

PARECER.

Concorrência Desleal. Fundo de Comércio. Indenização pela sua Perda. o “Preço da Liberdade do Locador”. Usurpação de Clientela.

Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Primeira Parte. 1. Um despejo inviável: o do senhorio que pretende a retomada para instalar fundo de comércio idêntico ao explorado pelo inquilino. 2. Razões de inviabilidade: a) desnecessidade do prédio por estar o senhorio instalado em outro de sua propriedade. 3. b) Concorrência desleal objetivando a apropriação indébita do fundo de comércio.

Segunda Parte. 4. Fundo de comércio. Conceito. 5. Natureza. 6. Elementos. 7. A clientela. Importância.

Terceira Parte. 8. Extinção, alienação e perda do fundo de comércio. 9. Na perda do fundo de comércio cumpre distinguir os casos de inexistência de má fé, em que haverá ressarcimento, e os caracterizados pela malícia, em que a indenização terá que ser completa. O “preço da liberdade” do locador.

Quarta Parte. 10. São duas as hipóteses de ressarcimento: a) desapropriação; b) Retomada pelo proprietário.

Quinta Parte. 11. São duas as hipóteses em que, por ocorrer malícia por parte do locador, a indenização deve ser completa: a) insinceridade do pedido; b) concorrência desleal. 12. Concorrência desleal em matéria de fundo de comércio. 13. A usurpação da clientela. 14. A jurisprudência.

Sexta Parte. 15. Fixação do montante da indenização. Diferença entre ressarcimento e indenização. 16. Orientação do legislador. 17. Falta de uniformidade da jurisprudência. 18. Cálculo do valor do fundo de comércio. 19. Conclusão.

Consulta.

L. G. é proprietário de dois armazéns situados numa das ruas mais movimentadas de S. Paulo, sob números, respectivamente, 493 e 569, a poucos metros de distância, pois, um do outro, e exerce, no primeiro, o mesmo ramo de atividade comercial de seu inquilino: confecções e roupas feitas.

Mas enquanto o locatário, mercê de ingentes esforços e dedicação conseguiu angariar enorme clientela, a mesma prosperidade não logrou o senhorio, homem ganancioso e astuto.

Aproveitando-se do fato de ter deixado o rival escoar-se o prazo sem promover a competente renovatória, notificou-o para desocupar o prédio em 90 dias, “visto que se pretende estabelecer também”.

Indaga-se: 1. Estando já estabelecido em prédio seu, não é condição “sine qua non”, para que alcance êxito no despejo em seguida promovido, que demonstre o que não existe: a necessidade para uso próprio?

2. Não é injurídica sua pretensão de estabelecer-se no local com o mesmo ramo de negócio?

3. Correspondendo semelhante atitude a um ato de concorrência desleal, não comporta pedido de indenização por perdas e danos?

4. Em que termos?

Parecer.

PRIMEIRA PARTE

1. Um despejo inviável: o do senhorio que pretende a retomada para instalar fundo de comércio idêntico ao explorado pelo inquilino.

Considero a presente consulta do mais alto interêsse, pois aborda tema de importância fundamental, abundantemente versado pela jurisprudência e pela doutrina alienígenas, mas raramente examinado entre nós de maneira orgânica e aprofundada: o dos reflexos da concorrência desleal no fundo de comércio.

Na espécie, o locador pretende aproveitar-se de uma interpretação literal dos dispositivos legais para não só desembaraçar-se do locatário, com o que já estaria obtendo uma grande vantagem, mas ainda apossar-se como que por um passe de mágica do fundo de comércio e de toda a clientela que o mesmo angariou no decurso de muitos e muitos anos, o que passa a ser verdadeira apropriação indébita.

2. Razões da inviabilidade: a) desnecessidade do prédio por estar o senhorio instalado em outro de sua propriedade.

A contestação da ação de despejo, com precisão e elegância, deixou patente que o dos autos não é um caso comum de pedido para uso próprio: apresenta a particularidade de estar já o locador estabelecido em prédio próprio localizado a 71 metros de distância do despejando.

Suavizando a fria letra da lei, de há muito vem a jurisprudência firmando que, num caso dessa natureza, deverá o locador demonstrar a necessidade da pretensão, tão claramente se abre na hipótese um afastamento da presunção de sinceridade.

Diz a ementa do ven. acórdão de 9-4-1965, da C. Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n. 57.366 SP, “Rev. Trimestral de Jurisprudência”, v. 32, p. 702, em caso idêntico de locador que ocupava prédio próprio em atividade comercial e pretendia outro para a mesma atividade:

“Locação. Retomada. Locador ocupante de prédio próprio. Prova de necessidade exigida, por ser da mesma natureza o uso do prédio ocupado e o pretendido para o outro.”

O Relator, Exmo. Ministro Victor Nunes Leal conheceu do recurso, admitindo haver ainda divergências sôbre certos aspectos do problema da prova de necessidade na retomada, mas negou-lhe provimento, tendo em vista a *Súmula* n. 410:

“Êsse enunciado dispensa a prova da necessidade, que se presume, quando o locador, utilizando prédio próprio para residência ou atividade comercial, pede o imóvel para uso próprio, *diverso do que tem o por êle ocupado*. Não é o caso dos autos, onde o locador ocupa prédio próprio (com sociedade de que faz parte) em atividade comercial e pretende o outro para a mesma atividade.”

O caso em estudo apresenta ainda a singularidade do locador já estar estabelecido na mesma rua, com o mesmo ramo de negócios, em grande proximidade.

Numerosos julgados reportados por RUY BARBOSA, “As Cessões de Clientela”, Ministério da Educação e Saúde, “Obras Completas”, XL, t. I, Rio de Janeiro, 1948, ressaltam o relêvo da vizinhança entre estabelecimentos concorrentes.

O do Tribunal de Apelação de Lyon menciona o fato de Moisset ter estabelecido outro café *imediatamente vizinho* ao que cedera a Rollim (p. 98); o da *Cour d'Oppel* de Bordéus à não possibilidade de assentar na *vizinhança* um

estabelecimento semelhante, bem que nenhuma cláusula do contrato lhe proíba (p. 100); o de Agen cuida de caso em que comerciantes do ramo de tapeçarias cederam o seu negócio com a freguesia, e pouco depois abriram *defronte* (em face) da loja, uma outra semelhante à que haviam vendido (p. 101), estabelecendo, assim, “um concerto fraudulento, a fim de prosperarem a nova loja em detrimento da cedida...”

Aplicam-se bem à hipótese da consulta os conceitos que não pôde reter o genial jurista:

“Como se vê, declaradamente, o que aqui temos, é outro caso da concorrência mais desleal. Um negociante, numa pequena cidade provinciana, vende a outro um negócio de varejo, limitado, pelo seu caráter, a exígua zona de ação mercantil, e, meses depois, vai estabelecer-lhe *defronte* uma loja rival.

“A deslealdade na concorrência não podia estar mais caracterizada.”

Não podia? Podia sim, em caso como o “sub *judice*”, em que não é ao lado, não é em frente, mas é no próprio estabelecimento que pretende ataboletar-se o senhorio, exercendo, como resulta da notificação e da inicial, o mesmo ramo de comércio...

E prosseguem os arestos mencionando casas rivais estabelecendo-se *nimiamente perto do estabelecimento vendido* (p. 103); *dans le voisinage* (p. 104); na mesma rua, a menos de vinte e cinco metros do outro (p. 105); no mesmo lugar (p. 108); “*dans un rayon rapproché*” (p. 110); num raio apenas de cem metros (p. 110); em quase contigüidade (p. 113); imediatamente vizinho (p. 114); nas imediações, a alguns passos apenas (p. 116); etc., etc., etc.

3. b) *Concorrência desleal objetivando a apropriação indébita do fundo de comércio.*

Desde logo sob a capa, melhor diríamos, sob o manto diáfano do fundamento legal da retomada para uso próprio,

transparece com clareza solar a nudez torpe da verdade, o propósito imoral, mais do que isso, ilícito de não só eliminar um concorrente, como ainda de abocanhar a sua clientela.

Que necessidade pode ter quem já está alojado em prédio próprio, com acomodações iguais, se não melhores, de mudar-se para outro, 71 metros adiante? Necessidade nenhuma, sequer comodidade ou vantagem poderia de boa fé ser invocada.

O que existe é um ardil, um ato de verdadeira concorrência desleal, qualificada como crime pelo Código Penal, que no art. 196, § 1.º, comina detenção de três meses a um ano, ou multa de um a dez cruzeiros novos, entre outras hipóteses, a quem

“III — emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio o alheio, clientela de outrem.”

Iremos, mais adiante, voltar ao exame, em pormenor, dêsse tema da concorrência desleal, para verificar a indenização a que dá causa.

Focalizando-o, por ora, apenas sob o aspecto impeditivo do despejo, queremos ressaltar que, em eventualidade muito menos grave, é unânime o entendimento de que o comerciante que vende seu estabelecimento não pode voltar a situar-se nas proximidades, com outra firma comercial, explorando o mesmo gênero de atividade.

Por que?

Exatamente porque seria um caso de concorrência desleal.

RUY BARBOSA demonstra, a págs. 86 e seguintes do seu trabalho mencionado, com a transcrição da opinião de dezenas de autores, que incluindo a cessão do negócio a sua clientela, *esta era uma das coisas vendidas*, e, destarte, na sua fruição não era lícito ao vendedor turbar o comprador.

Transcreve LYON GARN e RENAULT, “*Traité*”, 2.^a ed., t. III, n. 247, p. 173:

“Como a venda de um *fonds de commerce incluí, de ordinário, a freguesia (comprend ordinairement l'achalandage)* essa venda importa na interdição, ao vendedor, de todo o ato, que possa diminuir ao comprador a clientela.

“De modo que, se o vendedor se estabelece de novo, isto é, vai exercer comércio semelhante, perturba o comprador no gozo da *coisa vendida*, e assim falta à sua obrigação de garantia.”

Seguem-se as lições de HUC, de FUZIER HERMAN e BARRAS, e, extratando arestos, as de POUILLET, LÈBRE, VALLOTTON, do repertório de SINEY, do “Journal du Palais”, as dos italianos GIANNINI e VIVANTE, tôdas no sentido de que a venda do comércio, com o seu “aviamento”, traz consigo o compromisso de não fazer o vendedor concorrência ao comprador, e a transcrição e análise minuciosa de dezoito acórdãos.

Se o vendedor que se estabelece nas proximidades da antiga casa comercial, perturba o comprador no gozo da coisa vendida, que dizer do mercador que, sem dispender um ceutil, não precisa ter o incômodo de abrir novo alojamento para agasalhar-se no feito, carangueijo ladrão que pretende instalar-se no caramujo do qual expulsou o molusco inquilino?

Não há qualquer exagêro na comparação.

ANTONIO VISCO, em seu recentíssimo “Disciplina Giuridica degli Esercizi Commerciali”, Jovene, Napoli, 1968, encarece a extraordinária vantagem para um estabelecimento de gozar de crédito, de clientela, porque garante não somente a venda da mercadoria, como a confiança necessária para a aquisição a crédito, formando-se assim o “aviamento”, que é portanto um “valore economico apprezzabile”.

Destaca tratar-se de valor que adere ao estabelecimento comercial, não somente porque o titular é uma determinada firma cuja capacidade e honestidade tornam-se conhe-

cidas, mas também porque os locais em que se desenvolvem as operações comerciais em contato com o público *estão situados num determinado lugar*, encarece a importância no setor comercial da estabilidade e da “centralidade”, e indaga o que acontece quando deixa de existir o fundo de comércio.

O resposta é óbvia: perde-se o fundo de comércio por dispersão da clientela.

“Mas se o fundo comercial é cedido a um outro proprietário, este conserva, embora em parte, a clientela que já se havia formado e que continua freqüentando o local. Por isso a Cassação, com sentença de 17-4-1942, n. 1.032, entendeu que se se dissolve uma sociedade e o fundo de comércio é atribuído a um sócio, este deve computar na sua quota o valor do fundo de comércio.

“Esta mais-valia é devida à capacidade e atividade da pessoa do titular e portanto a um fator *subjetivo*, mas é devida também a um fator de ordem *objetiva* que diz respeito à localização do local da venda (Cass. 13-5-1943 n. 1.160, *Riv. Dir. Comm.*, 1945, II, 19).

Advertem ELIE BOUTAUD e PAUL CHABRO, “*Traité Général des Fonds de Commerce*”, Paris, Rousseau, 1905, pgs. 21-22, que, de maneira geral, a concorrência é lícita, desde que seja digna. Por outro lado, contra todo ato praticado de má fé para o efeito seja de estabelecer uma confusão entre duas casas de comércio ou entre os produtos de dois fabricantes, seja de depreciar os produtos de uma casa, é dada uma ação de concorrência desleal.

CHARLES CHEVENARD, “*Traité de la Concurrence Déloyale en Matière Industrielle et Commerciale*”, Genève, *Kondig*, 1.914, t. 11, p. 50 é lapidar:

“Aquêl que dirigiu durante vinte anos um estabelecimento comercial criou a sua clientela; ela lhe pertence, ninguém pode disputar-lha. Tornar-se-ia

ao contrário culpado de concorrência desleal o comerciante que, vindo a instalar-se no mesmo local, procurasse fazer nascer uma confusão; tornar-se-ia cúmplice dessa manobra o proprietário do imóvel que se esforçasse por desligar de seu antigo locatário a clientela que êste soube adquirir por sua honestidade e pela boa qualidade de seus produtos.”

O Poder Judiciário, guardião inabalável da lei, não irá por certo, prestar mão forte a subterfúgios escusos dos que, contornando a lei, evitam atacá-la frontalmente, servindo-se de pretextos para obter uma justiça apenas formal.

Prova bem expressiva disto podemos encontrar no ven. acórdão do Pretório Excelso, nos embargos do recurso extraordinário n. 12.789, do Distrito Federal, de que foi relator o Ministro Afrânio A. da Costa, decidindo, aos 12-1-1939, por unanimidade de votos:

“Pedido de retomada (art. 18, n. II, do Decreto-lei 9.669, de 46); a intenção do legislador e os fins sociais e econômicos da preceituação legal de emergência; a fraude aos princípios da Lei, que constituem o resguardo dos direitos essenciais deve ser punida com eficácia e vigilância, tanto pelas autoridades administrativas, como pelo Poder Judiciário” (Diário da Justiça da União de 21-3-1960, p. 725).

A solução mais lógica, mais consentânea com o interesse de todos, quando não se queira recorrer às medidas de natureza criminal, será o reconhecimento da improcedência da ação de despejo, com a condenação do senhorio ganancioso nas cominações legais.

Apenas supletivamente é que haverá recurso a uma ação de indenização por perdas e danos, com todos os inconvenientes que lhe são próprios.

O primeiro alvitre tem sido sempre preferido, como exemplifica expressiva decisão do mesmo E. Supremo Tri-

bunal Federal, nos embargos no rec. extr. n. 14.332-DF, “Diário da Justiça” de 11-3-1952, p. 1.056, “Rev. dos Tribs.”, v. 205/588, confirmando ven. acórdão da C. 1.^a Turma de 17-1-1949, “Diário da Justiça” de 22-8-1950, p. 2.747, “Rev.” citada, v. 189/1.029:

“Não pode o proprietário exercer o direito de retomada do imóvel para nêle instalar a sua clínica médica se o inquilino explora no mesmo casa de saúde.”

Fundamentou o relator, Ministro Ribeiro da Costa, com base no art. 8.^o, letra *e* § único da Lei 24.150, que veda ao locatário pedir o prédio para uso próprio, a fim de nêle desenvolver o mesmo ramo de comércio ou indústria do inquilinino do contrato em trânsito:

“Ora, manifesta é a transgressão a êsse preceito, eis que o recorrido pretende também estabelecer-se no imóvel com o negócio de clínica cirúrgica, clínica e negócio que êle, há mais de 20 anos, cedera ao recorrente, alugando-lhe o imóvel no qual se achavam instaladas as necessárias aparelhagens. Há que merecer resguardo o fundo de comércio protegido por lei de ordem pública, em benefício da coletividade, funcionando no imóvel clínica cirúrgica de vasta repercussão e utilidade e apresentando-se a retomada sob o aspecto claro e iniludível de fraude aos princípios expressos da lei, que no seu art. 8.^o letra *e* § único obsta ao locador valer-se daquele valor corpóreo, já integrado no imóvel, para no mesmo se estabelecer com o ramo de comércio ou indústria do recorrido, ou seja do inquilino do contrato em trânsito.”

A C. Segunda Turma teve idêntico entendimento, manifestado por votação unânime no rec. extr. n. 17.323, de 17-11-1950: “Retomada de imóvel locado a estabelecimento comercial pelo locador para uso próprio. Não lhe é lícito continuar a explorar na loja retomada o mesmo ramo de

comércio da firma locatária, cujo contrato não foi renovado.”

Acentuou o relator, Ministro Rocha Lagoa, sujeitar-se ao pagamento da indenização fixada pela Lei de Luvas o locador que transgredir a proibição (“Diário da Justiça” da União de 13-10-1952, p. 4.709, ementa na Revista dos Tribunais, v. 209/480).

No Estado de São Paulo, reconheceu a C. Segunda Câmara do E. Tribunal de Alçada, relator então Ministro Flávio Torres:

“Admitir a retomada de imóvel para fim comercial, para aí instalar o autor fundo de comércio idêntico ao explorado pelo réu, que o adquiriu do locador, seria dar aso à prática da concorrência desleal, que o direito visa a reprimir” (Rev. dos Tribs., v. 330/566).

Confirmou assim sentença do hoje Ministro Álvaro Martiniano de Azevedo, calcada nas lições de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA e ALFREDO BUZARD, considerando ser incontestável que o comerciante obrigado a mudar-se sofre um prejuízo e corre o risco de arruinar-se.

A mesma C. Câmara, também por unanimidade, havia anteriormente reconhecido que

“Importa em concorrência desleal, não permitida, a retomada com a finalidade de se estabelecer o proprietário com o mesmo ramo de negócio do locatário, ao qual vendeu o seu fundo de comércio” (Rev. cit., v. 285/718).

Demonstrou o relator Ulysses Doria ser incontestável que o comerciante, obrigado a mudar, sofre um prejuízo e corre o risco de se arruinar. Independentemente das despesas de mudança, pròpriamente ditas, fica primeiro exposto a perder o benefício do trabalho, das instalações e das adaptações que realizou: certas instalações fazendo

corpo com o imóvel, não podem ser deslocadas, outras efetuadas sob medida, são bens suscetíveis de mudança, mas não podem ser praticamente utilizadas em outro lugar. À perda assim sofrida vai juntar-se o custo das novas instalações. “De outra parte — e isto é mais grave — o comerciante que desloca seu fundo de comércio, corre o risco de ver desaparecer uma parte de sua clientela, se êle não pode estabelecer-se de nôvo na vizinhança próxima.”

Essa clientela não é um simples elemento de fato, mas um bem jurídico, que a lei toma em consideração, quando dela é privado o comerciante despejado do imóvel em consequência de retomada exercida pelo proprietário (ALFREDO BUZAID, “Da Ação Renovatória”, ns. 87 e 88).

Por isso mesmo foram as conclusões no primeiro caso pela improcedência e no segundo pela carência da ação

“pela impossibilidade legal de atendimento do pedido.”

reconhecendo-se que a concorrência desleal importa numa forma de abuso de direito, sendo portanto vedada na órbita do direito mercantil como o é na esfera do direito penal, o que não pode deixar de ser tomado em consideração em matéria cível.

Outro desfêcho não poderá merecer o presente caso, em que mais claramente transparece a falta de escrúpulo do senhorio.

Poderíamos encerrar por aqui estas considerações, se a importância da matéria não nos propendesse a aprofundar o estudo objetivando convencer, já não mais os dignos magistrados de Primeira ou de Superior Instância, mas o próprio “ex adverso”, que a carência ou improcedência da ação constituiria, na verdade, a melhor coisa que lhe poderia acontecer, uma verdadeira bençã, tais as consequências que lhe advirão se por um absurdo obtivesse êxito na sua insolente pretensão. É o que procuraremos demonstrar, analisando a importância do fundo de comércio e as decorrências das diferentes hipóteses de sua perda pelo titular.

SEGUNDA PARTE

4. *Fundo de comércio. Conceito.*

A expressão comporta duas acepções. A primeira, lata, extensa, engloba o estabelecimento comercial no seu aspecto material. É a concepção dos tratadistas menos recentes, identificando a idéia com a de conjunto de meios através dos quais o comerciante explora a sua atividade, como sinônimo de estabelecimento, emprêsa, casa comercial.

Dentro dêste entendimento preocupava-se o vetusto Código Comercial em qualificar o estabelecimento comercial, que considerava apenas como o lugar ou casa onde o comerciante exerce a sua atividade profissional.

A segunda, em sentido estrito, ou próprio, a da Lei de Luvás, decreto n. 24.150, de 20-4-1934, dissocia da idéia dos estabelecimentos destinados à mercancia e à indústria, — o “fundo de comércio” — que, por sua vez, desdobra com o de emprêsa.

Esta, de abrangência maior, compõe-se de elementos materiais (móveis, imóveis, mercadorias, dinheiro) e elementos incorpóreos (nome comercial, siglas, insígnias, créditos, patentes de invenção, marcas de fábrica), chegando a incluir o próprio fundo de comércio, bem como a clientela, a fama, o “ponto”, os segredos do negócio, a propaganda, o sistema de organização.

O Código de Processo Civil, consagrando definitivamente a idéia, prevê, no art. 358, a transferência do fundo de comércio, regulamentando o art. 359 a indenização a ser fixada pela valorização do imóvel, atendendo-se ao valor da contribuição do locatário e à clientela do negócio.

5. *Natureza.*

Qual a natureza jurídica do fundo de comércio?

Sem entrar na análise das doutrinas que recorrem à similitude pretendida com outros institutos, invocando os princípios da enfiteuse, da gestão de negócios, da acessão,

das benfeitorias no regime específico do contrato de locação, do enriquecimento indevido, do abuso de direito e da concorrência desleal, podemos dividir as várias teorias que procuram explicá-la em duas grandes correntes: as que destacam o sentido econômico, e as que a analisam principalmente sob o prisma jurídico.

Para os partidários da primeira, “fundo de comércio” é um valor atribuído ao esforço para a afirmação do negócio, ou, mais simplesmente, o valor acrescido a uma entidade comercial em virtude da boa reputação e da clientela angariada.

Sob o ponto de vista jurídico, é uma universalidade de direito, ou, pelo menos, uma universalidade de fato, de natureza mobiliária, composta principalmente de elementos incorpóreos, com acessórios corpóreos e servindo ao exercício de uma profissão comercial, sem caráter público.

Não falta quem a considere uma entidade, embora “sui generis”, e, quando não, um conjunto de direitos e de coisas, compondo um estabelecimento industrial ou comercial.

Assim, segundo CALOGERO GANGI, é um patrimônio destinado a um fim, ressaltando, todavia, que se existe um patrimônio não falta seu sujeito físico ou jurídico.

Para não alongarmos, podemos concluir com o conceito de CANANT, transcrito por JOSÉ MÁUFEL, “Nôvo Dicionário Jurídico Brasileiro”, Konfino, Rio, 3.^a ed., 1963, v. III, p. 39: é um conjunto de direitos e de bens mobiliários (clientela, freguesia, direito de arrendamento, nome comercial, insígnia, patentes de invenção, marcas de fábrica, material, mercadorias, etc.) pertencentes ao comerciante que lhe permite a realização de suas operações comerciais, e adquire sentido específico quando o comerciante, a pouco e pouco logra formar seu renome e o de seu estabelecimento por seu trabalho incessante, por sua probidade, formando propriedade móvel e valor econômico suscetíveis de transmissão mediante pagamento.

6. *Elementos.*

Divide JEAN ESCARRA, “Cours de Droit Commercial”, Sirey, Paris, 1952, págs. 160 e segs., os elementos do fundo de comércio em duas categorias: corpóreos e incorpóreos, aquêles apresentando com relação a êstes um caráter acessório.

Entre os elementos imateriais, “du point de vue juridique beaucoup plus importants”, enumera o direito ao arrendamento, a clientela, o “achalandage” (aproveitamento da freguesia ligada ao fundo de comércio), os direitos de propriedade industrial, direitos de propriedade literária e artística, negócios, contratos diversos, licenças fiscais, livros e correspondência.

Mais minucioso e sistemático o exame a que procede ALFREDO BUZARD, destacando os dois elementos fundamentais que se reúnem na caracterização do fundo de comércio: um, formal, cuja tarefa é organizar e coordenar os diversos elementos do fundo; outro, material, que consiste no conjunto de bens e valores, corpóreos e incorpóreos, indispensáveis à exploração.

Sintetiza então, de acôrdo com a generalidade dos autores, a classificação dos elementos que compõe o fundo de comércio em duas categorias fundamentais:

a) *direitos ou coisas incorpóreas*: I — o direito à renovação judicial do contrato de arrendamento; II — o nome comercial, compreendendo a firma e a denominação; o título e a insígnia do estabelecimento; a expressão ou sinal de propaganda; as marcas de indústria e de comércio; as recompensas industriais; as invenções e os privilégios; os modelos de utilidade, os desenhos e os modelos industriais; III — os direitos autorais e os de resguardo do nome ou pseudônimo contra os seus usurpadores; IV — o aviamento; a freguesia e sua defesa contra a concorrência desleal;

b) *coisas corpóreas*: I — os imóveis, a saber, terrenos, construções, edifícios, fábricas, armazéns, depósitos, com tudo nêles intencionalmente empregado em sua exploração

industrial, aformoseamento ou comodidade, irretiráveis sem fratura ou dano; II — os móveis, isto é, as instalações, o mobiliário, os utensílios, veículos, máquinas, maquinismos, acessórios e pertences, a matéria-prima, os produtos manufaturados ou semifaturados, as mercadorias, ou fazendas em geral, os títulos ou efeitos do comércio.

Merece ser completado o rol das coisas incorpóreas com um elemento que dia a dia torna-se mais importante: o crédito de que goza a firma, principalmente junto a estabelecimentos bancários.

Afanam-se os autores cada qual em dar uma relação mais completa possível dos dados que compõem o “fundo de comércio”.

Mas, compreendendo-se embora a intenção, percebe-se que algo escapa a tôdas as buscas, a demonstrar que a verdadeira natureza do fundo de comércio não é constituída simplesmente pela soma de todos êsses elementos...

Com efeito, à porta de dois estabelecimentos congêneres, igualmente sortidos, análogamente ricos e bem apresentados, com o mesmo gênero de atividade, é comum perceber-se que a preferência do público aflue para um dêles, enquanto o outro fica às moscas, exatamente como ocorre na hipótese focalizada pela consulta.

Qual será a razão? Em que falham, então, essas descrições tão pormenorizadas?

Em que dissecam o *corpo* do “fundo de comércio”, deixando evolvar-se a *alma*.

Compreendeu-o maravilhosamente o professor austríaco ZOLL, destacando fatores subjetivos e imponderáveis, para encarecer, no apanhado de CLÓVIS COSTA RODRIGUES, em seu excelente “Concorrência Desleal”, Peixoto S. A., Rio, 1945, p. 43, ser êle nada menos que a *fôrça atrativa*, que a fama dos estabelecimentos, o prestígio das marcas, o valor das invenções, a fidelidade dos consumidores, a irradiação da simpatia e afabilidade que os empregados exercem sôbre a clientela.

“Essa *fôrça atrativa* é bem a pedra basilar onde repousa o edifício jurídico da propriedade comercial: ela como que apresenta, na concepção objetiva do direito, um bem imaterial, transformado pelo fenômeno latente das competições concorrenciais em centro convergente da cobiça insaciável dos contrafatores, porque — está hoje provado — essa *fôrça atrativa* é o expoente indicativo do prestígio dos estabelecimentos da primazia dos produtos. Não são, por conseguinte, como aparentemente se supõe, nem a marca, nem o nome dos estabelecimentos, nem a invenção, em si mesmos, o que os usurpadores procuram violar.”

Demonstra o monografista patricio que o que seduz os contrafatores é, precisamente a *fôrça atrativa* que a reputação e a notoriedade dos produtos exercem no espírito dos consumidores. “Uma clientela boa, escolhida e constante é, muita vez, produto de longos anos de trabalho e sacrifícios inauditos. Não se adquire de uma hora para outra; cultiva-se e obtém-se mercê, principalmente, da confiança pública captada não raro através de escrupuloso e reto procedimento.”

Conclue, por entre uma série de considerações, com a opinião dominante: “o fundo de comércio” é “uma universidade jurídica, caracterizada pelos múltiplos elementos que o compõem, elementos que, por si sós, não têm expressão própria, mas no conjunto, formam uma unidade autônoma de direito de relevância excepcional como instituto jurídico que é destinado a tutelar o patrimônio material, intelectual e moral dos comerciantes e industriais, dos empregados e dos empregadores, e de todos, enfim, que exercem uma atividade lícita.”

O E. Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, pela sua C. Terceira Câmara Civil, tem uma manifestação que se harmoniza perfeitamente com êsse ponto de vista, apelação n. 86.352 SP, de 14-2-1967, rel. Ministro Young da Costa Manso, “Rev. dos Tribs.,” v. 390, página 266:

“O conteúdo do fundo de comércio se compõe de vários elementos que, em conjunto, determinam sua unidades econômica ou seu conceito unitário. Tudo que se relacione estritamente com a atividade comercial ou industrial e figure como fator do seu desenvolvimento, ainda que isoladamente não possa especificadamente caracterizar aquela atividade, não deve ser dissociado do todo para afastar a proteção da lei de Luvás.”

7. A *clientela*. *Importância*.

O exposto já dá bem uma idéia de que de todos os elementos do “fundo de comércio”, o mais importante é, sem dúvida, a *clientela*, componente imponderável, mas fundamental da atividade do comerciante, não se concebendo mesmo que possa existir fundo de comércio onde não existe *clientela*.

A expressão inglesa, “goodwill” dá, melhor do que qualquer outra, o valor do seu conteúdo, uma vez que, como acentua TORQUATO CARLO GIANNINI, “*Clientela*”, in *Dizionario Pratico del Diritto Privato de Scialoja, Vallardi, Milano, s/d, v. II, p. 82, “La clientela non è altro che la buona disposizione del pubblico o di un certo numero persone a dare all’opera o all’azienda di un industriale, commerciante o professionista la preferenza sugli altri.”*

Adita não ser nunca uma *coisa*, por mais amplo que se queira ser ao defini-la, mas um *fato*, sujeito a algumas leis mais ou menos constantes, como a do costume humano, do mínimo meio pelo qual as relações de proximidade entre o cliente e o estabelecimento, a localização dêste, etc., têm uma certa eficácia, mas em substância, nada mais do que uma esperança fundada sobre uma probabilidade.

Sempre oportuno o magistério de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, “*Tratado de Direito Commercial Brasileiro*”, 2.^a ed., Freitas Bastos, 1934, Rio, v. VI, p. 158, encarecendo que a *clientela* se constitui pelas relações do estabelecimento comercial com o público, ou com determinadas pessoas, e

que tem um valor real, próprio, consistente na esperança de que lhe proporcionará negócios.

“Ela incorpora-se ao estabelecimento, visto não representar meras relações pessoais de indivíduo a indivíduo, mas, explica HERMANCE, relações de negócios reais, graças à confiança que a habilidade desenvolvida soube conquistar e ao êxito favorável, é, assim, “a energia despendida e cristalizada em um forte núcleo de relações de negócios; cede-se a energia transformada em matéria”.

LUIZ AUTUORI reproduz, tanto no verbete “Fundo de Comércio”, que escreveu para o Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Borsoi, Rio, s/d, como no livro sob o mesmo título, 2.^a edição, 1957, Forense, Rio, a lição de FAIN-FAURE-PINOTEAU, enaltecendo através de uma simples comparação, o valor fundamental da clientela.

Enquanto é sempre possível obter na praça uma usina, máquinas ou mercadorias, é difícil, quando não impossível, utilizar uma usina, maquinismos ou mercadorias sem a prévia constituição ou aquisição de uma clientela.

É por demais extensa a bibliografia relativa ao assunto para que possa ser aqui resumida mesmo sumariamente.

Limitemo-nos a reproduzir os cinco argumentos de natureza social e econômica sobre os quais alicerça CESARE VIVANTE, “La Proprietà Commerciale della Clientela”, in “Rivista del Diritto Commerciale”, v. XXVI, p. 1.^a, Vallardi, Milano, 1928, p. 493-506 o movimento a favor dos titulares do fundo de comércio:

a) porque do contrário seriam espoliados sem compensação da clientela que constitui o fruto do seu trabalho e da sua poupança;

b) porque o proprietário, depois de ter gozado uma primeira vez do progressivo encarecimento dos aluguéis graças ao trabalho do locatário, lucraria por cima uma segunda vez para exigir um aluguel mais elevado do locatário sucessivo;

c) porque através dêstes despejos forçados, tornados mais freqüentes pela possibilidade de uma espoliação sem indenização, aumentar-se-ia continuamente o encarecimento da vida, considerando-se que o comerciante ameaçado periodicamente de ser pôsto no ôlho da rua, deveria necessariamente fazer recair o pêso dos melhoramentos não compensados sôbre os próprios clientes;

d) quando o locatário tivesse certeza de gozar do fundo de comércio, introduziria imediatas melhorias nos estabelecimentos e nos hotéis, que, por temor do despejo, são mantidos em condições incômodas e anti-higiênicas, com gravíssimo prejuízo para a indústria e o comércio;

e) ao invés de uma classe social conservadora, guarda da ordem social, criar-se-ia uma classe de cidadãos tornados inquietos pela incerteza do seu futuro e pela atormentadora ameaça do despejo.

O valor do elemento clientela está, entre nós, consagrado por dispositivo legal e reconhecido pela jurisprudência do mais alto Tribunal do País.

Assim, o art. 359 do Código de Processo Civil determina atenda expressamente a essa circunstância o juiz, ao fixar a indenização.

E o E. Supremo Tribunal Federal, pela unanimidade de votos da sua C. Primeira Turma, decidiu aos 28 de abril de 1947, rec. extr. n. 10.304, "Rev. dos Tribs.", v. 181/929:

"Prédio destinado pelo locatário ao uso comercial ou industrial é aquêle em que êle explora comércio, onde exerce a sua atividade, que acreditou como ponto para atrair a clientela, que tornou conhecido daqueles que com êle transijam, que valorizou, em suma, com o seu trabalho, para os fins a que o destinou.

"O fundo de comércio não é sômente o estoque de mercadorias; é sobretudo a clientela e o ponto."

TERCEIRA PARTE

8. *Extinção, alienação e perda do fundo de comércio.*

Por circunstâncias pessoais: doenças, desorganização, viagens prolongadas; ou impessoais: catástrofes, determinações legais, fechamento ou abertura de ruas, obstruções, etc., dispersa-se algumas vêzes a clientela, extingue-se o fundo de comércio, é obrigado o mercador a encerrar suas portas.

Outras vêzes ainda é o próprio comerciante que cuida de alienar o seu patrimônio, obtendo retribuições por vêzes valiosíssimas.

Outras, finalmente, contra a sua vontade, êle é despojado do fundo de comércio.

Isto ocorre em duas circunstâncias principais: 1.^a) quando o poder público vem a expropriar o prédio em que êle está instalado; 2.^a) quando o proprietário do imóvel consegue a retomada com fundamento em algum dispositivo legal.

Examinemos cada uma destas três eventualidades: venda, expropriação, retomada.

Venda. Pode ser alienado o fundo de comércio?

Claro que pode. Representando um valor patrimonial, tendo como elemento impalpável, mas ponderoso, a clientela, não seria plausível que o comerciante, no fim da sua carreira, não recebesse, em moeda corrente, como prêmio pela sua consagração, a possibilidade de retirar-se condignamente, gozando também a aposentadoria, a tranqüilidade de espírito a que faz jus pelos seus ingentes sacrifícios durante tôda a sua vida, quando dá por finda a sua carreira.

LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, “Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro”, Monteiro Lobato, S. Paulo, s/d, n. 41, p. 138, estabelece perfeita distinção entre a hipótese em que o comerciante venda só a instalação, sem as

mercadorias, “ou aquela, sem a taboleta, as marcas, certos direitos, etc.”, e a alienação sòmente do ativo, sem o passivo, ou, finalmente, o ativo e o passivo.

Encarece que, desde que não abranja a *chave* ou *clientela*, não haverá uma venda de estabelecimento, mas uma simples *retirada* do comerciante, após a liquidação dos outros valores do seu patrimônio comercial.

Indaga, em seguida, se pode ser vendida sòmente a clientela, para chegar a resposta afirmativa:

“A clientela é, sem dúvida, um valor comercial, suscetível de avaliação e, como tal, de venda. Mas, nos seus efeitos práticos, mais do que uma transmissão de propriedade, há nesta transmissão uma obrigação de fazer, isto é, de recomendar e acreditar o comprador junto dos clientes ou fregueses, e uma obrigação de não fazer, isto é, de abster-se da concorrência, exercendo idêntico comércio ou atividade, dentro de dados limites de tempo e de espaço.”

Não obstante se trate de um ato normal, já vimos que pode muitas vêzes vir a revelar uma finalidade dolosa, quando o comerciante, depois de alienar seu fundo de comércio, pretenda estabelecer-se novamente nas proximidades, com o mesmo ramo de atividade.

Manifesta-se aí, às escâncaras, a manobra fraudulenta: respossar-se da clientela que havia cedido ao comprador, espoliando-o do benefício que êste havia procurado.

Adquirindo um estabelecimento comercial, perquire J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, que visa o comprador senão a situação próspera desta organização, que sòmente a freguesia mantém e valoriza?

E êle mesmo responde: a clientela é o elemento principal do estabelecimento mercantil (LÈBRE), elemento essencial (VIVANTE), preponderante e único (THALLER), característico (GOMBREAUX), a sua alma (BOUTAUD DE CHABROL).

Vender o estabelecimento comercial e reter a clientela seria um absurdo, comenta GIANNINI, seria o mesmo que

ceder os instrumentos e dêles se valer, isto é, cedê-los e retê-los ao mesmo tempo. Compreende-se que o comerciante compre os bens que compunham um estabelecimento comercial para dêles se aproveitar em outro já constituído. Admite-se que o vendedor limite o que cede. No primeiro caso, êle não quer continuar a explorar o estabelecimento: a freguesia dispersa-se. No segundo, a vontade das partes acha-se manifesta.

“Mas, se se realiza a venda sem qualquer explicação a êste respeito, não vemos violação mais grave de um contrato e dos princípios de direito do que o vendedor do estabelecimento comercial procurar retomar-lhe a clientela.”

O entendimento foi incorporado, bem como a lição de abundante doutrina, por ven. acórdão do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, Segunda Câmara, de 10-7-1937, do qual foi relator ITABAIANA DE OLIVEIRA (“Boletim Judiciário”, v. 14, p. 227-229).

Com expressões perfeitamente adaptáveis ao caso em discussão, ressalta o ven. decisório que garantir a freguesia é assegurar o caráter unitário do estabelecimento comercial pelo que o vendedor (e pela mesma *ratio legis*, o locador), ex-vi do art. 24 do Código Comercial, é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, não podendo, por isso, estabelecer-se de nôvo, na mesma praça, sem expresso consentimento do comprador.

Desapropriação. Sendo o fundo de comércio um valor tão nitidamente configurado, dúvida alguma pode sobreparar que tôda vez que o seu titular, *por qualquer* circunstância, venha a ser privado, *não pela sua vontade*, como na venda, mas *contra a sua vontade*, do seu ponto, da sua clientela, do lugar onde durante decênios exerceu a sua atividade, sofrerá prejuízos muitas vêzes irreparáveis.

Nada mais justo, então, que, na medida em que a perda possa ser ao menos minorada, encontre, no direito, o lenitivo compatível.

É o caso típico da desapropriação.

O Poder Público que, por motivos relevantes, está, a qualquer momento, em condições de retirar dos indivíduos, mediante pagamento equitativo, a sua propriedade, já não tem mais como furtar-se à retribuição do valor correspondente ao “fundo de comércio”, quando o imóvel em que esteja localizado venha a ser utilizado para fins da comunidade.

Demonstra OSCAR BARRETO FILHO, “O Fundo de Comércio nas Desapropriações”, Federação e Centro das Indústrias, S. Paulo, 1959, nada justificar o desamparo a que foi relegado pela lei de desapropriações o locatário, desarmado da possibilidade de obter a reparação dos prejuízos:

“Mormente o locatário de prédio urbano para fins comerciais pode sofrer, com a expropriação e conseqüente extinção da locação, prejuízos relevantes que devem ser compensados com indenização adequada, sob pena de grave injustiça na repartição dos encargos sociais. O ponto de negócio representa um valor econômico ponderável, no conjunto dos elementos integrantes do fundo de comércio, e não se concebe que sua perda não seja ressarcida pelo expropriante.”

Quando da tramitação pela Câmara Federal do projeto de lei n. 466, de 1955, — adita — de iniciativa do deputado BILAC PINTO, alterando a lei de desapropriações, afinal convertida na lei n. 2.786, de 21-5-1956, o deputado Campos Vergal ofereceu emenda com o objetivo de criar uma indenização também para o “fundo de comércio”.

Tão importante pareceu a proposta que a Comissão de Constituição e Justiça aprovou parecer no sentido de que a emenda apresentada constituísse projeto à parte, que recebeu n. 970, de 1956, incluindo o “Fundo de Comércio”, que as entidades industriais e comerciais “hajam constituído e acumulado durante a locação do imóvel indispensável à instalação e ao giro de suas atividades e que venha

a ser desapropriado por utilidade ou necessidade públicas”, na totalidade dos bens a que se refere o art. 2.º do Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-1941.

Retomada pelo proprietário. De tôdas as eventualidades a mais interessante é, sem dúvida, aquela em que, amparado em texto legal, consegue o proprietário retomar o imóvel, pondo fim e sagrando-se vitorioso numa luta quase sempre latente entre dois conceitos de propriedade na generalidade dos casos conflitantes: o do fundo de comércio, do inquilino, e o do imóvel, do senhorio.

Não temos aí uma verdadeira desapropriação, não, é claro, pelo poder público, mas pelo titular da propriedade do imóvel em que se encontra o fundo de comércio? Não são idênticas as razões pelas quais, também nesta eventualidade, deve o comerciante ser ressarcido pelo bem que vai perder?

JOSIAS CORREIA BARBOSA, um dos mais lúcidos e aprofundados analistas da matéria, em sua festejada tese de concurso “da Continuidade da Locação para Fins Comerciais”, Bezerra & Cia., Fortaleza, 1955, focalizando, às págs. 252 e segs. essa colisão entre a propriedade imobiliária e a comercial, resultante direta do fenômeno da aderência, consigna justamente poder-se quebrar, em dado momento, a continuidade locativa pelo exercício do direito de retomada, que, excepcionalmente, se faculta ao proprietário do imóvel.

Conserva êle, assim, “o poder de destruir ou incorporar a propriedade comercial, não menos relevante do que a outra, mas ainda em situação de inferioridade no que concerne à proteção legal”.

A matéria é pouco versada, e, por isso mesmo, objeto de interpretações contraditórias, sempre desfavoráveis ao comerciante, o que é profundamente injusto.

Por isso mesmo é chegado o momento do reexame, de verificar que os tempos estão amadurecidos para uma tomada de posição, nada justificando que quem se veja privado de uma parcela relevantíssima de seu patrimônio, em

proveito de outrem, não possa obter uma reparação cônica do prejuízo sofrido.

O uso do direito de retomada, desequilibrando a situação mais ou menos harmônica criada pela continuidade da locação, — diz muito bem o tratadista mencionado — propõe um novo problema que equaciona a questão atinente à composição patrimonial, uma vez que, mesmo no direito comum, a destruição de um bem acarreta necessariamente a respectiva indenização.

“Privar o locatário comerciante da indenização devida pela destruição de sua propriedade, e do ressarcimento de um “prejuízo considerável”, seria uma solução contrária ao direito, ferindo um de seus mais belos e justos princípios, e, de outra parte, sancionando o uso repreensível e egoísta de um direito avaro de humanitarismo e insaciável no apetite desmedido, só compreensível em face do absolutismo da propriedade, hodiernamente condenado.”

9. Na perda do fundo de comércio cumpre distinguir os casos de inexistência de má fé, em que haverá simples ressarcimento, e os caracterizados pela malícia, em que a indenização terá que ser completa. O “preço da liberdade” do locador.

Pensamos ter deixado claro que, no caso que acaba de ser examinado, o fato da perda do fundo de comércio por parte do locatário, independentemente da sua vontade, deve dar margem à recomposição dos prejuízos por eles sofridos.

Mas também aqui sente-se a necessidade de separar duas hipóteses bem diferentes, conforme haja licitude por parte do expropriante — público ou particular — ou má fé, malícia, que só se concebe por parte deste último.

Na primeira eventualidade a recomposição do patrimônio não pode deixar de atender à circunstância de que, muito embora esteja sendo atingido o patrimônio do mercador, trata-se de um exercício de direito por parte do senhorio.

Bem se compreende que haja escrúpulos por parte dos tribunais em não liberalizar indenizações não justificadas, para não inverter as posições, fazendo do proprietário vítima da ganância do inquilino.

Teremos, então, um simples ressarcimento.

Acentua, com propriedade ANTONIO VISCO, em sua obra citada, p. 164, que existe sempre vantagem do locador, pelo simples fato de conseguir a disponibilidade do imóvel, seja no caso que o venha a demolir para vender o terreno ou para aí construir outro prédio, seja para dar-lhe destinação diferente, porque, nas condições atuais de mercado, isso se resolve normalmente numa utilidade acrescida.

O enriquecimento do fundo de comércio é evidente — acrescenta — nos dois casos típicos daquele em que o locador sirva-se do local para aí exercitar uma atividade no mesmo ramo de comércio, e do outro em que dê em aluguel o próprio local a outras pessoas para o exercício do mesmo gênero de comércio...

“Com a nova lei quiz-se ir além de tal binômio, admitindo um direito ao ressarcimento pela simples perda que o locatário sofre deixando o local. Não tem importância que haja a demonstração de que esta perda se resolva num incremento de valor para o proprietário do imóvel; êste incremento pode ser também potencial e futuro.

“Basta uma destruição de riqueza por fato de outrem, mesmo se êste “fato” não fôr ilegítimo, mas represente o exercício de um direito.”

Lembra que também no sistema da lei francesa o sistema é o de admitir o ressarcimento de um prejuízo sofrido pelo locatário em consequência da saída, independentemente de um locupletamento do locador, e que no próprio projeto de lei italiana a justificação consigna que “é indubitabile che il locatore con l’atto di sfratto, pur esercitando un suo diritto, cerca di realizzare per sè più utili condizioni”, e conclue demonstrando com FERRI, Riv. Dir. Comm.,

1963, p. 129, que a compensação constitui o *preço da liberdade* que o locador deve pagar ao inquilino.

Na segunda hipótese, porém, quando o locador, invocando a lei para simples acobertamento de seus desígnios inescrupulosos, falseia a verdade, bate às portas da Justiça invocando argumentos que sabe de antemão que não o favorecem, promove um despejo não com o intuito declarado, mas com outro, enganoso, é claro que deve responder por muito mais do que isso, nas duas esferas, a criminal e a civil, purgando, sem contemplação nem piedade, todos os danos diretos e indiretos que venha a ocasionar.

QUARTA PARTE

10. São duas as hipóteses de ressarcimento: a) desapropriação.

A inexistência de má fé por parte do desapropriante não o livra da reparação dos prejuízos causados.

Preleciona M. SEABRA FAGUNDES, “Da Desapropriação no Direito Brasileiro”, 2.^a edição, 1949, n. 543:

“Ao Estado, pela sua posição excepcional de titular e realizador do interesse público, não se pode reconhecer o privilégio injusto e injurídico de destruir um valor patrimonial sem a correspondente retribuição, ao mesmo tempo que indeniza os titulares doutros direitos igualmente atingidos pelo ato expropriatório. Negar a indenização num tal caso implicaria em quebra do princípio universalmente aceito da igualdade dos ônus públicos. Seria exigir do inquilino, pelos mesmos motivos e com idêntica finalidade, o sacrifício total de um valor do seu patrimônio, enquanto ao locador tomar-se-ia o prédio mediante compensação adequada.”

Da mesma opinião PONTES DE MIRANDA, “Questões Forenses”, t. III, 1958, parecer n. 151, p. 482, e OLIVEIRA CRUZ,

“Da Desapropriação”, 1946, pgs. 91-94, proclamando o princípio, fundamental para o nosso estudo, de que a desapropriação de imóveis onde existem fundos de comércio atinge dois patrimônios: o do proprietário e o do comerciante, que é obrigado a estancar, de maneira definitiva ou não, a fonte de renda que lhe garante a subsistência e a prosperidade. Por isso é imprescindível, no interesse da própria coletividade, encontrar-se uma solução razoável e jurídica para esse problema, dada a absoluta falta de garantia que a lei oferece para a estabilidade do fundo de comércio.

A matéria, de resto, já foi objeto de precursor acórdão de 25-10-1951 do E. Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n. 9.557, de Minas Gerais, coligido pela “Revista de Direito Imobiliário”, v. XV, pgs. 20-22, e pelo “Arquivo Judiciário”, v. 102, p. 26:

“Desapropriação e fundo de comércio. Direito do locatário ao ressarcimento do dano sofrido, em razão da desapropriação, com perda do lugar do seu comércio e desvalorização do seu “fundo de comércio”.”

Nem outro foi o entendimento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação n. 53.391, de 23-10-1951, rel. Des. Samuel Mourão, “Rev. dos Tribs.”, v. 197, p. 173:

“Em se tratando de locação para fim comercial, onde existe um fundo de comércio protegido por lei tem-se reconhecido ao inquilino o direito de ser indenizado pelos prejuízos que sofrer em consequência da brusca terminação do contrato locativo, acarretada pela desapropriação do imóvel.” .. “A desapropriação feita sem indenização prévia equipara-se ao esbulho e dá lugar a reparações excedentes do âmbito da indenização propriamente dita.”

b) *Retomada pelo proprietário.* Não foi despropositada essa ligeira digressão a respeito da desapropriação.

É bem de ver que, em se tratando da União, do Estado, do Município, ninguém poderá vislumbrar a mais longínqua possibilidade de que tais novos proprietários venham a obter qualquer utilidade específica do fundo de comércio de que venham a desapossar o titular, tão diferente virá a ser da anterior a nova destinação do imóvel. Nem por isso a razão será suficiente para negar-se a indenização correspondente.

A similitude entre a desapropriação por utilidade pública e o desapossamento do fundo de comércio pelo titular do domínio é tão manifesta, tão dominante, tão — diríamos quase — opressiva, que ao seu fascínio não pôde furtar-se o próprio legislador, que nos “consideranda” que precedem o decreto 24.150, menciona justamente ao lado da desapropriação, outras restrições da maneira de usar o direito de propriedade em benefício de interêsse e conveniências gerais.

A parecença não escapou ao Pretor de Veneza, numa decisão de 20-12-1963, a que faz referência ANTONIO VISCO, op. cit., p. 171, na qual chega à conclusão de que ao locatário cabe uma compensação pela perda do fundo do comércio, mesmo no caso em que o proprietário, pedindo o imóvel para uso próprio, queira exercer gênero diferente de comércio.

“É perfeitamente claro” — volve JOSIAS CORREIA BARBOSA, a pág. 253 — “que a retomada implica na confiscação do “ponto” comercial, e que o proprietário, realugando-o, estabelecendo-se nêle, ou mesmo reconstruindo-o para obter rendimento mais elevado, passa a gozar de vantagens incomparavelmente maiores, uma vez que o local já é objeto da preferência de uma clientela. Em tal hipótese, é justo que indenize o locatário pelos benefícios que êste perde, compensando um patrimônio. Êsse dever moral, a regra jurídica deve tornar obrigatório e estritamente observado. ...

“Via de regra, apossando-se novamente do prédio, o proprietário se apodera de algo mais que não lhe pertence, e, ainda que assim não fôsse, surpreende o locatário comerciante na sua crença na continuidade locativa, estando, assim, obrigado a uma contra-prestação que, com certa dose de boa vontade, podemos situar no campo mesmo do contrato.”

Fora do país outro não é o entendimento.

ANTONIO VISCO, em seu recentíssimo trabalho já mencionado é explícito ao encarecer que na hipótese em que o locatário recuse exercer o direito de preferência, manifestando explicitamente a vontade de renovar o contrato nas condições oferecidas pelo terceiro, nem por isso perde o direito à recompensa pela perda do “avviamento”,

“perchè il rifiuto delle nuove condizioni non configura nè la risoluzione per inadempienza nè un effettivo esercizio della prelazione. In tal modo il conduttore è libero di scegliere fra le due soluzioni quella che gli pare più conveniente: o la rinnovazione del contratto locatizio alle nuove condizioni o il compenso di avviamento.”

Desapaixonada, e, por isso mesmo, equilibrada e criteriosa, a argumentação de UGO MURANO, em sua bela monografia “La Così Detta “Proprietà Commerciale” e la sua Tutela”, Jovene, Napoli, 1950, ao encarecer a pág. 233 que, quando o proprietário, *diretamente* (iniciando o exercício de análoga atividade econômica no mesmo imóvel) ou *indiretamente* (percebendo uma retribuição de terceiro locatário mais elevada pelo aumentado valor locativo adquirido pelo imóvel, decorrente do exercício da anterior atividade econômica), retira, por meio do exercício do seu poder dominial, uma vantagem particular, que não se revela especificamente protegida pelo direito de propriedade em si,

— consegue uma vantagem, se não injusta, todavia *não justa*, porque decorrente da apropriação do resultado do trabalho econômico do inquilino despejado.

“Non può, in siffatta ipotesi, non riconoscersi a quest’ ultimo il diritto ad un *indennizzo* per il mancato conseguimento del risultato del suo lavoro, correlativo al vantaggio del proprietario, fondato sul principio generale dell’ indebito arricchimento.”

Mas quais serão êsses casos em que o proprietário pode legalmente recobrar o imóvel?

De acôrdo com a lei, são três: melhor proposta de terceiro, competentemente individuado; obrigação, pelas autoridades públicas, de realizar no prédio obras que importarão em sua radical transformação; uso pelo próprio locador, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes (art. 8.º, letras c), d), e) do decreto 24.150, de 20-4-1934), aos quais a jurisprudência acrescentou mais um: a retomada para construção mais útil.

QUINTA PARTE

11. São duas as hipóteses em que, por ocorrer malícia por parte do locador, a indenização deve ser completa: a) insinceridade do pedido; b) concorrência desleal.

Ao lado dos casos examinados, objetivos, em que há reconhecimento de circunstâncias excepcionais razoáveis para privar o comerciante do seu fundo de comércio, outras existem, de ordem subjetiva, em que se insinua a malícia do locador.

O legislador, que nos “consideranda” do decreto 24.150 já havia mostrado sua preocupação pela preservação do fundo do comércio, em não atribuir exclusivamente ao proprietário do imóvel a quota de enriquecimento à custa do empobrecimento do inquilino, o que admite seria um

verdadeiro locupletamento, e que em várias passagens do art. 8.º havia manifestado seu zêlo no sentido de que fiquem devidamente documentadas as alegações de proposta de terceiro, de exigências de autoridades públicas e de uso do prédio para os fins invocados, cuidou de, num capítulo específico, subordinado à epígrafe “Da Indenização”, deixar bem clara a responsabilidade do senhorio solidariamente com o terceiro que obteve o contrato de locação, pelo pagamento dos prejuízos ocasionados com sua conduta.

Indica três casos que absolutamente não podem ser colocados em pé de igualdade com os anteriores, pela sua razão de ser, pelas suas repercussões e pela sua amplitude:

a) se o locador, dentro de 30 dias do passamento em julgado da sentença que o autorizou, deixar de fazer por instrumento público ou particular, contrato com o terceiro que pela sua oferta impediu a prorrogação do contrato de arrendamento, ou fizer o contrato com estipulações inferiores às da proposta ajuizada (art. 21, § 1.º);

b) se o locador deixar de dar início às obras que alegou precisar fazer para impedir a prorrogação da locação, dentro de três meses a contar da data da entrega do prédio pelo inquilino (§ 3.º);

c) se o locador vier a explorar, ou permitir que no prédio seja explorado o mesmo ramo de comércio ou indústria explorada pelo inquilino cujo contrato não foi renovado, por oposição do proprietário (§ 4.º).

As três eventualidades podem ser reconduzidas a dois tipos: insinceridade do pedido (*a* e *b*) e concorrência desleal (*c*).

DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, “Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento”, Imprensa Oficial de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1940, não hesita em qualificar como correspondente à idéia central da teoria do enriquecimento ilícito o de exploração do mesmo ramo de comércio explorado pelo antigo inquilino, e de abuso de direito os demais.

Reconhece a dificuldade de apurar-se previamente o dolo do proprietário, desmascarar ainda previamente o abuso de direito, “despindo-o de seus falsos panejamentos”.

No caso em debate, como se viu, não existe essa dificuldade, pois logo na notificação, reiterando na inicial, não se peja o proprietário de arrancar a máscara.

Mas vale a advertência do catedrático mineiro, a pág. 157:

“As intenções se subtraem a qualquer contróle e querer, em tais casos, prevenir o abuso, seria, imprudentemente, procurar penetrar o plano das intenções do proprietário.

“Apercebido esta verdade, o legislador reservou ao juiz a faculdade de, apurada a fraude, impor ao proprietário, no tempo próprio, quando já não seria possível, ou, pelo menos, não haveria conveniência em repor o comerciante no prédio de que se afastara, a obrigação de reparar os seus prejuízos, recompondo-lhe o patrimônio, injustamente ferido.”

12. Concorrência desleal em matéria de fundo de comércio.

De todos os casos previstos na lei, o mais grave, aquêl para o qual com mais cuidado se volta o legislador é, sem dúvida, o da concorrência desleal, decreto 24.150, art. 20, § 4.º: “Se o locador vier a explorar, ou permitir que no prédio seja explorado o mesmo ramo de comércio ou indústria explorado pelo inquilino cujo contrato não foi renovado, por oposição do proprietário.”

Não é fácil apresentar um conceito de concorrência desleal que dê uma idéia da infinita variedade de suas formas.

Nem interessa, a esta altura, aprofundar o exame Contentemo-nos em respigar, dentre as muitas lições transcritas por CLÓVIS COSTA RODRIGUES, as mais expressivas.

POUILLET:

“La concurrence déloyale, le mot lui-même l’indique, est celle qui emploie des moyens détournés, frauduleux, des manœuvres que la droiture et l’honnêteté réprouvent; ses armes sont innombrables, souvent ingénieuses, toujours perfides; sa forme est parfois presque insaisissable et c’est même là, pour certains commerçants, qu’est l’habileté... Si les moyens sont variés à l’infini, le but reste toujours le même: c’est le détournement de la clientèle d’autrui.”

Para GODINOT é concorrência desleal “todo ato contrário aos bons costumes, cometido de má fé, numa finalidade de concorrência destinada a atrair para si a clientela alheia.”

Segundo PIFIA: “Forma especial de prejuízo próprio do direito industrial e comercial, que compreende qualquer atentado ou lesão do direito que cabe ao industrial de desenvolver livremente e pacificamente a própria indústria, sem ser prejudicado por fatos ilícitos e culposos de concorrentes que, com meios contrários à verdade, à honestidade ou à moral e assim com abuso do direito próprio, tentam diminuir o aviamento e desviar a clientela.”

CESANE BALDI: “Um conflito entre dois comerciantes no exercício da sua indústria com fatos que, embora sem violar precisas disposições de lei, possam ser, ou já o são de prejuízo ao legítimo interesse material ou moral de um dos ditos comerciantes”

Finalmente, BROWN: “o emprêgo de todos os meios de perfídia e desonesta rivalidade no campo comercial.”

Em todos os países a doutrina tem pôsto em relêvo a desconformidade entre a concorrência inerente ao conceito de liberdade econômica, estimulante para os comerciantes e industriais, benéfica para o consumidor, e a concorrência desleal, já definida como “uma nebulosa di consistenza dubbia, dai contorni vagni e oscillanti”.

Em falta de uma classificação legislativa, resume ENZO GUELI no verbete “Concorrenza Illicita”, que escreveu para o “Nuovo Digesto Italiano”, UTET, Torino, 1938, v. III, p. 675-676, os principais atos dessa espécie, encarecendo que tôda proibição de concorrência proveniente de fonte contratual costuma-se designar com a expressão de cláusula de concorrência, destacando aquela que pode ser expressamente pactuada, “mas que todos estão de acôrdo em considerar de qualquer modo contida implicitamente em todo contrato de alienação do negócio, a menos que haja uma exclusão explícita”: a de que o vendedor do fundo de comércio não pode continuar a exercer outro do mesmo gênero do cedido, mantendo relações com uma clientela que deveria, ao invés, seguir o trespasse do estabelecimento.

Perfeitamente aplicáveis à hipótese as advertências de TORQUATO CARLO GIANNINI, “Concorrenza Sleale ed Illicita”, in “Dizionario Pratico del Diritto Privato”, Vallardi, Milano, s/d, v. II, p. 269-274, quando encarece que falta no nosso direito, pelo menos para a maior parte dos casos, uma disposição que proteja o comerciante contra a concorrência desleal.

Como, porém, por um princípio universalmente acolhido nenhum magistrado pode recusar justiça aduzindo que a lei não prevê o caso, os fatos de concorrência desleal em nome da boa fé ou, mais freqüentemente, dos princípios da responsabilidade por quasi delito, foram reconhecidos como suficientes para justificar uma ação em juízo, e para provocar a sanção do magistrado.

13. *A usurpação da clientela.*

A dificuldade de conceituar o que seja concorrência desleal, e, ao mesmo passo, a impossibilidade de ditar normas relativas à alienação ou conservação da clientela, tornam imperioso um estudo que abranja, numa visão de conjunto, êsses dois elementos.

Transparece, então, em todo o seu valor, o fator *clientela*.

EMÍLIO GUIMARÃES compendia no “Dicionário Enciclopédico de Doutrina Aplicada”, Konfino, Rio, 1946, v. V, n. 5.293, p. 465, a doutrina comum: certamente, os fregueses não são objeto de uma venda, própria dita, mas de uma obrigação de fazer, e também, uma obrigação de não fazer, no sentido que deve o vendedor abster-se de exercer idêntico comércio ou atividade.

“... Reprimir a concorrência desleal, em todo o sentido de suas infinitas formas,” — disse muito bem CLÓVIS COSTA RODRIGUES — “é proclamar a independência do comércio honesto, é estimular as energias produtivas, é ampliar os setores de atividades múltiplas...”

Cita HENRI CAPITANT: “Delito civil, às vezes desdobrado num delito penal, e que consiste, por parte de uma pessoa cuja profissão supõe clientela, retirar de uma pessoa da mesma profissão toda ou parte da clientela, por atos atentatórios dos princípios de honestidade que constituem a lei da profissão”, para concluir, incisivamente, não ser necessário qualquer resfôrço.

“para deduzir que, quando a concorrência se processa mediante a aplicação de métodos condenáveis, por indivíduos inescrupulosos, usando da má fé, da fraude e da hipocrisia, na única intenção de atrair a clientela alheia para o seu estabelecimento desonesto ou para a sua mercadoria falsificada, ter-se-á presente, na sua forma genuinamente característica — a concorrência desleal.

“Pratica-a, portanto, todo aquêle que procura, fraudulentamente, induzir em erro a freguesia de outrem; que tenta usurpar os direitos legitimamente adquiridos por terceiros; que, por atos ou fatos, usufrui lucros valendo-se da situação de prestígio do seu rival, ou da sua habilidade ou de sua inteligência; que cria intencional confusão... É a manifestação do *eventus damni* e do *consilium fraudis* — os dois elementos clássicos do dolo.

“Em uma palavra: a repressão da concorrência desleal é um conjunto de regras jurídicas que torna possível a coexistência dos indivíduos, dentro do mesmo ciclo de atividades industriais e comerciais. E se quisermos elevar êste conceito a um horizonte mais vasto, poderemos dizer que a concorrência desleal é a tutela preventiva da ordem jurídica nos domínios da propriedade industrial.”

Em seu excelente trabalho focaliza CLÓVIS COSTA RODRIGUES, em primeiro lugar, dentre todos os objetos da tutela das leis relativas à concorrência desleal, justamente o fundo de comércio e a clientela, proclamando mesmo que o fundo de comércio ocupa um capítulo de destaque no direito concorrencial (pág. 41).

Chega a ser irônico quando, ao analisar os fatores subjetivos que determinam a concorrência desleal, conclue que quase nada tem de *desleal*: “suplanta-lhe, numa porcentagem dominadora, o instinto não raro premeditado da desonestidade.”

Apliquem-se ao locador, no caso sub *judice*, os conceitos que expende relativos ao contrafator, e havemos de convir em que “só vez por outra é desleal: ordinariamente é um desonesto no sentido amplo da palavra”, uma vez que identicamente, não age por infidelidade ao locatário, “com o qual nem sempre mantém relações ou compromissos de ordem comercial ou contratual; inspira-o — isso sim — o desejo de roubar-lhe a fama, de desviar-lhe a clientela, viver à sombra do seu esforço e prosperar mercê do seu trabalho... Essa — a característica fundamental do usurpador. Ao passo que a deslealdade — como nô-lo indica o próprio vocábulo — condiciona a preexistência de um vínculo moral que subordina o contrafator à sua vítima” (pág. 64).

Insiste, páginas adiante, em que a jurisprudência tem a mais ampla liberdade para resolver tôdas as questões que a vida prática apresenta:

“A concorrência ilícita assume, por vêzes, formas inéditas e imprevistas. Daí, essa elasticidade de apreciação dos tribunais, sem a qual a ação repressiva da lei mais não seria que pura mistificação.”

Merece ser ponderada a observação de UGO MURANO, segundo a qual a finalidade útil, o ponto de atração do interesse do comerciante, não é o conjunto dos bens na sua organização estática, mas a utilização produtiva, eficiente, na atuação da finalidade econômica, que não é das coisas ou de uma sua particular qualidade, mas da energia laborativa nelas refletida, e que, como tal, é protegida pelo ordenamento jurídico.

“As normas relativas à repressão da concorrência desleal... não realizam a proteção do comerciante no gôzo estático do seu estabelecimento (o que seria inconcebível); mas o funcionamento do mesmo assim como êle o orientou e ativou, garantindo-lhe a consecução do resultado correspondente, mediante o dever imposto aos outros concorrentes de usar dos próprios instrumentos de trabalho, e não aproveitar abusivamente os dos outros, e, portanto, de não alterar direta ou indiretamente a posição ou a tenção do empreendedor na direção daquela utilidade, protegida, para êle decorrente do desenvolvimento da sua atividade econômica.”

14. *A jurisprudência.*

As manifestações dos tribunais, embora ainda não bem determinadas, como veremos adiante, no que diz respeito à fixação das verbas que devem compor a indenização pela perda do fundo do comércio, são firmes no reconhecimento dos direitos ao titular ameaçado ou espoliado.

O fundo de comércio — decidiu acórdão da Cassação italiana de 26-6-1963, n. 1.728, citado por ANTONIO VISCO, pág. 121 — é uma qualidade do estabelecimento; embora relacionando-se principalmente à atividade do comerciante,

torna-se um seu elemento que consiste em particular aptidão em produzir bens e serviços. Constitue, portanto, um valor economicamente apreciável do estabelecimento, que cabe ao seu titular e se revela especialmente quando êle venha a ser transferido por sucessão ou por ato entre vivos.

Encontramo-nos portanto diante não à *destruição de um bem*, mas à *transferência de um bem* e sob êste aspecto o direito à reintegração é plenamente justificável. Nem nos venham dizer — conclue o aresto — que o comportamento do locador, frente à lei, é plenamente legítimo, porque aqui se trata de uma indenização, a título de compensação, e não de ressarcimento do prejuízo. O segundo postula um ato ilícito, ao passo que o primeiro é admitido mesmo quando o ato é legítimo.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já registra duas manifestações de alto interêsse.

A C. Terceira Câmara Civil, por votação unânime de 2-10-1961, rel. Des. Heráclides Batalha de Camargo, apelação n. 110.957, de Mirandópolis, Rev. dos Tribs. v. 325 pág. 226, teve oportunidade de observar que

“O problema da concorrência desleal, quando não possa ser examinado à luz de disposições contratuais expressas, deve ser enfrentado no duplo aspecto da liberdade de comércio e da má-fé em seu exercício.

“No caso de alienação de fundo de comércio, o contrato pode ser omissivo quanto à vedação do alienante de regressar ao mesmo ramo, sob determinadas condições.

“Se ocorre a omissão, é ociosa a pesquisa doutrinária à conceituação do ilícito, sem o exame do fato concreto, em tôdas as suas circunstâncias, porque não é da liberdade de comerciar que nasce a concorrência desleal, mas da má-fé alimentada pelo alienante.”

Reconhecendo a razão do autor, foi julgada procedente a ação para indenização dos prejuízos sofridos, apurando-se

em execução o quantum indenizatório, a ser calculado na diminuição do rendimento mensal do autor.

A C. Primeira Câmara, também por unanimidade de votos, na apelação n. 45.204, da Comarca de S. Paulo, Rev. dos Tribs., v. 185, p. 236 reconheceu, aos 20-12-1949, nas expressivas palavras do relator, saudoso des. Amorim Lima, ser indubitável que o contrato de locação envolve o direito ao “ponto comercial”, elemento de grande valia nos negócios mercantis. Quem o diz, é o próprio legislador do Código de Processo, no art. 259, ao fixar os fatores que devem ser levados em conta no cálculo da indenização a que eventualmente tem direito o negociante nos contratos não renovados.

“Trata-se portanto de valor lícitamente negociável juntamente com o fundo do negócio. A lei, que permite a renovação compulsória dos contratos de locação mercantil ou industrial, não teve outro intuito senão impedir que o senhorio espoliasse o negociante dêsse valor, por êle realizado com a sua atividade mercantil.”

Foi confirmada, assim, extensa e brilhante sentença assinada por José Frederico Marques, que, após ampla invocação doutrinária, traz a lume um argumento de ordem sistemática, tirado do dispositivo da Lei de Falências autorizando que se inclua na alienação dos bens da massa falida a transferência do contrato de locação protegido pelo decreto-lei n. 24.150, e adita: “claro está, como acentua MIRANDA VALVERDE, que êsse contrato integra, “como elemento de valor”, a “venda do fundo de comércio.”

Lembra, finalmente, o acórdão da apelação cível n. 9.515, de que foi relator, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o des. Toscano de Brito: “Incontestavelmente o fundo de comércio constitui valor, e de alta monta, em face da legislação atual. A lei manda indenizá-lo quando o comerciante se vê forçado a transferi-lo para outro local.”

SEXTA PARTE

15. *Fixação do montante da indenização. Diferença entre ressarcimento e indenização.*

Pensamos ter demonstrado que por dois motivos fundamentais não há como admitir possa o locador ser bem sucedido na pretensão de reaver o imóvel. Em primeiro lugar, porque já está estabelecido em prédio próprio, não inferior, se não melhor em acomodações, do cedido em aluguel. Em segundo lugar, porque atendê-lo seria premiar a malícia, galardoar a má fé, honrar a desonra.

Mas — insista-se — se por um cataclisma jurídico devesse ter êxito na sua aventura, então uma coisa é indubitável: terá que pagar não apenas o ressarcimento a que alude o Código de Processo Civil, nem ainda somente a indenização pela insinceridade do pedido a que faz referência a lei de luvas, mas uma reparação completa, total, de cada um dos prejuízos sofridos, devidamente calculados.

Tem-se insistido demasiado número de vêzes em que, por não exercer o direito à renovatória, perderia o locatário tôda e qualquer possibilidade de se abrigar sob a proteção da lei de luvas.

Não é, não pode ser assim.

Preciso e claro, como sempre, ALFREDO BUZAID:

“A existência de *fundo de comércio* é um dos pressupostos da ação renovatória. Mas a lei menciona ainda o fundo de comércio (arts. 20 e 21), para assegurar ao inquilino, que não pôde obter a renovação do contrato, o direito a uma indenização, não só em consequência de sua desvalorização, como também para ressarcir os encargos da mudança e perda do lugar. O Decreto n. 24.150 considera, pois, o fundo de comércio para dois fins: a) como uma das condições para o exercício do

direito à renovação; b) para protegê-lo, quando *desvalorizado*, no caso de não renovação” (pág. 245).

O inquilino que não propôs tempestivamente a renovação irá pelo resto da existência purgar um pecado que muitas vezes não é dêle, desfalcado da possibilidade de continuar na fruição da sua atividade, intimamente relacionada àquele patrimônio que a lei, e, antes dela, a justiça, e, anteriormente, o bom senso, não poderiam deixar de lhe reconhecer, em virtude do exercício capitalizado pela longa e profícua atividade desempenhada.

Mas o castigo não pode ir além disso, sob pena de se admitir que o proprietário tripudie sobre a desgraça do inquilino. Um erro não justifica a espoliação completa, tanto mais quanto já lucrou enormemente o senhorio ao desembaraçar-se como que por milagre de locatário tão antigo.

A particularidade não passou despercebida à C. Quinta Câmara Civil do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, em ven. acórdão de 20-4-1954, ap. civ. n. 25.526, “Jurisprudência”, v. II, p. 371, deixou perfeitamente distintas, em poucas palavras, as posições recíprocas do locador e do locatário, quando êste não queira usar da preferência que a lei lhe assegura.

Não se impõe, é certo, ao proprietário, o sacrifício do valor real da sua propriedade, com a renovação do contrato por preço inferior ao conseguido pelo oferecimento de terceiro.

“Mas, neste caso, presume a lei que a não renovação com o locatário se faça em enriquecimento do proprietário, razão pela qual manda o art. 20 do Dec. n. 24.150, de 1934, assista àquele direito a uma indenização, na conformidade do direito comum, e nomeadamente, para ressarcimento dos prejuízos com que tiver de arcar em consequência

dos encargos da mudança, perda do lugar do comércio, ou indústria, e desvalorização do fundo de comércio.”

Justo, pois, que haja uma repartição de ônus.

Nas quatro primeiras hipóteses examinadas: desapropriação, melhores condições oferecidas por terceiro, realização de obras, uso pelo locador ou por pessoa de sua família, não há dúvida que temos casos de ressarcimento dos prejuízos.

No caso, porém, de insinceridade de pedido, e, pior ainda, de concorrência desleal, caracterizada pela má fé, não há como fugir a uma indenização completa de todos os danos ocasionados e dos lucros cessantes, pelo aproveitamento da clientela alheia.

Divisa aí DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE uma aplicação nítida da teoria do enriquecimento ilícito.

“Sucedem o *empobrecimento* do comerciante pela perda da clientela, valor de seu patrimônio, e o *enriquecimento* do nôvo ocupante do prédio, que o recebe, valorizando a sua propriedade comercial.

“Entre o empobrecimento e o enriquecimento, há clara *relação de causalidade*, de causa e efeito, pois que o valor desintegrado do patrimônio do antigo ocupante do prédio vai se integrar no do nôvo ocupante, passa do primeiro para o segundo.

“Por último, há *falta de causa* para essa transfusão, por isso que o nôvo ocupante terá recebido essa *mais valia* sem realizar uma contra-prestação.”

JOSIAS CORREIA BARBOSA, por sua vez, transcreve a lição de MINOZZI: as indenizações derivam de atos autorizados pelo contrato ou pela lei; os ressarcimentos do inadimplemento das obrigações ou atos ilícitos.

Os ressarcimentos têm o caráter de obrigação secundária, isto é, surgem no lugar de outra que se deixou de cumprir (fôsse a obrigação contratual, fôsse a de “nemine loedere”); as indenizações têm caráter de obrigação pri-

mária, isto é, surgem imediatamente como consecutório do exercício de um direito.

Também a este propósito não falta o pronunciamento das nossas Côrtes de Justiça.

Ven. acórdão do Supremo Tribunal Federal, no rec. extr. n. 14.206 SP, de 12-1-1950, “Arquivo Judiciário”, v. 95, pág. 98, deu oportunidade ao relator, Ministro Anibal Freire, de referir-se a um voto de SERPA LOPES, estabelecendo separação entre *indenização* e *ressarcimento*, sob invocação de verbete “indennità”, do Dizionario Pratico del Diritto Privato de Scialoja, v. III, p. 1.^a, p. 592, e de SANTIAGO DANTAS, “Conflito de Vizinhança”, p. 286-287: “No *ressarcimento*, trata-se de compor o dano decorrente de ato praticado com violação de direito; na *indenização*, cogita-se de reparar uma diminuição patrimonial não decorrente de um ato contrário ao direito.

LUIZ AUTUORI, que o cita a pág. 56, insiste no mesmo conceito à pág. 88 de sua monografia, transcrevendo a lição do Ministro Orozimbo Nonato, no rec. extr. n. 11.875 SP, da Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal, “Rev. For.”, v. 144, pág. 103:

“Se os elementos corpóreos do “fundo de comércio” não se perdem com a deslocação do seu titular (material, mercadoria), podem sofrer alterações gravemente prejudiciais os seus elementos incorpóreos, que são os mais importantes, como a *clientela*, a *achalandage* e outros. É justo que, além dos prejuízos pela mudança dos primeiros, seja satisfeita a indenização pelos prejuízos dos segundos.

“Não se trata de indenização de ato ilícito, punitiva, mas de composição de interesses de atenuação dos prejuízos do titular do “fundo de comércio”, sacrificado à atividade do titular da propriedade do prédio, de indenização compensativa.”

Aliás, o próprio dec. 24.150, em seus “consideranda”, não titubeia em reconhecer que “o valor incorpóreo do *fundo de comércio* “se integra em parte no valor do imóvel, trazendo destarte pelo trabalho alheio benefícios ao pro-

prietário, ao qual não seria justo atribuir exclusivamente “tal quota de enriquecimento em detrimento, ou melhor, com o empobrecimento do inquilino que criou o valor” o que “valeria por um locupletamento condenado pelo direito moderno”.

Dando seqüência a essa mesma ordem de idéias, e às consubstanciadas nos arts. 20 e 21 do decreto n. 24.150, o art. 359 do Código de Processo Civil, em perfeita harmonia, determina que “ao fixar a indenização o juiz atenderá à valorização do imóvel, para a qual o locatário haja contribuído, ao valor do fundo de comércio e à clientela do negócio”

16. Orientação do legislador.

JOSIAS CORREIA BARBOSA dirige candente crítica ao “sistema da nossa lei”, que ainda se refere à desvalorização do fundo de comércio, idéia abandonada ou não considerada, sem dúvida, pela dificuldade de avaliação.

E acrescenta, a pág. 260, que na prática, a indenização compensatória não tem ido além das despesas de mudança, deixando de fora, sem reparação, a perda da propriedade comercial.

É uma grande, profunda e triste verdade.

Mas não justifica que a revolta do ilustre monografista se dirija ao decreto 24.150, que atribue ao inquilino que, pelos motivos indicados, não puder renovar o contrato, o direito a uma indenização na conformidade do direito comum, isto é, a uma indenização, pela vontade do legislador, a mais ampla, a mais cabal, a mais completa possível, como são — ou deveriam ser — as indenizações do direito comum, pois, do contrário, não haveria necessidade de recorrer a essa perífrase.

Não contente com isso, o art. 20 do aludido diploma legal especifica: “e, nomeadamente para ressarcimento dos prejuízos com que tiver de arcar em consequência dos encargos da mudança, perda do lugar do comércio ou indústria, e desvalorização do fundo de comércio.”

Se, para o simples motivo de condições melhores o critério é tão amplo, é bem de ver que deveria ser essa a balisa, o ponto de partida para novas investidas, perfeitamente justificadas, do locatário ludibriado no sentido de uma reparação muito mais completa.

O que acontece é que, como o próprio ilustre monografista acaba reconhecendo, a nossa jurisprudência, aferida ainda a uma concepção excessivamente tradicionalista da propriedade imóvel, não tem sabido traduzir, com fidelidade, as intenções do legislador, questão essa, à tóda evidência, completamente diferente.

Adita êle, à pág. 261, que o legislador, ao referir-se à perda do local, outra coisa não pretendia significar senão perda do fundo de comércio, uma vez que a perda do local, pura e simples, já estava implícita na mudança. Quem se muda, abandona, necessariamente, o local em que antes permanecia:

“A perda do local deve ser entendida — nem poderia deixar de ser assim — como perda do fundo de comércio, em outros termos, da propriedade comercial. Isso força a raciocinar no sentido de que, prescrevendo ao proprietário a obrigação de indenizar, segundo as regras do direito comum, o inquilino, pelas despesas e encargos de mudança e pela perda de seu fundo de comércio, estabeleceu uma dupla indenização compensatória, ou, se quiserem, uma só indenização calculada, porém, à base de um duplo critério de avaliação. É provável mesmo que, inspirando-se em parte, na lei francesa, o legislador tenha querido prescrever duas espécies de indenização à base de dois critérios diversos.

“Percebe-se, realmente, que, embora sem a técnica que seria desejável, o decreto-lei 24.150, no artigo 20, alude à indenização na conformidade do direito comum e, ao mesmo tempo, ao ressarcimento, que difere, técnica e juridicamente, da indenização.

“No caso dos encargos de mudança, em que se deve incluir as benfeitorias que geralmente ficam a cargo dos

inquilinos, a hipótese é de ressarcimento, à semelhança do que ocorre no direito francês. Na compensação pelos prejuízos sofridos com a perda do fundo de comércio, a hipótese é de indenização, tida como de expropriação ou de evicção pela doutrina, notadamente na França.”

Chega, então, ao ponto, com expressões que bem merecem ser grifadas:

“Os tribunais brasileiros não têm observado, na maioria de seus julgados, a prescrição do artigo 20 em tôda a sua amplitude, e quasi sempre perdem de vista a diferença fundamental que existe entre a indenização e o ressarcimento...”

Acentua, com tôda razão, a pág. 264 que, obtendo um aluguel geralmente elevado, o proprietário não está fruindo uma renda unicamente de sua propriedade. Locupleta-se com os frutos do trabalho e da iniciativa alheios. Evidentemente, o nôvo pretendente não faria oferta mais elevada se não contasse, principalmente, com os resultados que procura obter, explorando o seu negócio no local e apropriando-se da clientela de seu antecessor.

17. Falta de uniformidade da jurisprudência.

JOSIAS CORREIA BARBOSA, levando a crítica ao critério seguido pela grande maioria dos nossos tribunais, consigna que, em lugar de compensar o valor do bem incorpóreo pedido pelo locatário, como se poderia deduzir das expressões da lei (“perda do lugar do comércio ou indústria e desvalorização do fundo de comércio”), tem ela mandado ressarcir, na generalidade dos casos, os prejuízos decorrentes dos encargos de mudança, tal a insignificância das quantias mencionadas nas sentenças condenatórias.

Para verificar como é procedente a observação, e verificar como são dispares os critérios, basta correr os olhos pelos nossos repertórios. Levando-se embora em conta que variam bastante as situações de fato, de caso para caso,

não custa perceber que a falta de uma orientação segura faz com que se dê freqüentemente soluções idênticas aos casos os mais diversificados.

É o que procuraremos patentear, de maneira esquemática.

I. Uso próprio. 1. Indenização genérica e reconhecimento ao direito de preferência.

Supremo Tribunal Federal, embs. n. 14.206 SP, 12-1-1950, rel. Min. Anibal Freire, Arq. Jud., v. 95, p. 98;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Câmaras Cíveis, ap. 25.526, ac. un. 5-5-1955, rel. Des. Coelho Branco, Rev. For., v. 161, p. 235;

2. Reparação pela perda do local, desvalorização do fundo de comércio e despesas de mudança.

Supremo Tribunal Federal, 2.^a Turma, rec. extr. 17.567, 11-5-1951, Rel. Min. Afrânio Costa, Rev. For., v. 147, p. 156, Direito, v. 80, p. 143.

3. Despesas de mudança e das novas instalações, similares às existentes.

Supremo Tribunal Federal, rec. extr. 21.541 DF, 21-8-1952, Rel. Min. Ribeiro da Costa, "Jurispr", v. I, 1955, p. 234;

2.^a Turma, rec. extr. 18.315, 8-6-1951, Rel. Min. Rocha Lagoa, Arq. Jud., v. 100, p. 280;

2.^a Turma, rec. extr. 30.053, 8-11-1955, Rel. Min. Lafayette de Andrada, Rev. For., v. 166, p. 169;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ap. 4.700, 12-1-1945, rel. Des. Duque Estrada Júnior, Arq. Jud., v. 75, p. 151, 4.^a Câmara;

5.^a Câmara, ap. 6.767, 30-12-1945, Rel. Des. Cândido Lôbo, Arq. Jud., v. 78, p. 44.

Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, 1.º Grupo de Câmaras Cíveis, ap. 20.593, 11-7-1963, rel. Des. Francisco P. Bulhões de Carvalho, Revista do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, v. 8, p. 142.

4. Sòmente despesas de mudança.

Supremo Tribunal Federal, sessão plenária, rec. extr. 55.851 MG, v. u. 6-9-1967, rel. Min. Eloy Rocha, Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 44, p. 397;

1.ª Turma, Agravo de instr. 38.901 SP, 17-10-1966, rel. Min. Evandro Lins e Silva, Rev. Trim. de Jur., v. 40, p. 200;

1.ª Turma, Rec. Extr. 60.570 RS, v. u. 21-11-1966, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, Rev. Trim. de Jur., v. 40, p. 497;

1.ª Turma, rec. extr. 61.827 PR, v. u. 22-5-1967, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Rev. Trim. de Jur., v. 42, p. 400;

2.ª Turma, rec. extr. 14.376, SP, 25-1-1949, rel. Min. Lafayette de Andrada, Arq. Jud., v. 98, p. 44;

2.ª Turma, rec. extr. 14.550, 28-4-1949, v. u., Rel. Min. Lafayette de Andrade, Arq. Jud., v. 92, p. 157;

2.ª Turma, rec. extr. 18.522, RG, 8-5-1951, v. u., Rel. Min. Lafayette de Andrada, Arq. Jud., v. 99, p. 282;

2.ª Turma, rec. extr. 21.352, v. u. 5-12-1952, rel. Min. Afrânio Costa, Rev. For., v. 152, p. 162;

2.ª Turma, rec. extr. 36.811 DF, v. u. 27-9-1957, rel. Min. A. A. da Costa, Diário da Justiça da União de 26-4-1958, p. 1.558;

3.ª Turma, rec. extr. 60.150 SP, v. u. 20-9-1968, rel. Min. Amaral Santos, Rev. Trim. de Jurispr., v. 47, p. 740.

II. Melhor proposta de terceiro. Reparação dos encargos da mudança, perda do lugar do comércio e desvalorização do fundo de comércio.

Tribunal de Justiça da Guanabara, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, embs. infrs. n. 12.569, Rel. Des. Paulo Alonso, Rev. Jurispr. do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, v. 2, p. 61;

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1.^a Câmara, ap. 13.379, Cap., v. u. 22-9-1941, rel. Des. J. M. Gonzaga, Rev. dos Tribs., v. 134, p. 228;

2.^a Câmara, ap. n. 4.462 Cap., v. u. 31-10-1938, rel. des. Manuel Carneiro, Rev. Tribs., v. 117, p. 168;

3.^a Câmara, ap. 4.477 Cap. v. u. quanto ao mérito, 20-12-1938, rel. des. Armando Fairbanks, Rev. dos Tribs., v. 118, p. 129;

3.^a Câmara, ap. 9.588 Santos, v. u., 23-10-1940, Direito, v. 7, p. 350;

4.^a Câmara, embs. decl. 35.113 Igarapava, v. u. 15-4-1948, rel. des. Fernandes Martins, Rev. Tribs., v. 174, p. 144.

III. Construção mais útil. 1. Indenização completa, nos termos da lei de luvás.

Supremo Tribunal Federal, 1.^a Turma, rec. extr. 14.896, de 6-6-1949, rel. Min. Barros Barreto, Arq. Jud., v. 91, p. 436, v. u.;

2.^a Turma, rec. extr. 14.206, v. u. 3-5-1949, rel. Min. Hahnemann Guimarães, Arq. Jud., v. 92, p. 369;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, C. Câmara Cíveis, Recs. Revista ns. 719 e 720, na ap. n. 4.191, 2-5-1946, rel. des. Cândido Lôbo, Rev. dos Tribs., v. 180, p. 831;

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ap. civ. 84.247, Cap., 15-10-1957, rel. des. Dimas de Almeida, Rev. dos Tribs., v. 274, p. 350.

5. Fundo de comércio e despesas de mudança.

Supremo Tribunal Federal, 1.^a Turma, rec. extr. 13.558, DF, v. u. 2-8-1948, rel. Min. Alvaro Ribeiro da Costa, Arq. Jud., v. 88, p. 270;

1.^a Turma, rec. extr. 52.296 SP, v. u. 18-7-1968, rel. Min. Luiz Gallotti, Diário da Justiça da União de 29-8-1963, p. 790;

1.^a Turma, rec. extr. 57.522, v. u. 23-3-1965, rel. Min. Evandro Lins e Silva, Tribuna da Justiça 24-5-1965, p. 2;

2.^a Turma, rec. extr. 17.567, 11-5-1951, rel. Min. Nelson Hungria, Rev. For., v. 147, p. 156, Arq. Jud., v. 112, p. 38, Rev. de Direito Imobiliário, v. 17, p. 184;

2.^a Turma, rec. extr. 18.336, 26-1-1951, rel. Min. Orosimbo Nonato, Arq. Jud., v. 99, p. 60;

2.^a Turma, rec. extr. 18.760 MG, 15-5-1951, Diário da Justiça da União, 2-3-1953, p. 716, Rev. Tribs., v. 220, p. 542, rel. Min. Afrânio Costa;

2.^a Turma, rec. extr. 21.352, v. u. 5-12-1952, rel. Min. Afrânio Costa, Rev. For., v. 152, p. 162;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Sessão conjunta das 5.^a e 6.^a Câmaras, 4-7-1938, rel. des. Edgard Costa, Rev. Tribs., v. 120, p. 620;

1.^a Câmara Civ., ap. 18.258, v. u. 7-7-1952, rel. Des. Hugo Auler, Arq. Jud., v. 109, p. 498;

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1.^o Grupo de Câmaras, 14-4-1941, embs. 10.726 SP, rel. des. Paulo Colombo, Rev. Tribs., v. 134, p. 522;

1.^o Grupo de Câmaras, embs. 30.238, 3-6-1947, rel. des. V. Penteado, Rev. Tribs., v. 170, p. 120;

2.^a Câmara, ap. 10.726, 19-11-1940, rel. des. Mário Guimarães, Rev. Tribs., v. 132, p. 646;

2.^a Câmara, ap. n. 30.238, v. u. quanto ao mérito, 25-3-1947, Rev. Tribs., v. 167, p. 631; rel. des. A. de Oliveira Lima;

5.^a Câmara, embs. n. 63.927, v. u. 28-8-1953, rel. des. Vicente Sabino Júnior, Rev. For., v. 155, p. 257.

3. *Indenização das despesas de mudança e instalações.*

Supremo Tribunal Federal, rec. extr. n. 24.874 DF, 13-4-1956, rel. Min. Ribeiro da Costa, Arq. Jud., v. 120, p. 351;

Embs. em rec. extr. 14.179, 1-6-1950, Rel. Min. Edgar Costa, Arq. Jud., v. 97, p. 30;

Embs. em rec. extr. 15.279, 24-7-1950, rel. Min. Barros Barreto, Rev. Tribs., v. 205, p. 588;

1.^a Turma, rec. extr. 13.558, v. u. 2-8-1948, rel. Min. Laudo de Camargo, Arq. Jud., v. 88, p. 270;

2.^a Turma, rec. extr. 11.163, 29-11-1949, Rel. Min. Orosimbo Nonato, Arq. Jud., v. 94, p. 286;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4.^a Câmara, ap. n. 7.041, 7-5-1946, Rel. Des. Martins Teixeira, Rev. For., v. 109, p. 132;

6.^a Câmara, ap. n. 8.363, 11-10-1946, rel. Des. Espinola Filho, Rev. For., v. 114, p. 126;

Tribunal de Alçada de São Paulo, 1.^a Câmara, ap. n. 8.523, 13-10-1954, rel. Min. Cantidiano de Almeida, Rev. Tribs., v. 230, p. 471.

4. *Sòmente despesas de mudança.*

Supremo Tribunal Federal, Súmulas 181 e 444;

Embrs. no rec. extr. 15.279 SP, 24-7-1950, Rel. Min. Barros Barreto, Diário da Justiça da União de 14-6-1952, p. 2.647, Rev. Tribs., v. 205, pág. 588;

Embs. no rec. extr. 16.765, 25-1-1951, rel. Min. Macedo Ludolf, Arq. Jud., v. 99, p. 165;

Sessão Plena, emb. rec. extr. 18.336 SP, 18-7-1952, rel. Min. Barros Barreto, Diário da Justiça da União de 30-8-1954, p. 2.797;

Rec. extr. n. 24.250, 29-10-1953, rel. Min. Afrânio da Costa, Diário da Justiça da União de 9-5-1955, p. 1.660;

Sessão Plena, 28-9-1967, v. u., rec. extr. n. 58.842 SP, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, Rev. Trim. de Jurispr., v. 44, p. 692;

Sessão Plena, rec. extr. n. 46.749 GB, v. u. 6-9-1967, rel. Min. Eloy da Rocha, Rev. Trim. Jurispr., v. 43, p. 526;

Segunda Turma, rec. extr. n. 63.476 PR, v. u. 24-10-1967, rel. Adauto Cardoso, Rev. Trim. Jurispr., v. 44, p. 283.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1.^a Câmara, ap. 74.382, Cap., 21-8-1956, rel. Des. David Filho, Rev. Tribs., v. 262, p. 179;

2.^a Câmara, ap. 86.441 SP, v. u. 10-6-1958, rel. Dimas de Almeida, Rev. dos Tribs., v. 277, p. 367;

5.^a Câmara, ap. 63.927 SP, v. u. 28-8-1953, rel. Vicente Sabino Jr., Rev. dos Tribs., v. 217, p. 265;

5.^a Câmara, ap. 65.333 SP, v. u. 18-12-1953, rel. des. Joaquim de Sylos Cintra, Rev. dos Tribs., v. 222, p. 268.

Razão ainda assiste a JOSIAS CORREIA BARBOSA quando pondera que o critério jurisprudencial tem permanecido mais ou menos idêntico mesmo na hipótese de condenação em caso de *retomada fraudulenta*:

“Na verdade, os tribunais decidem tendo em vista o motivo determinante: se o locatário perde o local em virtude de melhores condições oferecidas por terceiros, tem lugar a indenização compensatória; se o proprietário não realiza o contrato dentro de 30 dias, ou não inicia as obras no prazo de três meses, ou, finalmente, explora o mesmo ramo de comércio ou indústria explorado pelo inquilino, ou consente que outrem o faça, fica sujeito a pagar a indenização penal.”

Demonstra que, na prática, a despeito da diversidade dos fundamentos, a indenização será compensatória ou penal, segundo as circunstâncias, mas sempre a mesma, sem qualquer variação, não se modificando nem mesmo quando concorrem motivos que justificam a condenação do proprietário em ambas as indenizações.

Aponta, como exemplo, justamente a hipótese da consulta, retomada maliciosa seguida da exploração do mesmo ramo de negócio: o fato de não se modificar, via de regra, o valor da indenização, é, sem dúvida, *um convite à fraude*.

“No entanto”, — conclue, exatamente no sentido que viemos sustentando — “a referência da lei é clara: indenização na conformidade do direito comum, nomeadamente para ressarcimento dos prejuízos decorrentes dos encargos de mudança e perda do lugar do comércio e indústria (art. 20).

“Tal como no direito francês, estão aí traçados os limites, com bastante nitidez, de dois critérios indenizatórios: a) despesas e encargos de mudança; b) perda do local de comércio ou indústria. Não há mesmo como confundi-los. É errôneo pretender-se que o pensamento do legislador foi estabelecer apenas a indenização para os encargos de mudança, porque, se assim fôra, êle teria evitado dizer, depois de se referir a êsses mesmos encargos: “e perda do lugar do comércio e indústria”.

Os casos que chegam às barras dos tribunais são quase que exclusivamente referentes às obras não iniciadas no prazo de três meses.

Raríssimos os julgados que se cifram a determinar a indenização sòmente das despesas de mudança, como o do E. Tribunal de Apelação do Distrito Federal, no agravo de petição n. 5.072, de 9-4-1940, rel. Des. A. M. Ribeiro da Costa, v. u., Direito, v. 3, p. 360.

Um pouco mais numerosos os que não vão além da indenização do fundo de comércio, como os do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3.º Grupo, embs. 57.753 Cap., v. u. 12-6-1953, rel. Des. Clovis de Moraes Barros, Rev. dos Tribs., v. 214, p. 152; 4.ª Câmara, ap. n. 27.960, Capital, v. u. quanto à tese, 24-1-1946, rel. des. Meireles dos Santos, Rev. dos Tribs., v. 163, p. 247, e, no Tribunal de Alçada de São Paulo, a C. 2.ª Câmara, na apelação cível 15.476 de Santos, v. u. de 1-8-1956, rel. Min. Ulysses Dória, Rev. dos Tribs., v. 257, p. 507.

A tendência é fazer simples referência aos arts. 20 e 21 § 3.º da Lei de Luvas, sem indicação do montante, mandando assim pagar uma indenização total.

Nesse sentido têm decidido, no E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as E.:

2.ª Câmara, agravo n. 4.448 Capital, v. u. 31-10-1938, rel. des. Frederico Roberto, Rev. dos Tribs., v. 117, p. 168;

2.^a Câmara, embs. n. 4.448, Cap., 12-6-1939, rel. Des. Mário Guimarães, Rev. dos Tribs., v. 120, pág. 496;

4.^a Câmara, ap. 11.254 Cap., v. u. 6-2-1941, rel. Theodomiros Dias, Rev. dos Tribs., v. 134, p. 206;

4.^a Câmara, ap. n. 28.865, Cap., v. u. 6-4-1946, rel. Pinto do Amaral, Rev. dos Tribs., v. 163, p. 753;

5.^a Câmara, agravo n. 4.910, Campinas, 30-9-1936, v. u., rel. Paulo Colombo, Rev. Tribs., 104, p. 172.

18. *Cálculo do valor do fundo de comércio.*

O tópico fundamental da indenização é, sem dúvida, o que diz respeito ao cálculo do valor do fundo do comércio.

A tarefa não será fácil, mas não é impossível.

Num interessante artigo publicado no “Diário Comércio & Indústria”, de 28-9-1961, “Generalidades sobre Contabilidade — Fundo de Comércio”, depois de encarecer que, como rubrica e valor contábil, somente aparece no momento da venda, cessão, ou transpasse do negócio, transcreve G. GALDI o critério de BATARDON: “La estimacion del fundo de comércio es variable y siempre convencional, admitiendo-se generalmente, que puede ser representada por una cifra igual a dos o tres veces el beneficio neto, que, por término médio, se haya obtenido en los ultimos anos.”

Tenham-se todavia em conta as advertências de UGO MURANO, monografia citada, p. 233-234:

“O acerto, na consistência e no montante de tal indenização, depende de circunstâncias contingentes: de fato, a intensidade do movimento do estabelecimento anterior, causa de um correlativo enriquecimento do proprietário, poderá ser conectada à longa destinação do estabelecimento, à solidez da firma comercial, ao crédito e ao prestígio que ela conseguiu adquirir: numa palavra, à sua importância; e poderá, por outro lado, ser determinada também, de maneira preminente, pela particular localização do imóvel. .

“Quando a mais valia adquirida pelo prédio devido ao aviamento do estabelecimento comercial aí exercido seja devida de maneira *preeminente* à atividade econômica do empreendedor, é justificada a remuneração de tal forma de trabalho, no reconhecimento de uma conveniente indenização a cargo do proprietário.”

Nem poderão deixar de ser consideradas as importantíssimas contribuições daqueles que tão de perto sentiram a premência do problema, que chegaram a consubstanciar suas idéias em projetos de lei.

Assim, conclue CESARE VIVANTE seu citado trabalho, “La Proprietá Commerciale della Clientela”, apresentando um, num só artigo: “Art. único. O proprietário que continua por conta própria o fundo de comércio exercido pelo seu inquilino deve ressarcir-lo pelo valor capitalizado pela clientela.

“A mesma regra aplica-se ao proprietário que, renovando o contrato de locação com outro inquilino, obtém um benefício mediante aumento de aluguel.

“Ao fixar o montante da indenização levar-se-ão em conta as relações jurídicas ou habituais que passam ao nôvo titular do fundo de comércio, deduzindo-se as devidas pela localização do imóvel.”

Não foi o único a demonstrar semelhante zêlo. UGO MURANO, nas páginas finais de sua monografia, transcreve nada menos de cinco projetos, oferecidos em diferentes oportunidades.

Merece ser lembrado o oferecido em sessão de 18-7-1922 do Senado italiano, pelos Ministros da Indústria e Comércio e da Justiça:

“Art. 6. — O locatário que sai tem direito de obter do proprietário uma compensação pelo aviamento que tenha eventualmente proporcionado ao fundo de comércio e do qual possam tirar proveito o proprietário ou o nôvo inquilino, que a êle se

substituíam para continuar exercendo aí o mesmo comércio ou a mesma indústria ou um comércio ou indústria afim.

“Semelhante compensação será igualada àquela parte de aumento do valor locativo ocasionado pelo exercício comercial ou industrial preexistente e será devida unicamente no caso em que o locatário não tenha querido submeter-se ao aumento de aluguel pretendido pelo locador ou pelo proprietário.

“A compensação não poderá ser superior a cinco vezes o aumento anual de aluguel da nova locação em comparação à anterior.”

19. Conclusão.

O descabimento do pedido de despejo há de ser proclamado, tão patente se percebe, desde as primeiras linhas da própria notificação o intuito fraudatário da lei.

Admitindo-se porém, única e exclusivamente *ad argumentandum*, a acolhida da imoral pretensão, reconhecido que o senhorio exerce e pretende exercer a mesma atividade comercial do inquilino, então uma coisa é certa: não poderá ser a êste negada a mais completa das indenizações. Teremos então uma verdadeira venda forçada do fundo de comércio a quem dêle, sem merecer, vai usufruir.

Na fixação do justo preço, poderão os magistrados sentirem-se tolhidos pela falta de texto ainda mais explícito do que os transcritos?

Não se deixariam dominar pela sensação de estarem assumindo a função de legislador?

Ou, na frase elegante de DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, “Verificada a fraude, poderá o juiz, em que pese a omissão da lei sobre a indenização para tal caso, impôr ao proprietário o ônus de reparar os prejuízos do comerciante locatário?”

Demonstra então que o problema só comporta uma solução, que se harmoniza com o sistema e o espírito do

decreto n. 24.150 e também com os princípios gerais de direito: a obrigação de ressarcir os danos causados injustamente à propriedade comercial:

“Nem seria conforme à equidade, lema da lei, que a torpeza não fôsse coibida, que se deixasse tal proprietário em posição melhor que outro a quem, por escrúpulo e bons costumes, repugnasse o uso do artifício.

“Nessa hipótese, o juiz não se tornará legislador, para criar casos de indenização, apenas fará aplicação da lei consoante o seu espírito e sistema e os princípios gerais de direito, como ordena o seu art. 16.”

Aprofundando o exame da questão, PAOLO GRECO, “La Clientela Commerciale come Oggetto di Diritti”, *in Studi di Diritti Commerciale in Onore di CESARE VIVANTE*, Foro Italiano, Roma, 1931, v. I, p. 571 e segs., deduz, da ampla significação da propriedade e da sua proteção, que tôdas as propriedades, sem qualquer exceção, são invioláveis, fórmula oportunamente lembrada por VIVANTE, justamente na questão do fundo de comércio: daí a obrigação da indenização (pgs. 603-604).

Aborda “precisamente il caso del conflitto fra locatore e conduttore di locali adibiti ad uso di commercio quando, cessato il rapporto locatizio, ad essi acceda la clientela dell’azienda”, e demonstra que uma vez adquirida pelo proprietário a mais valia dêsse patrimônio, por ela deve responder *ainda que não retire proveito*, ainda que faça dêle objeto de ato de liberalidade (p. 628).

Com relação à indenização decorrente de desapropriação pelo poder público, em que não há que cogitar de dolo ou de culpa, é óbvio que o expropriante assume o risco de compor os prejuízos.

Que dizer então no caso de danos provenientes da mais explícita má fé, de malícia, de concorrência ilícita?

Além das verbas devidas em consequência da determinação contida no art. 20 do dec. 24.150, isto é:

a) perda do lugar do comércio ou indústria;
b) desvalorização do fundo de comércio;
c) prejuízos decorrentes dos encargos de mudança, muitas outras existem, que, para atendimento dos reclamos da doutrina e da própria lei, não podem deixar de ser consideradas, exemplificativamente:

d) adaptação das instalações, mobiliário, tapeçarias, etc., ao novo local;

e) lucros cessantes, pelo menos durante um semestre, devendo abranger o espaço de tempo indispensável para a mudança e reinstalação, durante o qual se impõe a paralisação da atividade comercial ou industrial, como reivindica OSCAR BARRETO FILHO, para o caso de desapropriação (p. 34);

f) indenizações trabalhistas devidas nos casos em que a retomada implique encerramento definitivo das atividades comerciais do inquilino;

g) indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis introduzidas no imóvel, nos termos do art. 516 do Código Civil, sem esquecer que, nos termos da parte final desse dispositivo, poderá o inquilino exercer o direito de retenção, princípio esse reiterado pelo art. 1566, n. III, e, com relação à locação, pelo art. 1.199 ;

h) valor do próprio fundo do comércio (em substituição, portanto, dos itens b) e e), rigorosamente computado, uma vez que no caso da consulta irá beneficiar direta e totalmente o locador.

É tempo de concluir.

E o faremos invocando ainda uma vez a lição autorizada desse professor:

“Capitalização que é, a longo prazo, do trabalho, estudo, dedicação e probidade do comerciante, tem o fundo de comércio um valor econômico, que aumenta à medida que se implanta a confiança do público, por força da tradição, do costume, da antigüidade do estabelecimento.”

“Como no caso de desapropriação, também a retomada para satisfação da concorrência desleal acarreta “repercussões desastrosas... para um estabelecimento em plena atividade, o qual, constituindo uma unidade de produção, tem, ainda, muitas vèzes, a seu cargo pesados ônus de natureza social-trabalhista.”

Valerão, então, as expressões que transcreve de BAUDRY:

“É preciso, em todos os casos, que a indenização seja justa, isto é, calculada de tal modo que ela possa permitir ao expropriado reintegrar-se numa situação exatamente igual. Ela deverá, em consequência, compreender não somente o valor venal da propriedade, mas ainda os danos atuais e certos que sejam a consequência direta da expropriação.”

É o meu parecer.

São Paulo, julho de 1969.