecimento do alienante após a transferência do estabelecimento*, **Revista dos Tribunais** vol. 756, 1998, p. 133.

FALLA, LAUREANO F. GUTIÉRREZ. **Derecho mercantil - La empresa**, vol. 1, 1985, Buenos Aires, Astrea.

FARIA, WERTER. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**, 1992, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editores.

_____ **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência**. 1990, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editores.

FERNANDEZ, OSCAR LORENZO. *Tendências internacionais no comércio eletrônico*, texto base da palestra proferida no I Fórum brasileiro da legislação do documento digital, 20 e 21 de maio de 1999, S.Paulo, texto divulgado em CD-ROM.

FERRARA JR., FRANCESCO. **La teoria giuridica dell'azienda**, 1982, Milano, Giuffrè.

FERRAZ JUNIOR, TÉRCIO SAMPAIO DE. *Congelamento de preços - tabelamentos oficiais*, in **Revista de Direito Público**, n. 91, p. 76.

_____ *Resilição unilateral de relações comerciais de prazo indeterminado e a lei de defesa da concorrência*, in **Cadernos de direito tributário e finanças públicas**, vol. 4.

_____ *Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional*, in **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 45, vol. 180, 1992.

_____ *Propriedade industrial e defesa da concorrência*, in **Direito e comércio internacional – tendências e perspectivas**, 1994, S.Paulo, LTr.

FERREIRA, WALDEMAR. **Tratado de direito comercial**, vol. 7, 1962, S.Paulo, Saraiva.

FONSECA, JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA. *Admissibilidade de atos que limitam a concorrência*, **Revista do IBRAC**, vol. 4, nº 5, 1997, S.Paulo, p. 5.

FONSECA, JOSÉ JÚLIO BORGES DA. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**, 1997, S.Paulo, Atlas.

FORGIONI, PAULA A.. **Os fundamentos do antitruste**, 1998, S.Paulo, RT.

FRANCESCHINI, JOSÉ IGNÁCIO GONZAGA. **Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE**, 1998, S.Paulo, editora Singular.

_____ **Poder econômico, exercício e abuso**, em coop. com José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, 1985, S.PAULO, RT.

FRANCESCHINI, JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO. **Poder econômico, exercício e abuso**, em coop. com José Ignácio Gonzaga Franceschini, 1985, S.PAULO, RT.

FRANCO, ANA CRISTINA DE PAIVA e outro, *A Internet sob a ótica jurídica*, **Revista dos Tribunais** nº 749, S.Paulo, março de 1998, p. 60/81.

FRANCO, VERA HELENA DE MELLO. **Lições de direito comercial**, 2ª ed., 1995, S.Paulo, Ed. Maltese.

FREITAS, PAULO DE. *Fundo de comércio e estabelecimento comercial*, in **Revista dos Tribunais**, S.Paulo, vol. 315.

GALGANO, FRANCESCO. **Lex Mercatoria – Storia del diritto commerciale**, 1993, Bologna, il Mulino.

_____ **Diritto privato**, 5ª ed., 1988, Padova, CEDAM.

_____ *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in **Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia – La costituzioni economica**, diretto da FRANCESCO GALGANO, vol. 1, 1988, Padova, CEDAM.

- GALVEZ, CARLOS. **Manual de economia política atual**, 14^a ed., 1996, S.Paulo/Rio, Forense Universitária.
- GAMBINO, ALBERTO MARIA. **L'acordo telematico**, 1997, Milano, Giuffrè.
- GELLHORN, ERNEST e outro **Antitrust law and economics in a nutshell**, 14^a ed., 1994, St. Paul, West Group.
- GHIRON, MARIO. verbete *azienda*, in **Nuovo digesto italiano**.
- GIANNANTONIO, ETTORE. **Manuale di diritto dell'informatica**, 2^a ed., 1997, Padova, CEDAM.
- GIORGIO FERRARI, verbete *azienda (dir. priv.)*, in **Enciclopedia del diritto**, vol. IV, 1959, Milano, Giuffrè.
- GOFF, JACQUES LE. **Banqueiros e mercadores da Idade Média**, 1991, S.Paulo, Martins Fontes, trad. Lilian de Pádua Danesi.
- GOMES, ORLANDO. **Contratos**, 6^a ed., 1977, Rio, Forense.
- GONÇALVES NETO, ALFREDO DE ASSIS. **Apontamento de direito comercial**, 1998, Curitiba, Juruá.
- GRAU, EROS ROBERTO. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 2^a ed., 1991, S.Paulo, RT.
- GUERREIRO, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES. **Regime jurídico do capital autorizado**, 1984, S.Paulo, Saraiva.
- GUGLIELMO, PASCUAL DI. **Tratado de derecho industrial**, tomo I, 1948, Buenos Aires.
- GUNPERT, GARY e outro. **Real law and virtual space**, 1999, New Jersey, Hampton Press.
- GUSTAVO GHIDINI, Verbetes *Monopolio*, in **Enciclopedia del diritto**, vol. XXVI, 1976, Milano, Giuffrè.

HALVEY, JOHN K.. *The Virtual Marketplace*.

HEILBRONER, ROBERT. **A história do pensamento econômico (The wordly philosophers)**, 1996, S.Paulo, Nova Cultural, trad. Therezinha M. Deutsch e Sylvio Deutsch.

HESSE, KONRAD, Elementos de direito constitucional das República Federal da Alemanha, (**Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik Deutschland**), 1998, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, trad. LUÍS AFONSO HECK.

HOESCHL, HUGO CESAR. *O ciberespaço e o direito*, in **Revista trimestral de jurisprudência dos Estados**, vol. 167, 1998, S.Paulo, Ed. Jurid Vellenich.

HOPKINS, JAMES L.. **The law of unfair trade**, 1997, Littleton, Fred B. Rothman & Co. (pub. original de 1900).

HOVENKAMP, HERBERT. **Federal antitrust policy**, 1994, St. Paul, West Publishing.

IASELLI MICHELE. **La natura giuridica di Internet**, disponível em www.diritto.it/articoli/informatica/nat_giu_internet.htm, visitado em 19/7/99

INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE, relatório. *A Framework For Global Electronic Commerce*, 11/12/96, documento oficial do U.S. Department of Commerce, em:

<http://www.iitf.nist.gov/elecomm/glo_comm.htm#1>.

JAEGER, PIER GIUSTO. **La nozioni d'impresa dal codice allo statuto**, 1985, Milano, Giufrè.

JOHNSON, DAVID R. e outro. *The Rise of Law on the global network*, **Borders in cyberspace**, 1996, Cambridge-London, The MIT Press.

KOVACIC, WILLIAM E. e outro, **Antitrust law and economics in a nutshell**, 14ª ed., 1994, St. Paul, West Group.

LAMY FILHO, ALFREDO. *Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização*, in **Revista de Direito Mercantil** nova série, nº 104, S.Paulo, RT.

LEÃES, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS. *Convenção impediante de novo estabelecimento*, **Revista de Direito Mercantil** nova série, vol. 110, S.Paulo, Malheiros.

_____. *O 'dumping' como forma de abuso do poder econômico*, **Revista de Direito Mercantil** nova série, 1993, vol. 91, S.Paulo, RT.

LEITE, GERALDO MAGELA. **A freguesia, aspectos jurídicos**, sem data, S.Paulo, dissertação apresentada à USP.

_____. **O estabelecimento comercial como objeto de negócio jurídico**, 1982, S.Paulo, tese apresentada à USP.

LESSIG, LAWRENCE. **Code and other laws of cyberspace**, 1999, NY, Basic Books.

LÈVY, PIERRE. **Cibercultura**, 1999, S.Paulo, Editora 34, trad. Carlos Irineu da Costa.

LIBERTINI, MARIO. *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in **Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia - L'azienda e il mercato**, diretto da FRANCESCO GALGANO, vol. 3, 1984, Padova, CEDAM.

LISBOA, ROBERTO SENISE. *A livre iniciativa e os direitos do consumidor* in **Direito empresarial moderno**, 1998, S.Paulo, Editora Juarez de Oliveira.

LORENZETTI, RICARDO LUIS, **Tratado de los contratos**, Tomo I, 1999, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.

LOSANO, MARIO. *Informática jurídica*, Eds. Universidade de São Paulo, 1976, S.Paulo, Saraiva

LUNDQUIST, LESLIE e outro. **Dinheiro digital**, 1996, Rio, ed. Campos, trad Follow Up.

LUCCA, NEWTON DE, **A cambial extrato**, 1985, S.Paulo, RT.

_____ *Contratos pela Internet e via computador. Requisitos de celebração, validade e eficácia: legislação aplicável. Contratos e operações bancárias*, **Revista do TRF da 3ª Região**, nº 33, janeiro/março de 1998, S.Paulo, Lejus.

_____ *A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil*, in **Direito empresarial moderno**, 1999, S.Paulo, Editora Juarez de Oliveira.

LYNCH, DANIEL C. e outro. **Dinheiro digital**, 1996, Rio, ed. Campos, trad. Follow Up.

MAGALHÃES, BARBOSA DE. **Do estabelecimento comercial**, 2ª ed., 1964, ed. Atica, Lisboa.

MAGALHÃES, CARLOS FRANCISCO DE. *Cláusula de não restabelecimento e vedação de concorrência*, in **Poder econômico, exercício e abuso**, coord. José Ignácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, 1985, S.PAULO, RT, pp. 631/642.

MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS DE. *O poder de controle como bem imaterial do estabelecimento comercial*, **Revista de Direito Mercantil** nova série, vol. 42, 1981, S.Paulo, RT.

MANZINI, PIETRO. **L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario**, 1994, Milano, Giuffrè Ed.

MARCONDES, SYLVIO. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**, 1956, S.Paulo, tese apresentada à USP.

_____ *Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil*, in **Questões de direito mercantil**, 1977, S.Paulo, Saraiva.

MARTINI, ANGELO DE. **Corso de Diritto Commerciale – parte generale**, vol. 1, 1983, Milano, Giuffrè.

- MARTINS, FRAN. **Contratos comerciais**, 14^a ed., 1999, Rio, Forense.
- MEANS, GARDINER C.. **The modern corporation and private property**, 1984, S.Paulo, Abril Cultural, trad. Dinah de Abreu Azevedo.
- MENDONÇA, CARVALHO DE. **Tratado de direito comercial brasileiro**, 1960, Freitas Bastos, vv. 6, parte II e V, parte I.
- MIRANDA, PONTES DE. **Tratado de direito privado**, tomo X, 4^a ed., 1983, S.Paulo, RT.
- _____ **Tratado de direito privado**, tomo XV, 4^a ed., 1983, S.Paulo, RT.
- _____ **Tratado de direito privado**, tomo XIV, 4^a ed., 1983, S.Paulo, RT.
- MISES, LUDWIG VON. **As seis lições**, 5a. ed., 1995, Rio, IL.
- MORIN, GAVINO, e outro. **Cyberspace and the law**, 1996, Cambridge/London, The MIT Press.
- MÜLLER, ALEXANDRE OTTO, *Participação nos lucros e co-gestão dos trabalhadores nos grupos societários do direito alemão*, in **Revista de Direito Mercantil nova fase**, 1985, vol. 57.
- NIRO, RAFFAELLA. **Profili costituzionali della disciplina antitrust**, 1994, Padova, CEDAM.
- NOBILI, RAFFAELE. *Avviamento d'impresa*, **Novissimo digesto italiano**, vol. 1².
- NUSDEO, FÁBIO. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**, 1993, S.Paulo, tese apresentada à USP.
- OPPO, GIORGIO. *L'iniziativa economica in Diritto dell'impresa - scritti giuridice*, vol. I, 1992, Padova, Cedam, p. 16.
- _____ *L'impresa comme fattispecie in Diritto dell'impresa - scritti giuridice*, vol. I, 1992, Padova, Cedam, p. 239.

_____ *Impresa e imprenditore in Diritto dell'impresa - scritti giuridice*, vol. I, 1992, Padova, Cedam, p. 263.

OTTAVIANO, VITTORIO, *La regolazione del mercato – principi costituzionali*, in **Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia - L'azienda e il mercato**, diretto da FRANCESCO GALGANO, vol. 3, 1984, Padova, CEDAM.

ORIONE, FRANCISCO. *Fundo de comércio*, **Enciclopedia juridica Omeba**, 1ª col., p. 385.

OTAMENDI, JORGE. **Las relaciones comerciales y las restricciones a la competencia**, 1978, Buenos Aires, Abelardo-Perrot.

Oxford advanced learner's dictionary, 5ª ed., 1995, Oxford, Oxford Universit Press.

PACIELLO, GAETANO. *A evolução do conceito de empresa no direito italiano*, in **Revista de Direito Mercantil nova série**, 1978, vol. 29, S.Paulo, RT.

PAES, PAULO ROBERTO TAVARES. **Da concorrência do alienante do estabelecimento comercial**, 1980, S.Paulo, Saraiva.

PENTEADO, MAURO RODRIGUES. **Aumento de capitais nas sociedades anônimas**, 1988, S.Paulo, Saraiva.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. **Instituições de direito civil**, vol. III, 10ª ed., 1995, Rio, Forense.

PEREIRA, GUILHERME DÖRING CUNHA. **Alienação do poder de controle acionário**, 1995, S.Paulo, Saraiva.

PIPIA, UMBERTO. **Enciclopedia giuridica italiana**, verbete *azienda commerciale*, 1923, Milano, Società Editrice Libreria.

PITOFKY, ROBERT, *Competition And Consumer Protection Concerns In The Brave New World Of Electronic Money*, discurso de abertura da conferência no United States Department of the Treasury, denominada Toward Electronic Money & Banking: The Role Of Government, Washington, D.C. 19/9/96.

PONDÉ, J. e outro. *Políticas de Defesa da Concorrência e Controles sobre Atos de Concentração Horizontais: O Caso Brasileiro*. **Revista Archè**, número 16, ano VI, Universidade Cândido Mendes, 1997, em <<http://www.ie.ufrj.br/grc/artigos.htm>>.

POSSAS, M. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*, em: <<http://www.ie.ufrj.br/grc/artigos.htm>>.

POST, DAVID G. e outro. *The Rise of Law on the global network*, **Borders in cyberspace**, 1996, Cambridge-London, The MIT Press.

Projeto de Lei na Câmara nº 118 de 1984, **O projeto de Código Civil no Senado Federal**, 1998, Brasília, Senado Federal.

RAMOS, JULIÁN A. APARICIO. verbete *hacienda mercantil*, **Nueva enciclopedia jurídica**, tomo X, 1960, Barcelona, Ed. Francisco Seix.

REICH, NORBERT. *Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica)*, in **Revista de Direito Público**, n. 94.

REIDENBERG, JOEL R. *Lex Informatica: The Formulation Of Information Policy Rules Through Technology*, 6/2/97, disponível em <<http://www.unich.edu/~presnick/reidenberg>>.

_____ *Governing Networks And Rule-Making In Cyberspace*, artigo apresentado no **Randolph W. Throver Symposium on Legal Issues in Cyberspace**, realizado em 1996 na Emory Law School, EUA.

RELATÓRIO DO U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, **The Emerging Digital Economy**.

REQUIÃO, RUBENS, **Curso de direito comercial**, vol. 1, 20ª ed., 1991, S.Paulo, Saraiva.

_____ **Curso de direito comercial**, vol. 2, 19ª ed., 1993, S.Paulo, Saraiva.

_____ *Projeto de Código Civil*, in **Revista de Direito Mercantil** nova série, 1975, vol. 17, S.Paulo, ed. RT.

_____ *A sociedade anônima como instituição*, in **Revista de Direito Mercantil** nova série, 1975, vol. 18, S.Paulo, RT.

RISTUCCIA, RENZO e outro. **La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider**, disponível em <www.interlex.com/regole/ristufa.htm>.

ROCCO, ALFREDO, **O contrato**, 1988, Coimbra, Almedina, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

ROCHA, BOLIVAR MOURA. *Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação*, in **Revista de Direito Mercantil** nova série, 1998, vol. 102, S.Paulo, Malheiros.

RODRIGUES, SILVIO. **Direito Civil**, vol. 1, 28ª ed., 1998, S.Paulo, Saraiva.

ROHRMANN, CARLOS ALBERTO. *O direito virtual – a assinatura digital*, in **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, vol. 4, 1997, Belo Horizonte.

_____ **Electronic promissory notes**, dissertação apresentada na University of California at Los Angeles, 1999, inédita.

ROSA, JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA e outro. *Mercado relevante e defesa da concorrência*, in **Revista de direito econômico**, vol. 21, outubro/dezembro, 1995.

ROSENOER, JONATHAN. **Cyberlaw – the law of the Internet**, 1997, New York, Spring-Verlag.

ROTONDI, MARIO. **Diritto industriale**, 5ª ed., 1965, Padova, CEDAM.

SALOMÃO FILHO, CALIXTO. **Direito concorrencial, as estruturas**. 1998, S.Paulo, RT.

_____ **A sociedade unipessoal**, 1995, S.Paulo, Malheiros.

_____ *Atuação estatal e ilícito antitrust*, in **Revista de direito econômico**, vol. 24, 1996, Brasília, Imprensa Nacional.

_____ **O novo direito societário**, 1998, S.Paulo, Malheiros.

_____ *Direito empresarial público*, in **Revista de Direito Mercantil nova série**, vol. 112, 1998, S.Paulo, Malheiros.

_____ *Condutas anticoncorrenciais no setor bancário* in **Revista de Direito Mercantil nova série**, vol. 114, 1999, S.Paulo, Malheiros.

SANTOS, NEWTON PAULO TEIXEIRA DOS, *A informação, a informática e o direito*, **Revista da ABPI**, nº 27, março/abril de 1997, p. 43/46.

SCAFF, FERNANDO CAMPO. **Aspectos fundamentais da empresa agrária**, 1997, S.Paulo, Malheiros.

_____ **A especialidade do estabelecimento agrário**, 1999, tese apresentada à USP.

SCHAPIRA, JEAN. **Direito comunitário das actividades económicas**, trad. Fernando Couto, sem data,. coleção Resjurídica, Res-Editora.

SCHUARTZ, LUIZ FERNANDO e outro. *Mercado relevante e defesa da concorrência*, in **Revista de direito econômico**, vol. 21, outubro/dezembro, 1995.

SELF, BENJAMIN. **What's exactly is the Internet**, trabalho apresentado no curso Ethics and Law on the Electronic Frontier, outono de 1997, realizado em conjunto entre o MIT e a Faculdade de Direito de Harvard, disponível em <www-swis.ai.mit.edu/6095>.

SHIEBER, BENJAMIN M.. **Abusos do poder econômico, direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**, 1966, S.PAULO, RT.

SILVEIRA, PEDRO MALTA DA. **A empresa nos certos comerciais e a pluralidade de estabelecimentos**, 1999, Almedina, Coimbra.

SILVEIRA, NEWTON. *Limites convencionais à concorrência*, **Revista de Direito Mercantil** nova série, 1981, vol. 43, S.Paulo, RT.

_____ *Concorrência desleal e propriedade imaterial*, in **Arquivos do Ministério da Justiça**, 133, março de 1975.

SILVEIRA, PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO. DA. **Defesa da concorrência no Mercosul**, 1998, S.Paulo, LTr.

_____ *Proteção de dados no direito comparado*, **Ajuris**, nº ???, p. 302/343.

SODRÉ FILHO. ANTONIO CARLOS DE AZEVEDO *e outro*. **Comentários à legislação antitruste**, 1992, S.Paulo, Atlas.

SOTOMAVOR, ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE. verbete *Empresa*, **Nueva enciclopedia juridica**, VIII, 1956, Barcelona, Ed. Francisco Seix.

SOUZA, ARTUR DE BRITO GUEIROS, *Justiça comutativa vs. justiça distributiva, - uma análise do pensamento de FRIEDRICH VON HAYEK e o papel do juiz na sociedade contemporânea*, in **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, vol. 19.

SOUZA, WASHINGTON PELUSO ALBINO DE. **Primeiras linhas de direito econômico**, 3ª ed., 1994, S.Paulo, LTr.

STOPPINO, MARIO. verbete *Poder*, in **Dicionário de política**, vol. 2, 8ª ed., 1995, Editora UnB Trad. CARMEN C. VARRIALLE, GAETANO LO MÔNACO, JOÃO FERREIRA, LUIS GUERREIRO PINTO CACAIS.

STUBER, WALTER DOUGLAS e outro, *A Internet sob a ótica jurídica*, **Revista dos Tribunais**, vol. 749, S.Paulo, março de 1998, p. 60/81.

SULLIVAN, LAWRENCE ANTHONY. **Antitrust**, 1977, St. Paul, West Publishing.

SZTAJN, RACHEL. *Os custos provocados pelo Direito*, **Revista de Direito Mercantil** nova série, 1998, vol. 112, S.Paulo, Malheiros.

TAMAGNO, ROBERTO. *Verbete Mercado (Libetad de)*, in **Enciclopedia Juridica Omeba**, vol. XIX, 1979, Buenos Aires, ed. Driskill.

TEDESCHI, GUIDO UBERTO, **Trattato di diritto privato** diretto da PIETRO RESCIGNO, tomo IV, 1990, Torino, UTET.

TOMMASINI, RAFFAELE. **Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti (azienda e proprietà)**, 1986, Milano, Giufrè.

TUFARELLI, LUCA, e outro. **La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider**, disponível em <www.interlex.com/regole/ristufa.htm>.

URÍA, RODRIGO. **Derecho mercantil**, 25 ed., 1998, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

VARIAN, HAL R.. *Market Structure in the Network Age* (Abril de 1999, revisado em 17/6/99), apresentado na **Understanding the Digital Economy: Data, Tools, and Research**, nos dias 25 e 26 de maio de 1999, no Department of Commerce, Washington, DC, disponível em <<http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/doc/doc.html>>.

VIANNA, BOMFIM, *Perfil analítico-comparativo do estabelecimento*, **Revista de Direito Mercantil** nova série, vol. 30, 1978, S.Paulo, RT.

VIDIGAL, GERALDO DE CAMARGO, **Objeto do direito econômico**, 1976, S.Paulo, tese apresentada à USP

WALD, ARNOLDO. *Da invalidade da cláusula penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente*, in **Poder econômico, exercício e abuso**, coord. José Ignácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, 1985, S.PAULO, RT, pp. 506/520.

WIGAND ROLF T. *e outro, Electronic Commerce: Effects on Electronic Markets*, publicação da School of Information Studies, Syracuse University, em <<http://www.ascusc.org/jcmc/vol1/issue3/wigand.html>>.

ZACLIS, LIONEL *e outro. Comentários à legislação antitruste*, 1992, S.Paulo, Atlas.

RIASSUNTO

Nesse trabalho, a empresa é encarada pelo perfil funcional, primeiramente sob um ponto de vista interno, quando são analisados seus fatores componentes — notadamente o aviamento e a clientela —, em seguida pela perspectiva externa, quanto é tratada como objeto de direitos.

Nessa parte, estuda-se o trespasse da azienda e a proibição de concorrência do alienante como uma sua consequência natural, implícita mas derogável, desse tipo de negócio jurídico. Essa obrigação é, então, analisada à luz dos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, concluindo-se pela harmonia entre eles quando a vedação da concorrência é limitada no seu objeto e no espaço geográfico, bem como por um período definido de tempo. Nessa parte, propõe-se o recurso aos conceitos de mercado relevante para definição do objeto e da área em que a concorrência é proibida, bem como a aplicação analógica do inc. III, do art. 51 da Lei nº 8.254/91 (em vez do período cuja analogia é a mais invocada, do inc. II do mesmo dispositivo legal).

Por fim, é analisada as possibilidade e consequências jurídicas que do advento do comércio eletrônico, que altera a noção de mercado geográfico, ampliando as possibilidade de concorrência, inserindo um fator novo a ser considerado na configuração da extensão da obrigação de não concorrência imposta ao alienante da azienda.

RIASSUNTO

In questo lavoro l'impresa è considerata, attraverso il profilo oggettivo, in precedenza dal punto de vista interno, ove sono analizzati i suoi fattori costituenti — espressivo l'avviamento e la clientela — e in seguito la prospettiva esterna, quando essa è trattata come l'obiettivo di diritti.

In questa parte, studiasi il trapasso dell'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante come una conseguenza naturale, sottintesa ma derogabile di questo tipo di affare giuridico. Quest'ibbligazione è, pertanto, annalizzata sotto la luce dei principi della libertà di iniziativa e della libera concorrenza, concludendosi in direzioni all'armonia fra loro quando il divieto della concorrenza è limitato nel suo oggetto e nello spazio geografico, così come nel periodo circoscritto di tempo.

In questa parte, si propone il ricorso al concetto di mercato rilevante alla definizione dell'oggetto e dell'area in cui la concorrenza è vietata, così come l'applicazione analogica dell'inciso III, dell'articolo 51, della Legge n° 8.254/91 (anziché il periodo la cui analogia è il più appellato previsto nell'inciso II dello stesso dispositivo legale).

Infine, sono analizzate le possibilità e conseguenze giuridiche dell'avvenimento del commercio elettronico, che modifica la nozione del mercato geografico, amplificando le possibilità di concorrenza e, così, introducendo un nuovo termine a considerarsi nella conformazione della estensione di divieto di concorrenza imposta all'alienante dell'azienda.