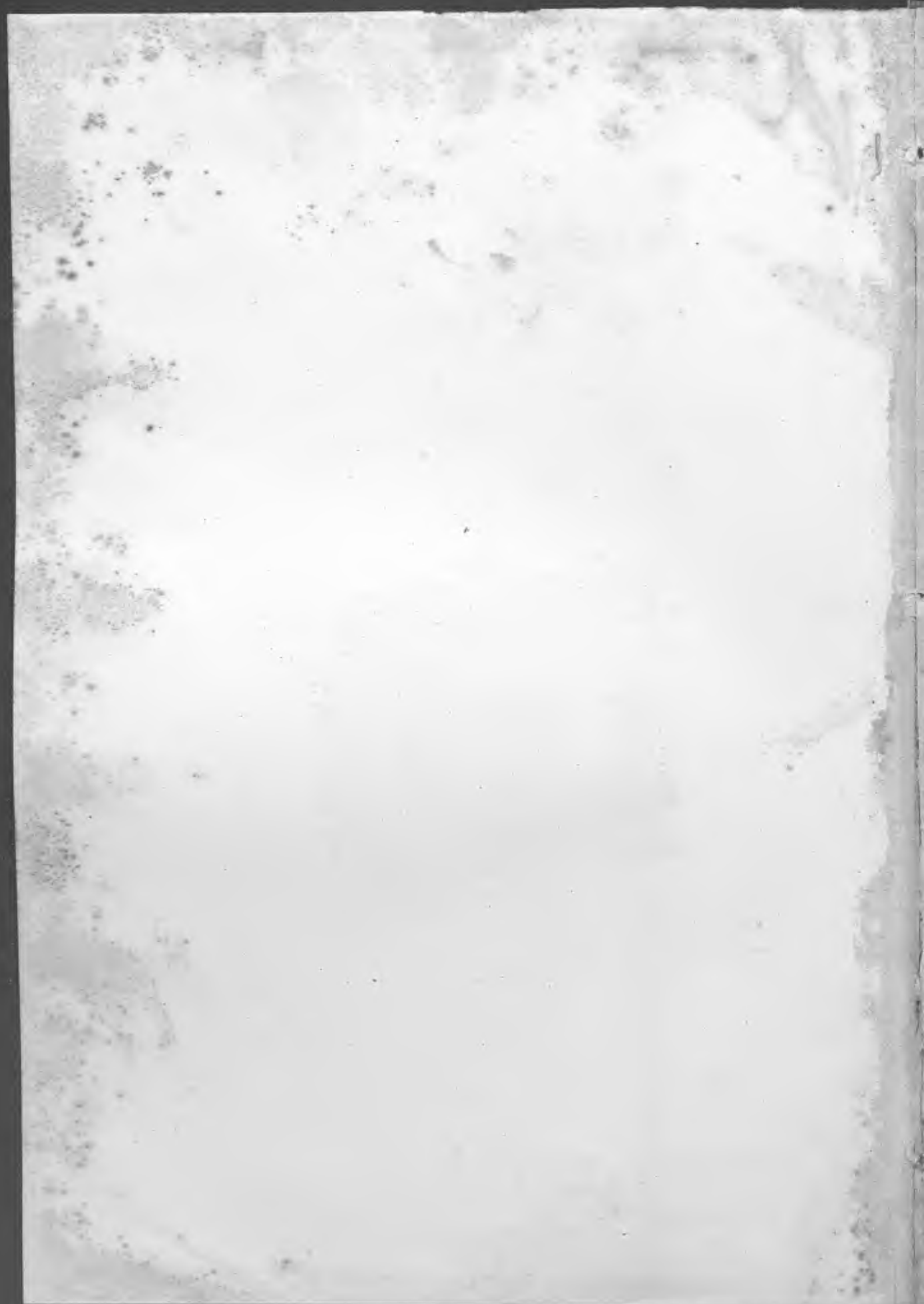




11

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Companhia Nacional de Tecidos de Juta,
appellante, contra o Conde
A. Penteado e a C. Paulista de Aniagens, appellados

AS CESSÕES DE CLIENTELA E A INTERDICÇÃO
DE CONCORRENCIA NAS ALIENAÇÕES DE
ESTABELECIMENTOS COMMERCIAES E INDUSTRIAES

Razões de embargos dos appellados

PELO ADVOGADO

RUY BARBOSA



□ IMPRESSÕES ARTISTICAS □

EMP. PHOTO-MECHANICA DO BRAZIL

□ RUA DA QUITANDA, 106 □

- RIO DE JANEIRO

1913



TOMBO 005320



342.26r
B238

CATALOGO 005327

Quando assumi o patrocínio desta causa, depois da sentença do Supremo Tribunal Federal que acabava de condemnar, em grau de appellação, os meus constituintes, reformando a decisão do juiz seccional de S. Paulo, defrontei-me com uma questão nova no fôro brasileiro, da maior relevancia para os interesses, assim do commercio, como da industria, e resolvida em termos fataes a um e outra, num paiz, como o nosso, de immenso territorio, escassa população, communicações difficeis e incalculavel desenvolvimento futuro.

Essa decisão, a meu ver erronea e injusta, inspirada na doutrina que subentende a cessão da clientela e a interdicção da concorrência nas alienações, quer de estabelecimentos commerciaes, quer de estabelecimentos industriaes, estriba, declaradamente, « na jurisprudencia dos povos cultos ».

Mas de tal jurisprudencia, invocada apenas com essa vaga referencia no julgado, não se transcreve, nos autos, nem um texto. Os arestos, de que se suppõe constar, não se conhecem, na lide, senão pelas indicações, meramente designativas, puramente numericas e nominaes, que delles se encontram nos manuaes e compendios, nos tractados e revistas de direito mercantil. Dahi inexactidões sobre inexactidões, na intelligencia das normas juridicas estabelecidas por esses julgados, que todos citam, e ninguem viu.

Para nos desembrenharmos dessa jurisprudencia imaginaria, e termos a luz da jurisprudencia real, só

IV

havia um meio: trazer á presença dos honrados juizes o teor original das sentenças estrangeiras, cuja doutrina se cuidava propicia á causa vencedora na côrte suprema. Foi a esse trabalho que me julguei obrigado a entregar-me, procedendo a uma revisão geral dessa jurisprudência, nas vastas collecções authenticas onde se regista. Dahi o vulto desusado, com que estas allegações excedem a medida posta pelos estylos ás dimensões dos trabalhos desta natureza.

Infelizmente, possuindo, quando escrevi este arrazoado, os grandes reportorios da jurisprudencia dos tribunaes em França, na Italia, na Belgica e nos Estados Unidos, não tinha a collecção dos arestos ingleses, que aliás suppri com outros subsidios, acompanhando as allegações adversas, até onde ellas iam. Agora que já a reuni aos meus elementos de trabalho, poderia trazer dalli novas autoridades, para corroborar as idéas, que expendi nos autos, quando mostrei que o criterio da *razoabilidade*, adoptado hoje pela justiça britanica ao apreciar os contractos restrictivos da liberdade, commercial ou industrial, em taes contractos, não desfavorece á situação juridica dos meus constituintes.

Não o poderia, bem se vê, fazel-o neste momento. Mas não perderei o ensejo, se para tal ainda se me deparar, algum dia, dentro ou fóra dos autos.

Novembro de 1913.

Ruy Barbosa.



INDICE

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	3
I—A CAUSA.....	<i>ib.</i>
II—O ACCORDAM EMBARGADO.....	20
A QUESTÃO.....	31
I—OS FACTOS... ..	<i>ib.</i>
§ 1.º Os actos das partes.....	<i>ib.</i>
§ 2.º O acto dos peritos.....	56
A clientela não foi avaliada.....	<i>ib.</i>
§ 3.º Os peritos não podiam avaliar a clientela....	88
§ 4.º Os réus não assentiram em cessão da clientela	101
II—O DIREITO	111
§ 1.º « Fonds de commerce » e cessão de clientela...	<i>ib.</i>
§ 2.º A cessão da clientela nas cessões de estabeleci- mentos commerciaes.....	179
§ 3.º « Fonds de commerce » e fábricas.....	217
§ 4.º A intenção das partes.....	257
§ 5.º Damno real.....	265
§ 6.º Interdicções absolutas.....	281
§ 7.º Direito inglês e americano.....	323
<i>Primeira questão</i>	
Cessão de clientela e interdicção de concorrência.	357
<i>Segunda questão</i>	
As interdicções absolutas.....	365
CONCLUSÃO.....	389







CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

I

A CAUSA

1. — Este litigio não encontra precedentes, de que tenhamos noticia, no fôro brasileiro. Para o levantar, pois, tiveram os interessados nesta iniciativa de os ir buscar na jurisprudencia e doutrina estrangeira. Lá mesmo, as mais das vezes, pouco mais lograram do que descobri-los no sentido apparente de alguns breves trechos na vasta literatura juridica européa, bem diversos da significação que se lhes attribuiu, quando attentamente considerados.

Mas os mestres assim mal invocados, **LYON-CAEN, LOUIS RENAULT, THALLER, PLANIOL, VIVANTE**, provocados, por consulta dos Réus, a dizerem da opinião, que a outra parte lhes assacava, acudiram com pareceres magistraes (1), illuminando o assumpto, recusando o patrocínio das theorias, que se lhes imputavam, restabelecendo a verdade sobre a

(1) A. ALVARES PENTEADO e a Cia. NACIONAL DE TECIDOS DE JUTA. *Pareceres de advogados, escriptores e juriconsultos estrangeiros*. Paris : Jouve & Cie. 1912. LIV— 109 pags.

lição das suas obras, e fulminando, numa analyse brilhante, exhaustiva, irreplicavel da causa, a pretensão da Autora, como insustentavel ante a jurisprudencia allegada, como "temeraria", como "condemnada indubitavelmente á esterilidade" (1), como "desmentida categoricamente pelos arestos " (2), como "alluida pelas bases". (3)

2. — Não obstante, o pleito, que outras não tinha senão o direito francês e o italiano, depois que um e outro se esclareceram com a intervenção pessoal dos seus maiores oráculos, justamente então é que, rejeitado nos tribunaes estaduaes, se reergueu, no Supremo Tribunal Federal, com o accórdam embargado.

A autoridade que se lhes reconhecia e proclamava, quando buscada em linhas avulsas dos seus escriptos, dalli extrahidos sem o devido tento com os antecedentes e consequentes, sem respeito á sua harmonia substancial com o corpo do seu ensino, esvaiu-se, e desapareceu, exactamente quando esses grandes interpretes do direito actual, essas cinco vozes vivas da sciencia na França e na Italia, chamados a applicar as suas lições ao caso pendente, e exercendo o magisterio da sua superioridade na questão controversa, a esgotaram com estudos cabaes, e a julgaram com sentenças irrefragaveis.

(1) VIVANTE Ibi, p. 42.

(2) THALLER : Ibi, p. 20.

(3) PLANIOL : Ibi, p. 29.

3. — Resumindo esses trabalhos, no que os prefacia, **AUGUSTO LEBEAU**, advogado celebre na côrte de appellação de Pariz, lhes mostra a importancia, dizendo :

“ As seis consultas que acabamos de analysar, demonstram até á evidencia que o processo intentado pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta seria havido, em França, por *temerario*; e taes são as condições de facto, donde se origina a demanda, que ellas mesmas lhe devem causar o revez. Nada, pois, tem que receiar o conde Alvares Penteado, *se os tribunaes, que, em sua patria, o hão de julgar, lhe applicarem os principios do nosso direito. Estes lhe assegurarão victoria*”. (1)

4. — Rematando as suas tres consultas, **LYON CAEN** e **RENAULT**, assim as substanciam :

“ O sr. conde Alvares Penteado, pelo facto da constituição da sociedade em 1908 e da cessão das acções dessa sociedade, não assumiu compromisso nenhum, que lhe estorve a liberdade commercial e industrial.

(1) Ib., p. XLVIII.

Era, pois, regular que participasse na criação de uma fábrica, destinada a produzir os mesmos artefactos. Por esse acto em nada lhe pode caber censura, desde que não é possível confusão nenhuma entre a nova fábrica e a que elle estabelecera antes dessa, nem entre os productos de uma e outra.»(1)

5. — As considerações de **THALLER** se encerram com uma affirmativa igualmente precisa e terminante :

« Por todos estes motivos entende o abaixo assignado que á *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* não assiste direito, para vedar ao cedente da sua fábrica a exploração de outra semelhante, *na mesma localidade, ou em qualquer parte do Brasil.*» (2)

6. — A opinião de **MARCEL PLANIOL**, o mais lucido e seguro dos civilistas francezes contemporaneos, condensa-se categoricamente nesta proposição radical :

“ Toda a argumentação, que se quizesse tirar da nossa jurisprudencia

(1) Ibid., p. 12.

(2) Ibid., p. 24.

francesa em favor da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*, se esboroa pela base. *A nossa jurisprudencia não vale* senão para uma hypothese, que não é a deste pleito." (1)

7. — Attentando mais especialmente noutros aspectos da controversia. **VIVANTE** última as suas deducções, irresistiveis pela clareza, logica e saber, com um dilemma fatal :

" O lado exorbitante desta pretensão *a condemna indubitavelmente á esterilidade*, sobretudo em se considerando que o industrial (2) se acha deante de uma sociedade anonyma susceptivel de indefinido augmento no seu capital e prorogação indefinida na ordem do tempo ; com o que poderia, mediante expansões successivas, alargar ao infinito o seu proprio campo de acção, reduzindo successivamente o espaço deixado livre ao industrial, *até o reduzir á impotencia absoluta*.

" Se na cessão não se incluiu a freguezia, evidente é que o industrial

(1) Ibid., p. 29.

(2) O Conde Alvares Penteado.

não deve nenhuma garantia, quanto á clientela, á sociedade por elle fundada, e que, por consequencia, pode volver livremente ao mesmo commercio.

“ Se a cessão abrangue a freguezia, mas de um modo geral, *nenhuma validade juridica poderia ter esse englobamento*, desde que se trata de uma empresa, cuja actividade não tem limites de tempo ou espaço e, por conseguinte, de uma garantia sem objecto determinado.” (1)

8. — Corroborando estas decisões peremptorias, fallaram, ainda, sobre a materia duas eminencias das mais altas no fôro e na sciencia franceza: Maître **ROUSSET**, antigo chefe da Ordem dos Advogados em França, e **FERNANDO LABORI**, dignidade igual, ultimamente, nessa corporação e autor do *Repertorio Encyclopedico do Direito Francês*, o vulto de mais renome, talvez, ha tres ou quatro lustros, nos annos judicarios daquelle paiz.

As conclusões de um e outro se pronunciam de todo o ponto no mesmo sentido que as dos cinco celebres professores.

(1) *Ib.*, p. 42-3.

Eis as de **ROUSSET**:

« 1.º) Em direito francês o vendedor de um negocio (*fonds de commerce*) não pode renunciar de modo absoluto ao arbitrio de voltar a um commercio semelhante.

« 2.º) Em direito francês, a cessão de uma fábrica (*usine*), se não houver de toda estipulação convencional, só comprehende o material e as construcções necessarias á exploração.

« 3.º) O sr. conde Penteado *não cedeu*, com a sua fábrica, *a clientela*; pois, nos documentos que se nos submeteram (1), não se descobre estipulação nenhuma, a isso relativa. » (2)

9. — As de **LABORI** não são menos incisivas e cabaes :

« Os factos declarados no acto de constituição da sociedade e as circumstancias nas quaes os peritos desempenharam a sua missão, não permitem, *sequer, conceber* que a ava-

(1) Todos os que constituem a prova dos factos, sobre os quaes se litiga.

(2) *Ibid.*, p. 61-62.

liação se calculasse, cogitando na clientela como objecto de cessão ou entrada social (*apport*).

« A ausencia de qualquer cessão ou entrada social (*apport*) consistente na clientela não consente sustentar-se que o conde Penteado esteja inhibido, agora, de exercer legitimamente a industria da tecelagem da juta, ou de nella se interessar.

« Ainda que o conde A. Penteado houvesse, no acto constitutivo da sociedade, subscripto uma clausula, onde se encerrasse a obrigação, que lhe que-
reria impor actualmente a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, *essa clausula, nos tribunaes franceses, teria de ser annullada*, attenta a idade do conde A. Penteado, junta ao facto de que a sociedade, formada por trinta annos, tem faculdade indefinida para se dilatar.

« A demanda movida, no 1.º de maio de 1908, pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta contra o conde A. Penteado e a Companhia

Paulista de Aniagação *não pode ter acolhida no direito francês.* » (1)

10. — Assim, graças a este caso e aos notáveis trabalhos que elle deu origem com a interferencia dessas summas europeas na elucidação dos pontos controversos, se procedeu á mais séria investigação acerca de um recanto obscuro no direito mercantil, a cujo respeito são escassissimos os subsidios, que se encontram, quer nos tratados, quer nas monographias, e em relação ao qual os arestos, offerecendo o aspecto de incongruencias, aliás mais apparentes que reaes, têm aproveitado, na pratica dos tribunaes estrangeiros, a conclusões entre si divergentes ou oppositas.

Agora temos, felizmente, nessas dissertações de **LYON-CAEN, LOUIS RENAULT, MARCEL PLANIOL, THALLER, VIVANTE, ROUSSET e LABORI**, um inquerito severo e profundo sobre as delicadas especialidades, cuja ventilação ampla o conflicto entre as duas grandes fábricas brasileiras veio determinar, e que, até aqui, não se achavam senão tocadas incidentemente, ou pela rama, assim nos manuaes, como nos cursos, assim nas revistas, como nos repertorios : os elementos que caracterizam a alienação da clientela na cessão dos *fonds de commerce*; a distincção essencial, quanto á clientela e sua alienação, entre essas entidades commerciaes, de estreito raio de acção, que

(1) Conclusões 3^a, 4^a, 5^a e 9^a do parecer Libori. *Ibid.*, p. 90 - 92.

servem ao consumo pelo negocio a retalho, e os grandes estabelecimentos fabris, as officinas da grande producção industrial (*usines*), cujo campo de acção abrange paizes inteiros, ou vastas áreas internacionais; a presumpção da transferencia da clientela, á mingua de clausula expressa, num caso, e a da reserva da clientela ao cedente, no outro; a inadmissibilidade absoluta e a nullidade irremediavel da renuncia á liberdade mercantil ou industrial mediante a interdicção de se restabelecer, convencionada, sem limites de tempo ou espaço, nesse genero de contractos; a redução, enfim, de todas as normas e criterios adoptaveis neste assumpto á lei superior da intenção dos contraentes, verificada, lide por lide, segundo as circumstancias da causa.

Todas estas soluções, formuladas, explanadas e assentadas por esses jurisconsultos, os mais reputados commercialistas e civilistas contemporaneos da Italia e da França, lucraram, com a audiencia de taes autoridades neste pleito, uma exploração decisiva, ao mesmo passo que os elementos da causa, discutidos, com a sua proficiencia quasi irrivalizavel, pelos venerandos lentes da Universidade de Paris, da Escola das Sciencias Politicas, da Universidade Real de Roma, os levaram a condemnar, unanime e peremptoriamente, como inadmissivel, ante os principios correntes no direito geral e os arestos consagrados na justiça dessas duas grandes nações, mães patrias da cultura juridica latina, a injusta pretensão da Autora.



11. — Como explicar, pois, que, no respeitavel accórdam embargado, com o concurso de tantos magistrados venerandos pelo seu saber e integridade, se abraçassem conclusões diametralmente oppostas a essas? Como se foi chegar, nesse julgado supremo, a dar por certo que da prova dos autos «resulta clara e evidente a cessão da freguezia da Fábrica Sant' Anna por Alvares Penteado á Autora»? Como entender que alli se appelle, em favor de tal decisão, para «a doutrina e jurisprudencia dos povos cultos»? Como, que até o nome de **VIVANTE**, cujo parecer admiravel esmaga o sophisma desta acção, alli se encontre invocado entre as autoridades, a cuja sombra scientifica a pretendem abrigar?

12. — Esse estranho antagonismo entre a verdade juridica e a nossa justiça no mais excelso dos seus organs, os equívocos de que procede tão singular conflicto, o prestigio dos nomes nelle envolvidos, a justa reputação do illustre patrono *ex adverso*, o douto commercialista brasileiro a quem tão prestadios livros deve, entre nós, o direito mercantil, vão obrigar-nos a transpor, nestas razões, os limites habituaes a este genero de trabalhos.

13. — Na ausencia de uma jurisprudencia nacional, a que se arrimasse, a Autora suppoz que a jurisprudencia estrangeira lhe deparava terreno seguro, onde se firmasse.

Ainda quando, porém, essa jurisprudencia fosse a que os interesses da parte adversa debuxaram, não bastavam os exemplos dahi oriundos, para determinar o caminho aos nossos tribunaes.

A questão aqui debatida, interessando, não só as normas correntes em materia de contractos, mas, de uma parte, a liberdade individual nas suas relações com o commercio e a industria, da outra as conveniencias geraes, empenhadas no desenvolvimento da concorrência industrial e mercantil, envolve, pelos seus fundamentos, considerações de ordem economica e social, com as quaes hão de variar, entre os differentes paizes, as soluções adoptadas.

«A este respeito muito diversifica, evidentemente, o Brasil da Italia e da França. Nestes dois ultimos paizes a concorrência, entre commerciantes e industriaes, tocou o seu ponto culminante; os recém-chegados mal se poderiam ter, nessa intensa luta, não se apoiando na clientela, que os seus predecessores adquiriram pela sua reputação profissional. Assim, natural era imporem-se aos vendedores de estabelecimentos commerciaes restricções á concorrência, que elles acaso pudessem fazer aos adquirentes.

«No Brasil, ao contrario, não ha concorrência intensiva, a população

está disseminada por territorios vastos, os industriaes são, relativamente, em numero diminuto e, pela força mesma das coisas, distanciados uns dos outros. O interesse publico exige, pois, a multiplicação dos commerciantes e industriaes.

«Destas considerações resulta que os motivos, pelos quaes a jurisprudencia francesa e a italiana houveram de admittir restricções ao principio da liberdade absoluta no commercio e na industria não existem no Brasil, e que, neste, não se podem applicar, sem reserva, aos conflictos de interesses suscitados em condições de vida economica tão diversas as sentenças daquellas jurisprudencias.»
(1)

14.—Em toda a parte, nesta materia, é a evolução da consciencia juridica nos tribunaes o que tem constituido o direito em vigor. Querer, como quer a Autora (2), que a controversia esteja resolvida em lei expressa, attento o disposto no art. 214 do Cod. Commercial, onde se estabelece que «o vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida», se-

(1) AUGUSTE LEBEAU : *ib.*, p. XXIII XXIV.

(2) *Memorial da Appellante*, p. 193.

ria, evidentemente, resolver a questão pela questão. O que está, com effeito, em debate, é justamente, se, com a fábrica, se vendeu, no caso, a clientela; e, para deslindar esta dúvida, as circumstancias apuradas no litigio mediante o exame da prova têm de ser consideradas á luz dos principios, que, segundo a jurisprudencia e a doutrina, regem o assumpto, determinando as condições e consequencias da alienação de uma casa de commercio, ou de uma officina industrial, em relação á sua clientela.

Ainda nos paizes mais adeantados quasi nada têm feito as leis neste particular. O direito judiciario é que as tem supprido, mas evoluendo e mudando a passo egual com a expansão economica de cada nacionalidade; e esse desenvolvimento é o que opera a variação progressiva no rumo dos julgados.

Os próprios tribunaes o reconhecem, e confessam, admittindo que as suas decisões não obedecem a textos legaes, mas á influencia natural do estado economico de cada povo sobre a maneira de interpretar e executar os contractos, nesse genero de relações individuaes.

Assim, num julgado americano registado pelos autores como de autoridade predominante no assumpto, se diz :

«Os principios geraes que dominam os contractos restrictivos da liberdade commercial, estão bem assentados na Inglaterra e nos Estados Unidos. Estribam elles na theoria de que



o bem publico exige não se consentir aos particulares, ainda quando contractem livremente, o arbitrio de se vedarem a si mesmos, alem dos limites razoaveis (*unreasonably*), a pratica de certos ramos de commercio (*the prosecution of trades*), o exercicio de certas profissões (*callings or professions*), ou a exploração de empresas mercantis, que o publico seja interessado em animar. Num periodo remoto da jurisprudencia inglesa, quando o commercio e as artes mechanicas se achavam na infancia, considerava-se materia do maior empenho geral estimular-lhes o crescimento, prohibindo os contractos, que concorressem para as embaraçar. Dahi a regra, estabelecida então, pela qual eram nullos (*void*) todos os contractos, que, *em qualquer grau* (*in any degree*), tendessem a estorvar a actividade commercial, ainda quando circumscriptos a uma determinada localidade, por tempo illimitado ou limitado. Mas, á maneira que a população e o commercio augmentaram, crescendo, portanto, cada vez mais a concorrência em todas as occupações uteis, foi diminuindo a necessidade, que dictava o rigor da norma primitiva, tor-

nando-se esta menos estricta, e recebendo modificações consideraveis. Abrandada assim, essa regra, em vez de annullar todos os contractos restrictivos da liberdade commercial, passou a toleral-os, quando a restricção observasse limites razoaveis.»

(Wright v. Ryder, 36 Cal., 357. 95 Am. Dec. 186.) (1)

15.—No Brasil, porém, as pretensões da lide ora pendente inverteriam a ordem normal dessa evolução. Não ha, entre nós, sobre a materia, legislação nenhuma. A jurisprudencia do assumpto vae ter neste pleito o seu berço. Mas, em vez de começar, como na Grã Bretanha e na França, pela liberdade, começaria pela restricção. A industria incipiente necessita de estimulantes, que a vivifiquem. O territorio é immenso, esparsa e rara a população. E' a antithese da Europa actual, onde a agglomeração industrial quasi não deixa aos que se estabelecem de novo, para exercicio da sua actividade, senão o terreno, que os seus predecessores desoccuparam.

Justo era, pois, que tendessemos para assegurar a liberdade, favorecer as soluções juridicas, que a resguardam, annullar os pactos, que a coarctam. Mas é o contrario o que aqui se exigiria.

(1) LAWSON : *Rights, Remedies and Practice, at Law, in Equity and under the Codes*. San Francisco, 1890. Vol. V, § 2403, pg. 4.008, not. 4.

Nem bastaria que a nossa jurisprudencia estreiasse na materia, indo buscar no estrangeiro as interdicções restrictivas da liberdade, que a exuberancia da população e a intensidade extrema da vida industrial acabaram por impor ao curso da evolução juridica no outro continente. Ainda as exaggeram, as requintam, e, apparentando acolher-se ao direito europeu, o adulteram, legitimando com as suas decisões, mal expostas e mal interpretadas, soluções, que elle não autoriza e rejeitaria.

16. — Eis o que nos propomos demonstrar, embora urgidos pela escassez do tempo, numa causa de que só agora temos conhecimento. Propomo-nos a demonstral-o, indo estudar os arestos nos seus textos, que os expositores não reproduzem, e que tivemos de beber nas fontes, desentranhando-os, um a um, dos vastos repertorios, onde jazem, nas collecções de **SIREY** e **DALLOZ**, nas **PANDECTAS FRANCESAS**, na **PASICRISIA BELGA** e nos mais archivos estrangeiros de jurisprudencia, cujos thesoiros nos habilitam a examinar estas coisas em primeira mão.

Dahi as desusadas proporções, a que, talvez, crescerá, se o tempo nos consentir, este arrazoadado, que a inexoravel estreiteza dos prazos atropela.

17. — Queiram os egregios magistrados, neste caso, relèvar-nos a diffusão, á conta de que, na especie, não se trata sómente de interesses particulares. Nella «mostraram os factos», observa **PLANIOL**, que a liberdade utilizada pelo conde Alvares Penteado «é

proveitosa ao publico, e obstou a uma alta abusiva de preços».

Valha-nos esta consideração de ordem publica no espirito dos nossos juizes, para nos acolherem com indulgencia a prolixidade, e, honrando com a sua attenção intelligente este esforço de uma convicção reflectida, pensarem e repensarem o aresto, com que vão lançar a pedra angular da jurisprudencia brasileira num assumpto da maior gravidade para o desenvolvimento das nossas industrias e dos nossos capitaes, ameaçados, na melindrosa phase do seu primeiro crescimento, por uma innovação juridica de consequencias perniciosas.

II

O accórdam embargado

18. — Consideremos, para começar, nos termos do accórdam, cujos fundamentos e decisão vamos, com o devido respeito, impugnar.

Esse julgado enuncia-se nestes termos:

«Considerando que a primeira appellante, na acção intentada contra os appellados, pediu que fosse Antonio Alvares Leite Penteado condemnado a pagar-lhe a importancia de tres mil contos de réis — (Rs. : 3.000:000\$) — em quanto fôra ava-

liada a posição conquistada no mercado pela fábrica Sant'Anna, que Penteado lhe transferira, como parte da quota de seu capital social, e que pouco tempo depois retomara, restabelecendo-se com o mesmo negocio, e chamando a si a freguezia cedida, juro da móra, e ainda a compôr as perdas e damnos resultantes do dolo, com que procedeu, e a Companhia Paulista de Aniagens a responder solidariamente com Alvares Penteado na composição dos mesmos damnos, como instrumento do dolo, que era ;

«Considerando que a sentença appellada, julgando improcedente a acção e procedente a reconvenção, com que veio Alvares Penteado, sob o fundamento de que a cessão da freguezia, para ser válida, deveria ter sido expressa e limitada quanto ao tempo e logar, não attendeu devidamente á prova dos autos e aos principios de direito applicaveis á especie: — á prova dos autos, porquanto da escriptura de constituição definitiva da appellante Companhia Nacional de Tecidos de Juta, transcripta a fls. 59 v., na qual se faz referencia

expressa ao laudo dos peritos, que, avaliando, na forma da lei, os bens constitutivos da quota social dos fundadores da *sociedade*, computaram, na de Alvares Penteado, em tres mil contos *a posição conquistada pela Fábrica Sant'Anna e devida á sua freguezia certa e escolhida em varios Estados do Brasil*; da acta da Assembléa Geral, presidida por Alvares Penteado, approvando o laudo dos peritos (fls. 63 a 65), da transferencia dos bens assim avaliados á appellante Companhia Nacional de Tecidos de Juta pela escriptura a fls. 61 v.; do exame de livros da Companhia á fls. 583; e de outros factos e circumstancias constantes dos autos, resulta clara e evidente a cessão, por Alvares Penteado, da Freguezia da Fábrica Sant'Anna á autora, ora appellante; — aos principios de direito applicaveis á especie, porque, sendo equiparada a situação de Alvares Penteado, em relação á Autora Appellante, á do vendedor para com o comprador e, segundo a doutrina e jurisprudencia dos povos cultos, attestada nos autos por grande cópia de citações, está elle sujeito á obrigação de garantia, im-

posta ao vendedor pelos artigos 209 e 214 do Código Commercial e também pelo artigo 215, pois, se o vendedor responde por facto de terceiro, que inquieta o comprador na posse ou dominio da coisa comprada, com muito mais forte razão deve responder pelo seu proprio facto turbativo;

«Considerando que, tendo o appellado Alvares Penteado, depois de haver vendido a terceiros as acções da Autora appellante, de que era dono, se restabelecido com o mesmo negocio, no mesmo lugar e dentro do raio de acção da mesma autora appellante, violou de modo flagrante a obrigação, a que estava sujeito, devendo assim compor as perdas e danos consequentes da violação ;

« — Accórdam, negando, como negam, provimento á appellação da Companhia Paulista de Aniagens, e confirmando assim a sentença appellada nessa parte, dar provimento á appellação da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, para, reformando a sentença appellada, julgar procedente a acção contra Antonio Alvares Leite

Penteado, e condemnar a sra. viuva e herdeiros a indemnizarem á Autora appellante o damno inteiro, que lhe causou o appellado Alvares Penteado, e que se liquidar na execução, juros da móra e as custas da causa.»

19. — Divergindo accessoriamente desta decisão, mas com ella accorde em substancia na apreciação do facto e na opinião sobre o direito, os eminentes Ministros Amaro Cavalcanti e Pedro Lessa exprimiram o seu voto assim:

Amaro Cavalcanti :

«Dei provimento, *tão sómente* para condemnar os appellados á prestar o damno, que se liquidar, da concorrência, porventura, illegal, feita, por parte dos mesmos appellados, á Companhia appellante.

Pedro Lessa :

«Meu voto foi este: tambem, dei provimento, e reformei a sentença appellada. para condemnar, porém, a viuva meeira e os herdeiros de Penteado a indemnizarem os autores do prejuizo, que lhes causou a concorren-

cia da nova fabrica, fundada pelo referido Penteado, desde que começou a produzir a nova fabrica até a morte de Penteado sómente.

«Ao constituir a primeira sociedade anonyma para exploração da fabrica de Aniagem, Penteado fez a sua entrada, em prestação de capital, com a importancia de tres mil contos de réis, que, segundo affirmaram os peritos, incumbidos da avaliação dos bens, representavam *«o valor da posição conquistada no mercado pela fábrica Sant'Anna, valor que, embora incorporeo, não é menos apreciavel que o de qualquer dos terrenos, edificios ou machinas, sujeitos á avaliação»*.

«Antes haviam explicado: «O estabelecimento industrial em conjuncto, pelo criterio, propriedade e firmeza de plano que têm presidido ás differentes installações, como pela reputação que tem sabido grangear para os seus productos, logrando constituir e manter uma freguezia certa e escolhida em varios Estados do Brasil (tudo o que representa o fructo de um intelligente esforço de quasi vinte annos), não póde ser estimado em menos

de dez mil e quinhentos contos de réis».

«Segundo affirmaram reiteradamente os Autores nestes autos, a declaração supra dos peritos significa, e assim parece que é, que sómente da entrada, ou prestação, de Penteado fez parte “o valor incorporeo” correspondente á excellencia da installação e direcção da fábrica e á freguezia assim grangeada.

«Acceito por Penteado o laudo dos peritos, de accordo com o mesmo laudo foi constituida a sociedade anonyma.

«Sendo assim, parece-me incontestavel que Penteado se obrigou a respeitar a freguezia da fábrica, por elle e por seus consocios vendida aos autores, neste pleito : pois, se mesmo nos casos em que nenhuma referencia se faz á freguezia, se tem entendido que a freguezia é cedida, como ensina **VIVANTE**, no *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 3º n. 1.130, ediç. de 1899, como neste caso, em que expressamente se allude á superioridade da installação e da direcção como factores de uma vasta freguezia, se ha

de declarar que a freguezia não entrou como parte integrante da prestação?

«Limito a obrigação de respeitar a freguezia cedida nos termos já escriptos; porquanto em meio da variedade de lições sobre a materia, penso que a melhor doutrina é a que não estende a alludida obrigação aos herdeiros do vendedor, quando a freguezia é devida a elementos pessoaes do mesmo vendedor. (Stevens : *Elements de Droit Commercial Anglais*, trad. de Escarti, pag. 345.)

«Se Vivante faz os herdeiros sempre responsaveis (n. 249 do mesmo volume), já Lyon Caen e Renault doutrina que tal obrigação passa aos herdeiros do vendedor, podendo, entretanto, os juizes decidir o contrario, desde que os herdeiros não usem do mesmo nome ou sobrenome do vendedor. (Nts. 3^a n. 249, *bis*, edc. de 1891, do *Traité de Droit Commercial*.)

«Pipia, nas *Nozioni di Diritto Industriale*, pag. 266, exclue a obrigação dos successores do vendedor ou cedente.

“Se acceitam n’uma parte o laudo dos peritos, devem tambem acceital-o na outra. Para os peritos a freguezia vasta e escolhida, que tinha a primeira fábrica de Penteado, era devida aos esforços e á intelligencia desse industrial, isto é. era uma freguezia pessoal.

“Consequentemente, só Penteado ficou obrigado a não fazer concorrência aos autores.

“Não se trata de uma clientela adquirida graças a elementos impessoaes, objectivos”.

20. — Os fundamentos do accórdam, que embargamos, são, portanto estes :

1º) Os peritos, no seu laudo, computaram, avaliando-a em tres mil contos, a clientela da fábrica adquirida pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta.

2º) Esta consideração, junta á de se mencionar expressamente esse laudo na escriptura de constituição dessa companhia, á de ser esse laudo approved em assembléa geral e a outros documentos dos autos, demonstra que na transferencia desse estabelecimento se incluiu a da sua clientela.

3.º) Tendo cedido, assim, a clientela da sua fábrica, o conde Alvares Penteado alienou o direito de tornar a exercer a industria, em que se emprega esse estabelecimento.

4.º) Este corollario estriba na doutrina e jurisprudencia dos povos cultos, attestadas nos autos por grande cópia de citações.

5.º) Elle resulta, outrosim, da obrigação de garantia, imposta ao vendedor pelos arts. 209 e 214 do Cod. Commercial, bem como pelo seu art. 215, á vista do qual o vendedor tem de responder pelos factos, alheios ou proprios, que inquietem o comprador no dominio e posse da coisa vendida.

21. — Estes fundamentos, porém, perdoem-nos os honrados julgadores, não são exactos. Elles não conformam, *data venia* o diremos, nem com a prova dos autos, que allegam, nem com o direito dos povos cultos, que invocam, nem com os textos de legislação patria, a que recorrem.

E' o que esperamos evidenciar, serenamente, impessoalmente, como a importancia da causa o requer, e a consciencia da nossa justiça nos permite, com a simples luz da verdade, exposta na sua singeleza.



A QUESTÃO

I

OS FACTOS

§ I

OS ACTOS DAS PARTES

22. — Em 9 de setembro de 1907 o conde Alvares Penteado celebrou, com Jorge Street, Ildefonso Dutra e Alexandre Leslie, o contracto de fls. 273, cujo objecto era fundir numa só as fabricas *Sant' Anna*, *S. João* e *Santa Luzia*, constituindo, para esse effeito, brevemente, uma sociedade anonyma, cujo patrimonio consistiria nesses estabelecimentos.

A *Santa'Anna*, com que contribuia para a sociedade o conde Alvares Penteado, era avaliada, nesse acto, por livre convenção do dr. Jorge Street e os outros com aquelles associados, em 7.500 contos, recebendo o conde Alvares Penteado uma bonificação de 3.000 contos, « como pagamento do *excesso dos valores*, com que elle entrava para a formação da sociedade. »

E' o que positivamente estipulam as clausulas 1.^a e 4.^a do contracto, assim concebidas:

« 1.^a O seu capital será de dez mil contos de réis, e será realizado da seguinte forma: 75 $\%$, ou sete mil e quinhentos contos de réis, pela fábrica *Sant'Anna*, sendo: 1.500 contos de réis como capital de movimento e constituido pela materia prima, productos manufacturados sobressalentes materiaes de fabricação, e dividas activas liquidas e certas; 6.000 contos de réis pela transferencia á sociedade de todos os edificios, terrenos e machinismos, montados ou não, que constituem a fabrica. Os machinismos são os que existem actualmente no paiz.

« 25 $\%$, ou dois mil e quinhentos contos pela sociedade anonyma Fabrica S. João e Companhia Tecelagem Santa Luzia (1), sendo 500 contos de reis como capital de movimento e constituido por materia prima, productos manufacturados, sobressalentes, materiaes de fabricação e dividas liquidas e certas; 2.000 pela

(1) Daquelle era presidente e factotum o dr. Jorge Street.

transferencia á sociedade de todos os edificios, terrenos e machinismos montados ou não, que constituem as fábricas *S. João* e *Santa Luzia*, e mais machinismos que as mesmas possuírem em qualquer outro ponto do paiz, assim como a quota de capital da Fábrica *S. João* na Companhia Aramina. »

« 4^a. A nova sociedade, além do seu capital, emittirá conjunctamente com elle, seis mil e quinhentos contos de réis em debentures. Essa emissão será pelo prazo de 20 annos, e os debentures vencerão o juro de 8 % ao anno. DESSES DEBENTURES, SERÃO DESDE LOGO ENTREGUES AO SR. A. ALVARES PENTEADO A QUANTIA DE 3.000 CONTOS DE RÉIS (TRES MIL CONTOS DE RÉIS), COMO PAGAMENTO DO EXCESSO DOS VALORES, COM QUE ELLE ENTRA PARA A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE; MIL CONTOS DE RÉIS (Rs. 1.000:000\$000) serão desde logo entregues ás sociedades anonymas *S. João* e *Santa Luzia*, como pagamento do excesso dos valores com que ellas entram para a formação da sociedade. »

23. — Note-se bem. Já então a mesma fábrica Sant'Anna, da qual se occupa o laudo, em que o accórdam se apoiou, constituindo a entrada, com que para esse projecto de sociedade concorria o conde Alvares Penteado, representava, além da sua importancia material, estimada em 7.500 contos, *outros valores* accessorios a esse conjuncto, valores que a companhia em projecto comprava tambem ao dono dessa fábrica, o mesmo conde, por mais 3.000 contos.

Mas esses valores, orçados pelos quatro contractantes, todos industriaes, em cujo numero estava o dr. Jorge Street, na mesma somma de 3.000 contos, que o accórdam embargado pretende corresponder, na avaliação ulterior da fábrica Sant'Anna pelos peritos, á cessão *da clientela*, tal coisa absolutamente não exprimiam na intenção dos contractantes, que a tal não alludiram.

E' o que se vê do texto do contracto a fls. 273.

Mas, quando se hesitasse, ahí estaria, para atalhar a dúvida, a confissão da Autora, pelo seu illustre patrono, a fls. 626 dos autos :

« *Não se cogitara* de dar valor á *posição conquistada no mercado*, e de incorporar este valor ao capital social.

« Nem receio havia *de concorrência* de Penteado; porque este,

além do maior accionista, seria o presidente da projectada sociedade. (Condiç. 5.^a do contracto fls. 273) ».

Houvesse, ou não, receio da concorrência, o certo é que, nessa avaliação, estabelecida com o consenso do dr. Jorge Street, se computavam *nos mesmos 3.000 contos do laudo* posterior um conjuncto *de valores* incorpóreos, addicionaes ao material do estabelecimento e levados á sociedade pelo conde Alvares Penteado, os quaes, a Autora o reconhece, *não representavam* essa « *posição conquistada no mercado* », a que se referem os peritos, em cuja linguagem se quer ver allusão á *clientela*.

24. — Outra consideração muito para notar neste primeiro facto. As outras duas fábricas, de cuja reunião se ia compor o capital social nessa tentativa de companhia, então averbadas em *3.500 contos*, pouco depois se fundiam na *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*, com a avaliação de *7.660 contos* (1), o dobro do valor que se lhes dera na mesma convenção em que á fábrica *Sant'Anna* se attribuiria o de *7.500 contos*.

De um a outro facto não mediara mais que o tempo decorrente entre 9 de setembro de 1907 e 17 de março de 1909, data na qual se escripturou a

(1) Assim o declaram os peritos, no exame dos livros da Autora, a Fl. 591, resposta ao 3.^o quesito.

fusão: dezoito mezes. Ora, não sendo verosimil que, nesse espaço, crescesse o valor da *S. João* e o da *Santa Luzia*, sem crescer o da *Sant'Anna*, ou que, se aquella já era a importância das duas, não tivesse também a da terceira, a mais importante, soffrido, na estimação convencional, abate correspondente, havemos de concluir, ou que, no começo de 1909, quando as duas primeiras se calculavam em 7.660 contos, a *Sant'Anna* valia mais de 15.000, ou que, se aquellas já valiam, em 1907, esses 7.660 contos, a outra valeria cerca de 16.000 contos no mesmo anno.

Registre-se, desde já, esta verificação, para se tirar logo a limpo que o conde Alvares Penteado não exaggerou o valor real da *Sant'Anna*, quando, frustrado o tentamen da fusão, organizou, em janeiro de 1908, para explorar essa fábrica, a *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*.

E' esse o facto, que agora se segue, neste exame.

25. — De 9 de setembro de 1907, data em que o dr. Jorge Street e seus companheiros acceitaram do conde Alvares Penteado a *Sant'Anna* por 10.500 contos, sem que neste preço entrasse *a posição por ella conquistada no mercado*, ou, segundo a equivalencia que o accordam adoptou, sem que nelle se computasse *a cessão da clientela*, até aos 17 de janeiro de 1908, quando se inaugurou a *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*, augmentara aquelle es-

tabelecimento com aquisições e melhoramentos, que os peritos orçaram em rs. 926:334\$043 (1); sendo que rs. 659:310\$278 custara ao conde Alvares Penteado só a fábrica de fiação, ainda não existente em setembro de 1907, quando se avaliou a *Sant'Anna*, para a entrada social desse titular na companhia mal-lograda. (2)

Addicionando, pois, este accrescimo aos 10.500 contos, pelos quaes o dr. J. Street e seus consociados haviam convencionado receber, em setembro de 1907, a *Sant'Anna*, apurado está que ella valia, se não, como já mostrâmos, mais de 15.000, — quando menos, verificadamente, a somma de 10.500, mais 926, ou 11.426 contos de réis, na época em que se encetou a transformação desse estabelecimento fabril, propriedade individual do conde Alvares Penteado, na *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*.

26. — Para levar a effeito essa transformação, começou o conde por converter o seu dominio exclusivo num condominio, a que chamou quatro filhos seus e dois amigos, doando, por escriptura publica, em 2 de outubro de 1907, a cada um dos primeiros uma parte ideal de dez contos de réis naquella fábrica, e vendendo aos dois outros, por escriptura de 14 do mesmo mez, dois quinhões, egualmente indivisos, cada qual de cinco contos.

(1) Exame de livros, resposta ao 2º quesito, fls. 496 v. a 497.

(2) *Ibid.*, resposta ao 3º quesito, fls. v. *in fine* a 498 princ.

Vinha, dest'arte, a *Sant'Anna* a constituir propriedade indivisa de sete condóminos, cujos direitos no senhorio commum se distribuíam nesta proporção :

Conde Alvares Penteado.	7.450	contos
Silvio, seu filho.	10	»
Antonieta, sua filha.	10	»
Estella, sua filha.	10	»
Martinho da S. Prado, seu genro. .	10	»
J. de Lacerda Soares.	5	»
Raul de Rezende Carvalho.	5	»
	7.500 contos	

Mas os 7.500 contos deste total só diziam respeito aos immoveis e machanismos, que compunham a fábrica *Sant'Anna*, sem se incluírem com elles os artigos manufacturados e as materias primas, que se conservavam na propriedade exclusiva do conde A. Penteado.

27. — Isto feito, procedeu-se á constituição da sociedade mediante a escriptura de 4 de janeiro de 1908.

Nesse acto se declara que a sociedade se passava a chamar *Companhia Nacional dos Tecidos de Juta*, e que o seu capital se fixava em 10.500 contos, consistindo todo elle na fábrica, nos edificios, nos terrenos alli «descriptos e confronta-

dos », isto é, exclusivamente, em immoveis, por natureza ou por destino.

28. — Onde estava ahí *a clientela*? Explicita, não ha uma palavra, que a designe. Implicita, não ha uma referencia, que a insinúe. Bem ao contrario, o texto da escriptura abertamente a exclue: visto como, sendo a clientela, no consenso unanime da jurisprudencia e da doutrina, em toda a parte, um bem movei, uma propriedade incorpórea, o acto de sociedade, estampado no *Diario Official* de 16 de janeiro de 1908, não falla senão de *immoveis*, não descreve, senão *immoveis*, e nada, a não serem *immoveis*, contempla no capital social.

Eis a letra do instrumento :

« Disseram os outorgantes e outorgados que, por esta fórmula, fica integralmente realizado o capital da Companhia aqui ajustado, e na qual cada um dos accionistas mantem quinhão de valor identico ao que tinham e possuíam na communhão DOS IMMOVEIS, QUE FAZEM OBJECTO DO CAPITAL DA COMPANHIA.

« Disseram ainda os outorgantes e outorgados que, *realizado o capital em immoveis, como fica exposto*, o de-

posito (em dinheiro), exigido pelo art. 65 do decr. 434, de 4 de julho de 1891, é impraticavel; pelo que deixam de apresentar o conhecimento de tal deposito. »

29. — O proprio stock da fábrica, as reservas dos seus armazens, os artefactos e materias primas accumulados nos seus depositos, esses mesmos se achariam excluidos, se a generalidade ampla de uma clausula transparente os não indicasse, dizendo que Antonio Alvares Penteado e sua mulher subscreviam 52.250 acções,

« cujo capital realizam com equal valor, que têm e possuem nas fábricas e terrenos já descriptos nesta escriptura. »

Tudo o que nesses terrenos e fábricas, portanto, se continha, e era objecto de posse e dominio, caía, englobadamente, como entrada social do conde e sua mulher, no patrimonio da companhia alli instaurada.

Mas nada mais: nada, que não se incluísse no acervo desses valores *corpóreos*, em cuja massa o stock do estabelecimento não entrava senão, e accessoriamente, como conteúdo material dos immoveis que a compunham.

30. — Assim que, *pelo acto de constituição* da sociedade, a saber, pelo acto a que a lei reserva, *especificamente*, a missão de consignar e determinar, mediante convenção explicita das partes, o capital social, a *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* não recebeu como seus, dos associados que a formaram, senão os bens materiaes, cuja totalidade compunha a fábrica, ou nella se encerrava: os seus predios, os seusapparelhos, os seus meios de produção, a sua produção accumulada.

Tudo era o material da fábrica: a sua casa, o seu solo, os seus machinismos, os seus instrumentos, o que nella materialmente se continha, e com ella se achava alli physicamente incorporado. De valores incorporeos, immateriaes, como a freguezia, nem o minimo traço: ao contrario, exclusão formal, total, radical, não só pelo silencio observado a este respeito, mas ainda pela declaração absoluta de que das propriedades enumeradas no texto da escriptura se compunha todo o capital da sociedade.

31. — E' o que reconheceram, unanimes, os grandes jurisconsultos europeus consultados.

ROUSSET, examinando o teor do instrumento social, diz :

« Alli se estipulava, do modo mais explicito, que nas entradas só se abrangiam valores corpóreos: de outra contribuição, avaliação, ou cessão

não se tratava, *especialmente de clientela*. » (1)

Não menos incisivamente, **LABORI** :

« *Nunca*, nas avaliações que os coproprietários entre si fizeram, intervieram nenhum outro elemento, além dos imóveis, por natureza ou destino, que compunham a fábrica, mais o seu depósito de artigos manufacturados e matérias primas. » (2)

Com a mesma força, **LYON-CAEN**:

« Não só nos termos do acto de sociedade não se faz menção alguma do direito á clientela, mas ainda, em varios trechos, usa o acto de sociedade expressões, donde resulta que nas entradas sociaes não se comprehendeu o direito á clientela. » (3)

Egualmente, **LOUIS RÉNAULT** :

« Os documentos exhibidos provam que só os bens imóveis e mo-

(1) Loc. cit., p. 45.

(2) Ib., p. 74.

(3) Ib., p. 8.

veis, dos quaes se compunham a fábrica e suas dependencias, entraram na sociedade constituida em 1908, que a sociedade não tinha direito a outra coisa, e que, por conseguinte, os cessionarios das acções da sociedade não podiam haver adquirido um direito, que ella não tinha. » (1)

Mais que todos, porém, **MARCEL PLANIOL**, com a energia da sua clareza e concisão habituaes :

« Dos termos do acto constitutivo da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* resulta que a *clientela da fábrica, positivamente (en fait), não se incluiu na entrada social (apport)*. *E' esta uma verificação decisiva.* » (2)

32. — Ahi estão as tres phases successivas da evolução deste negocio até o acto fundamental na gestação da Companhia que nos move este pleito :

1º) O contracto de 9 de setembro de 1907, entre o conde, o dr. Street e mais dois industriaes, para a criação

(1) *Ib.*, p. 11

(2) *Ib.*, p. 27.

da sociedade, que devia englobar com outros dois estabelecimentos congeneres o de Sant'Anna.

2º) O acto de 2 de outubro de 1907, pelo qual, falhando esse projecto, o conde Alvares Penteadó transformou em condomínio, com seus filhos, um genro e dois amigos, o seu dominio individual sobre a fábrica de Sant'Anna.

3º) A escriptura (de 4 de janeiro de 1908, em que os condôminos da Sant'Anna se associaram, para a explorar em commum como accionistas de uma sociedade anonyma, a *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*, que então fundaram.

Todos esses tres actos contemplam, successivamente, o mesmo objecto: converter em exploração collectiva de uma sociedade anonyma a propriedade individual do Conde Alvares Penteadó sobre a fábrica de Sant'Anna.

Em todos elles se individúa, se descreve, se decompõe nos seus elementos essa entidade industrial.

Por occasião de todos elles, enumerando-se-lhe os valores parcellares, cujo concurso a compõe, se lhe estima a ella o valor total em 10.500 contos.

Mas em nenhum desses actos consecutivos, entrelaçados no mesmo intuito, accordes na materia e nas condições, em nenhum se cogita senão dos bens corpóreos, que formam o material da *Sant'Anna*, e nem uma só vez, directa ou indirectamente, se lhe allude á *clientela*, ou, segundo a periphrase que lhe dão por equivalente, á « *sua posição conquistada no mercado.* »

33. — Qual, portanto, o acto do conde Alvares Penteado, onde se lhe iria descobrir, seriamente, a intenção de incluir na cessão da fábrica a cessão da clientela?

Deixemos, por amor da clareza na argumentação, para depois a consideração do laudo, que a Autora e o accórdam embargado querem introduzir na controversia como a sua consideração decisiva. Acto dos peritos, que não são parte da causa, o laudo não cabe entre os actos juridicos das partes.

Ora, para esgotar a série destes, só nos resta examinar as negociações entre o conde A. Penteado e o dr. Jorge Street, donde se originou a aquisição, por este, das acções daquelle na companhia, cujo maior accionista era, e a transferencia dessa companhia aos seus actuaes donos.

34. — Essas negociações estão documentadas, nos autos, pelas cartas, que, então, se trocaram entre os dois industriaes. Ellas nos vão mostrar se os novos accionistas da *Companhia Nacional de Te-*

cidos de Juta, succedendo-lhe na posse ao conde Alvares Penteado, seus quatro filhos e seus dois amigos, adquirindo a fábrica nos seus immoveis, nas suas machinas, nas suas materias primas e na sua provisão de artefactos, convencionaram, ou propuzeram, quizeram, ou suppuzeram adquirir-lhe, tambem, a *clientela*.

35. — A respeito dessas cartas, que se encontram nos autos, cartas nas quaes se ajustou, entre o conde Alvares Penteado e o dr. J. Street, a transferencia das acções, cuja acquisição havia de entregar ao segundo a *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*, escreve, no seu parecer, o celebre jurisconsulto **LABORI**, a quem foram submettidos esses documentos :

« Em toda esta correspondencia não se falla senão nos immoveis, nas machinas, nos creditos, nos depositos de materias primas e artigos fabricados, que constituíam o conjuncto da fábrica, *sem se tratar nunca de clientela*, ou, sequer, de marca.

« Certo é, portanto, que no espirito desses mesmos por quem se move ao conde Penteado o litigio, sobre o qual dou esta consulta, e segundo os seus proprios escriptos, a acquisição

recaiu *unicamente* sobre os meios de produção da fábrica, as materias primas e os artigos manufacturados, existentes em deposito na casa.» (1)

O mesmo juizo enuncia, na sua consulta, o sr. **LOUIS RENAULT** :

« Não fallando já nos termos do proprio acto de sociedade, onde se indica o que queriam fazer os co-proprietarios, que a constituíam, as cartas trocadas, em abril e maio de 1908, relativamente ao projecto de aquisição, bem mostram que os adquirentes só pensavam na fábrica e nos bens corpóreos della dependentes. » (2)

Como elles, ainda o eminente jurista **LEBEAU**, advogado, em Paris, na Côte de Appellação, qualifica assim o valor desses papeis :

« Quando o sr. Street e os seus consocios adquiriram dos fundadores e unicos accionistas da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* a fábrica de Sant'Anna, e, em consequen-

(1) *Loc. cit.*, p. 89, 90.

(2) *Ib.*, p. 11-12.

cia, receberam as acções da sociedade, que acreditavam elles adquirir ?

« Acreditariam elles adquirir a *clientela* ?

« De maneira nenhuma.

« As cartas de 20 de abril, 27 e 29 de maio de 1908 *o provam de modo incontestavel*. O que então se vendeu ao sr. Street e seus coassociados, foram *exclusivamente*, os immoveis, as machinas, as materias primas e os productos fabris. *Da clientela, alli, nem palavra*.

« Não se pode objectar que a omissão não tenha alcance nenhum. As negociações entre o sr. Street e seus consocios, de um lado, e, pelo outro, o conde Alvares Penteado correram durante longos mezes : de 1907 a outubro de 1908. Street, como negociante bem avisado e experiente, debateu com tenacidade e precisão, um por um, os elementos do preço, que o conde pedia. E' o que se apura das cartas examinadas.

« Se lhe estivesse na mente adquirir a *clientela*, se ao espirito de algum

dos negociadores occorresse que ella entrava na venda, não o deixariam de mencionar nas cartas, que relatam as negociações.

« Ora nessas cartas, repito, se occupam elles *exclusivamente*, dos immoveis por natureza e destino, das materias primas, dos artigos manufacturados.

« Taes cartas adquirem, pois, na demanda, não só expressão moral consideravel, provando a boa fé absoluta do conde, mas ainda o valor de serio argumento em apoio da these por elle sustentada. » (1)

36. — Testemunho mais eloquente contra a Auctora não se poderia, com effeito, imaginar do que o dessas missivas, trocadas entre o conde e os compradores das acções, com as quaes a fábrica se trasladava ao dominio dos seus possuidores actuaes.

Na carta de 20 de setembro, dirigida pelo dr. Alfredo Pujol e o sr. A. Siciliano, representantes do dr. Jorge Street, ao conde Alvares Penteado, é assim que se trata de compra, seu objecto e suas condições:

« Na conformidade do que foi decidido na ultima entrevista que tive

(1) *Ib.*, p. XLIX-LIII.

com V. Ex. no seu escriptorio, V. Ex. estabeleceu as seguintes condições para a venda ao sr. dr. Jorge Street, das acções da companhia que explora as suas fábricas nesta capital, a venda comprehende tambem as acções, que V. Ex. possui, da Companhia Santista de Tecelagem.

«Preço da venda: . . . 9.500:000\$

«Condições de pagamento:

«Quanto *ao stock que existir nas fábricas*, será pago pelo preço do custo (susceptível de ser comprovado pelos livros de contabilidade das fábricas e pelas facturas), o total augmentado com 10 % pelos productos manufacturados, e de 5 % pelas materias primas, — este pagamento sendo effectuado por meio de varias lettras de cambio, vencendo-se de dois em dois mezes, até aos 31 de dezembro do corrente anno, sem juro.

.....

«Taes sendo as condições que transmittimos por telegramma ao sr. dr. Jorge Street na mesma tarde do dia da nossa conferencia, rogamoslhe dignar-se responder-nos se está de accordo com estas condições, ou então indicar-nos as modificações ou os es-



clarecimentos, que occorre fazer, para podermos transmittir ao sr. dr. Jorge Street a confirmação, que v. ex. lhe der. »

37. — Mais tarde é o dr. Jorge Street mesmo quem, na sua carta de 26 de maio, vem frisar com precisão ainda maior *a total ausencia da idéa de clientela* nas cogitações do negocio que se concluiu:

«A Sua Excellencia o Sr. Conde Alvares Penteado.

«São Paulo.

« Caro Senhor.

« Os srs. Alexandre Siciliano e o dr. A. Pujol remetteram-me, a seu tempo, a sua carta.

« Nesta carta, Vossa Excellencia formulou as condições, em que estava disposto para realizar a venda das suas fábricas de lã e de juta, venda projectada entre nós.

« Seu filho o sr. Sylvio Penteado, quando estava aqui, confirmou o conteúdo desta carta.

.....

«Já fiz ao senhor seu filho, e ve-

nho novamente fazel-a a Vossa Excellencia, a contra-proposta seguinte.

«Manter-se-á *para as fábricas*. o preço de venda, convencionado entre nós, de Rs. 9.500:000\$000.

«Neste preço são comprehendidas *as fábricas* de lã e de juta, e a transferencia em meu nome das 197 acções da Santista de Tecelagem.

«*As machinas* chegadas posteriormente ao primeiro de abril serão pagas por mim em separado.

«*O stock das materias manufacturadas* será pago ao preço do custo, augmentado de 10 % e *o das materias primas* ao preço do custo augmentado de 5 %.

«O modo de pagamento será o seguinte :

.....»

Não se apressando o conde Alvares Penteado em dar reposta, insta por ella Street, mediante o seu advogado, o illustre dr. Alfredo Pujol, em carta de 29, no mesmo mez :

« A Sua Excellencia o sr. Conde Alvares Penteado.

« O sr. dr. Street pergunta-me se v. ex. recebeu, ha tres dias, uma

carta d'elle, contendo uma proposta *definitiva*, da qual me remetteu copia.

« Estou autorizado a assegurar a v. ex que, se a proposta for acceita, a execução poderá ser feita immediatamente, tudo tendo sido previsto e organizado para execução da operação de que se trata »

38. — Com isto se encerraram as negociações, e a operação veio a se realizar, prevalecendo as clausulas apontadas como definitivas nesses preliminares. Nada a ellas se lhes innovou. De sorte que, segundo a interpretação formalmente dada pelos contraentes ao seu acto e nelle particularizadamente consignada, a transferencia das acções transferia unicamente:

- 1º As fábricas.
- 2º As suas machinas.
- 3º O seu stock de materias fabricadas.
- 4º A sua provisão de materias primas.

39. — A cada um desses elementos da compra e venda se taxou, com muito cuidado e mui pelo miudo, o seu preço adequado, acceito e distincto.

E da clientela, entretanto, nem uma palavra. Da clientela, que, posteriormente, adoptada como norma de calculo a avaliação dos peritos, deveria avultar, no preço da venda, *como vinte e oito por cento do seu valor*.

Tal é, com effeito, a proporção, em que os 3.000 contos, em cuja somma os louvados estimaram a clientela, estão para os 10.500, em que arbitraram a importancia geral da officina.

Essa clientela valeria, conseguintemente, pouco, muito pouco menos *de um terço* da quantia total, em que o custo da fábrica era orçado; e, todavia, quando os actuaes donos da fábrica lhe negociaram o preço, dividindo-lhe em quatro verbas distinctas os elementos componentes, e debatendo-lhe a cada um a sua importancia, na clientela não boquejaram.

Tratando-se de uma alienação, decompõe-se a valia da coisa, que se quer vender e comprar, em várias parcellas, não menos de quatro, discutindo-se, a respeito da cada uma, o valor do pedido e o da offerta. Mas nem o comprador nem o vendedor, nesse orçamento, nessa discriminação, nesse balanço entre o que um dá e o outro exige, se lembram de um dos elementos de maior tomo na apreciação do objecto em ajuste, *de um elemento que lhe abrange quasi um terço do valor total*.

Realmente seria necessario suppor, de um e outro lado, incapazes ou desequilibrados os negociadores do contracto.

40. — Rejeitada, naturalmente, por inadmissivel no caso, esta hypothese, temos, necessariamente, de concluir que, num ajuste discriminativo em relação ás quotas componentes do preço, quanto a uma propriedade industrial estimada em 10.500 contos, não

se podia ter catado silencio absoluto sobre uma clientela estimada, na mesma occasião e pelos autores da mesma estimativa, em 3.000 contos.

Logo, se a clientela daquella fábrica, realmente, valia os 3.000 contos, que pretende a Autora, essa clientela não se computou na venda, pela qual o dr. Street convenciona, nessas cartas, pagar ao conde Alvares Penteado 9.500 contos.

Como fugir a este raciocinio irrecusavel?

Elle acceita o arbitramento dos peritos sobre o valor da clientela (admittindo, *gratia argumendi*, que á clientela alludissem), para, justamente com a importancia deste valor, mostrar que, vendendo e comprando as accções, nem o vendedor cogitou de vender, nem o comprador em comprar a clientela.

41. — Será, porém, verdade que os peritos, no celebre laudo, avaliassem a clientela da fábrica transferida á companhia, cuja organização se operava?

Depois, admittindo que o fosse, terá esse laudo valor, para definir a intenção dos fundadores da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, e se contrapor á dos proprios contraentes na cessão das accções mais tarde por elles vendidas aos organizadores da *Companhia Paulista de Aniagens*?

E' o que ora vamos considerar.

O ACTO DOS PERITOS

A CLIENTELA NÃO FOI AVALIADA

42. — Sendo a *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* imaginada e levada a effeito pelo conde Alvares Penteado, para explorar uma propriedade sua, que elle, voluntariamente, com esse intuito, puzera em condominio, numa exigua parte ideal, com quatro filhos e dois amigos seus, foi sómente para obedecer a uma exigencia incondicional das nossas leis que se procedeu á avaliação dos bens destinados ao patrimonio social.

43. — Os louvados a quem se incumbira essa tarefa, pronunciaram, em 10 de janeiro de 1908, este laudo:

« Os abaixo assignados, designados pela assembléa geral da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* para proceder á avaliação dos bens, com a ajuda dos quaes todos os accionistas da dita Sociedade effectuaram as entradas, depois de ter examinado de uma maneira aprofundada e muito cuidadosamente os terrenos, construcções, reservatorios, conductos d'agua, machinas e outras dependencias (figu-

rando na nomenclatura annexa aos presentes) da fiação e fábrica de tecidos de juta denominada *Sant'Anna*, assim como depois de ter verificado, *de visu* e por meio de livros e documentos do estabelecimento, o stock actual de mercadorias, a quantidade de materia prima e de accessorios em deposito, que se encontram actualmente em diversos armazens, assim como as quantias a receber pelo facto de débitos activos (creditos), apresentam, de *commun accord*, o relatorio seguinte :

« Os terrenos pertencentes ao estabelecimento, de uma superficie total de cerca de 45.000 metros, as numerosas e vastas construcções, nas quaes funciona a fábrica de tecidos, com 900 teares, e a fiação em via de installação, com uma capacidade de produção diaria de 5.000 K.^{os} de fio approximadamente, as construcções, servindo de depositos, de habitação para os operarios, etc. . . . os reservatorios e conductos d'agua para a condensação dos motores, a perfeita installação de luz electrica, enfim, tudo o que pode ser considerado, na fá-

brica Sant'Anna, por natureza ou por destinação, como coisas immoveis, tem um valor de 6.000 contos de réis (6.000:000\$000). O stock actual de mercadorias, as materias primas e os accessorios em deposito, encontrados nos diversos armazens, e o activo a cobrar, representam um valor de mil e quinhentos contos de réis (1.500:000\$000).

« Mas não é só com a ajuda do total destes dois importes, isto é os 7.500:000\$000, que se pode obter o valor verdadeiro e exacto da fábrica de Sant'Anna.

« O estabelecimento industrial no seu conjuncto, *pelo character judicioso, appropriado e solidamente estabelecido, que presidiu ás differentes installações*, do mesmo modo que em razão *da reputação* que soube adquirir pelos seus productos, conseguindo constituir *uma clientela* segura e escolhida, nos diversos Estados do Brasil, (representando tudo um esforço intelligente de approximadamente 20 annos) não pode ser estimado por menos dum valor minimo

de dez mil e quinhentos contos de réis (10.500:000\$000); e é nesta somma que os abaixo assignados a avaliam realmente. O excedente de tres mil contos de réis, corresponde *ao valor da situação conquistada no mercado pela fábrica de Sant'Anna*, valor que, ainda que incorpóreo, não é menos real, nem menos apreciavel do que o dos terrenos, construcções ou quaesquer machinas, submettidas á avaliação. Tal é o nosso parecer, dado em consciencia, o qual foi escripto por um de nós e assignado por todos. »

44. — Como se vê, os peritos ahi avaliaram os immoveis em 6.000 contos, o stock das mercadorias e materias primas em 1.500 contos, ao todo, pois, os bens corpóreos do estabelecimento em 7.500 contos, accrescentando: « O excedente de 3.000 contos de réis corresponde *ao valor da situação conquistada no mercado pela Fábrica de Sant'Anna.* »

No sentir de um eminente ministro do Supremo Tribunal, este tópico do laudo está « explicado » no que « antes haviam » observado os peritos, dizendo:

« O estabelecimento industrial em conjuncto, *pelo criterio, propriedade e firmeza de plano* que têm presidido ás differentes installações, como *pela*

reputação que tem sabido grangear para os seus productos, logrando constituir e manter *uma freguezia* certa e escolhida em varios Estados do Brasil (tudo o que representa o fructo de um intelligente esforço de quasi vinte annos) não pode ser estimado em menos de 10.000 contos de réis ; e é nesta somma que os abaixo assignados a avaliam realmente. »

Da juxtaposição destes dois trechos, o ultimo dos quaes succede immediatamente, na contextura do laudo, ao primeiro, deriva, para os honrados julgadores, a inferencia de que o que os louvados alli avaliavam em 3.000 contos de réis, era *a clientela*.

Nós, pelo contrario, não vemos como de taes circumstancias emane, logicamente, conclusão tal.

45. — Antes de mais nada, se tal evidencia fosse real, quizeramos ver explicado, sem quebra sua, o antagonismo entre essa interpretação e a unanimidade, com que os celebres mestres desse mesmo direito europeu, onde se estriba o accórdam, ouvidos todos sobre a significação desse laudo, não lhe descobrem tal sentido.

Perdõem-nos os de quem divergimos. Não sabemos que explicação dar ao alto desdem, com que aqui se receberam esses sete pareceres, nos quaes, onde quer que se não fizesse da consciencia humana a mais affrontosa idéa, se teriam visto outras tantas sentenças.

Nenhuma de taes celebridades seria capaz de condescender, a troco dos honorarios de uma consulta, por melhor que lha remunerassem, numa opinião de favor ao dinheiro. Não ha nenhum, com que se comprem essas reputações. Não se corrompe com um pouco de oiro um **LYON-CAEN**, um **PLANIOL**, um **THALLER**, um **VIVANTE**, um **LABORI**, um **LOUIS RÉNAULT**. Tivemos a fortuna de conhecer e tratar, em Haya, o ultimo destes, especie de Nestor, por todos venerado, entre jurisconsultos, homens de Estado e internacionalistas, na Segunda Conferencia da Paz. Era o typo rude e inteiriço da franqueza, da independencia e da severidade.

Pois bem : todas essas autoridades estudaram o acto dos peritos nesta causa, e todas lhe negam o sentido, que, aqui, a Autora e o accórdam embargado lhe attribuem.

46. — Os peritos, diz **LYON-CAEN**, a cuja opinião **LOUIS RÉNAULT** declarou que «adheria completamente», (1)

«não podiam ter ajuntado aos objectos incluídos nas entradas sociaes (apports) o direito á clientela, que nellas não se achava comprehendido, segundo o acto de sociedade. Sua missão era apreciar o valor dado ás

(1) *Loc. cit.*, p. 11.

entradas sociaes no acto de sociedade, e não determinar o com que os associados entravam para a sociedade por elles constituida. Só aos associados competia fixar, no acto de sociedade, o objecto, com que para ella quizeram contribuir.

« Aliás, no laudo, o vocabulo *clientela* mal se encontra *incidentemente*, para explanar o fundamento, com que os louvados justificam, em relação á fábrica, uma avaliação mais elevada. » (1)

VIVANTE, esse mesmo **VIVANTE**, a quem coube fazer, quasi só, no venerando tribunal brasileiro, as honras desta decisão, assim peremptoriamente a desautoriza :

« Se os peritos, chamados a estimarem as machinas e mercadorias, entenderam que as deviam avaliar com certa largueza, metendo em conta *a boa reputação*, que o industrial soubera dar ao estabelecimento e seus productos, *dahi se não poderá deduzir que a clientela, tambem, se*

(1) *Ib.*, p. 9-10.

abrangerá no objecto do contracto ; pois a reputação da casa, tendo apenas um alcance technico e industrial, pode contribuir para manter a clientela, mas não constitue a clientela, que o industrial poderia reservar para si mesmo por meio de circulares, ou considerar perdida com o facto de abandonar a direcção pessoal do estabelecimento.» (1)

Não pensa de outro modo o ex-bâtonnier **ROUSSET**, na sua valiosa consulta:

«A Autora argumenta com este laudo... Mas essa interpretação traduz mal o pensamento dos louvados. Mais verdadeiro seria, talvez, admitir que as suas conclusões obedeciam . . . ao desejo de assegurar ao sr. conde Penteado uma remuneração pessoal, que «representa», nos proprios termos do laudo, «o premio de um esforço inteligente de cerca de vinte annos.» (2).

LABORI, emfim, invocando a linguagem mesma do laudo, não põe dúvida em lhe negar, redondamente, qualquer referencia a cessão de clientela:

(1) Ib., pg. 37-8.

(2) Ib., p. 57-8

« Analysando attentamente os proprios termos, de que usam os peritos, claramente veremos tratar-se, *não da clientela e freguezia*, mas *da reputação* commercial, adquirida pela fábrica *Sant'Anna* em vinte annos de boa actividade e boa organização, ou, por melhor dizer, tratar-se da avaliação *da marca*.

«Apenas incidentemente alli se pronuncia a palavra *clientela*.» (1)

Eis como se exprimem essas autoridades superiores. Vejamos se contra ellas assiste razão ás nossas.

47. — Attentemos na redacção do tópico indicado. Força é transcrevel-o de novo. Ahi dizem os peritos, depois de estimarem a propriedade, nos seus vários itens, em 7.500 contos:

« Mas não é só com a ajuda do total destes dois importes, isto é, 7.500 contos de réis, que se pode obter o valor verdadeiro e exacto da fábrica de Sant'Anna. O estabelecimento industrial no seu conjuncto, pelo caracter judicioso, apropriado e solida-

(1) *Ib.*, p. 76

mente estabelecido, que presidiu ás differentes installações, do mesmo modo que em razão da reputação que soube adquirir pelos seus productos, conseguindo constituir uma clientela segura e escolhida, nos diversos Estados do Brasil (representando tudo um esforço intelligente de approximadamente 20 annos), não pode ser estimado por menos dum valor minimo de dez mil e quinhentos contos de réis (10.500:000\$000); e é nesta somma que os abaixo assignados a avaliam realmente. O excedente de 3.000 contos de réis, corresponde ao valor da situação conquistada no mercado pela fábrica de Sant'Anna, valor que, ainda que incorpóreo, não é menos real, nem menos apreciavel do que o dos terrenos, construcções ou quaesquer machinas, submettidas á avaliação. »

48. — Este paragrapho, como se vê, se desdobra em tres periodos successivos, entre si dependentes. *No primeiro* se declara que os 7.500 contos, resultantes das parcellas anteriormente averbadas ao predio, ás machinas, ao stock, não exprimem todo o valor do estabelecimento. *No terceiro*, avaliando o que ainda lhe estava por avaliar em 3.000 contos, dá

esta somma como correspondente « *ao valor da situação conquistada no mercado pela fábrica Sant'Anna.* »

E', bem se vê, uma phrase mal definida, para autorizar uma averbação pecuniaria de quantia positiva.

Se os peritos dissessem que ella correspondia a uma bonificação devida ao vendedor pelos seus vinte annos de bons serviços, estava a coisa clara.

Se declarassem que representava o custo do direito ao uso da antiga marca, era obvio o seu pensamento.

Se puzessem que se destinava a pagar a cessão da clientela, não se lhe podia errar o sentido.

Em qualquer dos casos fariam os louvados o que lhes não seria licito fazer: enxertariam no rol da avaliação um objecto, que lhes não fora dado para avaliar, e que, portanto, segundo a lei, não podia ser avaliado. Mas, ao menos, se ficaria sabendo, certa e individudamente, o que elles avaliaram.

49. — Em vez disso, porém, nos deixaram unicamente, como explanação do seu intento, a confusão deste phraseado, em que um dos venerandos prolores do accórdam viu, com summa complacencia, uma «explicação» :

«O estabelecimento industrial no seu conjuncto, pelo character judi-

cioso, apropriado e solidamente estabelecido que presidiu ás differentes installações, do mesmo modo que em razão da reputação que soube adquirir pelos seus productos, conseguindo constituir uma clientela segura e escolhida nos diversos Estados do Brasil (representando tudo um esforço intelligente de approximadamente vinte annos), não pode ser estimado por menos dum valor minimo de 10.500 contos de réis. »

Neste embroglio, com o material do estabelecimento, entram de mixtura, em doses diversas, mas indistinctas, mais tres ingredientes :

1.º Os serviços do conde, a quem toca o louvor « pelo character judicioso, appropriado e solidamente estabelecido, que presidiu ás differentes installações », assim como « pelos quasi vinte annos de esforço intelligente », esforço que, dizem os proprios louvados, « representa alli tudo » ;

2.º A reputação dos productos.

3.º A clientela.

Das tres incidentes em que se allude a cada um desses tópicos, a da clientela vem a ser a derradeira, na sequencia da enumeração ; a primeira, consagrada

aos serviços do vendedor, é a sobre que mais se estendem os louvados; e entre as duas se acha a concernente ao renome dos productos da casa, ao crédito dos seus artefactos, isto é, á sua marca.

Das tres, pois, a de que menos cabedal fizeram, nessas considerações, os peritos, foi *a clientela*, antes da qual deram as honras da precedencia á nomeada industrial dos artefactos, distinguindo com as da prioridade na ordem e do encarecimento nas expressões a benemerencia do industrial em vinte annos de intelligencia esforçada na organização e administração da casa.

Ora, se esse periodo, como affirma um dos mais doutos prolores do accórdam, vem a ser o que « explica » o subsequente, onde se averbam os 3.000 contos da ultima avaliação, — como é que, em vez de enxergar nessa quantia a recompensa *dos serviços do cedente*, ou o preço *da marca* da fábrica, a vão tomar como o custo *da clientela* ?

50. — Nessa « explicação » haveria materia para tres soluções diversas ; e destas a que menos com ella se autoriza, é a da cessão da clientela.

Estabelecendo, em seguida ao periodo onde se suppõe *haverem-se explicado* os peritos, que « o excedente de 3.000 contos de reis corresponde ao valor da situação conquistada no mercado pela *Fábrica de Sant' Anna*, os louvados podiam ter querido averbar essa importancia como a retribuição devida ao crea-

dor do estabelecimento por esses «vinte annos de esforço intelligente», que o laudo, alli, tanto encarece.

Nesse caso o conde não teria opposto duvida á nova expressão dada no laudo a essa verba; porque, evidentemente, tanto lhe fazia receber as acções representativas desses 3.000 contos em paga de bens levados, como parte de sua entrada, ao capital social, segundo resulta do acto de constituição da sociedade, tanto valia isso, dizemos, como embolsal-as a titulo de recompensa dos seus serviços na conquista, para aquelle estabelecimento, da posição por elle obtida no mercado. Tanto lhe montava uma coisa como outra; porquanto, no segundo supposto, como no primeiro, o vendedor realizava, simplesmente, uma vantagem pecuniaria, sem, com isso, contrair nenhuma obrigação correlativa.

Com effeito, dil-o **PLANIOL**, «a estipulação de vantagens, por consideraveis que sejam, em beneficio de pessoas, que hajam representado um papel na fundação da sociedade, é *um facto corrente e legal*». (1)

Nem por ahi teria assumido o accionista obrigação nenhuma; visto como (é o insigne **THALLER** quem o diz)

« não houve clientela cedida, pelo facto de, na contribuição, com que entrou, do seu estabelecimento para a companhia, ter estipulado, a titulo de *vantagem pessoal*, nos 3.000 contos

(1) *Loc. cit.*, p. 31.

dé réis, uma remuneração do seu trabalho anterior na industria da juta». (1)

A ser isso o que se deu com o assentimento do conde e seus socios ao acto dos peritos, nada importa esse facto, para a conclusão que lhe nega o direito de se reestabelecer; visto que, recebendo, ao entrar para uma sociedade, uma retribuição de serviços anteriores no estabelecimento que lhe cedo, nada faço, por onde me obrigue a ceder-lhe a clientela da industria cedida. (2)

51. — Não é a isso que alludem os peritos no seu laudo? Porque não, se disso mais copiosa e accentuadamente se occupam elles, naquelle trecho, do que da clientela?

Mas, então, resta saber, se não seria *a reputação* do estabelecimento o que alli avaliam; pois desta se occupam *antes* da clientela, é com relevo mais sensível, encarecendo «*a reputação*, que o industrial soube adquirir pelos seus productos».

Reputação não é clientela. «Se os peritos», diz o advogado **LEBEAU** (3), «levaram em conta, ao avaliar as entradas sociaes, *a reputação*, que o industrial soubera grangear ao estabelecimento, ou aos seus productos, dahi não se poderá deduzir que no objecto do contracto se incorporara *a clientela*.

(1) Ib., p. 23. Ibid., p. XXXVIII, XLI, XLII, 57.

(2) AUG. LEBEAU: loc. cit., XXIX-XXX.

(3) Ib., p. XXXIII-XXXIV.

A reputação do estabelecimento pode contribuir para manter a *clientela*; mas não é ella mesma essa *clientela*.»

52.— A reputação adquirida pela fábrica, observa **LYON-CAEN**, «pareceu aos louvados ter um valor, que devia induzir augmento na avaliação da fábrica ». Mas, accrescenta,

« ainda mesmo quando se cede uma fábrica, sem que a cessão comprehendea o direito á *clientela*, é certo que a *reputação* adquirida pelo estabelecimento, *reputação* mercê da qual desfructa elle uma *clientela* importante, contribue para lhe augmentar o valor. Posto que com a fábrica se não ceda a *clientela*, probabilidades ha de que se lhe conserve adhesa, e, *gracias* ainda a *essa reputação*, attráia com facilidade maior outros *clientes*. » (1)

Por isto conclue **THALLER** :

« A estipulação dessa vantagem pessoal não equivalia a uma clausula, onde o associado, que contribuiu com a fábrica, se compromettesse a não

(1) *Ib.*, p.^o 10.

estabelecer outra fiação de juta. Não havia, de sua parte, incongruencia nenhuma em alcançar que a sociedade lhe attribuisse um premio *pelo bom nome* da sua fábrica, assim como pelo impulso que dera a essa industria, duplo factor dessa prosperidade posto á disposição da companhia, reservando-se, ao mesmo tempo, o direito de fundar outro estabelecimento semelhante, se a tal um dia as circunstancias o levassem.»

53. — Quem diz *reputação*, com effeito, não diz *clientela*. Esta pode emanar, mais ou menos, daquella. Mas com ella não se confunde.

Na composição de um negocio industrial entram elementos de indole real, elementos de indole pessoal e elementos de indole mixta. Enumerando os desta categoria, diz uma autoridade a outro respeito invocada pela Autora :

«Taes são: a clientela, complexo de commerciantes e consumidores, que habitualmente recorrem ao estabelecimento para a satisfação das suas necessidades; «*l'avviamento*» (1), ou a aptidão para agenciar operações uteis;

(1) Ital. *avviamento*, lat *avviamentum*.

a *reputação* industrial; os direitos de credito; etc.»

(PIPIA: *Nozioni di diritto industriale*, p. 18. — *Digesto Ital.*, Vº *Azienda commerc.*, nº 4. Vol. 1, parte V, p. 991, col. 2.^a.)

Noutro logar, esse mesmo commercialista, estudando a composição do *aviamento* (adoptemos, á similhança do italiano e do latim, o vocabulo, para o qual não temos equivalente), entre os seus elementos enumera, separadamente, a *clientela* e o credito ou *reputação*:

« *La clientela*. . . è il complesso delle persone solite a far affari coll' azienda. . .

« Il credito è *la reputazione* commerciale dell' azienda, determinata da elementi soggettivi: lo zelo, l'onestà, l'abilità del principale . . . e da elementi oggettivi: come la qualità intrinseca delle merci . . . la perfezione dei prodotti . . . *la rinomanza* » (o renome, a nomeada, a reputação), «che i prodotti godono sul mercato.»

(*Dig. Ital.*, ib., n. 33, p. 1.023.)

Logo, não ha tomar uma coisa por outra : clientela como reputação, ou reputação como clientela. Para ver quão fundamentalmente se distinguem estas duas noções, bastaria attentar num caso. Quando o cedente de um negocio commercial ou de uma industria *se reserva a clientela*, o que, no phraseado juridico se quer dizer, é que elle mantem o direito de estabelecer outra casa, ou outra fábrica da mesma natureza ; e, sem embargo, os productos da que elle cedeu, ou os artigos do seu commercio, podem continuar a gosar *da mesma reputação*.

Esta reputação, pois, constitue um valor, ás vezes da maior monta, pelo qual o cedente não será desarrazoado estipulando uma retribuição consideravel; visto que elle traduz uma criação pessoal do seu trabalho e capacidade, criação muitas vezes inteiramente discriminavel dos objectos materiaes, cujo dominio o cessionario adquire.

54. — Mas, se a clientela e a reputação industrial são dois elementos perfeitamente separaveis, claro está que *a clientela* não é expressão essencial, expressão especifica *da reputação*.

A expressão especifica e essencial da reputação de um producto está *na sua marca*. A marca é o signal instituido, para «assegurar os interesses dos productores ou commerciantes, distinguindo as mercadorias de um das de outro qualquer». (1) Nella

(1) AMAR: *Dei nomi, dei marchi*, ed. de 1893, p. 36.

consiste a garantia da authenticidade do producto, a segurança do productor contra a concorrência desleal, mediante um cunho visível que lhe afiança o gozo dos benefícios da sua nomeada. A clientela pode ser, até certo ponto, uma resultante desta; mas não é nem a sua imagem, nem o seu escudo real e legal. Tais funções, é a marca de fábrica ou commercio que as exerce. Nella, pois, reside, para o commerciante ou industrial, o symbolo material e o penhor juridico da sua reputação.

Sem a marca, a reputação dos productos acreditados e dos bons productos que aspiram ao crédito seria invadida, explorada e devastada pela acção dos parasitas. A marca é, portanto, a concretização do credito mercantil e industrial: a reputação do negociante ou do productor materializada num emblema visível.

Por isso, no consenso dos mestres ouvidos sobre este pleito, o a que se referiram os peritos, não é á clientela, mas á *marca*. Os louvados não pronunciaram o nome de *clientela* «senão incidentemente, para corroborar a sua avaliação do elemento que elles consideram, e que (dizem esses jurisconsultos), «incontestavelmente, não é outro senão a *marca de fábrica*.» (1)

Os peritos «*avaliaram a marca, e não a clientela* », diz LABORI. (2)

(1) AUG. LEBEAU, Loc. cit. p. XLIII.

(2) Ib., p. 77, 90.

« Apenas numa incidente usam elles da palavra *clientela*. Certamente a excellencia dos productos, a constancia da bondade no seu fabrico, todas as qualidades asseguradas *pelo nome commercial, pela marca*, podem cooperar, para manter a clientela, para incremental-a ; e *é neste sentido*, para sustentar a sua estimação do valor da marca, que os peritos pronunciam o nome de clientela. Mas, na realidade, não se pode confundir a entrada necessaria *do renome commercial, da marca*, com o *da clientela e freguezia*, elementos que, na especie, se tinham deixado inteiramente fóra da questão. » (1)

Realmente, a marca de fábrica,

« é o que, de certo modo, concretiza a reputação da fábrica, o motivo pelo qual se antepõem os seus productos a outros similares. Evidente é, pois, que esse elemento encerra em si um valor importante, abstrahindo-se de toda a consideração relativa á clientela. » (2)

(1) Ib., p. 76.

(2) Ib., p. LIII-LIV.

55. — Foi, claramente, este elemento o que tiveram em mira os peritos, nesse tópico do laudo, argumento capital do accórdam, onde estabeleceram que os 3.000 contos da ultima verba, na avaliação, «correspondem *ao valor da situação conquistada no mercado pelo fábrica de Sant'Anna.*»

Com qual das duas idéas frizam mais a justo estas expressões? Com a *de clientela*? Ou com a *de reputação e marca*?

Sem a marca, a fábrica de melhor clientela não logrará preservar a *sua situação conquistada no mercado*.

Sem a reputação, a situação mais bem conquistada no mercado não se manterá. A reputação faz a marca. A marca assegura a clientela. De modo que a clientela segue a reputação e a marca. Os freguezes, orientados pela reputação, vêem na marca o indício e a firmeza da excellencia das mercadorias.

Alludindo, portanto, «ao valor da situação conquistada no mercado pela fábrica de *Sant'Anna*», o a que se deve suppor que alludiram os louvados, é «á reputação», que, *mediante a marca*, assegura, no mercado, aos productos dessa fábrica *a sua posição conquistada*.

Por isto as summidades europeas consultadas pelo Réu, advertindo que «se não poderiam confundir, sem incorrer em inexactidão flagrante, a avaliação da marca de fábrica e a da clientela» (1), concluíram que

(1) *Ib.*, p. LIV.

« a estimação de 3.000 contos, dada pelos peritos ao valor da posição adquirida no mercado pela fábrica Sant'Anna, se deve interpretar como relativa *á marca e nomeada commercial da fábrica, não á sua clientela e freguezia.* » (1)

56. — Se, porém, não se quer aceitar essa intelligencia, então, em boa fé, a só conclusão admissível é que os termos do laudo, pela sua indecisão e ambiguidade, nos não habilitam a saber qual das tres considerações alli successivamente enunciadas inspira esse trecho: se os serviços do conde « em vinte annos de esforço intelligente »; se « a reputação dos productos » do estabelecimento; se a sua clientela.

1.^a hypothese. A consignação dos 3.000 contos corresponderia « ao valor da situação conquistada no mercado pela fábrica de Sant'Anna », destinando-se como premio ao seu creador, organizador e administrador, « pelo character sólido, apropriado, judicioso das suas installações » e pelo seu « esforço intelligente de quasi vinte annos » na gerencia e desenvolvimento da sua obra.

2.^a hypothese. Essa averbação especial de 3.000 contos corresponderia « ao valor da situação con-

(1) *Ib.*, p. 90.

quistada no mercado pela fábrica de Sant'Anna », indemnizando ao seu dono a importancia « da reputação, que elle soube assegurar aos seus productos », e que os adquirentes, graças ao uso da sua marca, iam explorar.

3.^a hypothese. A discriminação dos 3.000 contos assim reservados corresponderia « ao valor da situação conquistada no mercado pela fábrica de Sant'Anna », pagando ao cedente dessa fábrica a importancia da cessão da sua clientela, isto é, a interdicção, por elle acceita contra si mesmo, de se estabelecer algum dia, onde quer que fosse, no mesmo ramo de actividade industrial.

57. — Agora, suppondo que a terceira dessas possibilidades quadre tão justamente quanto as duas outras á clausula, em que o laudo se refere « ao valor da situação conquistada no mercado pela fábrica de Sant'Anna », — com que fundamento, positivo e seguro, dá o accórdam por averiguado que os peritos não cogitaram nem na primeira, nem na segunda, mas na derradeira ?

Concebe-se que os louvados pudessem orçar a importancia dos beneficios devidos pela fábrica ao homem, que a creara, e que durante vinte annos a tinha dirigido. A historia da casa estava nos seus livros e papeis. Facil era calcular, por approximação, o valor de taes serviços.

Admitte-se que, tomando por limite, como nas expropriações, um certo numero de annos e por

base a renda média no curso delles, os peritos ousassem arbitrar o valor approximativo do uso da marca industrial, da marca cedida, para o cessionario e o cedente.

Mas que, de motu proprio, se abalançassem a impor ao alienante daquella vasta industria a interdicção perpétua de concorrer com o estabelecimento alienado, e achassem meios de taxar o valor a uma privação illimitada como essa para um industrial e um capitalista da força e dos recursos desse, estimando tudo isso em 3.000 contos, não se acrédita, senão querendo transigir com o absurdo.

Dada a natureza dos productos, a importancia da producção, a opulencia do productor, a extensão do raio de acção da industria, o character de universalidade e perennidade attribuido á interdicção, o valor da clientela alienada e da abdicação estipulada seria, como categoricamente nota o jurisconsulto **LABORI**, *de todo em todo inestimavel*. (1)

58. — Se a clausula terminal do laudo se mostra, realmente, susceptivel de tres interpretações, todas mais ou menos materialmente accommodaveis ao significado verbal do seu texto, a de que os 3.000 contos, alli averbados como correspondentes á situação do estabelecimento no mercado, constituem a retribuição pessoal do conde pelos serviços que lhe angariaram essa posição vantajosa, a de que elles ex-

(1) *Loc. cit.*, p.

primem o valor da marca de fábrica, ou a de que estabelecem a inibição absoluta, para aquelle industrial, de nunca mais se entregar á tecelagem da juta, — dessas tres interpretações uma só, a ultima, apresenta o defeito grosseiro de negar aos peritos o bom senso e o conhecimento das suas funcções, para se constituirem a si mesmos procuradores do proprietario da fábrica, assumindo por este uma obrigação grave, para a qual não tinham da lei autoridade, nem elle lhes outorgara mandato.

Esse objecto, o valor dessa renuncia á sua liberdade industrial pelo conde Álvares Penteado e seus consocios, não estava em avaliação. Elles não o haviam dado, para se avaliar. Durante a elaboração da sociedade, na serie de actos que a prepararam e consummaram, nem uma vez só fôra indicado ou insinuado como avaliavel.

Era, dest'arte, uma coisa, que ninguem incumbira jamais os peritos de avaliarem, e que, portanto, não podia ser avaliada.

Logo, das tres interpretações ajustaveis á clausula final do texto, esta, a que suppõe este facto, é a unica absolutamente inadmissivel. *Inadmissivel*, primeiro, por deslocar os peritos da sua missão legal, assacando-lhes a usurpação de avaliarem o que não era dado á sua avaliação. *Inadmissivel*, ainda, em segundo lugar, porque os suppõe, no character outra vez de usurpadores, contraindo, pelos fundadores da sociedade, sem procuração nenhuma, um compromisso, que não tinham delegação, para contrair.

Essa dupla usurpação, tão extravagante em ambas as suas faces, não seria licito imputal-a aos autores do laudo, sem que a houvessem cometido em termos insusceptíveis de outro significado. Desde que, além desta, a sua linguagem autoriza outra intelligencia, e, como vimos, mais de uma, — a que os argúe de tão grosso destempero, tem de ser, necessariamente, rejeitada.

Os louvados não podiam estipular, pelo conde e os mais accionistas, a interdicção de se reestabelecerem na industria da juta. Logo, o que elles avaliaram, na ultima clausula do laudo, não foi a cessão da clientela. Porque a cessão da clientela importa naquella interdicção, e aquella interdicção na cessão da clientela.

59. — Quando, porém, assim não fosse, o caso agora se liquida pelo testemunho formal dos proprios louvados, com os documentos com que instruímos os nossos embargos.

O conde Alvares Penteado provocou os peritos a deporem sobre a sua intenção no trecho controverso do laudo, endereçando-lhes esta carta:

« Paris, 8 de abril de 1912.

« Illmos. Srs. Drs.

« Gabriel Dias da Silva, Carlos Eckman e Francisco Cruz.

« Amigos e Srs.

« Tomo a liberdade de pedir a vv. ss. o favor de me responder em ao pé desta, podendo eu fazer das suas respostas o uso que me convier, ao seguinte :

« a) — Tiveram vv. ss. quando avaliaram a minha fábrica *Sant' Anna*, para a constituição da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, em janeiro de 1908, a intenção de dar valor á *freguezia* da mesma fábrica ?

« b) — Ou tiveram antes, a intenção de realçar, fazendo-a valer, a reputação *da marca* dos seus productos, reputação esta proveniente de perseverantes esforços de mais de vinte annos de trabalho do seu fundador ?

« Com estima e consideração subscrevo-me de vv. ss. — amº e vn. e obrº

Antonio Alvares Penteado. »

A esse appello accudiram os peritos com esta resposta :

« São Paulo, 2 de maio de 1912.

« Exmo. sr. conde de Alvares
Penteado.

« Em resposta á sua estimada carta retrò, temos a dizer que é claro que a nossa intenção, como avaliadores da *Fábrica Sant'Anna*, foi de dar um valor á reputação grangeada pelos productos, constantemente mantida, por dilatados annos, em suas differentes marcas, e que forma e conserva a freguezia, a qual, sendo instavel por sua natureza, dispersa-se, dêse que os productos não se conservem sempre acreditados.

« Pode v. ex. fazer desta o uso, que lhe convier.

« Com a maior estima e consideração, subscrevemo-nos

de V. Ex.

att^{os} cr^{os} obr^{os}

Francisco de Paula Cruz.

Gabriel Dias da Silva.

Carlos Eckman.»

60. — A evidencia, bem o sabemos, não escapa ás subtilezas do interesse, empenhado em a burlar. Não nos admira, pois, que ainda sendo tão líquida como aqui, a queiram torcer. Mas, cotejadas estas duas missivas, ella é irresistivel em clareza e relêvo.

O quesito do conde aos peritos era incisivo. Tiveram elles, no seu laudo, o intento de dar valor á *freguezia* da fábrica cedida? Ou fôra seu proposito estimar-lhe a *reputação* dos productos e a da sua marca?

Obvio é que, se os peritos houvessem avaliado a freguezia, a sua resposta havia de ser: «Foi a freguezia o que avaliámos; e, se tocámos na reputação, foi apenas como accidente da freguezia.»

Mas, bem ao contrario, o que os louvados respondem, é: «A nossa intenção, é claro, *foi de dar valor á reputação grangeada pelos seus productos e mantida em suas marcas.*»

E' isto, ou não, o que disseram? Não se pode contestar. Tão sómente expungimos da sua resposta as palavras superfluas ou indifferentes ao texto, cuja redacção, *verbo ad verbum*, se formúla assim:

«*E' claro que a nossa intenção, como avaliadores da fábrica Sant'Anna, foi dar um valor á reputação grangeada pelos productos e constantemente mantida, por dilatados annos, em suas diferentes marcas.*»

61. — Mas, redarguirá, provavelmente, a logica do interesse, não se occupa a resposta, em seguida, tambem, com *a freguezia*? De certo. Mas como? Neste membro, subsequente, no texto, ao vocabulo *marcas*, onde acaba o tópico recém-transcripto :

« . . . *que forma e conserva a freguezia*, a qual, sendo instavel por sua natureza, se dispersa, desde que os productos não se conservem acreditados. »

Estas subordinadas, como se vê, constituem um desenvolvimento do lanço anterior, desenvolvimento, porém, que, longe de lhe attenuar o pensamento, o reforça. Depois de terem declarado que a sua intenção fôra avaliar a reputação dos productos e sua marca, accrescentam os peritos que «*essa reputação* forma a clientela, pois esta se dispersa, em se desacreditando os productos. »

Exprimindo-se desta maneira, que é o que os avaliadores encareceram? a reputação e a marca? ou a clientela? Encareceram a reputação e a marca, mostrando por que avaliam estes dois objectos. e não a freguezia. E' como se dissessem : « Não havia que avaliar a freguezia ; porque esta permaneceria com os que conservassem a reputação e a marca, como effeito natural destas causas. »

Se elles dissessem : « Avaliamos a clientela », o que teriam dito, implicitamente, é que tinham ava-

liado o direito, perdido pelo cedente, de se reestabelecer com fábrica de juta. Porque tal vem a ser o que, juridicamente, significa a cessão da clientela.

Nesse caso a clientela ficaria com os cessionários do estabelecimento, não em consequencia da sua boa reputação e do uso das marcas antigas, mas como resultado necessario da prohibição ajustada, mediante a qual o cedente se eliminava a si mesmo do mercado como productor desse genero de mercadorias.

Mas a linguagem formal dos peritos debuxa uma situação inteiramente diversa. Elles reconhecem que o industrial não estipulara essa interdicção, e dizem aos adquirentes do estabelecimento vendido : « A reputação da casa está com o uso da sua marca, emquanto os seus productos se mantiverem acreditados. Mantende a reputação dos productos, e mantereis a situação conquistada pela fábrica no mercado. »

Eis por que, avaliando, no laudo, « a situação conquistada pela fábrica no mercado » em 3.000 contos, avaliaram « a reputação », que preserva a clientela pela acção moral do bom nome, sem a interdicção de se reestabelecer, que a preservaria mediante a acção coercitiva do contracto.

62. — A clausula controversa do laudo está, portanto, agora interpretada authenticamente pelos seus proprios autores. São os peritos mesmos que explanam a clausula contestada. Não alludiram á

clientela senão como resultado espontaneo do credito do estabelecimento. Foi esse credito, a reputação da casa, o que estimaram. « Nossa intenção », dizem, « *foi dar valor á reputação grangeada pelos productos.* »

Esta a oração principal da resposta. Esta a sua these central. Esta a substancia da sua affirmativa. Esta a solução do quesito: « Tiveram vv. eex., a intenção de avaliar *a freguezia, ou a reputação da marca?* »

Consequentemente, sobre este ponto fundamental já não resta duvida nenhuma:

Os peritos avaliaram a reputação dos productos, o credito da marca: não avaliaram a clientela.

§ III

OS PERITOS NÃO PODIAM AVALIAR A CLIENTELA

63. — Supponhamos, porém, que a intenção dos peritos não fosse a que elles se attribuem, mas a que a A. lhes impõe. Demos que tivessem querido avaliar a clientela, e que esta seja a expressão do laudo no seu remate.

Podiam fazê-lo? Não o podendo, subsiste o seu acto?

64. — A lei traça aos peritos avaliadores, na fundação das sociedades anonymas, uma funcção unica, estrictamente circumscripta.

E' o dec. n.º 434, de 4 de julho de 1891, que a define, no seu art. 73, apoiado no dec. n. 142, de 17 de janeiro de 1890, art. 3º, § 2º, estatuinto :

« Se as prestações ou entradas de algum ou alguns socios consistirem em bens, coisas ou direitos, se declarará na escriptura, de que trata *este* artigo (1), que a constituição fica adiada, até que seja apresentada a avaliação legalmente approvada.

« § 1º Em seguida o fundador ou fundadores convocarão a assembléa geral dos subscriptores, para nomear *os tres louvados, que têm de avaliar os bens ou direitos, em que consistem as prestações.*

« § 2º Feita a avaliação, se convocará a assembléa geral, que della tem de tomar conhecimento.

(1) Houve, como se sabe, aqui, um lapso na redacção no texto, dizendo-se «este artigo», quando a referencia allude ao antecedente.

«Se a avaliação for approvada, os bens, direitos e coisas serão admittidos pelo valor estimado, e, em additamento á primeira escriptura, se lavrará outra, na qual se transcreverá a acta, que contém ~~a~~ approvação da avaliação.

« II. Por esta escriptura, que tambem será assignada por todos os subscriptores, se entenderá definitivamente constituida a sociedade anonyma. »

Na sua parte inicial este artigo se refere ao precedente, onde se trata da primeira escriptura, a que allude o texto. Com essa escriptura, porém, se occupa, não só o art. 72, mas tambem o anterior.

Vejamos o que um e outro dispõem.

O art. 71 :

« As sociedades anonymas se constituem, ou por escriptura publica, ou por deliberação da assembléa geral dos subscriptores. »

O art. 72 :

« A escriptura será assignada por todos os subscriptores, e deverá

conter a vontade de formarem a companhia, as clausulas ou estatutos, por que ella se ha de reger, e a transcripção do conhecimento da decima parte, em dinheiro, do capital subscripto.»

65. — Na especie a sociedade se constituiu por escriptura publica, em 4 de janeiro de 1908 (autos, f. 40 - 72), e nella se declara que o patrimonio social consistiria nos bens e coisas ali enumerados. Não havia dinheiro, nem direitos.

Portanto, segundo o processo traçado nos artigos 71 e 72 do reg. n. 434, a constituição da sociedade se teria de operar mediante duas escripturas e duas assembléas geraes.

Na escriptura inicial se teriam de consignar os bens, que haviam de formar o capital social.

A primeira assembléa geral nomearia, em seguida, os louvados, para avaliarem os bens, objecto das prestações dos subscriptores, em que o capital social consistiria.

Concluida essa avaliação, della tomariam conhecimento os subscriptores na sua segunda assembléa geral; e, sendo nesta approvado o acto dos peritos, se lavraria outra escriptura, na qual, transcripta a acta de approvação do laudo, se teria por constituida a companhia.

Foi o que estrictamente se observou, ultimando a escriptura de 11 de janeiro de 1908 a con-

stituição da entidade social, começada sete dias antes.

66. — Ora, na economia deste plano legal, a cada uma das duas escripturas e a cada uma das duas assembléas geraes toca, em relação ás prestações dos subscriptores, quando não consistentes em dinheiro, uma função especifica e inalteravel.

A' primeira escriptura, enumerar e descrever os bens sociaes.

A' primeira assembléa geral, nomear-lhes os avaliadores.

A' segunda assembléa geral, approvar a avaliação.

A' segunda escriptura, exarar o voto social, que a approvou.

Logo, nem á primeira assembléa geral seria lícito submeter á estimação dos louvados bens, que se não achassem designados na primeira escriptura, nem aos louvados estimar bens. que essa escriptura lhes não designasse.

67. — Mas quaes foram os bens, em que a escriptura de 4 de janeiro de 1908 declarou consistirem as prestações sociaes, com que entraram para a *Sociedade Nacional de Tecidos de Juta* os seus sete fundadores?

Depois de consignar que os contraentes « são senhores e possuidores da *fábrica* de tecidos de juta denominada Sant'Anna, situada na freguezia do Braz... funcionando em *vários edificios* assen-

tados *num terreno* », cujas confrontações descreve; depois de particularizar o que os outorgantes, cada um de per si, « têm e possuem *na fábrica e terrenos* assim descriptos e confrontados »; depois de accrescentar que realizam o capital de 10.500 contos « com igual valor, que têm e possuem *nas fábricas e terrenos* já descriptos e referidos nesta escriptura », — *repetido isso consecutivamente quatro vezes*, assim se exprime ainda, a primeira escriptura:

« Disseram os outorgantes e outorgados que, por esta fôrma, fica integralmente realizado o capital da companhia aqui ajustada, e na qual cada um dos accionistas mantem quinhão de valor identico ao que tinham e possuíam na communhão *dos immoveis, que fazem objecto do capital da companhia*.

« Disseram, ainda, que, *realizado o capital em immoveis, como fica expresso*, o deposito em dinheiro. . . . é impraticavel. »

68. — Estas declarações da primeira escriptura não deixam nada por esclarecer.

Os organizadores da fábrica Sant'Anna tinham entre si uma communhão limitada *exclusivamente* a essa *fábrica e seus immoveis*. Com essa fábrica e os

seus immoveis *unicamente* entraram para a *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*. Todas as acções da companhia, assim estabelecida, representavam os quinhões, que, nesse condominio da fábrica e seus immoveis, possuíam os seus fundadores. Com a *fábrica e os immoveis* realizaram elles « *integralmente* » (vêde bem: *integralmente*) « o capital da Companhia ».

Logo, nesse capital da Companhia, realizado *integralmente* com a *fábrica e os immoveis*, além dessa fábrica e desses immoveis *não havia absolutamente mais nada*.

Não será isto, senhores juizes, rigorosamente, o que a escriptura attesta? Somos nós os que assim fallamos? a nossa parcialidade? o nosso interesse? Não: é o acto organico da sociedade que reiteradamente o proclama.

O capital social, definido, certificado e repartido na escriptura de 4 de janeiro, constava, *só e exclusivamente*, da fábrica, suas construcções, seus terrenos.

Ante o dec. n. 164, portanto, de 17 de janeiro de 1890, art. 3º, § 2º, e o dec. n. 434, de 4 de julho de 1891, art. 73, principio e § 1º, só essa fábrica, essas construcções e esses terrenos se tinham de avaliar.

69. — Os louvados não podiam avaliar outra coisa. Já porque outra coisa não submeteram os fundadores da sociedade á sua avaliação. Já porque outra coisa não lhes permittia a lei avaliar.

Outra coisa não submeteram á sua apreciação estimativa os organizadores da sociedade; porquanto a acta da primeira assembléa geral, celebrada na mesma data da primeira escriptura, diz textualmente:

« Os organizadores e subscriptores do capital da Companhia Nacional de Tecidos de Juta se davam por convocados para a reunião e presentes á assembléa, para o fim de nomearem *os tres louvados, que avaliem a fábrica e mais dependencias, com que elles, organizadores da Companhia, realizaram o capital*, que subscreveram. »

Outra coisa, logo, não lhes consentia a lei avaliar; porquanto o art. 73 do decr. n.º 434, no seu introito, estabelece que os bens, coisas e direitos, nos quaes consistirem as entradas sociaes, se descreverão na escriptura, de que trata o art. 72, isto é, na primeira escriptura de constituição da sociedade, para os louvados os avaliarem, e no § 1.º os incumbe de avaliarem sómente os bens ou direitos, *em que as prestações sociaes consistirem*.

Por consequencia, se o capital social consistia *todo* em bens de natureza corpórea, a fábrica. o seu terreno, as suas construcções; se nelle, pois, não existiam valores incorpóreos de qualidade alguma, os peritos não podiam sair da enumeração consignada

na primeira escriptura e na acta da primeira assembléa geral, para avaliar um objecto de character essencialmente incorpóreo, como é a cessão da clientela, a interdicção, ao cedente, do exercicio da industria cedida.

70. — Se, de leve ou de longe que fosse, nem uma só vez, em nenhum dos actos, documentados no feito, que apparelharam e constituiram a sociedade, quando os bens, que, mais tarde, haviam de vir a ser os seus, se puzeram em condominio, ou quando este, por convenção entre os condminos, se transformou no patrimonio da companhia, nunca, até ao momento de apresentarem os louvados o laudo, nunca ninguem alludiu á renuncia, pelos cedentes, do direito de se reestabelecerem, ou á cessão da clientela, — onde podiam elles ir buscar esse valor abstracto, incorpóreo, ideal, para o contemplarem na avaliação?

Se o art. 73, § 1º, do dec. nº 434, os manda «avaliar os bens ou direitos, *em que consistirem as prestações*»; se o art. 73, principio, não considera prestações ou entradas senão os bens ou direitos descriptos na escriptura, de que trata o art. 72; se a escriptura de que trata o art. 72, é, segundo este mesmo artigo e o art. 71, a escriptura, pela qual se constituem as sociedades anonyms antes da avaliação ordenada no art. 73, — os louvados, avaliando a clientela, em que não falla a escriptura de 4 de janeiro de 1908, teriam violado, directa, material e flagrantemente, os

arts. 71, 72 e 73 da lei, a que as sociedades anónimas estão sujeitas.

São estes artigos só os que lhes davam a elles a attribuições, que exerciam. Procedendo, assim, abertamente contra o disposto nesses artigos, os louvados se despiriam dessa mesma attribuição, que estavam exercendo. Passando a exercer uma, que a lei não lhes reconhecia, incorriam no excesso de auctoridade, na mingua de poder juridico, no *defectus potestatis*. E, como não ha nullidade maior que a resultante da falta de competencia regular, em quem desempenha uma função legal, *nullus est major defectus quam defectus potestatis*, a deliberação dos peritos, nesse tópico do laudo, *não teria existencia* em direito.

71. — Que é, pois, o que agora se pretende, nos raciocínios da Autora e na doutrina do accórdam embargado? Que um facto inexistente em direito se converta em origem de effeitos juridicos. Que de um acto nullo por transgressão palmar da lei resultem um direito e uma obrigação. Isto, contra a regra de que *quidquid fit contra legem pro infecto habendum*. Isso, contra o axioma de que *nihili nullae sunt proprietates*. Isso, contra a evidencia de que o que nullo é, nenhum effeito pode ter: *quod nullum est, nullum producit effectum*.

72. — O « erro » que os jurisconsultos europeus consultados reconheceram (1) na introdução,

(1) Loc. cit., pag. XXXVIII, XXXIX, XXXV, 9-10, 45-6, 53.

pelos peritos, de um elemento incorpóreo entre os bens avaliados, os quaes a escriptura de constituição reduzia á fábrica e seus immoveis, envolveria, pois, como se acaba de provar, quebra material da lei positiva, assumção de uma autoridade que ella recusa aos louvados, se houvessemos de annuir, com a Autora e o accórdam embargado, em que elles enxertaram no rol da avaliação um elemento, como a cessão da clientela, ommittido no acto de constituição da sociedade.

Este não pode ser *a segunda escriptura*, a escriptura onde se approva a avaliação dos louvados, *por isso mesmo que essa escriptura é posterior á avaliação.*

73. — Mas não se reduzem a esta as consequencias da theoria, cuja norma habilita os louvados, no exercicio da autoridade que lhes confere o art. 73 do reg. n.º 434, a avaliar bens não enumerados no acto de constituição social.

O art. 19 desse decreto estatue:

« Não são permittidas acções, que não representem effectivamente capital em dinheiro, bens ou direitos declarados nos estatutos ou contracto social. »

Os bens ou direitos a que se refere o art. 19, são, evidentemente, os de que, conforme ao disposto no

art. 17, constarem as prestações, nas quaes, segundo elle, consistirá o capital social. Ora este, na forma do art. 73, tem de ser designado na escriptura inicial.

Nessa escriptura, que para o caso, vem a ser a de 4 de janeiro de 1908, é que se estabelece o capital da sociedade, posteriormente avaliado, e se lhe adoptam os estatutos. Essa escriptura, pois, onde se vota a lei da sociedade, e se lhe institue o patrimonio, *é o contracto social*, a que allude, nas suas ultimas palavras, o art. 19.

Os arts. 71 e 72 reforçam esta conclusão; porquanto, determinando-se, no primeiro, que as sociedades anonymas, independentemente de assembléa geral, se podem *constituir por escriptura publica*, no segundo se prescreve que « *a escriptura publica* », isto é, *essa escriptura*, a escriptura indicada no artigo anterior, conterà o accordo em se formar a companhia e os seus estatutos.

Qual devia ser, pois, « *o contracto social* », alludido no art. 19, senão o acto, em que os subscriptores consignam a vontade commun de formar a companhia e os estatutos, que a têm de reger? Logo, « o contracto social » de que se occupa o art. 19, é a primeira escriptura da constituição da sociedade, é, na hypothese, a escriptura de 4 de janeiro, na qual bem o podem ver os honrados julgadores, se acha tomado, entre o conde e os seus seis condminos, o compromisso de se associarem e inscriptos os estatutos para essa associação convencionados.



Mas, se esse é o *contracto social* especificado no art. 19, não podiam, ante a letra irreductivel desse texto, representar outro dinheiro, outros bens, outros direitos, senão os que estiverem «*declarados*» (é a expressão textual) na escriptura de 4 de janeiro.

Ora, nessa escriptura, que os autos estampam, não *se declara*, de maneira alguma, entre os elementos do capital social, a *clientela*. Logo, se representassem a *clientela* os 3.000 contos averbados na clausula final do laudo, forçados seríamos a concluir que as acções correspondentes a essa quantia, quasi um terço das acções da sociedade, teriam sido emitidas em contravenção palmar da prohibição formulada no art. 19, e, contravindo uma disposição prohibitiva da lei, seriam essencialmente nullas.

74. — Todas estas considerações, uma a uma se juntam em demonstrar até á saciedade que

os peritos, na clausula controversa, não podiam ter avaliado a clientela, e, se esse tivesse, por ventura, sido o seu intuito, um tal arbitrio, por antagonico á lei expressa e com ella inconciliavel, não poderia receber a sancção dos tribunaes.

§ IV

**OS RÉUS NÃO ASSENTIRAM EM CESSÃO
DA CLIENTELA**

75. — De violencia em violencia á verdade provada nos autos, acaba a A, por sustentar que, approvando o laudo, os accionistas lhe approvaram a clausula terminal, e, portanto, se a cessão da clientela não se deu, nem se poderia dar pelo acto dos peritos, afinal se deu pelo acto do R. , que o ratificou.

Infelizmente, o venerando accórdam embargado abraça essa opinião, allegando «a referencia expressa, que ao laudo se faz na escriptura de constituição definitiva da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*, e a acta da assembléa geral presidida por Alvares Penteado, que approvou esse laudo.

Mas esta maneira de apreciar essas circumstancias é clamorosamente injusta, iniqua, insustentavel, ante os proprios documentos, de que se vale.

76. — O acto de approvação do laudo está nos autos. Ninguém ainda cogitou de o negar. Mas não é da sua materialidade que se tracta ; é da sua intenção, da sua significação, da sua extensão. Ora as questões de intenção não se liquidam á superficie dos factos, com a apparencia do seu primeiro aspecto. Para as resolver com justiça, tem que descer o magistrado ao amago da realidade, á sua expressão interior, ao complexo dos elementos do caso na sua harmonia.

O que se quer saber, não é se os accionistas daquella companhia, reunidos em assembléa geral, approvaram o laudo,

mas se, approvando-o, quizeram approvar uma cessão de clientela, ou mesmo, se, ao darem o voto approbativo ao laudo, podiam, sequer, imaginar que nelle a tal coisa alludissem os louvados.

Ora a ambos esses quesitos não se pode responder, senão negando :

Acceitando o laudo, Alvares Penteadó e seus consocios não assentiram em transferir a clientela.

Nem poderiam ter assentido ; porque não era possível suporem que de alienação de clientela se cogitasse no laudo.

Vamos demonstrar, um após outro, os nossos dois assertos.

77. — Na situação dessa companhia, e aos olhos dos seus accionistas, a louvação, a que se procedeu sobre o valor dos bens sociaes, não tinha importancia absolutamente nenhuma senão a da forçada observancia de uma cerimonia legal. Dentre 10.500 contos

de réis, que compunham o patrimonio da sociedade, 10.450 pertenciam ao conde Alvares Penteado, e, nos cincoenta remanescentes, quasi todos os quinhões resultavam de liberalidades suas a seus filhos. A avaliação, para todos os socios, era, pois, meramente, uma formalidade, o cumprimento da lei numa clausula *sine qua non* para a constituição da companhia.

Não somos nós que o figuramos. Assim o disseram elles mesmos no primeiro acto de sociedade, na sua primeira escriptura, na sua primeira assembléa, ao nomearem os louvados.

Eis o texto do instrumento :

« Disseram os outorgantes e outorgados que elles são os unicos organizadores e accionistas da Companhia aqui ajustada e os unicos senhores e possuidores dos bens, com que realizam o capital, que subscreveram; PELO QUE PARECE DESNECESSARIA A AVALIAÇÃO DE TAES BENS. ENTRETANTO, EM OBEDIENCIA A' LEI, davam-se, desde já, por convocados, para se constituirem em assembléa geral, *e nomearem os avaliadores dos bens*; para o que me requereram de suspender por momentos a presente escriptura, para o fim de, realizada a assembléa, proseguir-se, e encerrar-se a mesma. »

78. — Quando, seis dias depois, os subscriptores se congregaram de novo em assembléa geral, para conhecer do acto dos peritos, o laudo, não coincidindo *nas parcellas* com a estimação feita dos bens sociaes pelos accionistas na primeira escriptura, com ella coincida *no total*; pois este montava em 10.500 contos, somma identica á em que os socios fundadores haviam avaliado o conjuncto das suas entradas.

Não *olharam*, pois, os associados á *distribuição das verbas*. Nenhum interesse a isso os levava, desde que os bens, na sua quasi totalidade, pertenciam a um só dos membros da companhia, senhor de vinte e nove trigesimas partes das acções, e, dos outros seis coassociados, quatro eram seus filhos, reduzindo-se a vinte, em 10.500 contos, a fracção dos dois accionistas restantes. Sommando a estimativa total, no laudo, em 10.500 contos, como sommara na do contracto social, convieram os accionistas, dando por acceito o acto dos louvados.

São elles mesmos os que dizem não o haver approvedo *senão por este motivo*. Lá está, na escriptura de 10 de janeiro :

« E PORQUE O LAUDO AVALIADOR (que adeante vae transcripto) CORRESPONDE AO VALOR DADO POR ELLES OUTORGANTES e OUTORGADOS AOS BENS JÁ REFERIDOS pela presente escriptura, de accordo com o

art. 73, §§ 1º e 2º, do reg. 434, de 4 de julho de 1891, declaravam definitivamente constituída a sociedade.»

79. — Onde estavam « referidos os bens », com que os contraentes entravam para a sociedade, e onde haviam elles dado a esses bens valor igual ao que lhes dava o laudo ?

Na escriptura de 4 de janeiro.

Quaes eram « os bens referidos », nessa escriptura, pelos estipulantes ?

Já o vimos : a fábrica, os edificios, o terreno.

Logo, segundo o expressamente declarado pelo conde e seus socios na escriptura de 10 de janeiro, approvaram elles o laudo por dois motivos, que o texto supratranscripto frisa :

por acreditarem que o laudo só avaliava « os bens referidos » na escriptura anterior,

e

porque o valor total attribuido, no laudo, a esses bens correspondia ao em que, na escriptura anterior, os haviam estimado os seus donos.

Essa identidade entre *o total* na estimação do laudo e *o total* na dos subscriptores, era, para o conde,

seus filhos e amigos, entre os quaes se constituia a sociedade, o que lhes absorvia a attenção ; porque o decr. n.º 434, de 1891, no art. 17, estatue que,

« se ao valor declarado nos estatutos ou contracto social for inferior o valor dado pelos louvados, o socio responsavel pela prestação será obrigado a entrar com a differença em dinheiro. »

O *contracto social*, mais uma vez aqui se vê, não póde ser senão a escriptura de 4 de janeiro, a saber, a primeira escriptura ; visto como dos termos explicitos desse artigo resulta, materialmente, que « o contracto social » *precede* á intervenção dos louvados para avaliarem os bens não consistentes em numerario.

Havendo, pois, os socios fundadores declarado, no contracto social, avaliarem os bens, com que entravam, em 10.500 contos, se os louvados os viessem a estimar em menos, ou o conde havia de entrar, em dinheiro, com a differença, ou se teria de recommençar a organização da sociedade, reduzindo-lhe o capital.

Mas a somma, em que os peritos os calcularam, orçava exactamente nos mesmos 10.500 contos.

Que interesse haveria para os accionistas, numa sociedade como essa, em decomporem o total, para lhe analysar as parcellas ?

Nenhum, entenderam elles. E' o que a segunda escriptura consigna, declarando que davam como definitivamente constituida a companhia e, com isto, como approvedo o laudo, porque o valor nelle dado aos bens sociaes correspondia ao que elles, outorgantes e outorgados, lhes deram.

Abstraíam, pois, dos valores parciaes, para lhes não attentar senão na totalidade; e, como esta, no laudo, equalava á do capital estipulado, assim, por isto, e com esta definição do seu voto, approvaram o acto dos peritos. (1)

Esse voto não foi silencioso. Não. Teve uma explanação formal, que lhe precisa o sentido. Os accionistas votaram *o total* do laudo. Não lhe entraram no exame das parcellas, que se lhes affigurava, e era, indifferente.

Não se pode admittir, porfanto, que, acquiescendo no laudo, acquiescessem na cessão da clientela.

80. — Tal intenção não tiveram; e, onde intenção não ha, não ha vontade, não ha consentimento, acto juridico não pode haver.

Necessario era que ella existisse, para alterar o estipulado na escriptura inicial, onde se reduziam os bens da sociedade ao estabelecimento com os seus immoveis, e ratificar o laudo, onde agora se pretende

(1) *Pareceres de advogados e jurisconsultos estrangeiros*, pgs. XXXIX, LIV, 10, 58-59.

que os louvados encartaram valores não enumerados no contracto social. Era mister que a intenção de *ceder a clientela* existisse, e clara, explicita, indubitavel, para annullar clausulas solemnes, clausulas reiteradas, na escriptura anterior, e sanar o erro, a incompetencia, o abuso dos peritos.

Mas, ao contrario, o que existe, é a declaração, exarada na primeira escriptura, de que os accionistas não se submettiam á avaliação, a seu ver « *desnecessaria* », senão por attender á imposição da lei, e a resalva, consignada na segunda escriptura, de que, votando o laudo, votavam, unicamente, a correspondencia entre este e o contracto social, no valor dado aos bens por elle designados.

81. — Nem é tudo. Não só não passou, mas ainda *era impossivel passar* pela mente aos accionistas que, conformando-se com o laudo, transferiam á sociedade, além da fábrica, a sua clientela, isto é, que se obrigavam, para com a companhia, todos elles a não se interessar de futuro em empresas similares.

Era impossivel, porque?

Pela mais evidente das razões: porque, tendo elles, no contracto social, reduzido o patrimonio da sociedade ao material do estabelecimento, e circumscrevendo a lei o papel dos louvados á avaliação dos bens declarados no contracto social, não era licito suppor que os peritos commettessem a exorbitancia de avaliar a cessão da clientela, elemento incorpóreo, do qual não havia o menor rastro nem na escriptura

organica da sociedade, nem nos seus estatutos, nem noutro qualquer acto anterior.

Se o laudo, pois, reбуçava esta surpresa, nenhuma creatura, a quem o céu não dresse o privilegio de ler no cérebro alheio, lho podia adivinhar.

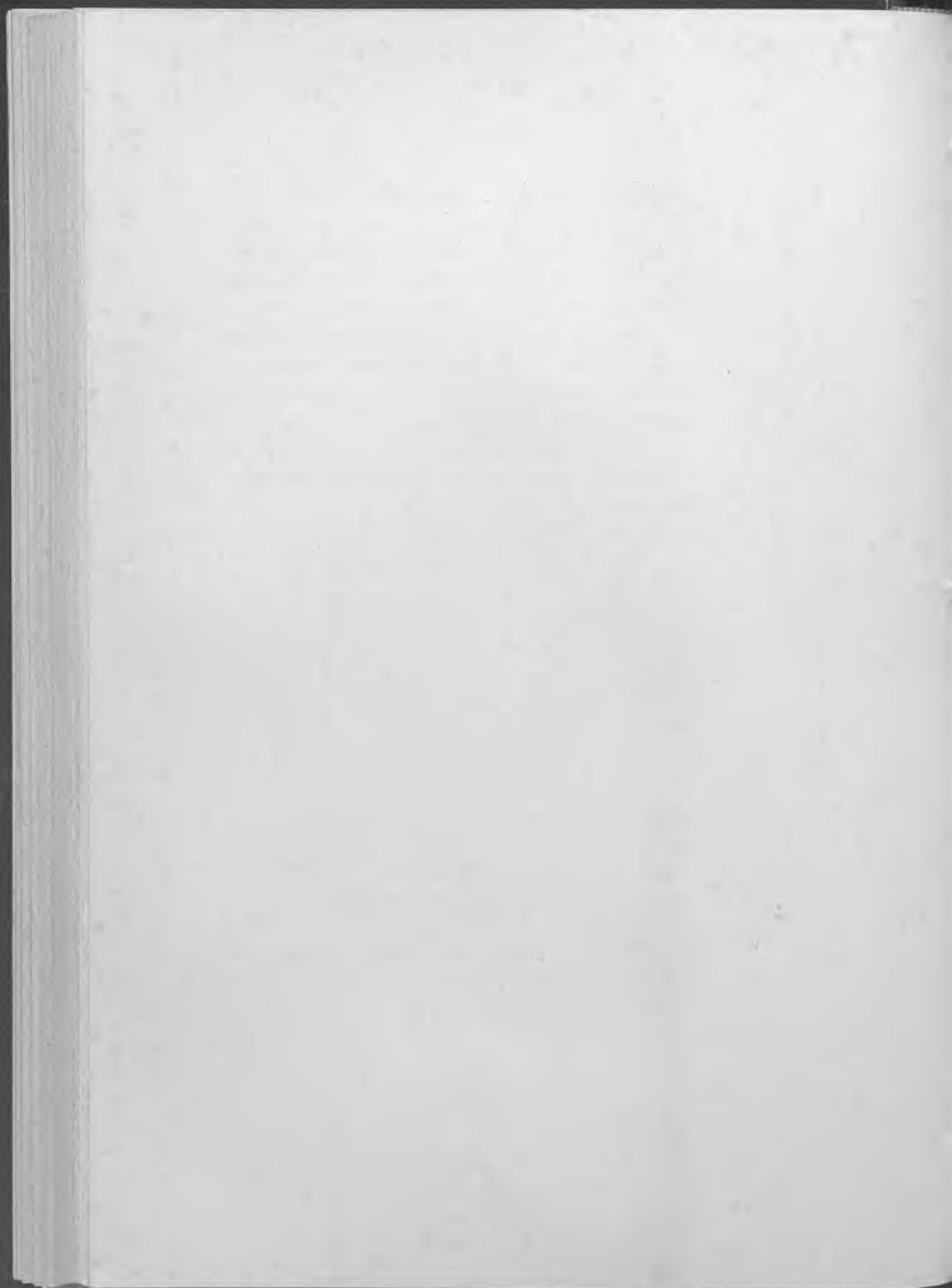
Isto, tanto mais quanto, na prática industrial e no fôro brasileiro, se alguma vez se levantara tal questão, ou se encetara tal praxe, ninguém teve ainda rebate da novidade.

A cessão da clientela, pois, em que estriba toda a máquina desta curiosa causa, não tem o menor fundamento na realidade.

Examinada á luz do direito, é um absurdo.

Apurada á luz dos factos, é uma fábula.





II

O DIREITO

§ I

FONDS DE COMMERCE E CESSÃO DE CLIENTELA

82. — Depois de contrariar a evidencia da prova, sustentando que o conde Alvares Penteado, quando fundou a *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*, a ella cedeu, com a fábrica de *Sant'Anna*, a sua clientela, a engenhosa argumentação da Autora vae desnaturar, no direito, a theoria dos *fonds de commerce*, para accommodar aos principios, que lhes regem a cessão ou venda, mal interpretados e não melhor applicados, a situação da causa.

Neste empenho, são muitos os pontos, em que, com os recursos de uma erudição abundante e es-peciosa, abre luta com a verdade. Mas todos se podem reduzir a quatro desvios capitaes.

Primeiro : o de enleiar o raciocinio num circulo vicioso, demonstrando que a cessão dos *fonds de commerce* envolve, implicitamente, para o vendedor, o compromisso de não se reestabelecer, demonstrando isso com autoridades, cuja doutrina é que a cessão dos *fonds de commerce* inimporta no

compromisso de não se reestabelecer, *quando ella se fizer com cessão da clientela*.

Segundo : o de sustentar que, no silencio do contracto, a cessão do *fonds de commerce* presume a cessão da clientela.

Terceiro : o de confundir com a situação dos *fonds de commerce* a dos grandes estabelecimentos industriaes.

Quarto : o de legitimar as clausulas de interdicção de reestabelecimento, quando estipuladas com caracter absoluto.

83. — Na sua maior parte, as autoridades invocadas para mostrar que a cessão do *fonds de commerce* importa na cessão da clientela, isto é, na interdicção, aceita pelo cedente, de se reestabelecer, o que, realmente mostram, é que se tem por assumida essa obrigação, *quando se cede o fundo de commercio COM a clientela*.

Neste sentido são, por exemplo, formaes as palavras de **LYON CAEN** e **RENAULT** :

« Como a venda de um *fonds de commerce* incluye, de ordinario, a *freguezia* (*comprend ordinairement l'achalandage*), essa venda importa na interdicção, ao vendedor, de todo o acto, que possa diminuir ao comprador a clientela.

« De modo que, se o vendedor se estabelece de novo, isto é, vae exercer commercio semelhante, perturba o comprador no goso *da coisa vendida*, e, assim, falta á sua obrigação de garantia. »

(*Traité*, 2^a ed., tom. III, nº 247, p. 173.)

Naturalmente. Porque, em taes casos, incluindo a cessão do negocio a sua clientela, *esta era uma das coisas vendidas*, e, dest'arte, na sua fruição não era licito ao vendedor turbar o comprador.

84. — Com a mesma precisão nos falla HUC :

« Quem vendeu um negocio (*fonds de commerce*) com a clientela e freguezia (*avec la clientèle et l'achalandage*), não poderia, no dia seguinte (*au lendemain*), crear um estabelecimento analogo, *ao lado do do vendedor*; porque seria reapossar-se da coisa vendida. »

(*Comm. Th. et Prat. du C. Civ.*, tom. X., nº III, p. 155.)

POUILLET, relatando arestos, escreve :

« Tem-se julgado que a cessão de um estabelecimento industrial, *com a clientela e a freguezia*, traz como consequencia, salvo convenção em contrario, tolher ao vendedor o exercicio de industria semelhante na visinhança, ou no raio das funcções do estabelecimento.»

(*Tr. des Marq. de Comm.*, 6^a ed., 1912, n. 1.114, p. 916.)

LÈBRE, extractando sentenças, regista esta decisão :

« Aquelle que cede em arrendamento um café, de sua propriedade, *com a clientela*, implicitamente se obriga, sem que seja mister nenhuma outra clausula prohibitiva neste sentido, a não fazer concorrência ao arrendatário, estabelecendo outro café *na visinhança (dans le voisinage)*.»

(*Tr. des fonds de comm.* Ed. de 1887, p. 102, not. 1.)

VALLOTTON, occupando-se com a jurisprudência suíça, ensina :

« Comme le dit un arrêt de la cour civile vaudoise (16 Jun. 1892, Troe-

bert e Uhlmann, *Journ. Tribun.*, 487, BLONAY, *Annales*, p. 30), *la fixation*, dans une cession de commerce, *d'un prix spécial pour la clientèle* équivaut à une interdiction de concurrence. »

(*La concurrence déloyale*, Lausanne, 1895, p. 158.)

FUZIER-HERMAN e DARRAS, anotando o art. 1626 do cod. civil francês, onde se define a obrigação de garantia do vendedor para com o adquirente, observam :

« Como quer que se pense das exagerações, a que tem resvalado a theoria por nós acceita, força é reconhecer que, na venda de um negocio (*fonds de commerce*), com a clientela e freguezia (*avec la clientèle et l'achalandage*), se pode considerar virtualmente contida, ainda na ausencia de qualquer estipulação formal, a prohibição de estabelecer o vendedor, na mesma localidade e *num raio breve* (*dans un rayon rapproché*), uma casa de commercio similar. »

(*C. Civil Annoté*, ed. de 1898 tom. IV, p. 85, n. 100.)

Literalmente nos mesmos termos se pronuncia o repertorio de **SIREY**, na terceira *Table Décennale*, 1882, p. 385, v. *Fonds de commerce*, nº 12.

O *Journal du Palais*, na sua quarta táboa, consigna uma decisão no mesmo sentido:

« Sentenceou-se que o vendedor de um negocio (*fonds de commerce*) de casa de pensão (*hotel meuble*), tendo incluído explicitamente na venda a clientela e a freguezia (*qui a expressément compris dans la vente la clientèle et l'achalandage*), falta á sua obrigação de garantia para com o comprador, abrindo e explorando, perto da que vendeu (*à proximité de l'hotel vendu*), outra casa de pensão. »

(*Journal du Palais*: 4.^e *Table Complémentaire*, 1902, p. 799, nº 33)

85. — Agora, batendo á porta dos italianos, eis o que nos diz **GIANNINI**, em recentissimo escripto:

« Pergunta-se se a transferencia, a qualquer titulo, da clientela implicará, necessariamente, renuncia, pelo cedente, a empreender ou continuar

o mesmo commercio, abrindo concorrência ao cessionario, ou se de tal renuncia envolverá, ao menos, presumpção. Quando se pactuar, expressamente, a abstenção do commercio, sendo esta, *comtanto que limitada* (*purchè limitata*), juridicamente válida, não se pode suscitar dúvida nenhuma. Suppondo-se, agora, não haver nenhuma convenção explicita, e ter a cessão por objecto, *declarado no contracto, unicamente a clientela* (*e che la cessione abbia per oggetto dedotto in contratto la sola clientela*), prevalece á contraria opinião a de que o cedente não pode fazer concorrência ao cessionario, visto presumir-se que, com o negocio (*l'azienda, fonds de commerce*), vendeu a clientela. »

(*Dizzion. Prat. di Diritto Privato, dir. dal. V. SCIALOJA*, vol. II, p. 82, v. *Clientela*.)

Presume-se ter assumido, com a cessão do negocio, a obrigação de não fazer concorrência ao adquirente, porque, no caso figurado, a cessão *tinha por unico objecto declarado no contracto a clientela*.

Notem bem. Não se considera a cessão da clientela como obrigação implícita á alienação da casa commercial. Deduz-se *da cessão explícita da clientela* a implícita interdicção, ao cedente, de voltar ao commercio, que cedeu.

86. — O proprio **VIVANTE**, no tópico citado pelo eminente ministro que desenvolveu o seu voto, isto é, no *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. III, n.º 1.130, ed. de 1899, não diz outra coisa.

Attendendo melhor, o illustre magistrado verá que labora em engano, por não haver, talvez, considerado bem o alcance da expressão *avviamento*, alli posta em relação com os vocabulos *azienda* e *clientela*.

Senão, vejamos :

« A venda de um negocio ou fundo commercial (*di un'azienda commerciale*), com o seu *avviamento* (1) (*col suo avviamento*), impõe ao vendedor a obrigação de subministrar ao comprador as informações, os livros e a correspondencia, de que haja mister, para conhecer os nomes e usos dos fornecedores e clientes . . . Não lhe é licito, ainda no silencio do contracto, subtrair-lhe a clientela, que lhe cedeu, abrindo um estabelecimen-

to analogo, nos logares aonde o negocio ou estabelecimento vendido estende a sua esphera de acção.» (1)

E', em substancia, a mesma coisa, que o celebre commercialista poz, com leve differença de termos, na edição posterior, vol. IV, nº 1.648, p. 163-4 :

« Tambem a venda de um fundo commercial, COM O SEU AVIAMENTO (*col suo avviamento*), (2) traz comsigo, sem precisão de mais (*senz'altro*), o compromisso de não fazer o vendedor concorrência ao comprador. »

O mais está redigido, na terceira edição, literalmente como na primeira, que o douto ministro consultou.

Ora bem. Em ambas as edições o que se estabelece, é que a transferencia da clientela, e, com esta, a interdicção, ao cedente, de competir com o comprador, se opera, quando o dono da *azienda*, do *fonds de commerce*, do negocio, o aliena *coll'avviamento*.

(1) Submetto-me ao italianismo, por não haver, entre nós, no vocabulario mercantil, expressão, que bem lhe equivalha.

(2) VIVANTE, nesta edição, sublinha, estampando em italico, o que não fizera na edição anterior, o vocabulo *avviamento*, como para accentuar a importancia da sua noção na intelligencia da regra, em cujo texto esse vocabulo concorre.

Mas que é o *avviamento*? De que elementos se fórma o seu conteúdo?

O Diccionario de SCIALOJA o define com clareza e rigor:

« *L'avviamento è appunto l'insieme, il risultato dell'accorsatura, del credito e della clientela.* »

(*Dizz. di Dir. Priv.*, vol. I, v.^o Azienda comm., p. 445, n.^o 9.)

O a que os italianos chamam, pois, *avviamento*, é o conjuncto do que elles denominam *accorsatura*, do credito e da clientela.

Com o nome de *accorsatura* se designa o complexo de elementos, que compõem o estabelecimento: os capitaes, as mercadorias, as machinas, a situação, o pessoal. (*Ibidem.*). Junte-se-lhe o credito da casa, mais a sua clientela, e teremos o *avviamento*, nos tres factores, de que elle, em sua totalidade, resulta.

Quando, portanto, se transfere todo o *avviamento*, o *avviamento* sem reserva alguma, transferida está, *ipso facto*, a clientela; visto como o *avviamento* não é senão o composto desses tres valores: *accorsatura*, credito e freguezia ou clientela.

Logo, em se dizendo que um *fonds de commerce*, uma *azienda commerciale*, se alienou *coll'avviamento*, dito está que foi, *declaradamente*, com a clientela; pois, sendo a clientela parte do *avviamen-*

to, quem ceder o *avviamento*, *sem exceptuar a clientela*, terá, *explicitamente*, incluído a clientela na venda.

Os textos de **VIVANTE**, por consequencia, não autorizam a opinião, que lhe attribue o accórdam, quando o cita,

para sustentar que « mesmo nos casos em que nenhuma referencia se faz á freguezia, se tem entendido que a freguezia é cedida ».

Tal não « ensina **VIVANTE** ». O que elle, positivamente, « ensina », é que se entende cedida a freguezia, *quando se cedeu o avviamento*, quando a venda se operou *com todo este*; porque, se a parte se abrange no todo, e com este vae, toda a vez que delle se não exclue,

a venda, *com a clausula expressa de cessão total do aviamento*, importa em venda *com a clausula expressa de cessão da clientela*.

Nesta averiguação, pois, como se vê, a causa acolhida pelo venerando accórdam não é a que leva a melhor.

87. — Mas deixemos de lado, por ora, as opiniões de escriptores, para examinar as fontes, onde

elles pretendem ter bebido, isto é, a jurisprudencia dos tribunaes, e apurarmos se esta, nas decisões invocadas, apoiam a theoria, que suppõe implicita ás cessões de *fonds de commerce* a cessão da clientela, a que estende ás fábricas a situação das casas mercantis, e a que admitte, nas restricções convencionaes da liberdade commercial, as clausulas illimitadas.

Em falta de leis precisas e especiaes que rejam o assumpto, são os arestos da justiça os que, na França e na Italia, na Belgica e na Suissa, na Grã Bretanha e nos Estados Unidos, têm construido os systemas e inspirado as soluções dominantes nesta pouco trilhada e mal illuminada zona da sciencia applicada ao direito commercial.

88. — Antes, porém, de tomar esse rumo, não nos esqueçamos de registrar os traços caracteristicos, de que nas citações, pouco ha, examinadas, já começa a revestir-se a entidade juridica indicada pela designação de *negocio* ou *estabelecimento mercantil*, *fonds de commerce*, *azienda commerciale*.

Nenhuma dellas estende os principios, que fórmula, além do circulo restricto da noção qualificada por esse nome. Mas, ao mesmo tempo, do concurso desses textos resulta, para elle, um typo já bem discernivel. Falla-se em estabelecimentos de certo genero, como o dos cafés e hoteis, cuja exploração gira num perimetro mais ou menos acanhado; e a interdicção, que se suppõe estipulada contra o vendedor, na cessão de taes negocios, allude a uma clien-

tela *de contiguidade, immediação e visinhança*, buscando limitar-se também, com estreiteza mais ou menos correspondente, quanto ao tempo.

89. — Daqui em diante continuaremos a ver, incidentalmente, enquanto não encararmos com especialidade este aspecto do assumpto, reproduzidos sempre, na caracterização do seu objecto, os mesmos traços, cada vez mais em relêvo.

Entre os autores que não exigem a clausula da cessão da clientela, para se estabelecer, nas alienações de fundos commerciaes, o direito do cessionario, contra o cedente, a que este lhe não abra concorrência, estão AUBRY e RAU, a cujo tratado classico se referem, depois, quantos, nessa maneira de sentir, com elles coincidem.

Ensinam esses laureados juristas que «o vendedor *de um fundo de commercio* não pode, ao menos *em data proxima á venda*, abrir, na visinhança, outro estabelecimento da mesma natureza ».

(*Cours. de dr. fr.* 5^a ed., 1907, tom. V, § 355, p. 76.)

Ainda aqui, pois, temos a mesma especialização, reduzida ao *fonds de commerce*, e vemos o alcance da clausula prohibitiva limitado á proximidade no tempo e, no espaço, á visinhança.

Mas, por outro lado, verificamos ensinar-se, nessa lição, a respeito dos *fonds de commerce*, a doutrina da renuncia implicita á clientela pelo vendedor.

E', sem duvida alguma, uma poderosa autoridade. Não ha-de valer, porém, num caso tão controverso como este, senão pela tradição juridica em que estribe, ou pelas razões concludentes, que allegue. Razões, alli, não as ha. Mas uma copiosa jurisprudencia, com que se annota o texto, o circumda com o prestigio mysterioso dos arestos enumerados, mas nãb transcriptos.

Esses arestos são :

Nîmes 16 dez. 47. (S. 48. 2. 627.) (1)
Lyão 23 ag. 43. (D. 49. 2. 14.)
Bord. 13 jul. 59. (D. 59. 2. 198.)
Agen 29 jan. 60. (D. 60. 2. 176.)
Lyão 25 maio 72. (D. 72. 2. 211. S. 73. 2. 181.)
Amiens 30 abr. 75. (S. 75. 2. 213.)
Riom 20 março 76. (D. 72. 2. 230.)
Argel 24 abr. 78. (S. 78. 2. 243. D. 80. 2. 7.)
Bourges 12 nov. 89. (D. 91. 2. 267.)
Paris 7 jan. 90. (D. 90. 2. 290. S. 91. 2. 21.)
Paris 3 ag. 92. (D. 93. 2. 95.)
Paris 28 maio 95. (S. 96. 2. 234.)
Cass. 18 jan. 97. (S. 98. 1. 120.)

(1) Abreviamos as citações conforme ao uso corrente. *D.* indica a *Jurisprudence Générale* de DALLOZ. *S.*, o *Recueil Général des Lois et Arrêts* de SIREY. Dos numeros que se seguem a cada uma dessas duas iniciaes. *D* ou *S*, o primeiro designa o anno, o segundo a parte do volume a elle correspondente, o terceiro a pagina. Assim, *D.* 49. 2. 14. quer dizer DALLOZ, vol. de 1849, parte 2ª, p. 14, e *S.* 48. 2. 627 significa SIREY, an. 1848, parte 2ª, pag. 627.

Estudemol-os um a um pelo miúdo. AUBRY e RAU apenas os enumeram num rol sêcco de nomes e algarismos. Mas as grandes collecções de jurisprudencia nol-os vão revelar caso por caso, dando-nos a conhecer, nos textos originaes, os factos, donde, nasce o direito, e o direito exacto, em que cada aresto se resolve.

90. — *Primeiro aresto* : Philippon c. Cagneur.
— Nîmes, 16 dez. 1847.

Philippon vende a Cagneur uma casa de negocio em papeis pintados, na rua Puits-Gaillot, Lyão, «*com a sua freguezia*», «*avec l'achalandage inhérent au commerce*». Isso em 1834. Dahi a treze annos, tendo Cagneur fallido, o vendedor abre outro estabelecimento, do mesmo genero, na mesma cidade, rua Saint Dominique. Os syndicos da massa Gagneur demandam a Philippon, reclamando perdas e damnos, e o tribunal do commercio de Lyão condemna o réu, allegando que Philippon «*dera um valor assaz elevado á freguezia*, e depois a desviava em seu proveito ».

Mas o tribunal de appellação de Nîmes, sentenciando na que para elle se interpuzera, annullou a sentença appellada, absolvendo o réu da indemnização de 2.000 frs., a que fôra condemnado.

Advirta-se bem. O negociante *vendera expressamente a clientela*, attribuindo-lhe alto valor, e, não obstante, o tribunal *ad quem* exonerou de toda a responsabilidade o vendedor, *que, a despeito desse*

contracto formal, estabelecera outra casa analogia noutra rua da mesma cidade.

Attendendo a que?

Attendendo :

1.º ao tempo decorrido ;

2.º á distancia entre os dois bairros.

E assim julgou, embora reconhecesse que, em geral, a cessão de um fundo de commercio importa na interdicção, para o cedente, do arbitrio de se reestabelecer, por entender que essa obrigação « não se pode estender além dos limites, que lhe ditam o tempo e o interesse, discretamente apreciado, dos contractantes ».

Estas palavras são daquelle accórdam, cuja substancia assim se resume no texto de Dalloz :

« Quoique en général la vente d'un fonds de commerce implique l'idée que le vendeur s'interdit le droit d'établir, *dans la même ville*, un nouveau fonds de commerce de même nature, *cependant il peut en établir un*, au moins *dans un quartier éloigné*, et alors qu'il s'est écoulé depuis la vente un laps de temps plus que suffisant pour fixer la clientèle. »

(D. 49. 2. 14.)

O principio «geral», firmado neste aresto, veda ao vendedor unicamente o reestabelecer-se « *na mesma cidade* ».

Mas a limitação, alli mesmo traçada a essa regra, o autoriza a se reestabelecer, *em sendo noutro bairro*, e medeando tempo, que baste, entre os dois factos.

Dest'arte exclue em absoluto as clausulas *de interdicção perpétua*, e lhe reduz a área ao circuito *de um bairro*.

Esse julgado, pois, em muito pouco abona a vaga fórmula dos dois celebres civilistas franceses, e á pretensão da Autora seria fatal.

91. — *Segundo aresto*: Moisset c. Rolin Lyão 28 de ag. de 1843.

Annotando o aresto precedente, diz SIREY:

« A jurisprudencia, em geral, tem consagrado este principio de que o vendedor de um fundo de commercio não pode abrir, *na vizinhança*, outro estabelecimento similhante ao que cedeu. » (S. 48. 2. 627.)

DALLOZ, egualmente, commentando a decisão, que acabamos de analysar, observa: « A jurisprudencia, ha muito, se tem pronunciado no mesmo sentido. » (D. 49. 2. 14.)

Depois, citando uma decisão de 1824, uma de 1829 e uma de 1836, que não reproduz, transcreve a proferida, em 28 de agosto de 1843, pela relação (*cour d'appel*) de Lyon.

Trata-se, neste litigio, do proprietario de um café, Moisset, que, tendo-o vendido a outro negociante, Rollin, se deu pressa em estabelecer outra casa dessas, *contigua* á primeira.

O tribunal de appellação de Lyon deu razão ao autor, «considerando que os contractos se devem executar de boa fé; — considerando que, posto o contracto celebrado entre as duas partes não contenha nenhuma estipulação expressa, pela qual se privasse Moisset de exercer, na cidade de Roanne, a profissão de cafeteiro, todavia, se lhe apraz exercel-a depois da venda que fez a Rollin, não deixa de ser obrigado a não o perturbar na legitima posse do seu contracto; — considerando que, com estabelecer outro café, *immediatamente visinho* ao que cedera a Rollin, lhe causa á sua posse Moisset uma turbação real e evidente, pois este novo estabelecimento deve ter, inevitavelmente, como resultado attrair a si uma porção, mais ou menos consideravel, dos freguezes do estabelecimento vendido; — considerando, emfim, que a circumstancia, invocada por Moisset, de que, na occasião da sua venda a Rollin, explorava o vendedor o Café Helvetico, circumstancia por ondê bem se avisava a Rollin de não renunciar Moisset á esse genero de industria, longe de combater a pretensão do Autor, milita, pelo contrario, em seu apoio, visto como dahi devia colligir elle que o vendedor se aterea ao estabelecimento do Café Helvetico, e não viria fundar outro *na visinhança* do que cedera, e era situado em bairro diverso.» (D. 49, 2. 14, nota.)

O que aqui se nos offerece, portanto, é um caso do mais grosseiro dolo. Um individuo vende a outro um negocio de estreitissimo raio, de uma clientela circumscripta, pela sua natureza, ao local onde tinha a sua séde, para se reestabelecer lado a lado, parede meia delle, com uma casa congenera. A coisa vendida era *a freguezia daquella rua e suas immediações*. O empenho de se collocar *na sua contiguidade*, para com elle competir na mesma especulação, evidenciava a deliberação assente de lhe subtrahir o que lhe vendera. A deslealdade do ardil era manifesta. Vendera, para burlar a venda, retomando ao comprador a coisa vendida.

92. — *Terceiro aresto* : Labat c. Mestural. Bordeaux, 13 jul. 1859.

E' uma cessão de *fonds de commerce*, com a cessão, *não tácita, mas expressa*, da clientela.

Labat e Mestural, dissolvendo a sociedade, que entre si tinham, sobre o *commercio de novidades*, convencionaram, muito antes do seu termo ajustado, que Mestural fosse, na liquidação da casa, a elle confiada, o cessionario do seu activo e passivo, com direito ao goso « *de toute la clientèle et de l'achalandage.* »

Foi este direito, *explicito* na convenção, o que a *cour d'appel* de Bordéus manteve na sentença indicada, cuja substancia o resumo official do julgado assim condensa :

« O associado, que, dissolvida a sociedade, abandona ao seu consocio *o fonds de commerce com o material* E A FREGUEZIA (*l'achalandage*), mediante certa e determinada quantia, é obrigado a respeitar nelle o goso pacifico do negocio cedido, e, pois, não lhe pode assentar *na vizinhança* um estabelecimento similhante, bem que nenhuma clausula do contracto lho prohiba.» (D. 59. 2. 199.)

O texto do julgado exprime-se ainda mais incisivamente:

« Considerando que Mestural e Labat *não se limitaram*, nos termos das convenções precitadas, a liquidar a sua antiga sociedade...; longe disso Labat vendeu, realmente, a Mestural os seus direitos sobre a coisa commum, E ESPECIALMENTE SOBRE A CLIENTELA E FREGUEZIA *que constituíam toda a sua vantagem (et spécialement sur la clientèle et l'achalandage, qui en composaient tout l'émolument)*;...

« Considerando que a Labat incumbe, naturalmente, assegurar a

fruição tranquilla das vantagens, que mediante o preço acceito, lhe cedeu, assim como que contraveio, manifestamente, a essa obrigação, fundando, *na visinhança* do estabelecimento sobre o qual alienou os seus direitos, outro da mesma natureza, e arredando-lhe assim *a clientela e freguezia, ás quaes renunciara*, embolsando-lhes o preço.» (D. 59. 2. 199.)

Assim que, na hypothese, havia, no contracto, *clausula formal, que alienava a clientela*.

Logo, o aresto não sustenta a opinião de AUBRY e RAU, cuja these é que a *ausencia da clausula formal no contracto* não exclue a cessão da clientela.

93. — *Quarto aresto*: Farges c. Pers Frères. Agen 20 de junho, 1860.

O extracto do aresto, que o resume no cabeçalho, nos mostra logo a divergencia entre o julgado e a theoria da cessão implicita da clientela :

« La vente du fonds de commerce *avec l'achalandage* » (COM A FREGUEZIA) « emporte de plein droit, en vertu de la garantie due à l'acquéreur, la prohibition d'établir, ou de favoriser, *dans la même ville*, une maison rivale. » (D. 60. 2. 177.)

Os considerandos principaes do accórdam nos patentearão a sua verdadeira doutrina. Considerando, argumenta elle,

« que, em materia de venda commum, a garantia é de direito, não sendo formalmente excluida, e que o mesmo, evidentemente, acontece, quando se vende um fundo commercial COM A FREGUEZIA (*avec l'achalandage*);

« que Pers Frères, negociantes em Clairac, associados no commercio de tapeçarias e novidades, cederam, em 1858, a Farges o seu negocio (*fonds de commerce*) COM A FREGUEZIA (*avec l'achalandage*). . .

« que, pouco tempo depois, em 1859, abriram em Clairac, *defronte* (*em face*) da loja de Farges, e sob o nome de Emile Pers Filho, um delles, uma casa de novidades, tapeçarias e lanifícios, de todo em todo semelhante á que haviam vendido; . . .

« que, dest'arte, entre elles se estabeleceu um concerto fraudulento, afim de prosperarem a nova loja em detrimento da cedida a Farges;

« que a concorrência desleal, assim aberta a Farges, lhe foi extremamente nociva ;

« que essa concorrência lhe absorveu, dentro em poucos mezes, a maior parte da sua clientela, e lhe causaria mal irreparavel. » (D. 60. 2. 177. S. 74. 1. 197.).

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 negocio de varejo, limitado, pelo seu character, a exigua zona de acção mercantil, e, mezes depois, vae estabelecer-lhe *defronte* uma loja rival.

A deslealdade na concorrência não podia estar mais caracterizada. Nesta consideração é que se firma o accórdam. Mas, lado a lado com ella, invoca, egualmente, a de que havia uma subtracção *de clientela vendida*, por terem os réus *convencionado expressamente*, no contracto, *vender a clientela*.

Ainda com este aresto, portanto, nada tem, a que se arrime a proposição de AUBRY e RAU.

94. — Apreciando essa decisão os annotadores do repertorio Dalloz, com a sua grande autoridade, observam :

« Na especie actual diz o aresto que quem vendeu um negocio com

A SUA FREGUEZIA, não pode estabelecer, ou proteger, *na mesma cidade*, uma casa rival.

« Tomada em si mesma, porém, esta decisão parece sobremodo absoluta. Aquelle que, numa grande cidade, como Lyão ou Marselha, tendo vendido um negocio A RETALHO (*un fonds de commerce en détail*), situado numa extremidade, fosse estabelecer outro na opposta, não teria quebrado a sua obrigação de garantia. Não seria assim, porém, se a venda occurresse numa cidade pequena, cuja população, pouco numerosa, não pudesse alimentar uma casa rival, sem detrimento da primeira, ou se, como na especie vertente, a casa rival se estabelecesse nimiamente perto do estabelecimento vendido.

« Ha, portanto, em cada hypothese, uma apreciação que fazer das circumstancias particulares, nas quaes se suscita o litigio. »

(D. 60. 2. 176, not. 3.)

Por aqui se vê:

1.º que, nesses julgados, construindo-se a theoria juridica dos *fonds de commerce*, nunca se cogitou senão do negocio *a retalho* ;

2º que a lei da prohibição da concorrência do vendedor ao comprador, instituida pela jurisprudencia a tal respeito, se encerra em um circulo de raio muito curto, cuja extensão, em cada cidade, variará com a superficie desta e a importancia do consumo, não havendo rivalidade illegitima, senão *quando a proximidade puzer em conflictu as duas casas, e a clientela da segunda só se puder estabelecer, absorvendo a da primeira.*

Appliquem-se estes criterios ao caso dos autos, e, ainda mesmo que o forcemos a caber na categoria dos *fonds de commerce*, a pretensão da Autora não resiste ao menor exame.

95. — *Quinto aresto* : Martin c. Blanchet. Lyon 25 maio, 1873.

Blanchet, commerciante estabelecido com uma casa de roupas de senhoras (*confections pour dames*), vende o seu negocio a Martin, e depois se reestabelece, com o mesmo commercio, na mesma cidade. No contracto se *declaravam vendidas a freguezia e clientela.*

Dahi o pleito, que a *cour d'appel* de Lyão resolveu, negando a Blanchet o direito de abrir casa daquelle genero, *não em toda a cidade*, como pedia o autor, *mas dentro em certa extensão della.*

Reduzindo a estes limites a condemnação demandada, « por se opporem os principios, que regem a liberdade do commercio », á latitude, que se pretendia no libello, o accórdam precisa a sua doutrina, estabelecendo

« que, em these geral, o associado, que vende ao seu consocio um *fonds de commerce* COM A FREGUEZIA E CLIENTELA (*avec l'achalandage et la clientèle*), e mediante um preço averbado a essa freguezia e a essa clientela, é obrigado a assegurar ao seu comprador o goso do negocio vendido ;

« que, assim. por applicação da lei geral, o socio vendedor não pode ser autorizado a crear, *na vizinhança* (*dans le voisinage*) do vendido, outro estabelecimento semelhante ;

« que esta solução deve prevalecer ainda mais na especie, onde a commun intenção das partes, verificada pelo concurso das clausulas da convenção e por todos os documentos adduzidos no pleito, foi que o cessionario adquirisse a freguezia e clientela. . . . »

Por estes motivos, reformando a sentença appellada, a côrte íntima o réu a não fundar negocio igual, em Lyon, « *no espaço abrangido entre* » taes e taes ruas. (D. 72. 2.211.)

SIREY extrae a essencia desta decisão nestes termos :

« O vendedor de um *fonds de commerce* NÃO se suppõe ter, *meramente pelo facto da venda*, renunciado ao direito de fundar e explorar outro estabelecimento semelhante.

« E', até, direito seu abrir o novo estabelecimento *logo após a venda*.

« Mas não o pode fundar *na vizinhança do* estabelecimento vendido. »

(S. 73. 2. 180.)

O que neste accordam se decide, portanto, é, materialmente, a *antithese* da theoria, em defesa da qual os dois insignes mestres franceses o invocam.

96. — *Sexto aresto*: Quentin c. Flan. Amiens 30 abril, 1875.

Trata-se de uma padaria, que, fallindo-lhe o dono, entrou em liquidação, com a massa dos seus bens, sendo adjudicada a um dos credores, com a menção

expressa, no acto de adjudicação, de que o era COM A CLIENTELA: « Le fonds de commerce sus-désigné, *l'achalande* attachée au dit fonds de commerce, LA CLIENTÈLE en dépendant étaient adjudgés à l'intimé moyennant le prix de 3.000 francs. »

Dahi a dias, porém, o fallido alugava um predio *na mesma rua, a menos de vinte e cinco metros do outro*, para estabelecer, como estabeleu, uma padaria. Foi isto o que as justiças de Amiens não consentiram, vedando ao infractor dos termos da adjudicação o estabelecer-se com padaria *a menos de quinhentos metros* da outra. (S. 75. 2. 213.)

Tal a decisão confirmada pela relação de Amiens no accórdam que AUBRY e RAU alistam no seu rol, e que, bem se está vendo, longe de os apoiar, os contradiz absolutamente ; porquanto, no acto judicial de transferencia da padaria, *era formal a clausula de adjudicação da clientela*.

Quanto ao mais, os mesmos caracteristicos dos casos precedentes: mero *fonds de commerce*; casa rival estabelecida *na mesma rua*, a vinte e cinco metros ; interdicção judicial de se reestabelecer o cedente numa extensão apenas *de quinhentos metros*.

97 — *Setimo aresto*: Weitz c. Kissel. Riom 20 março 1876.

O accórdam, nesta causa, começa por alludir á norma de que «a alienação de um estabelecimento commercial ou industrial abrange, de sua natureza, como dependencia directa, a clientela ou freguezia a

elle adherente, quando a não exceptuar reserva alguma, estipulada pelo vendedor».

Mas será esta a noção, que o tribunal applica ao caso, e que lhe serve de base ao julgado? Não: é apenas o a que os juristas inglezes e americanos chamam um *obiter dictum*, a saber. uma observação feita, ou uma opinião exprimida pelo tribunal, de passagem, na sua sentença acerca do caso, e que, vindo incidente ou collateral, e não directamente sobre o objecto da questão (1), não serviu para a resolver, e, portanto, não cria jurisprudencia, desde que não constitue coisa julgada.

Foi, realmente, com fundamentos de todo o ponto alheios a essa consideração que o tribunal *ad quem* decidiu o recurso para elle interposto.

Dessa maneira se pronunciou, com effeito, a *cour d'appel*, attendendo, antes de mais nada, a que,

« na especie a ella submettida, as circulares e annuncios divulgados pela imprensa, os quaes precederam á venda solemne, em 31 de outubro de 1871, por Moussy e Kissel Pae a Weitz, da cervejaria do Chatelêt, *a designavam todos, em termos expressos, como possuidora de solida e excellente clientela*; que esta era uma vantagem de monta, parti-

(1) BLACK: *A Dictionary of Law*, ed. de 1891, p. 838.

cularmente destinada a attrair compradores; que nella, pois, manifestamente, consistia um dos primeiros elementos de bom exito encarados por Weitz, ao adquirir a casa; resultando, aliás, de mais a mais, dos documentos do pleito que *a clientela* da cervejaria do Chatelêt se achava, em geral, agrupada num ambito pouco extenso em volta de Montluçon, e, assim, tanto mais estreitos e faceis de manter eram os laços, que a prendiam ao estabelecimento. »

A estas considerações, por outro lado, se acrescentava que

« a importancia do preço de aquisição, a que Weitz se obrigou, concorre, ainda, para mostrar que *elle contara com essa freguezia*, e, á vista disto, em vão se invoca o silencio do acto de venda, para negar a cessão. »

(D. 76. 2. 230.)

Com essas circumstancias, especialmente com a do relevo dado pelo vendedor, mediante a mais larga publicidade, á consideração de que o negocio posto á venda gozava de optima clientela, bem vinculada á casa, demonstrou a sentença que o pro-

prietario desse estabelecimento com elle offercia á *venda*, nos mais claros termos, *a sua freguezia*. Dest'arte *a cessão da clientela estava manifesta*, pelos termos da offerta, no contracto que ella determinou, e, assim, embora não explicito na sua letra, nelle estava implicitamente, não pela força de um principio geral, mas pela intenção óbvia dos contraentes.

Assentada, com esta evidencia, a premissa de que a venda envolvera, *por acto intencional de ambas as partes*, a cessão da clientela, daqui é que veio a concluir, em seguida, o accórdam não poder o réu abrir a concorrência, que abriu, ao comprador. »

A esse resultado chegou, allegando, então, que todo o vendedor se obriga a « não diminuir o valor *da coisa vendida* »; que esta garantia, imposta ao vendedor, « tem como primeiro objecto a posse da coisa vendida »; que essa posse, turbal-a-ia, no caso, o vendedor, retomando o que cedera, e, especialmente, desviando, em seu beneficio, para um estabelecimento seu, « *no mesmo lugar*, a clientela *transmittida ao adquirente*. »

98. — Vendida estava, com effeito, na hypothese, a clientela, desde que as circulares e annuncios do offertante encareciam a clientela do estabelecimento como relevante elemento do seu valor, para chamar concorrentes á compra; e, se esse elemento entrou na offerta, implicitamente havia de ter entrado

no assentimento, que a converteu em contracto bilateral.

Porém, se a clientela se vendeu, não, no caso, por ser subentendida tal venda nas alienações de estabelecimentos commerciaes, *mas por ser visivel no contracto a clausula de accordo mútuo entre os outorgantes sobre a cessão da freguezia*, claro está que este aresto não suffraga a opinião dos que reputam inherente a todas as alienações de casas commerciaes, independentemente de convenção entre as partes, a alienação da clientela.

99. — Tanto assim é que, em seguida, o accórdam accrescenta :

«Se ao vendedor se pode admitir que estabeleça, *em certos casos (dans des cas donnés)*, uma industria concorrente da que alienou, entendendo-se que, assim, não viola a sua obrigação de garantia, tal acto não será jamais legitimo, nem se legitimou nunca, senão na ausencia total de factos deliberadamente nocivos ao comprador e, por isso mesmo, incompatíveis com a boa fé commercial.»

Ora, prosegue o julgado,

«evidentemente, é inadmissivel essa boa fé, quando o vendedor esta-

beleceu a concorrência nas proximidades do seu antigo estabelecimento, e, *sobretudo, quando usa de meios dolosos*, afim de reservar ou reaver a clientela, que cedeu.»

(D. 76. 2. 230-31.)

Portanto, nesse aresto, as razões de julgar são :

1º) *O dolo* palpavel do vendedor, que, na continuação do accórdam, se esmerilha circunstanciadamente ;

2º) A concorrência aberta a uma casa de cerveja com o estabelecimento de outra rival, pelo vendedor, *na visinhança* :

3º) *A presença*, tácita, mas *clara e innegavel*, no contracto, da *clausula de cessão da clientela*.

100. — *Oitavo aresto* : Lagey c. Benet. Argel 24 abril, 1878.

O transumpto que precede o accórdam, assim em **DALLOZ**, como em **SIREY**, accentúa, logo ás primeiras palavras, o traço característico de que, no caso julgado, a cessão do estabelecimento commercial *incluira claramente a clausula de alienação da clientela*. (D. 80. 2. 7. S. 78. 2. 243.)

Em **DALLOZ** resa elle assim :

«La vente d'un fonds de commerce *avec la clientèle et l'achalan-*

dage emporte implicitement la prohibition, pour le vendeur, d'établir, dans la même ville *et dans un rayon rapproché*, une maison rivale faisant concurrence à celle qui a été cédée.»

Em SIREY. egualmente:

«La vente d'un fonds de commerce *avec la clientèle et l'achalandage*, etc. . . . »

Era de um hotel que, na especie, se tratava. Falindo Benet, seu proprietario, os syndicos venderam o estabelecimento aos irmãos Legey. Essa venda, atesta o accórdam pronunciado pela relação de Argel,

«comprenait EXPRESSÉMENT le matériel de l'hôtel, les marchandises, L'ACHALANDAGE, LA CLIENTÈLE.»

(S. 78. 2. 243. D. 80. 2. 7.)

Tanto basta, para se ver que o aresto não podia ser invocado, como é, em sustentação da theoria, que suppõe a cessão do estabelecimento, quando não ha *clausula de cessão da clientela*.

Ora, tendo sido vendida a clientela *explicitamente*, por menção no contracto, não ha dúvida ne-

nhuma que o vendedor não podia abrir concorrência ao negócio vendido.

Fel-o elle, porém, e com as aggravantes relatadas na sentença: « Dias depois de obtida a concordata, abria Benet, em Bone mesmo, *num raio apenas de cem metros* do hotel vendido, um estabelecimento rival, e, para caracterizar ainda mais a concorrência, appellava, mediante larga publicidade, *para a sua antiga e numerosa clientela.*» (DALLOZ: *ibid.* SIREY, *ib.*).

Tudo isso, em summa, actuou, para a decisão, no espirito dos julgadores. Mas o motivo capital do julgado, elles o accentuam no facto « DE LA CESSION FORMELLE DE LA CLIENTÈLE ET DE L'ACHATLANDAGE.

Dahi é que

« resulta, para o tribunal, a prova de que o contracto da venda prohibia implicitamente ao antigo dono do Hotel de l'Orient estabelecer em Bone, *a uma distancia tão breve*, um hotel rival. » (D. 80. 2. 7. S. 78. 2. 243.)

101. — Da cessão da clientela, que é formal, aqui se subentende a interdicção da concorrência. Ao passo que, na lição de AUBRY e RAU, a interdicção da concorrência *emana directamente* da venda, embora no contracto se não exprima a cessão da clientela.

Mais uma vez caiu em falso a citação dos egre-
gios mestres. Diversamente do que elles ensinam, o
que a jurisprudencia deste caso estabelece, é que o
vendedor não se pode reestabelecer, *quando, por
clausula expressa no contracto, alienou especial-
mente a clientela.*

E SIREY, annotando esse julgado, nol-o dá
como a expressão da jurisprudencia até aquella
data :

« La jurisprudence, *dans son der-
nier état*, paraît inclinée dans le sens
de la solution du présent arrêt. »

(S. 78. 2. 243, not. 1.)

102. — *Nono aresto* : Daumy c. Société Ano-
nyme des Ciments etc. Bourges 12 nov. 1889.

Comquanto, neste caso, o julgado reconheça
como subentendida, nas alienações de casas commer-
ciaes ou industriaes, a obrigação de não abrir o ven-
dedor concorrência ao negocio vendido, o traço ca-
racteristico do pleito está em que, no acto da aliena-
ção do estabelecimento, se estipula, não apenas sob
a forma equivalente de *cessão da clientela*, mas *por
declaração categorica*, o compromisso de evitar o
alienante qualquer participação, directa ou indirecta
numa industria concorrente.

E' sobre um estabelecimento industrial que
versa, aqui, a demanda. Mas, na especie, o réu appel-
lante (Daumy) assumira, terminantemente, a obriga-

ção de não competir com a companhia. Eis a prova, inserta na sentença appellada, que a relação de Bourges confirmou :

« La clause relative à l'engagement pris par Daumy, clause essentielle dans l'espèce, est ainsi conçue :
« Mr. Daumy *s'interdit formellement, pendant toute la durée de la société, toute participation, directe ou indirecte, à une industrie ou entreprise concurrente.* »

(D. 91. 2. 268.)

Verdade seja que esse julgado, como aliás começamos por dizer, foi mais longe, subscrevendo a opinião da renuncia implicita á clientela nas cessões de estabelecimentos mercantis ou industriaes. Mas, levada a esta extremidade, a doutrina desta sentença não foi acolhida senão com reservas. Os arestistas de **DALLOZ**, autoridades summas na apreciação da jurisprudencia franceza, dizem que « a solução alli adoptada não pode soffrer dúvida, *em havendo compromisso*, assumido pelo cedente, *de evitar qualquer participação numa industria similar.* »

Accrescentam, porém, a condição de que (*pourvu, toutefois, que*) « esse compromisso *não seja illimitado quanto ao tempo e ao lugar* », affirmando que, « justamente porque, na especie, a obrigação contraida parecia incursa nesse vicio, foi que os jui-

zes invocaram os principios geraes em materia de garantia. »

Notam, em seguida, ser «*delicada* a questão de saber se, *na ausencia de clausula expressa*, a venda de um *fonds de commerce* implica, de si mesma, a interdicção absoluta, ao vendedor, de se entregar a commercio ou industria semelhante. »

Mas advertem, categorica e incisivamente, ser

«de evidencia que essa questão só se poderá suscitar NOS CASOS, EM QUE A VENDA CONTIVER A FREGUEZIA E A CLIENTELA. »

Por outra: quando o vendedor, com a venda, não houver convencionado a transferencia da clientela, não estará sujeito a obrigação nenhuma de não concorrer com o estabelecimento vendido, na industria que este explorar.

103. — *Decimo aresto*: Veyrac c. Vernier. Paris 7 janeiro, 1890.

Proprietario de uma casa de pensão (*un fonds d'hotel meublé*), sito em Paris, avenida Friedland, Vernier o vendera aos esposos Veyrac, incluindo na venda, alem do material, *a clientela do estabelecimento*. Longe, porém, de satisfazer á obrigação, em que se empenhara, vendendo, *em termos formaes*, a cli-

entela, de não abrir concorrência ao estabelecimento vendido, fundou, *em quasi contiguidade com elle*, pouco depois, uma casa da mesma natureza.

Taes os motivos, que originaram, e não poderiam deixar de lhe originar a condenação pela citada sentença, da *cour d'appel* de Paris, cujos fundamentos dominantes são estes:

« Considerando que, mediante o acto de 14 de dez. de 1867, registrado, Vernier, vendendo aos esposos Veyrac o *fonds d'hotel meublé* conhecido sob o nome de Hotel Friedland, que havia muitos annos explorava, na avenida Friedland, 45, Paris, LHES VENDEU EXPRESSAMENTE a *clientela e freguezia* do dito hotel, as quaes representam parcella muito avultada na somma de 75.000 frs., em que se fixou o preço total da venda;

« Considerando estar provado que Vernier, *quasi logo após a venda*, abriu e entrou a explorar, elle mesmo, uma *maison meublée* na casa n.º 43 da Avenida Friedland, com fachada para esta avenida, isto é, num immovel *imediatamente visinho* ao onde se explorava o negocio vendido, e de

que não se separa senão pela rua de Chateaubriand. »

(D. 90. 2. 290. S. 91. 2. 21.)

No caso, pois, houve, na venda, *clausula positiva, formal, de transmissão da clientela* e quebra material desse ajuste pela concorrência escandalosa, com que o vendedor, logo depois do contracto, o affrontou, estabelecendo uma casa rival a dois passos da outra.

E' o que no resumo de **SIREY** se acha accentuado assim :

« Le vendeur d'un fonds de commerce d'hotel meublé, *qui a expressément compris dans la vente la clientèle et l'achalandage* du dit hotel, manque à l'obligation de garantie, qui lui incombe envers son vendeur, en ouvrant et exploitant lui-même, à proximité de l'hotel vendu, un nouvel hotel meublé. »

(S. 91. 2. 21.)

104. — A doutrina é inquestionável. Mas está bem longe de favorecer a sustentada por **AUBRY** e **RAU** ; visto que a do accórdam francês assenta na condição da *clausula expressa*, e a desses dois auto-

res, ao contrario, considera *implicita*, nas cessões de estabelecimentos commerciaes, a cessão da clientela.

A decisão da *cour d'appel* de Paris reformava a do tribunal do Sena; e os annotadores de **SIREY**, apreciando uma e outra, dizem que a *jurisprudencia*, não obstante algumas sentenças noutro sentido,

« tend à admettre, contrairement au jugement du tribunal de la Seine, que *la vente d'un fonds de commerce n'entraîne pas nécessairement, en l'absence d'une convention spéciale, l'interdiction de fonder un établissement similaire.* »

E' a doutrina diametralmente opposta á de **AUBRY** e **RAU**, segundo a qual, « *même en l'absence de toute stipulation expresse, les règles de la garantie interdisent au vendeur tout acte de nature tendant à diminuer l'achalandage du fonds qu'il a cédé.* » (*Cours*, v. V, p. 77, not. 1.)

Ao revez, portanto, do que ali nos ensinam os dois abalizados civilistas, a corrente dos julgados, em França, pelo menos até 1890, anno em que se escrevia essa nota no repositório de **SIREY**, não accetava o systema, que subentende a cessão da clientela nas alienações de estabelecimentos commerciaes.

Vejamos se depois teria tomado essa corrente outro rumo.

105. — *Undecimo arresto*: Destrez ès qualités c Chauvot. Paris 3 ag. 1892.

Sobre este caso não ha senão o accórdam, mui succinto, no qual a *cour d'appel* de Paris condemnou o réu, considerando

« que, se, ao tempo da venda, Chauvot não estipulou, em termos expressos, não se poder Beker reestabelecer com o mesmo commercio *nas immediações (aux alentours)* da casa vendida, a interdicção de o fazer resulta, virtualmente, do proprio contracto de venda, e que, estando o vendedor submettido á obrigação de assegurar ao comprador a posse tranquilla da coisa vendida, era, por isto mesmo, defêso a Beker crear, *a alguns passos apenas (à quelques pas seulement)* do estabelecimento vendido, outro estabelecimento, mediante o qual lograsse captar a sua antiga clientela, desaposando, assim, indirectamente, o cessionario.»

(D. 93. 2. 95.)

Nada mais, alem disto, se contém no julgado senão o dispositivo terminal. Mas, atravez do seu extremo laconismo, transparece claramente o estreito

alcance de uma decisão, cujos termos limitam a regra da interdicção virtual da concorrência aos casos, nos quaes o novo estabelecimento se localize em visinhança tão proxima ao outro (*à quelques pas*), que importe em visível manobra fraudulenta, para burlar a venda.

106. — O interessante, a respeito deste julgado, está no seu commentario pelos annotadores de **DALLOZ**, que, a esse proposito, alli põem a questão: « Bastará o *principio da garantia* em materia de venda, para envolver, *de pleno direito e sem convenção*, nas vendas de estabelecimentos commerciaes, a prohibição, ao alienante, de abrir concorrência ao negocio vendido, estabelecendo-lhe outro *na visinhança* (*à proximité*), identico ou semelhante? »

Como se vê, a questão restringe-se ás hypotheses *de proximidade* entre o novo estabelecimento e o anterior, não se considerando, pois, que tal presumpção abranja os casos, em que não ocorrer a circumstancia da visinhança.

A resposta, dada em Dalloz ao seu proprio quesito, divide-se em dois membros, ambos de uma relevancia grande para a nossa discussão.

No primeiro eis o que se estabelece :

« A jurisprudencia das côrtes de appellação propende a decidir que envolvem implicitamente interdicção, aos

vendedores, de se reestabelecerem *na vizinhança* as vendas de estabelecimentos *de freguezia de situação* (*à achalandage* *), taes como *os cafés, os hoteis garnis, as casas de commercio a retalho* (*les fonds de commerce en détail*). »

Nestes limites se estreita a jurisdição do principio invocado nesses arestos. Mas, ainda circumscripto a taes raias, só as côrtes de appellação o admittiam: a côrte de cassação decide em sentido oposto.

E' DALLOZ quem nol-o attesta :

« Mais la cour de cassation juge plutôt dans le sens contraire ; tout au moins, elle n'admet pas que la vente entraîne nécessairement, en l'absence de conventions spéciales, l'in-

(*) Traduzimos *achalandage* por *freguezia de situação*, em falta de melhor equivalente, para significar a clientela dos estabelecimentos, a que se refere DALLOZ. « Qu'est-ce, en effet, que l'*achalandage* ? Je le définirai la faveur dont un fonds de commerce jouit auprès du public. C'est là ce qu'exprime clairement l'expression correspondante italienne *avviamento*. Um *negozio bene avviato* signifie une *boulique fréquentée*. » J. VALERY : *Annal. de Dr. Comm.*, t. XVI, 1902, p. 272. Nos estabelecimentos de que se trata, a clientela se traduz na presença, na frequência, na assiduidade dos freguezes, attraídos em boa parte pela situação da casa. E' uma clientela de localidade, que, mudada esta, rareia, ou desaparece.

terdiction dont il s'agit, reconnaissant seulement aux juges du fond le droit d'apprécier, à cet égard, l'intention des parties. »

(D. 93. 2. 96, not. — *Jurisprud. Générale. Supplém.*, tom. IX, p. 367, n° 123.)

107. — *Duodécimo aresto*: Richard c. Richard Paris, 28 maio 1895.

O dono de uma casa de instrumentos de optica, tendo-se obrigado, quando vendeu o seu estabelecimento, *por clausula formal e absoluta*, a não commerciar mais nesse genero de productos, faltou ao compromisso, estabelecendo outro negocio da mesma natureza.

A *cour d'appel* de Paris, julgando nulla essa clausula, por contrária, dado o seu caracter absoluto, á liberdade industrial, condemnou, todavia, o réu, em nome do principio geral da garantia do vendedor ao comprador, mas restringindo esta norma, no assumpto, aos casos. em que a posse do adquirente for turbada *por actos dolosos* do cedente:

« Cette nullité ne peut, dans tous les cas, s'entendre d'une façon tellement absolue, qu'elle puisse avoir pour conséquence de soustraire le vendeur à toute garantie, de le délier de toute

obligation vis-à-vis de l'acheteur, *en laissant* celui-ci exposé, sans aucun recours possible, *aux suites dommageables d'actes de concurrence dolosifs ou quasi dolosifs.*»

(S. 96. 2. 234.)

108. — *Décimo terceiro aresto*: Hannoteau c. Michelin. Cass. 9 fev. 1898.

Trata-se de um estabelecimento industrial, em cuja venda o vendedor se obrigara, *expressamente*, a não se interessar em outros de genero semelhante. A clausula foi argúida, pelo estipulante, de nulla, por illimitada. Mas tendo os juizes competentes na questão de facto julgado que, nas circumstancias do litigio, a clausula impugnada não revestia esse caracter, a côrte de cassação condemnou o réu, alludindo, *numa linha apenas da sentença*, á prohibição de concorrência como corollario da obrigação de garantia nas alienações de estabelecimentos commerciaes. (S. 98. 1. 123.)

Mas o repertorio de **SIREY**, em nota a esta decisão, mostra que ella discrepava da jurisprudencia creada, neste assumpto, pelo tribunal supremo:

« Se consultarmos as várias decisões proferidas pela côrte de cassação nesta materia, teremos de concluir que a venda ou licitação de um esta-

belecimento commercial *não acarreta necessariamente, na ausencia de convenções especiaes, a interdicção, ao alienante, de fundar, mais tarde, estabelecimentos semelhantes*; incumbindo aos juizes da causa verificar soberanamente a intenção das partes.»

(S. 98. 1. 121.)

109. — Taes as decisões invocadas por **AUBRY** e **RAU** e alguns outros autores, que lhes seguem a lição. Na sua maior parte, ellas contradizem a doutrina, em cujo apoio se allegam; e as duas ou tres que, realmente, a favorecem, é restringindo, com importantes limitações, o alcance da norma, sempre controversa, a que se arrimam.

Desses treze julgados, não menos de *onze* respeitam a cessões de estabelecimentos mercantis, nas quaes se consignava, *em clausula declarada*, a transmissão da clientela, ou a interdicção formal, ao alienante, de se reestabelecer em negocio analogo ao vendido. Numa, essa estipulação resultava *materialmente* das circumstancias dominantes na offerta da venda e na elaboração do contracto. De modo que *só num caso* havia ausencia de qualquer convenção tocante á freguezia do commercio transferido.

Em quasi todas as especies, com duas ou tres excepções apenas, o novo estabelecimento; ora proximo, ora visinho, ora quasi contiguo, ora conti-

guo, aqui a poucos metros, alli fronteiro ao antigo, denotava, nesta circumstancia intencional, da parte do vendedor, o cálculo evidente de absorver a clientela do negocio alienado, sendo ella, pela natureza deste, uma clientela de situação, uma clientela de visinhança, ou uma clientela de passagem. (1)

Assim, o que esses accórdams, realmente, estabelecem, vem a ser:

Primeiro: que « as vendas *d'établissements à achalandage*, como os cafés, os *hoteis garnis*, os estabelecimentos *de commercio a retalho*, envolvem, de si mesmas, a prohibição, ao cedente, de se estabelecer *na visinhança*. » (DALLOZ: *Supplément au Répert.*, tom. IX, p. 366, n.º 123.)

Segundo: que « a cessão de um *fonds de commerce*, SE ESTE FOR ALIENADO COM A CLIENTELA, importa a obrigação, para o alienante, de não exercer commercio analogo, quando menos no raio commercial do estabelecimento vendido. » (*Pandectes*

(1) *Pandectes Belges*, v.º II, vº *Achalandage*, col. 667, n.º 2. — Edm. PICARD: *Traité de l'indemnité due à l'exproprié*, t. II, p. 97 e segs.

E' o que se dá sempre com os cafés, as barbearias, os *hotels meublés*, *hotels garnis* ou *maisons meublées* e, em geral, as casas de negocio a retalho.

Belges., v.^o *Clientèle*, n.^o 22, vol. XIX,
col. 977.)

Ora nenhuma destas soluções apoia a theoria da cessão implicita, como regra geral, nas alienações de estabelecimentos commerciaes ou industriaes, e muito menos legítima a pretensão da Autora, que, aliás, ainda liquidado a seu favor este ponto, naufragaria noutros escolhos irreductiveis, dos quaes ao deante nos occuparemos.

110. — Mas, afóra esses arestos, cuja discussão acabamos de esgotar, restam ainda alguns, indigitados, noutros escriptos, como propicios á mesma theoria, e com os quaes ella tambem não triumphava.

Convem analysal-os, para deixar completo o trabalho da nossa defesa.

Eis os arestos, a que alludimos :

Montpellier 26 jul. 44. (D. 45. 4. 335.)

Cass. 21 jul. 73. (S. 74. 1. 217.)

Lyon 18 jun. 95. (S. 95. 2. 302.)

Cass. 4 fev. 901. (*Pand. Périod.* 902. 1. 448.)

Paris 18 abr. 901 (S. 905. 2. 14.)

Cass. 27 março 905. (S. 906. 1. 508.)

111. — *Primeiro aresto*: Lenoir c. Fabre. Montpellier 26 jul. 1844.

Fabre, tendo cedido a Lenoir um café, que explorava na praça da Concordia, estabelece, depois, e explora outro, no mesmo sitio, apesar de ter *explicitamente cedido*, com a casa, *a sua clientela*.

E' o que o aresto accentua, e o em que elle se funda:

« Considerando que, não obstante a ausencia total da clausula interdictiva contra Fabre, certo é, todavia, que este, arrendando o seu café a Lenoir, COM A SUA CLIENTELA, não podia, em boa fé, ter-se reservado a sua freguezia; . . .

« Considerando, pois, que . . . se bem não esteja formalmente expressa, nem por isto existe menos a clausula prohibitiva, como resultante do ajuste de que se trata . . . » (1)

« Considerando que da interpretação do ajuste entre Fabre e Lenoir . . . se conclue que Fabre, creando na vizinhança do café por elle cedido a Lenoir, *e na mesma praça da Concordia*, um estabelecimento rival, desconheceu,

(1) Isto é, do ajuste que cedera o café *expressamente com a sua clientela*.

evidentemente, essa convenção, e a ella
contraveio.»

(D. 45. 4. 337.)

A decisão não podia ser outra. Fabre cedera *explicitamente* a clientela; e na cessão *explicita* da clientela o que se contém, o que se indica, o que se pactua, é, justamente, a interdicção, ao cedente, de se reestabelecer.

112. — *Segundo aresto*: Videau c. Rousseau.
Cassaç. 21 jul. 1873.

Para dar a conhecer de maneira cábal a lição do aresto, basta citar-lhe o resumo, com que se acha encabeçado em **SIREY**:

« A venda ou licitação de um estabelecimento de commercio (*fonds de commerce*) não importa necessariamente, em falta de qualquer estipulação a tal respeito, na interdicção, ao alienante, de fundar, mais tarde, um estabelecimento similar.

« Mas essa interdicção não se ha mister seja estipulada em clausula formal: pode resultar *das circumstancias, que acompanharam a venda.*»

(S. 74. 1. 217.)

E', bem se está vendo, e como se observa no commentario de **SIREY** a esta decisão (*ibid*, not. 1-2.), o criterio *da intenção das partes* applicado aos documentos da causa, para delles se extrair a versão fiel do accordo, tal qual os contraentes o quizeram e fizeram.

Bem longe estamos, pois, aqui, da theoria, que attribue a essas vendas, como consequencia *de pleno direito*, necessaria e substancial, independentemente da intenção dos contractantes, a impossibilidade, para o cedente, de reexplorar, noutra casa, o mesmo commercio da que alienou.

Na especie do aresto o juiz verifica a intenção das partes, e lhe dá execução. Na doutrina da Autora a cessão da clientela, se uma clausula formal a não excluiu, resulta directamente da lei e, especialmente, na natureza do contracto. São duas theorias inconfundiveis e oppostas.

113. — *Terceiro aresto* : Floccard c. Moréteau. Lyon 18 junho 1895

Commercio de peixe, aves e caça. Acervo social em liquidação. Posta a venda a casa, *com a clausula expressa de transferencia da clientela e freguezia* (*avec la clientèle et l'achalandage*), no mesmo dia em que Floccard, a compradora, devia entrar na posse do negocio, que comprara com essa vantagem *formalmente* articulada nas condições da arrematação, um dos vendedores fundava, defronte do an-

tigo estabelecimento, um commercio absolutamente igual. (S. 95. 2. 302.)

Assim narra os factos o accórdam, que, apurados esses elementos, não podia resolver, senão como resolveu, condemnando Moréteau, por haver contrariado a Floccard « na posse *da clientela e freguezia, que lhe vendera.* » (S. 95. 2. 303)

Em verdade, aqui, *a clientela fôra declaradamente vendida*, pela especificação que no contracto a individuava. Logo o acto do vendedor reestabelecendo-se, *no mesmo dia*, em casa *fronteira* á do negocio que vendera *com a clientela*, importava, abertamente, na subtracção da coisa vendida.

Essa decisão data de 1895; e SIREY, commentando-a no mesmo anno, observa :

« Segundo A JURISPRUDENCIA DOMINANTE, a obrigação de garantia, originária da venda de um *fonds de commerce*, NÃO ACARRETA NECESSARIAMENTE, *salvo convenção especial*, a interdicção de fundar estabelecimento semelhante. »

(S. 95. 2. 302, not. 1-2.)

114. — *Quarto aresto*: Mangin c. Cherbuy Dupré. Paris 18 abril 901.

Commercio de corôas metálicas. Cessão do estabelecimento *com interdicção expressa, na escriptura, ao cedente, de se reestabelecer.*

« *Par l'acte de vente Mangin s'interdisait de faire valoir aucun éta-
blissement de même nature, soit di-
rectement, soit indirectement.* »

(S. 905. 2. 14.)

Hypothese, portanto. absolutamente opposta á nossa, onde nunca o cedente se obrigou de maneira alguma a compromisso tal, solução, nessas condições, inquestionavelmente justa e doutrina rigorosamente conforme á que defendemos.

115. — *Quinto aresto*: Chassaing c. Héluin & C.. Cass. 4 fev. 1901.

Nesta causa as *Pandectas Francesas*, que a registam, só nos dão conta do julgado supremo, cuja decisão lhe poz termo, e que se formula em poucas linhas. A idéa imperfeita que do litigio se obtem com tão escassos elementos, consta, nos seus traços principaes, desta súmmula, que o precede :

« Cabe em direito a condemnação a perdas e danos contra aquelle, que, em detrimento do seu antigo socio, desviou parte da clientela do estabelecimento commercial, que outr'ora haviam explorado juntos, quando esse associado *comprara a clientela*, de

que se trata, com a casa, seu material, creditos e mercadorias. »

(*Pand. Fr. Period.* 902. 1. 448.)

Dada a venda explicita e a compra formal da clientela, *tollitur quæstio*. Em taes casos a interdicção de concorrência resulta sempre *da cessão da clientela*; pois a cessão da clientela outra coisa não vem a ser que a interdicção da concorrência. Interdicção de se reestabelecer e cessão da clientela são fórmulas equipollentes do mesmo pacto.

« A phrase *vender a clientela*, tomada em significação estricta, não teria senso. E' uma expressão usada, para denotar que um individuo, cedendo o estabelecimento commercial, renunciou a persistir no commercio ou industria por sua conta e sob o seu nome. »

(GIANNINI. No *Dizzionar. di Dir. Privato de SCIALOJA*, tom. II, p. 82.)

Nada faz, portanto, este aresto á pretensão da Autora e sua doutrina. Antes só esteia e corrobora a a nossa.

116. — *Sexto aresto*: Montmartin c. Dupin. Cass. 27 março 905.

Allegara-se que, de ordinario, e em principio, a clientela do commerciante se acha abrangida na venda do estabelecimento mercantil, e delle, muitas vezes, forma a parte mais consideravel. « Le juge de fait n'a point méconnu que d'ordinaire, et en principe, la clientèle d'un commerçant se trouve comprise dans la vente du fonds de commerce, et en forme souvent la partie la plus considérable. » (S. 906. 1. 508.)

Mas, apoiando-se nos proprios termos do acto de venda, a decisão appellada, considerando que o vendedor *enumerara* os elementos da coisa realmente por elle vendida, e, nessa enumeração, designara unicamente o material do estabelecimento, *sem lhe mencionar a clientela* (1), a côrte manteve o vendedor no seu direito de se reestabelecer numa especie de commercio analogo ao cedido.

117. — Eis a que se reduz *a jurisprudencia* explorada, nos livros de alguns civilistas e commercialistas, em justificação da these que liga directamente á obrigação legal de garantia nas vendas a renuncia do

(1) « Que, s'appuyant sur les termes mêmes dudit acte, la décision attaquée fait observer que le défendeur éventuel a eu soin de spécifier ce qu'il entendait par son fonds de commerce, et ce qu'il vendait en réalité, à savoir uniquement le matériel de ce fonds ou tout au moins la partie la plus importante de ce matériel. » (S. 906. 1. 509.)

vendedor ao direito de se reestabelecer, nas alienações de estabelecimentos mercantis, haja, ou não haja, cessão expressa da clientela.

Desses vinte arestos, a cuja analyse paciente-mente nos dêmos, *e que todos são concernentes a fonds de commerce*, em todos, menos o segundo, o undécimo e mais dois no ultimo grupo, em todos, pois, menos quatro, se verifica, no acto de transferencia do estabelecimento, a estipulação formal da cessão da clientela; e, dos quatro, nos quaes ella se não encontra declarada, em dois a sua existencia resultava da intenção das partes, manifesta nas circumstancias da causa.

Dessa generalidade quasi absoluta a conclusão resultante é que, segundo a propria jurisprudencia invocada nos autores de opinião adversa, a interdição, ao cedente, de se estabelecer em negocio analogo ao vendido só se impõe, quando na cessão do estabelecimento se cõvencionar a da clientela. A questão da existeneia desse compromisso « não se suscita, senão nos casos em que a clientela estiver abrangida na venda. »

E' o que se qualifica de *evidente* nesta lição de mestres :

« La question de savoir si, en l'absence d'une clause expresse, la vente d'un fonds de commerce emporte par elle-même interdiction absolue pour le vendeur de s'occuper d'un commerce ou d'une industrie simi-

laire est délicate. *Cette question ne se pose évidemment que dans le cas où la vente comprend l'achalandage et la clientèle.* »

(D. 91. 2. 267, not.)

O mesmo nos ensinam **GOUJET, MERGER e RUBEN DE COUDER**:

« Doit-on dire que cette obligation de garantie entraîne, pour le vendeur, l'obligation de faire un commerce similaire, au moins dans la localité où s'exploite le fonds par lui vendu ? *La question ne s'élève que si la vente, outre les marchandises et le droit au bail, porte sur l'achalandage ou la clientèle. C'est alors que l'on peut dire que le vendeur n'a même pas délivré tout ce qu'il avait promis, ou apporte, dans tous les cas, un trouble dans la jouissance de la chose vendue, quand il monte un établissement de la même nature dans le lieu même où il exploitait le fonds vendu.* »

(*Dictionn. de Droit Commerc.*, tom. IV, p. 362. n^o 44.)

118. — Mas a jurisprudencia franceza, jurisprudencia que chega, digamos assim, até hontem, pois lhe podemos seguir os marcos até 1908, estabelece que,

na ausencia de clausula expressa, onde se convencione a interdicção, ao cedente, de exercer negocio similhante ao do estabelecimento commercial cedido, a cessão de um fonds de commerce não impõe necessariamente ao alienante essa interdicção.
(S. 908. 1. 292.)

E' o que se vae mostrar documentadamente.

119. — *Primeiro aresto* : Bouttier c. Gauthier-Bardet. Angers 7 maio 69.

Gauthier-Bardet, negociante de *boisselerie* em Jupilles, vendeu o seu negocio « *com a freguezia (avec l'achalandage)* », e, depois, lhe abriu concorrência, montando, no logar, outra casa igual.

Pois bem: a côrte de appellação de Angers, confirmando a sentença de primeira instancia, decidiu que, *não se tendo o vendedor obrigado especialmente a não se reestabelecer*, nada lho vedava.

Do accórdam, alli exarado, que pouco mais diz, nos dá SIREY o resumo nestes termos :

« Celui qui vend un fonds de commerce AVEC L'ACHALANDAGE EN

DÉPENDANT, n'est pas réputé, *par le fait seul de la vente et l'absence de conventions spéciales*, avoir renoncé au droit de fonder et d'exploiter un établissement semblable.

« Par suite, l'exercice qu'il fait ultérieurement de ce droit ne le rend pas passible de dommages-intérêts envers l'acquéreur, *encore bien que le nouvel établissement fasse concurrence au premier.* »

(S. 70. 2. 7.)

Esta doutrina se repete, exactamente nos mesmos termos, em **SIREY**, *Table Décennale* (1861-70), p. 364, v.º *Fonds de commerce*, nº 4.

120.— *Ultimo aresto* : Léopold Patillon c. Sylvain Patillon. Besançon 17 maio 1905. Cass. 29 jul. 1908.

Resumindo o caso, diz a summa, que lhe precede a exposição e a transcrição das sentenças :

« Na ausencia de clausula expressa, que prohiba, ao que vendeu um estabelecimento commercial (*fonds de commerce*), exercer commercio semelhante, a venda do estabelecimento

(*fonds de commerce*) COM A CLIEN-
TELA E FREGUEZIA *não sujeita o*
vendedor a tal interdicção.

« Se o vendedor está obrigado,
em todo o caso, á garantia prescripta
no art. 1626 do cod. civ., desta obri-
gação tão sómente lhe resulta o dever
de evitar qualquer acto, capaz de re-
duzir a freguezia, e diminuir a clien-
tela ao estabelecimento cedido. »

(S. 909. 1. 291.)

121. — Depois de vender, em 1907, a seu ir-
mão, Leopoldo Patillon, a sua parte indivisa num
estabelecimento de torneiro, que exploravam em
commum em Ravilloles, Sylvain Patillon creou, no
mesmo sitio, outro estabelecimento semelhante.

Condemnado, em razão deste facto, pelo tribu-
nal de Saint Claude a perdas e damnos, o vendedor
recorreu para a cõrte de Besançon, que reformou, a
sentença appellada, em 1905, num longo accórdam,
sustentado, em 1908, pela Cõrte de Cassação, num
breve, mas incisivo julgado.

Nessa decisão estabelece a *cour d'appel*, em di-
reito, que

« não havendo, no contracto de venda,
clausula nenhuma, na qual se véde
ao vendedor explorar negocio analogo

ao vendido, a venda de um estabelecimento commercial, QUANDO MESMO ABRANJA CLIENTELA E FREGUEZIA (*avec clientèle et achalandage*), não envolve necessariamente, para o vendedor, a interdicção de fundar e manter um estabelecimento semelhante.» (S. 909. 1. 292.)

Em seguida observa que

« tal exploração, porém, poderia expor o cedente a perdas e danos, attento o prejuizo causado ao antigo estabelecimento pelo novo, se essa exploração usasse de meios improbos e desleaes.»

(S. 909. 1. 292.)

Analizando, subsequentemente, as circumstancias da causa, considera o accórdam :

que, « no contracto de venda, *nenhuma clausula prohibe* a Sylvano Patillon *montar estabelecimento analogo* ao que vendera a seu irmão » ;

que, *não existindo clausula formal de interdicção no contracto de venda*, não assiste razão a Leopoldo em pre-

tender, com a sua demanda, obstar a que Sylvano se occupe com um negocio similhante » ;

que, « da parte de Sylvano, se não mostraram manejos desleaes » ;

que « *em vão allega Leopoldo a diminuição na somma dos negocios da sua casa* ; pois tal diminuição, ainda quando provada, se poderia dever a muitas causas, e Leopoldo não demonstra que se origine em actos desleaes de Sylvano » .

(S., *ibidem.*)

De balde objectou Leopoldo a este julgado, como fundamento da appellação interposta, « infringir elle os arts. 1626, 1628, 1382 e 1383 do cod. civ., bem como a lei de 20 de abril de 1810, decidindo que, para poder o adquirente de um estabelecimento commercial exercer a acção de garantia contra o vendedor, que o lesa, quando empreende um commercio da mesma natureza, deve provar culpa deste em meneios desleaes contra aquelle, e não basta haver o vendedor privado, pelos seus actos, o cessionario, no todo ou em parte, das vantagens da coisa vendida, para ser *ipso facto* responsavel ao comprador por quebra da obrigação de garantia. » (S., *ibid.*)

A côrte de cassação rejeitou o recurso, fundando-se em que

« en l'absence *d'une clause expresse, portant interdiction* au vendeur d'un fonds de commerce *de faire un commerce similaire*, la vente d'un tel fonds AVEC CLIENTÈLE ET ACHALANDAGE *n'entraîne pas nécessairement pour le vendeur une telle interdiction* » ;

estabelecendo que,

« si le vendeur est tenu, dans tous les cas, à la garantie édictée par l'art. 1626 c. civ., ainsi que l'arrêt attaqué l'a déclaré, cette obligation emporte seulement pour lui le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle » ;

notando, ainda, que

« le demandeur n'a pas rapporté la preuve d'agissements, par lesquels le défendeur éventuel aurait porté préjudice à l'établissement cédé » ;

e julgando, afinal, que,

« en décidant, d'après ces constatations, que Sylvain Patillon n'avait encouru aucune responsabilité envers Léopold Patillon, *l'arrêt attaqué*, qui est dûment motivé, a fait une application exacte des règles de la matière. »

(S. 909. 1. 292.)

Esta doutrina se acha ainda, outra vez, registada em **SIREY**, *Sixième Table Décennale* (1901 à 1910), v^o *Fonds de Comm.*, p. 830, n^{os} 41-42, nestes termos :

« *En l'absence d'une clause expresse portant interdiction au vendeur d'un fonds de commerce de faire un commerce similaire*, la vente d'un fonds AVEC CLIENTÈLE ET ACHALANDAGE *n'entraîne pas nécessairement pour le vendeur une pareille interdiction.*

1 « Si le vendeur est tenu, dans tous les cas, à la garantie édictée par l'art. 1626, C. civ., cette obligation emporte seulement pour lui le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé. »

122. — Tal a ultima decisão da jurisprudencia franceza acerca do assumpto. (1)

Milita, ainda, para lhe dar relêvo, a uniformidade nos julgados entre as tres magistraturas, que intervieram na causa: o tribunal local, a relação (*cour d'appel*) e a côrte de cassação. Consagra-se, assim, o aresto, na derradeira instancia de recurso, com a sancção da mais alta justiça do paiz no mais recente dos seus oraculos sobre esta materia delicada, attestando, ao mesmo tempo, a mais eloquente harmonia do tribunal supremo com os outros.

As condições deste aresto, pois, a sua linguagem categorica e a sua hodiernidade lhe avultam enormemente o valor.

Segundo a theoria por elle consagrada, *não basta a presença, no contracto, de uma clausula formal, onde se ceda a clientela*, para se tolher ao cedente de um estabelecimento commercial o direito de se reestabelecer, no mesmo commercio, com outra casa. Essa interdicção não poderia resultar senão de convenções especiaes, em que o vendedor explicitamente se obrigasse a não explorar o mesmo negocio noutro estabelecimento.

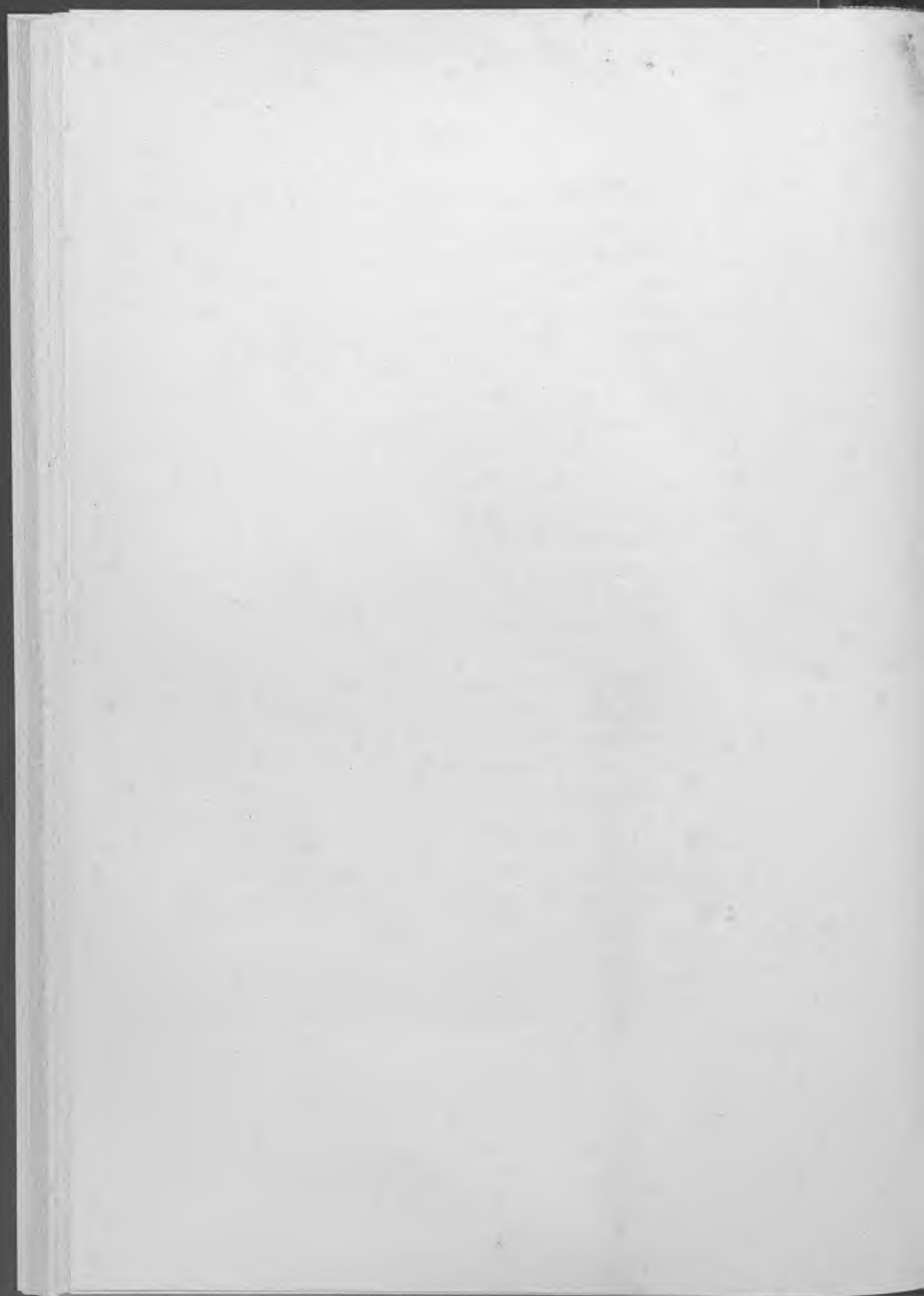
A' mingua de accordo explicito neste sentido, o cedente não responderia ao cessionario senão pelo detrimento, que lhe causasse por meio de artificios dolosos ou desleaes.

(1) Temos presentes os dois volumes do repertorio de SIREY correspondentes a 1910 e 1911, assim com os de DALLOZ. Nenhum contém, sobre este ponto, decisão alguma.

123. — A nota de **SIREY** objecta a esta doutrina, preferindo a do aresto, em cassação, de 11 maio 1898 (S. 98. 1.265), segundo a qual não se exige, para incorrer o vendedor em responsabilidade, que use de meios reprehensíveis e fraudulentos, bastando que pratique actos, donde, realmente, se origine desvio e redução da clientela. (S. 909. 1. 292, not.)

Todavia, ainda mesmo sob este systema, como se vê, o direito á indemnização judicial por quebra da garantia devida ao comprador não resulta, directa e essencialmente, do acto do vendedor montando estabelecimento analogo ao vendido, mas da prova, estabelecida pelo adquirente, de *um prejuizo verificado*, isto é, *da redução effectiva da clientela pela concorrência do cedente*.

A propria censura de **SIREY** ao aresto de 29 jul. 908, quanto á exigencia de actos dolosos, para envolver em culpa o vendedor, nas cessões de estabelecimentos commerciaes, impõe ao comprador o onus de provar o damno imputado á concorrência do cedente, para que este seja considerado transgressor da obrigação geral da garantia nas vendas.



A CESSÃO DA CLIENTELA

NAS CESSÕES DE ESTABELECIMENTOS COMMERCIAES

124. — Discutindo, na parte antecedente destas razões, a jurisprudencia indicada como favoravel á theoria que combatemos, deixámos evidenciado que a interdicção, ao cedente, de se reestabelecer, nas alienações de casas de commercio, *não se verifica, onde não existir cessão da clientela.*

Outrosim, *pari passu*, mostrámos que a cessão da clientela, expressão habitual da renuncia ao direito de se reestabelecer o cedente num commercio igual ao cedido, não emana *ipso jure* da natureza destas cessões, pela regra da obrigação geral da garantia na compra e venda, mas *de uma convenção especial entre o negociante, que aliena o seu negocio, e o que o adquire.*

Até aqui, porém, nos entregámos a esta demonstração, invertendo contra os adeptos da opinião hostile á nossa causa os textos, doutrinaes e judiciais, por elles invocados.

Viu-se então que, desses textos, uns nada auxiliam á these, em cujo apoio são chamados, outros a contradizem, e desmentem. Agora, annulladas assim,

na sua grande maioria, pelo estudo attento da sua lição nas fontes authenticas, as autoridades, que se nos oppunham, viremos com as nossas, egualmente authenticadas e verificadas, imprimir a esses resultados cunho de segurança ainda maior.

125. — Se a clientela fôsse parte inseparavel do *fonds de commerce*, claro está que da cessão da casa de commercio resultaria, necessariamente, a da clientela. Esta seria, então, clausula inherente e subentendida nesses contractos.

Por outro lado, sendo, nesse caso, a clientela elemento integrante e substancial do estabelecimento vendido e, portanto, implicitamente compreendido na venda, tudo o que attentasse contra a posse da clientela e o seu gozo pelo adquirente da casa de commercio, attentaria contra a integridade organica da coisa vendida. Logo, na obrigação de garantia, inherente á venda, quando esta recaisse em estabelecimentos mercantis, estaria essencialmente incluída, para o seu vendedor, a de considerar transferida ao comprador a clientela do negocio cedido, sob pena de lesar o adquirente no senhorio da coisa adquirida, e ter de ser condemnado a restituir-lha, respondendo pela culpa contractual.

Só a estar a clientela nessa relação de inseparabilidade para com o estabelecimento commercial, é que das obrigações geraes do vendedor no contracto de compra e venda se poderia deduzir, nas

alienações de casas commerciaes, a implicita alienação da clientela.

126. — Acontece, porém, que a clientela *não* constitue parte inseparavel da exploração commercial.

« La clientèle ne fait pas nécessairement partie de la cession d'un fonds de commerce, en ce sens *qu'elle en est un élément séparable, et peut être réservée.* »

(*Pand. Belges*, v. XIX, col. 977, nº 22.)

Casos ha, em que pode, separadamente, como bem incorpóreo, formar objecto de contractos: ser legada, vendida, cedida, contemplada em partilha. (*Ib.*, col. 976, nº 17.)

Na jurisprudencia inglesa e americana, similhantemente, como na belga e na francesa, a clientela de um negocio pode ter o valor de uma propriedade, e ser objecto, no todo, ou em parte, de contractos, como o de venda.

« The good will of a business may have a property value and form the subject matter in whole or in part of a contract of sale. »

(*The American and Engl. Encyclopaed. of Law*, v. XIV, vº *Good will*, p. 1088, nº 3.)

Nem sempre aquelle que cede a outros uma casa de commercio, cede, com ella, a firma, ou, cedendo a firma e a casa, transfere ao mesmo cessionario a clientela. (*Revista di Diritto Commerc.*, vol. V, parte I, p. 404.)

BOUTAUD e **CHABROL** registam um aresto, no qual, « por interpretação do convenio das partes, se decidiu não estar a clientela incluída na cessão de um café, com todos os seus objectos componentes, quando, por um lado, todos esses objectos são cuidadosamente inventariados, com indicação do preço de cada um, e, de outro, não se averba preço nenhum á clientela ». (*Traité Génér. des Fonds de Comm.*, 1905, p. 107, not. 1.)

« E' a vontade dos contraentes o que determina o conteúdo á *azienda* », ao *fonds de commerce*, á entidade juridica do estabelecimento commercial. Dil-o **VIVANTE**, cuja autoridade se invoca, no venerando accórdam embargado, como oracular. (*Tratt. di Dir. Commerc.*, 3.^a ed., v. III, p. 14, n.º 844.) E **GUILLOUARD**, cuja interferencia não pode ser suspeita aos nossos antagonistas, reconhece que, neste assumpto, « só ha uma questão: a questão da intenção das partes contraentes, mera questão de vontade presumptiva ». (*De la vente*, tom. I, ed. de 1890, n.º 336, p. 354.)

127.— Ora, se a questão é, unicamente, a da vontade presumivel dos contraentes, e a essa vontade assegura a lei campo livre, podendo elles conven-

cionar livremente a reserva ou a cessão da clientela, que motivo haveria, para se estabelecer a presumpção legal da cessão, e não a da reserva?

Sempre, bem ao contrario, se teve por axioma, nesta materia, que, não se conhecendo ao certo a intenção das partes, se entendesse o contracto como favoravel á liberdade do commercio; e é esta a que se restringe ao alienante, suppondo haver alienado, com a casa commercial, o direito de voltar ao mesmo negocio num estabelecimento semelhante.

« En cas de doute sur l'intention des parties, il y a lieu de décider en faveur de la liberté de l'industrie. »

(Bordeaux 20 jun. 71. S. 74. 1. 197. D. 76. 1. 70. SIREY: 3.^e Table Décennale (1871-1880), p. 385, v.^o Fonds de comm., n.^o 13.)

« Une règle générale s'impose: c'est que, dans le doute et à défaut de précision dans l'interdiction, il y a lieu de décider en faveur de la liberté de l'industrie. »

(RUBEN DE COUDER: Dictionn., v. IV, p. 365, n.^o 55. — Supplément, tom. II, p. 177, n.^o 30.)

128. — Logo, se, em caso de dúvida, nas questões relativas á cessão de estabelecimentos commer-

ciaes, se ha de buscar a solução, que mais favoreça a liberdade no cedente; se este criterio « se impõe como regra geral », grave incongruencia perpetra a doutrina dos que, não ousando negar o imperio desta norma, querem, no silencio do contracto, dar como subentendida a renuncia, pelo alienante, do direito de voltar ao commercio, que deixou.

Em direito evidente e boa razão, em boa logica e sã justiça, o que, pelo contrario, se deve presumir, é a retenção da clientela, a não renuncia a uma parte da sua liberdade, sobre cuja alienação emudeceu.

129. — Não tem nada que ver, aqui, a obrigação de garantia, o dever, imposto ao alienante, de respeitar, no comprador, a posse da coisa comprada.

Labora este argumento numia petição de principio grosseira, dando por demonstrado o objecto da questão; pois o que, realmente, se discute, é se na coisa vendida se abrange, ou não, a clientela, se do estabelecimento alienado faz, ou não, parte necessaria a liberdade commercial do negociante, que o alienou. Fará? Parte necessaria, não. Podia fazer, ou não, consoante á vontade mútua dos contraentes, as circumstancias do contracto, a natureza do estabelecimento, a condição do vendedor e o preço da venda.

Se, pois, na descripção do objecto vendido, o contracto não menciona a clientela, é que a clientela não entrou na estipulação da venda, e o vendedor,

que a não vendeu, estabelecendo-se de novo, não contravem á obrigação de garantir ao comprador a integridade na posse da coisa vendida.

130. — Objectar-nos-ão que, de ordinario, uma clausula formal impõe ao vendedor a interdicção de se reestabelecer, (**LYON - CAEN** e **RENAULT**: *Précis de Dr. Comm.*, ed. de 1885, tom. I, p. 369, n.º 686. — **LÊBRE**: *Op. cit.*, p. 102. — **RUBEN DE COUDER**: *Supplém.*, vol. II, p. 176, n.º 26. — **VALLOTON**: *Op. cit.*, p. 172.)

Mas, se a maior parte dos que vendem e compram casas commerciaes ou industriaes, não se esquecem de convencionar explicitamente, nos seus contractos, a transferencia da clientela, ou a interdicção, ao cedente, de se reestabelecer, essa mesma precaução em não omittir esta clausula, mostrando a sua habitualidade, lhe mostra, ao mesmo tempo, não a superfluidade, mas, ao contrario, a necessidade, reconhecida geralmente, de a não omittir, de a especificar, de a expressar no instrumento do contracto. E, se o uso assim dá como tão relevante essa cautela, o que devemos concluir, onde a não encontramos empregada, é que os contraentes a não acceitaram, ou della não cogitaram.

Logo, se a theoria que do silencio do contracto induz a cessão da clientela, não tem outro objecto, senão assegurar o respeito á intenção provavel das partes, mediante uma presumpção razoavel, é em sentido opposto que se ha de firmar essa presumpção

juridica, se, com effeito, este for o interesse que se pense em consultar.

131. — O principio commum a todas as vendas é, não ha dúvida nenhuma, que a acção *ex empto* compete ao comprador, ainda que o vendedor se não compromettesse especialmente á evicção: *Non dubitatur, etsi specialiter venditor evectionem non promiserit, re evicta, ex empto competere actionem.*

Mas isto porque o comprador tem direito, na totalidade, á coisa vendida, e, por este motivo, *sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem.* (D. 21. 2. 1.)

Desde que, porém, a clientela *não constitue parte necessaria do estabelecimento commercial*, antes, ora acompanha a marca, tambem della destacavel, ora a pessoa do negociante, as suas qualidades profissionais, a sua reputação individual,— a garantia contra a evicção, a tal respeito, não se pode estender á clientela, *senão quando constar que esta se houve, entre os contractantes, como elemento integrante da coisa vendida.*

132. — Estabelecendo, pois, na ausencia de clausula especial sobre o assumpto, a presumpção de que não houve compromisso entre as duas partes sobre a clientela, a interpretação contractual a ambas assegura um regimen de protecção igual aos dois lados. *Caveat emptor.*

Acautele-se o comprador, se lhe não convem adquirir o estabelecimento commercial ou industrial sem essa vantagem. A omissão da clausula encarecida, na doutrina dos autores, como usual ser-lhe-á, naturalmente, recebida como signal de que esse accessorio não foi tido entre os contraentes como parte da coisa vendida.

Eis o que nos dicta o bom senso. Vejamos agora como a jurisprudencia o abraça, autorizando, com larga série de arestos, a regra de que não ha transferencia da clientela, senão quando o contracto a estipula.

133. — *Primeiro aresto* : Cartier c. Pettmann. Cass. 5 fev. 1855.

O cabeçalho desta decisão, em DALLÔZ, a resume assim :

« O vendedor de um estabelecimento industrial conserva o direito de fundar e explorar, em seu proprio nome, um estabelecimento rival, *na ausencia total de clausula, que revele a intenção de lhe tolher esse direito.*

« *Em vão se objectaria que a prohibição de exercer tal direito resulta virtualmente da obrigação de garantia, imposta ao vendedor para com o comprador.* »

(D. 56. 1. 417.)

Mas, como este caso diz respeito a uma alienação de fábrica, reserva-lo-emos para outra secção, onde com este assumpto especialmente nos vamos occupar.

134. — *Segundo aresto*: Labat c. Mestural. Bordeaux 13 jul. 1859.

Nesta especie, já explanada nestas razões (n.º 91), o accórdam, condemnando o réu a perdas e damnos, bem como a fechar o armazem de novidades, pannos e tecidos, que abrira na visinhança do outro, igual a esse, por elle cedido, estriba na circumstancia de que a venda incluira *explicitamente* a cessão da clientela, e, incluindo-a *declaradamente*, dahi resultava, para o cedente, a impossibilidade juridica de oppor ao cessionario a concorrência de uma casa rival.

« Attendu que... Labat a réellement vendu à Mestural ses droits sur la chose commune, *et spécialement sur la clientèle et l'achalandage*, qui en composaient tout l'émolument, puisque autrement la société n'offrait qu'un déficit de 3.120 fr. »

(D. 59. 2. 49.)

Acontecia, de facto, que, ao dissolver-se entre as duas partes a sociedade mercantil, cujo objecto consistia na exploração desse negocio, o passivo da

casa apresentava, contra o seu activo, a differença dessa quantia, e, recebendo o cessionario o segundo com o encargo de saldar o primeiro, a sua aquisição estava absolutamente circumscripta ao goso do predio *e da clientela*; pelo que *formalmente* se ajustou entre os dois que um e outra ficassem pertencendo ao adquirente: « *qu'il dut avoir aussi la jouissance de la maison louée à la société* ET TOUTE LA CLIENTÈLE ET L'ACHALANDAGE. »

O vendedor, pois, dirigindo-se, « immediatamente após a dissolução da sociedade », aos seus correspondentes, com o convite de « liberalizarem a Mestural a mesma confiança, com que haviam favorecido a antiga sociedade », rasgara o contracto,

« attendu que Labat doit naturellement garantir à Mestural la paisible jouissance *des avantages qu'il lui a cédés* moyennant le prix convenu, et qu'il a contrevenu manifestement à cette obligation, en fondant, *dans le voisinage* de celui sur lequel il a vendu ses droits, un établissement de même nature, et en détournant ainsi *la clientèle et l'achalandage auxquels il a renoncé*, et dont il a reçu le prix. »

A convenção, « pela qual os dois socios ajustaram as condições de sua separação », diz, ainda, a sentença, « não encerra clausula, que prohiba ao que saísse da casa *abrir outro armazem da mesma natureza* ».

Isso não estipulava expressamente a convenção. Mas estipulava, e *expressamente*, a *cessão da clientela*.

Quando, pois, se diz, como ali o faz DALLOZ, anotando o accórdam, que « a questão de saber se a cessão de um estabelecimento commercial envolve, para o vendedor renuncia ao arbitrio de exercer, no mesmo logar, o mesmo genero de commercio, comquanto o contracto cate silencio a esse respeito, é controversa », e que este aresto lhe responde affirmativamente (D. 59. 2. 49. not.), o silencio a que assim allude, não se refere *á cessão da clientela*, mas *á interdicção de se reestabelecer o vendedor*.

Da *clausula explicita em que se cede a clientela*, se infere, como implicita, a *interdicção de voltar o vendedor ao mesmo commercio num estabelecimento visinho*.

A cessão da clientela importa, virtualmente, interdicção, a quem a cedeu, de exercer, na vizinhança, uma industria semelhante. Essa decisão, pois, outra coisa não faz senão corroborar

« la jurisprudence *généralement admise*, selon laquelle *la cession de la clientèle et de l'achalandage d'un*

fonds de commerce emporte virtuelle-
ment interdiction, pour le vendeur,
d'exercer une industrie semblable *dans
le voisinage.* »

(D. 56. 5. 367.)

135. — *Terceiro aresto*: Farges c. Pers. Agen
20 jun. 60.

Sobre esta decisão, já examinada por nós
(n.ºs 92-3), bastará citar aqui a nota, que lhe põe a
redacção do *Dalloz Périodique*, observando:

« Com razão julga aqui, em prin-
cipio, a côrte de cassação que aquella,
que vende um estabelecimento com-
mercial, *com isto, na ausencia de
clausula prohibitiva, não se priva
do direito de exercer a mesma indus-
tria, na mesma localidade.* »

(D. 60. 2. 177, not. 3.) (1)

136. — *Quarto aresto*: Pery c. Patural. Cass.
2 maio 60.

(1) «La cour de cassation juge, avec raison, en principe, que
celui qui vend un fonds de commerce, *ne s'interdit pas, par cela
même, et en l'absence d'une clause prohibitive, le droit d'exercer
la même industrie dans la même localité.* »

(Ibid.)

A substancia do julgado está neste resumo, que o antecede na collecção de **SIREY**, e nos exime ao trabalho inutil de o desenvolver :

« L'abandon, qu'un associé, pour arriver à la liquidation de la société, consent à forfait, au profit de son co-associé, de tout ce qui peut appartenir à la société, ne saurait, *dût-il même être considéré comme cession d'un fonds de commerce, emporter par lui seul, et en l'absence de toute stipulation contraire, l'interdiction absolue, pour le cédant, d'exercer, soit sous son propre nom, soit avec le concours d'un nouvel associé, une industrie semblable à celle qui était objet de la société dissoute.* »

(S. 60 1. 309.)

Era o caso de uma sociedade, que se dissolvera, por mútuo accordo, estipulando-se que um dos socios, mediante retribuição ao outro, ficaria senhor de todos os seus direitos no fundo social. Por força desse contracto pretendia o adquirente haver adquirido, com as mercadorias, modelos e utensilios da casa, a sua clientela, embora com relação a esta nada alli se convencionasse.

A côrte de cassação, reformando as sentenças recorridas, estabeleceu que esta operação,

« ainda considerada como cessão *d'un fonds de commerce*, não podia, de si mesma, *na ausencia de qualquer ajuste em contrario, ter por consequencia a interdicção absoluta, ao cedente, de exercer, em seu proprio nome, ou com o concurso de um novo associado, uma industria semelhante á que fôra objecto da associação dissolvida.* »

(S. 60. 1. 311.)

137. — *Quinto aresto*: Bouttier c. Gauthier-Bardet. Angers 7 maio 69.

Caso já exposto noutro logar destas allegações. (N.º 117) DALLOZ lhe formula deste modo a decisão:

« O vendedor de um estabelecimento commercial conserva o direito de fundar e explorar outro estabelecimento, da mesma natureza que o cedido, se, *na cessão, não assumiu, explicitamente ou implicitamente, compromisso contrario.* » (*)

(D. 69. 2. 158. S. 70. 2. 7.)

(*) O accordam reduz-se a estas breves linhas :

« Attendu que la liberté commerciale est de droit public ; — Qu'il ne peut y être apporté d'autre restriction que celle résultant de la loi ou des conventions ; — Qu'en cédant à son fils son fonds de commerce, en 1852, Gauthier-Bardet père ne s'est interdit ni implicitement ni explicitement la possibilité d'exercer loyalement le même commerce. » (D. 69. 2. 168.)

Annotando este julgado, observam os arestistas do repertorio de **SIREY** que a questão, conquanto controversa, era «*geralmente resolvida neste sentido*»; e accrescentam:

« No systema prevalecente, o vendedor de um estabelecimento commercial (*d'un fonds de commerce*) só perderia o direito a exercer commercio similhante *em virtude de uma convenção especial*. »

(D. 69. 2. 168, not. 3.)

138. — *Sexto aresto* : Martin c. Blanchet. Lyon 25 maio 72.

Resumindo este aresto, aqui já perlustrado (nº 94), **SIREY** lhe formula assim a doutrina:

« Le vendeur d'un fonds de commerce *n'est pas réputé, par le seul fait de la vente, avoir renoncé au droit de fonder et d'exploiter un établissement semblable*. »

« Il a même le droit d'ouvrir le nouvel établissement *immédiatement après la vente*. »

« Mais il ne peut fonder cet établissement *dans le voisinage* de l'établissement vendu. »

(S. 73. 2. 180.)

Mais uma decisão categorica sentenceando que do contracto de venda, onde não houver clausula, que o estipule, não se origina, para o vendedor, a privação do direito a exercer o commercio ou industria noutra casa da mesma natureza.

Para o fazer, nem sequer se exige do cedente que deixe correr tempo. Se montar o novo estabelecimento logo após o contracto, não terá violado obrigação contractual. Tudo está em que o não sitúe *na vizinhança* do negocio vendido; naturalmente porque, em tal caso, a deslealdade, óbvia na escolha do lugar, affrontaria sensivelmente a boa fé e lisura das relações creadas entre as duas partes.

139. — *Sexto aresto*: Videau c. Rousseau. Cass. 21 jul. 1873.

Os annotadores de **DALLOZ** formulam o principio dominante neste julgado, que analysaremos noutro logar, deste modo:

« A venda ou adjudicação de um estabelecimento commercial *não acarreta necessariamente, para o vendedor, a interdicção de crear um estabelecimento semelhante.* »

(D. 76. 1. 70.)

140. — *Sétimo aresto*: Bertrand c. Devaux. Cass. 19 ag. 1884.

Doutrina identica á do julgado anterior, enunciada assim no cabeçalho do accórdam:

« La vente ou la licitation d'un fonds de commerce *n'entraîne pas nécessairement, en l'absence de conventions spéciales, l'interdiction, pour le vendeur, de fonder à l'avenir un établissement similaire.* »

(S. 85. 1. 156.)

141. — *Oitavo aresto* : Patillon c. Patillon. Cass. 29 jul. 908.

Desta decisão, já por nós tratada alhures (nº 118-20), temos o essencial no summario, que a precede em **DALLOZ** :

« Le vendeur d'un fonds de commerce, tenu, dans tout les cas, à la garantie édictée par l'article 1626 c. civ., a le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage, et à détourner la clientèle du fonds cédé.

« Mais, *en l'absence d'une clause expresse sur ce point, la vente d'un tel fonds n'entraîne pas nécessairement pour le vendeur l'interdiction de se livrer à un commerce similaire.*

« Et le vendeur *qui se rétablit, n'excède pas son droit, alors qu'on ne rapporte pas contre lui la preuve d'agissements, par lesquels il porterait préjudice à l'établissement cédé.* »

(D. 909. 1. 281.)

Não pode haver desmentido mais peremptorio á versão, que attribue á jurisprudencia franceza, como idéa nella corrente, a doutrina de que da obrigação geral da garantia na venda resulta, neste contracto, quando recair sobre estabelecimentos commerciaes, a perda, pelo alienante, do direito de se reestabelecer. A côrte de cassação franceza, ainda em 1909, como se acaba de ver, decide, ao contrario :

1º que, não havendo clausula a tal respeito, a alienação de uma casa de commercio não importa forçosamente, para o vendedor, na interdicção de exercer outra vez o mesmo commercio noutro estabelecimento ;

2º que o vendedor, neste caso, montando outro, *não exorbita do seu direito*, se contra elle se não fizer a prova de manejos effectivamente nocivos ao estabelecimento cedido.

142. — Numa nota a esse julgado **LÉON LA-COUR**, o celebre commercialista, desenvolve estas observações, com as quaes não sabemos como se haverão os violentos apologistas da these, que se adoptou no respeitavel accórdam embargado:

« Dado o principio fundamental da liberdade do commercio e da industria, toda a pessoa tem o direito de crear e explorar qualquer estabelecimento, em qualquer logar e época, *emquanto se não prove que, MEDIANTE CONVENÇÃO ESPECIAL, impoz restrições á sua liberdade.*

« Neste principio é que estribam OS NUMEROSOS ARESTOS DA CÔRTE DE CASSAÇÃO, *segundo os quaes a venda de um estabelecimento commercial ou industrial não envolve, de per si só, necessariamente, para o vendedor, a interdicção de se reentregar ao mesmo commercio.* (Req. 5 fev. 1855, D. P. 55. 1. 440. Civ. 2 maio 1860, D. P. 60. 1. 218. Req. 21 jul. 73, D. P. 76. 1. 70. Req. 19 ag. 1884, *Jur. Gén., Supplém.*, vº *Industrie et Commerce*, nº 123. Angers, 7 maio 1869, D. P. 60. 2. 168.)

« No aresto aqui relatado se encontra egual affirmação.

« Esse direito, comtudo, que assiste ao cedente, de se reestabelecer, não é absoluto; antes encontra, nas sentenças precitadas, restricção consideravel. Delle ha-de usar o vendedor, « sem faltar á boa fé commercial », diz o aresto de 5 de fev. de 1855, « abstendo-se de se entregar a meneios ou actos de concorrência desleal », acrescenta o aresto de 2 de maio de 1860...

« Qual será, exactamente, o alcance destas fórmulas, um tanto vagas?... O proprio aresto de 2 de maio de 1860 indica o que entende por concorrência desleal, a saber: « o facto de crear uma casa, *cuja designação ou taboleta e proximidade* tivessem por intuito ou resultado causar mal, com uma rivalidade *abusiva* e attentatoria da garantia a que para com o cessionario é adstricto o cedente, ao estabelecimento cedido. »

(D. 909. 1. 281. not.)

De sorte que, se o vendedor, na concorrência que abriu, não incorre *em abusos*, que envolvam deslealdade, e tragam damno verificado ao cessionário, estará no direito, que a liberdade legal lhe assegura, de commerciar, na mesma especialidade, uma vez que, no acto de cessão, não renunciou, em termos indubitáveis, a esse direito,

Tal, segundo **LACOUR**, a verdade, firmada, allega elle, em « numerosos accórdams » do tribunal instituído, em França, para exercer, na orientação e fixação da jurisprudência, a suprema autoridade.

143. — Não são, com effeito, poucos os que temos trazido a este debate, com toda a sua authenticidade official e todo o apparatus critico dos annotadores, cuja sciencia illustra os grandes repertorios consagrados á jurisprudência franceza.

Todavia, além da vasta somma de autoridades até aqui já reunidas, ainda muito haveria que rebuscar nesses reservatorios immensos.

Na táboa decennial de 1881 a 90, por exemplo, se acha consignado, entre os arestos de **SIREY**, que

« la vente ou la licitation d'un fonds de commerce *n'entraîne pas nécessairement, en l'absence de conventions spéciales, l'interdiction, pour le vendeur, de fonder, à l'avenir, un établissement similaire.* »

(4.^e *Table Décennale*, v.^o *Fonds de commerce*, p. 636, n.^o 8.)

Em commentario ao aresto de 7 de janeiro de 1890, o jurisconsulto que o annotou, no anno seguinte attesta que

« a jurisprudencia tende a admitter que a cessão de uma casa de commercio, *na ausencia de convenção precisa, não traz necessariamente ao vendedor a prohibição de fundar outro estabelecimento semelhante.* »

(S. 91. 2. 21.)

FUZIER-HERMAN e **DARRAS**, reproduzindo o mesmo principio, enumeram, em seu apoio, não menos de seis arestos : Cass. 19 ag. 1884 (S. 85. 1. 156.) — Agen, 20 jun. 1860 (S. 74. 1. 197, *ad notam.*) — Paris, 5 junho 1867. (S., *ibid.* D. 67. 2. 217.) — Angers, 7 maio 1869. (S. 70. 2. 7. D. 69. 2. 168.) — Bordeaux, 20 junho 1871. Cass. 21 jul. 73. (S. 74. 1. 197.) — Lyon, 25 maio 1872. (S. 73. 2. 180.) (1)

Nas *Pandectas Francesas* o commentario ao aresto de 18 de junho de 1897 contém esta lição precisa e terminante:

(1) *Code Civil*, tcm. IV, p. 85, n.^o 107.

« En principe, la vente d'un fonds de commerce *n'emporte pas, dans le silence du contrat, pour celui qui l'aliène, l'interdiction de créer et d'exploiter un fonds semblable.* »

(*Pand. Fr.* 98. 1. 335 *ad notam.*)

Tão sómente admitte a jurisprudencia essa interdicção, como consequencia da obrigação de garantia, *quando o vendedor a assumiu, inserindo na venda um compromisso relativo á clientela e freguezia:*

« La jurisprudence ne fait-elle pas difficulté pour déduire de l'obligation de garantie, assumée par le vendeur, relativement à *l'achalandage e à la clientèle compris dans le fonds de commerce, l'impossibilité, pour de vendeur, de créer à bref délai, un établissement analogue.* »
(*Ibid.*) (1)

144. — Acima de tudo, porém, o aresto supremo de 1908 e a nota de LACOUR em 1909, um e outra ha pouco transcriptos, imprimem a essa jurispruden-

(1) Ver, ainda, POUILLET, *Marques de Fabr.*, ed. de 1912 n.º 1114, p. 916, n. 1117, p. 919.

cia o cunho da mais viva actualidade, dando-nos a ver, nessa decisão e nessa autorizadíssima glosa, o ultimo estado, o estado hodierno da jurisprudencia e da doutrina, em França, acerca deste assumpto.

Não se sabe de nenhum aresto posterior; e esse, quasi de hontem, assegura ao cedente, nas cessões de estabelecimentos commerciaes, o direito de se reestabelecer no mesmo genero de actividade mercantil, quando não houver estipulado, em convenção formal, a clausula de interdicção, ou, quando menos, a de cessão da clientela.

145. — Os repositórios belgas registam, quanto ao seu paiz, a mesma orientação nos tribunaes:

« En principe, la cession d'un fonds de commerce, AVEC LA CLIENTÈLE, emporte l'obligation, pour le vendeur, de ne pas exercer un commerce similaire, tout au moins dans le rayon commercial de l'établissement cédé. »

(*Pandect. Belges*, vol. XIX, col. 977, nº 22.)

Não era outro, em ultima analyse, o ensino de LAURENT, quando, ha tanto tempo, escrevia que toda a difficuldade, na materia, se reduz a este quesito: « Ha, na especie, uma convenção, que prohiba

ao vendedor fundar estabelecimento analogo ao que vendeu?» (*Princ. de Dr. Civ.*, vol. XXIV, n.º 185.)

146. — ARESTO BELGA. Spilthoom et consorts c. Minne et consorts. Gand, 6 março 1883.

O réu, tendo cedido ao autor, em 1879, a cervejaria, que explorava em Gand, vendendo-a por 255.000 fr., preço onde entrava, no valor de 127.340 fr., a clientela, *egualmente vendida*, montou, no anno seguinte, em Mont-Saint-Amand, *logar visinho*, sob o nome de seu genro, outra cervejaria, em concorrência com a cedida.

O tribunal do commercio de Gand, em 26 de agosto de 1882, condemnou o cedente a perdas e damnos, considerando :

que *a clientela cedida foi desviada*, ao ponto de cair de 48.000 francos a 22.000 a receita da casa ;

que, « nos termos do art 1625, o vendedor deve ao adquirente a posse tranquilla *da coisa vendida* » ;

que « dahi se segue não ser lícito ao vendedor turbar ou desfalcар essa posse, em proveito, seu, ou de outrem » ;

que « estes principios se applicam á cessão DA CLIENTELA » ;

que, « se esta cessão não impõe aos clientes cedidos a obrigação de se fornecerem na casa do cessionário, importa na mais estricta obrigação, para o cedente, de não praticar acto, que possa desviar a *clientela vendida* » ;

que a cervejaria estabelecida, em 1880, na chaussée d'Anvers, *attenta a proximidade*, em que está, de Gand, faz concorrência á cervejaria cedida.

O réu appellou para a côrte de appellação, e esta, em 6 de março de 1883, confirmou a sentença appellada, firmando-se

1º em que, «na especie, não se trata sómente da venda de uma fábrica destinada a cervejaria, *mas tambem da* venda do material industrial, do *fonds de commerce* e DA CLIENTELA » ;

2º em que « o juiz da primeira instancia, opinando que, *no caso de* VENDA DA CLIENTELA, a obrigação

de garantia comprehende a protecção activa, não infligiu aggravo aos appellantes ».

(*Pasicrisie Belge*, 83.2. 169-71.)

A *Pasicrisia* resume a doutrina do julgado, consignando que

« a venda de um estabelecimento industrial, em comprehendendo *a cessão* do material e do acervo (*fonds de commerce*), COM A CLIENTELA correspondente, impõe ao vendedor a obrigação de se abster de todo e qualquer acto, *que desvie essa clientela*, em vantagem sua ou de terceiro. »

(*Ibid.*, p. 169.)

147. — As *Pandectas Belgas* extraem desse aresto o mesmo ensinamento :

« La vente d'un établissement industriel, d'une brasserie notamment, *comprenant* cession du matériel et du fonds de commerce, AVEC LA CLIENTÈLE qui y est attachée, impose au vendeur l'obligation de s'abstenir de tout acte ayant pour effet de détourner cette clientèle à son profit ou au profit d'un

tiers... Gand. 6 mars 1883. Pas.
1883, p. 169. J. T., 1883, p. 170. —
Conf. Comm. Gand, 26 août 1882,
J. T., 1881-2, p. 677.»

(*Pand. Belg.*, v. XVII, col. 664,
n.º 45.)

A norma daqui decorrente é que a cessão da *clientela* envolve a obrigação de não subtrair a *clientela cedida*; é que, vendendo a *clientela*, o vendedor assume a obrigação de não retomar o *que vendeu*; é que, não se abrangendo a *clientela* na cessão, não pode ser invocada contra o cedente, para que respeite a *clientela* do estabelecimento cedido, a obrigação de garantia, cujo imperio se *não* estende ao *que não se vendeu*.

Outro elemento, que na doutrina do aresto belga se contém, como na de muitos outros antes deste aqui relatados, temol-o na restrição dos efeitos prohibitivos dessa clausula aos actos do vendedor, cujo resultado *effectivamente* diminua, remova, altere a *clientela* da casa vendida.

Registemos, para ulterior serventia, estas duas noções essenciaes.

148. — ARESTOS SUISSOS. — Da jurisprudencia suissa, no mesmo sentido, temos documento poderoso neste aresto, do tribunal de commercio de Genebra:

« Na ausencia de qualquer prohibição ajustada entre as partes, é o principio da liberdade do commercio e industria o que deve servir de regra. (Const. Fed., art. 31. Constit. de Genebra, art. 8º) Do principio da liberdade do commercio e industria decorre, para o vendedor, o direito de explorar, em seu proprio nome, um estabelecimento rival, *se não existir clausula nenhuma, que revele a intenção de se lhe vedar esse direito.* Caso a verificação da existencia de intenção tal não chegue a resultado certo, a dúvida se resolverá de modo favoravel ao principio assegurado pela Constituição. Tal é a hypothese ver-tente, se, ao tempo da entrega do Café, as partes convieram no preço e na coisa vendida, *mas não contraíram nenhum compromisso*, e o comprador *não inseriu artigo nenhum no contracto, que diga respeito á clientela, nem esse acto prohibe aos vendedores estabelecerem-se de novo com a sua industria precedente, na mesma rua ou seus arredores. Se elles houvessem querido vender a clientela do seu estabelecimento, abstendo-se de explorar qualquer es-*

tabelecimento similhante, e o comprador tivesse exigido esse duplo compromisso, este, evidentemente, figuraria no acto de venda. »

(Trib. commerc. de Genebra, 13 dez. 1883. Goy c. v.^a Georget *Sem. Jud.*, 1884.) (1)

149. — *Outro aresto suíço.* Não menos relevante é uma decisão pronunciada, muitos annos mais tarde, pelo tribunal civil de Vaud., resolvendo o pleito Troebert c. Uhlmann.

Ahi se estabelece categoricamente que *da cessão da clientela*, quando esta consta do contracto sem reserva, e não da simples cessão do estabelecimento commercial, é que deriva, para o cedente, a obrigação de não abrir outro em competencia com o cedido.

O julgado exprime-se assim :

« La vente D'UNE CLIENTÈLE, sans réserve aucune, entraine nécessairement l'obligation de faire jouir l'acquéreur seul *de cette clientèle*, et oblige le vendeur à ne plus exploiter lui-même, ni directement ni indirectement,

(1) VALLOTON : *Op. cit.*, p. 173-4.

la clientèle vendue, et à ne pas s'établir en concurrence avec son successeur. S'il en était autrement, cette vente serait sans objet. »

(Vaud. Cour Civ. : 16 jun. 1892, Troebert c. Uhlmann. *Rev. Judic.*, 1893.) (1)

150. — Com esta longa exposição temos demonstrado exuberantemente a verdade substanciada por **LYON-CAEN** e **LOUIS RENAULT** em um período luminoso do seu parecer acerca do caso vertente, período no qual, depois de reconhecerem que as regras *sobre a venda*, quanto a estabelecimentos commerciaes, *fonds de commerce*, têm a mesma applicação quando elles entram como contribuições (*apports*) dos subscriptores na organização de sociedades mercantis, os dois sabios commercialistas assim proseguem:

« Mais il est essentiel de remarquer que cela suppose que la vente ou l'apport comprend le droit à la clientèle, puisqu'il s'agit de garantir la jouissance de ce qui a été vendu. Si la vente ou l'apport a pour objet une usine, un magasin ou tout autre éta-

(1) VALLOTON; *Op. cit.*, p. 175.

blissement avec ses marchandises, son installation et ses divers accessoires, mais non le droit à la clientèle, la situation change forcément. Il est alors évident que le vendeur ou l'apporteur ne pourrait être tenu de laisser jouir paisiblement l'acheteur ou la société d'un droit qui n'a pas été vendu ou apporté. L'obligation de garantie ne concerne que l'objet même aliéné.» (1)

151. — Argumenta-se com algumas decisões, que tomam como de pleno direito, nas cessões de estabelecimentos commerciaes, a interdicção, ao cedente, de se reestabelecer.

Mas **PLANIOL**, com a sua incomparavel lucidez e a segurança da sua sciencia profunda, liquida esta objecção, mostrando que essa jurisprudencia, na França, obedece apenas ao uso corrente de incluir em taes vendas a clientela. Os arestos reflectem o costume geral, suppondo, em cada caso, a cessão da clientela com a do estabelecimento, porque a prática em voga é incorporar na transferencia do estabelecimento a da clientela. De maneira que, onde for diverso o facto, a solução juridica terá de ser diversa.

« Si on suppose, comme c'est le cas dans l'espèce, que la clientèle n'a

(1) *Pareceres de adv. e jurisconsultos estrangeiros*, p. 5.

pas été cédée en même temps que l'usine, la conséquence change ; le cédant conserve la liberté de s'établir à nouveau, et l'interdiction qu'on voudrait alors lui opposer manque tout à fait de base et de motif.

« C'est sur cette idée qu'est fondée la jurisprudence française. Elle a jugé, dans de nombreuses affaires, que le vendeur d'un fonds de commerce ne pouvait pas en fonder un nouveau, pour faire concurrence à l'ancien ; *mais il importe de bien comprendre la raison de cette jurisprudence et de ne pas se méprendre sur sa portée.*

« Tout d'abord, et pendant longtemps, *ses décisions portaient sur des ventes, dans lesquelles le vendeur s'était spécialement engagé à ne pas faire concurrence à son acheteur ; puis* les tribunaux français ont fini par admettre que, *même en l'absence* de tout engagement de ce genre, le vendeur était tenu *de plein droit* d'une obligation semblable par le seul fait de la vente. Mais pourquoi ? C'est que, dans la pratique française,

la clientèle ou achalandage est généralement vendue en même temps que le fonds...

« Ainsi, dans un arrêt du 11 mai 1898 (*Dalloz*, 1902. 1. 607) notre Cour de Cassation a défendu à un vendeur « tout acte de nature à diminuer l'achalandage du fonds cédé », parce *qu'elle raisonnait sur une hypothèse où la clientèle avait été cédée avec le fonds, comme c'est l'habitude en France*; mais il est évident que la solution aurait été différente, et que toute liberté aurait été laissée au vendeur, *si la clientèle n'avait pas été cédée*. Comment y aurait-il lieu à garantie pour une chose, *qui n'a été ni vendue, ni transportée*? Cela ne se comprendrait même pas.

« Donc, toute l'argumentation qu'on voudrait tirer de notre jurisprudence française en faveur de la « Companhia Nacional de Tecidos de Juta » *s'écroule par la base*. Notre jurisprudence n'a de valeur que pour une hypothèse, qui n'est pas celle du procès actuel. *Quand il n'y a pas eu cession de la clientèle, on ne saurait*

attacher de plein droit, au seul fait de la vente, l'interdiction au vendeur d'une usine, d'exploiter à nouveau la même industrie. (1)

152. — Até **VIVANTE**, enfim, essa autoridade invocada, por um dos egregios prolores do accórdam, como capaz de, por si só, dirimir a questão, subcreve, a mesma lição, dizendo :

« Todos os autores supra-citados (2) e bem assim a jurisprudencia estão, naturalmente, de accordo em estabelecer *como presupposto da obrigação*, imposta ao que vendeu um estabelecimento commercial, *de não fazer concorrência ao adquirente, a cessão da freguezia*, junta aos outros elementos do *fonds de commerce*; e alguns desses autores observam, tambem, expressamente, que a obrigação, posta ao cedente, de se abster da concorrência, *está circumscripta á hypothese de*

(1) *Ib.*, p. 28-9.

(2) « **VIVANTE**: *Trattato di Dir. Comm.*, IV, 3^a ed. Milano, 1909, N. 1648. — **NAVARRINI**: *Etudes sur le fonds de commerce*, Modène, 1901, N. 27. — **PIPIA**, *Achat-vente commercial*, Turin, 1906, n. 712 e suivants. — **TARTUFARI**: *Code de commerce commenté*, 3^a édition, Turin, 1909, vol. II, n. 91. — **RAMELLA**, *Propriété industrielle*, Rome, 1907, vol. II, n. 687, et en général tous les auteurs. »

entrar na cessão do fonds de commerce a sua freguezia.» (1)

153. — De todo o exposto havemos, pois, de concluir:

1º) *A cessão de um estabelecimento commercial não abrange de pleno direito a cessão da clientela.*

2º) *A cessão da clientela não se opera senão mediante convenção especial, declarada, ou, pelo menos, manifesta nas circumstancias do caso.*

3º) *A obrigação de não abrir concorrência ao estabelecimento cedido resulta ou de convenção explicita neste sentido, ou da cessão da clientela.*

(1) Pareceres de adv. et juriscons. estrangeiros, p. 39.





§ 3º

FONDS DE COMMERCE E FÁBRICAS

154. — Admittamos agora em absoluto, como norma geral, de conformidade com as proposições radicaes da Autora na sua defesa, a noção, dominante nos arestos cuja tendencia encarâmos noutro lugar, de que nas cessões *da especie regida por esses julgados* se inclue de pleno direito a cessão da clientela e, dest'arte, necessariamente, a renuncia, pelo cedente, ao direito de se reestabelecer.

Applicar-se-ia, ainda assim, esta regra aos casos da especie do vertente ?

Não.

155. — Todos os autores e arestos, que invocam e desenvolvem essa doutrina, se referem constantemente aos *fonds de commerce*, ou, em italiano, às *aziende commerciali*.

« Le vendeur *d'un fonds de commerce* », dizem AUBRY e RAU no lugar citado. (Vol. V, § 355, p. 76.)

PLANIOL, do mesmo modo: « Le vendeur *d'un fonds de commerce* ne peut pas, en fondant une nouvelle maison dans le voisinage de celle qu'il a vendue, faire concurrence à son acheteur, et lui enlever

une partie de la clientèle.» (*Traité*, tom. II, pag. 486, n.º 1472.)

POUILLET, egualmente : « La vente d'un *fonds de commerce* comprend, en première ligne, la clientèle et l'achalandage. » (*Marq. de Fabr.*, p. 912, n.º 1.112.)

Emfim, VIVANTE : « La vendita di una *azienda commerciale* porta con se, senz'altro, l'obbligo del venditore di non fare concorrenza al compratore. » (*Trattato*, v. IV, p. 166, n.º 1650.)

156. — Ora, na hypothese da lide, não é um *fonds de commerce*, propriamente, um estabelecimento commercial, o que se vendeu, mas *uma fábrica*, um grande estabelecimento industrial

Pergunta-se agora (dando por admittida a theoria, que reputa inherente ás cessões de estabelecimentos *commerciaes* a transferencia, com elles, da clientela : estão as cessões de estabelecimentos *industriales* sujeitas á mesma regra ?

Quem suscita a questão, e lhe responde, é VIVANTE, no seu magnifico parecer :

« En droit français, la cession d'une *usine* ou manufacture subit-elle les règles appliquées aux *fonds de commerce* ? autrement dit, la cession d'une usine comprend-elle nécessairement, en l'absence de toute clause, le matériel et la clientèle ?

« Il importe ici de dégager nettement les *caractères du fonds de commerce et de l'usine*.

« Le *fonds de commerce* n'existe que par la clientèle, la ville où il s'exerce et souvent même sa situation précise. Sa valeur se détermine par l'achalandage, et cet achalandage tient en partie au lieu d'établissement.

« *Céder un fonds de commerce* comporte donc *en principe, sauf stipulation contraire*, la délivrance et, par suite, *la garantie de la clientèle et de la situation*. Les marchandises *n'entrent en compte que d'un point de vue secondaire*, pour la mise en marche et l'approvisionnement du fonds vendu. Le débat entre le vendeur et l'acquéreur porte tout d'abord et presque exclusivement sur les conditions de prospérité de l'établissement. L'opération s'accomplit par le moyen des livres de commerce, c'est-à-dire, la balance entre les dépenses et les recettes, les noms des clients, la consommation.

« A cet élément vient se joindre sans doute le droit au bail, qui n'est

d'ailleurs qu'une condition *de la clientèle*.

« Tout converge *donc vers l'achalandage, il en faut conclure*; et telle est la solution adoptée par la jurisprudence et la doctrine, que *le vendeur qui doit garantie des choses vendues, doit garantie de la clientèle, chose vendue.* » (1)

Depois de mostrar, subsequentemente que « *tal é a doutrina exprimida, acolhida e sempre mantida pela côrte de cassação*, continúa o eximio professor de Roma :

« La raison de cette jurisprudence s'explique par les motifs déjà donnés: la *cession d'un fonds de commerce n'est pas et ne peut pas être autre chose que la cession de la clientèle*; une certaine garantie est due, une certaine réserve, plus exactement, une certaine discrétion doit être imposée au vendeur. » (2)

E, proseguindo, accrescenta :

« Mais une *autre considération* permettait d'édicter en faveur du ces-

(1) Ib., p. 49.

(2) Ib., p. 51.

sionnaire *d'un fonds de commerce la garantie du vendeur*. C'est que *cette garantie laisse subsister*, sauf la réserve indiquée, *la liberté du vendeur*. Le fonds de commerce en effet se meut dans *un rayon plus ou moins étendu*, mais toujours limité : *clientèle de quartier, clientèle de commune*, suivant l'importance des villes ; la *clientèle ne dépasse pas* certaines régions. Souvent il y a le « pas de porte » ; en d'autres cas, le *fonds de commerce* évolue dans *un périmètre plus large*, mais *encore limité*. Or, au delà de ce « pas de porte » au delà de ce périmètre, il y a place pour *d'autres activités : une autre clientèle vit*, a des besoins, consomme ; *un autre fonds de commerce* peut s'ouvrir, exister indépendamment du premier, et ne lui causant d'autre préjudice que celui qui découle de la liberté du commerce et de l'industrie. *Cette seconde région est ouverte au vendeur* ; il lui sera loisible de s'y installer, sa liberté est respectée, son droit est maintenu, et, comme le prescrit l'article 7 du décret du 2-17 mars 1791, il est libre de faire tel né-

goce ou d'exercer telle profession, telle industrie qui lui convient.

« Ainsi deux signes principaux distinguent la cession d'un fonds de commerce : 1.^o cette cession n'est et ne peut être que la cession de la clientèle; d'où la nécessité, pour le vendeur, de respecter cette clientèle, d'observer une certaine réserve, c'est-à-dire de garantir; 2.^o la garantie qui lui est imposée laisse subsister, sous les réserves ci-dessus, sa liberté commerciale. » (1)

157. — Assim, a razão especial da jurisprudencia a que se allude, jurisprudencia concernente, em todos os seus arestos, aos estabelecimentos commerciaes (*fonds de commerce*), está em que dos estabelecimentos dessa natureza a clientela constitue o principal e, ás vezes, o unico elemento. (2)

A esta carecteristica dominante se junta outra, não menos discriminativa, nem menos forte. Quando se trata de estabelecimentos commerciaes, o campo de acção de cada um, pela estreiteza relativa do seu ambito, encerra num territorio circumscripto as restricções da liberdade convencionadas mediante a in-

(1) *Ib.*, p. 52.

(2) *Ib.*, p. XXVIII, XXIX, XLIV, XLVII.

terdicção da concorrência, resultante das cessões de clientela.

Os arestos apontados referem-se, quasi invariavelmente, a negocios de circulo acanhado, cuja clientela se determina pela visinhança, pelo transito, pelas relações de contacto: cafés, padarias, hoteis, cervejarias, armazens de roupa, tapeceiros e estofadores, casas de viveres, depositos de caça, pescado e aves. E' o commercio a varejo, nas suas differentes modalidades.

Cada um desses estabelecimentos limita o seu horizonte á sua rua, ao seu bairro, á sua localidade.

Nesses limites se encerra a clientela, que se renuncia, a obrigação, que se contrae, de não abrir concorrência, quando se aliena um negocio desta ordem. E, quando os tribunaes sancionam esses contractos, reprimindo os seus infractores, é, como vimos atrás, no longo exame de arestos a que procedêmos, é, dizemos, condemnando os violadores da obrigação de garantia a não abrir casas rivaes *na mesma cidade, no mesmo bairro, na mesma rua ou praça, a distancia de algumas centenas de metros, na proximidade, ao lado, ou defronte* do estabelecimento cedido. (1)

O vendedor, pois, cedendo o direito de se reestabelecer nesses limites, não aliena a sua liberdade.

(1) HUC: *Cod. civ.*, v. X, p. 157. — PLANIOL, v. II, p. 486. — « Non aprire bottega nella stessa via. » *Foro Italiano*, 1888, 1. 942, not.

158. — Ora, caracterizado assim o *fonds de commerce*, perguntaremos, apoiando-nos ao mestre: não diversificará essencialmente o caso, quando se trata da alienação de um estabelecimento *industrial*?

« En est-il de même au cas de *cession de l'usine*? *Incontestablement non.*

« Il est presque superflu d'affirmer que la *vente d'une usine* est, en elle-même, et sauf stipulation contraire, la vente du matériel et des immeubles composant cette usine.

.....

« *L'usine représente une situation immobilière, dont la valeur existe en elle-même, une organisation ouvrière, dont le prix peut être fixé, un matériel, qui peut être estimé suivant des cours établis. Entre le fonds de commerce et l'usine il y a une différence essentielle: le fonds de commerce C'EST LA CONSOMMATION; l'usine C'EST LA PRODUCTION...*

« L'objet de la cession d'une usine *est multiple* et la vente en a une cause en dehors de la clientèle. *On y rencontre, en effet, comme élément de*

prix se suffisant à eux-mêmes : . . . la disposition de l'usine, son agencement, sa puissance productive, la nouveauté du matériel, son accommodement au progrès, l'état des immeubles, le coefficient de manufacture des appareils.

« Ces différences très précises, très certaines, ne doivent pas être retenues comme absolues. Il ne peut être contesté que la notion de clientèle, dans certains cas, augmente la valeur vénale d'une usine. Mais nous cherchons uniquement si, à côté de la clientèle, qui est tout le fonds de commerce, il existe pour l'usine des éléments de valeur. On n'en saurait douter.

« Et la jurisprudence française l'affirme de la façon la plus catégorique. La cour de cassation s'est prononcée en 1844, et depuis cette époque aucune décision nouvelle n'est intervenue, à notre connaissance, pour contredire les principes établis par son arrêt. » (1)

(1) *Pareceres*, p. 52-3. *Ib.*, p. XLV, XLVI, XLVII.

Assim que, segundo o testemunho de **VIVANTE**, que deve saber destas coisas um pouco mais do que nós, o aresto da côrte de cassação, proferido em 1844, subsiste até hoje. Nenhum julgado posterior o revogou, ou derogou. Nelle, portanto, se ha de ir buscar, ainda agora, o criterio discriminativo entre os estabelecimentos commerciaes e os industriaes, em materia de cessão de clientela e prohibição de concorrência aos seus cedentes.

159.—E' o que fez o sabio **VIVANTE**, na sua consulta, explanando e concluindo :

« La doctrine et la jurisprudence ont ainsi nettement dégagé les éléments de prix au cas de vente *d'usine*. *S'il n'y a pas une disposition spéciale dans l'acte de vente, la clientèle est retenue par le vendeur*, la cession « ne comprend pas de sa nature », suivant l'expression de MM. Aubry et Rau, *que les bâtimens et les objets matériels nécessaires à l'exploitation*.

« Cette solution *s'imposait*, au second point de vue de la liberté individuelle. Ainsi que nous l'avons déjà dit, la loi française n'admet pas les engagements à la vie; elle redoute les entraînemens, que peuvent provoquer,

soit le besoin, soit l'ignorance de l'avenir. Elle veut que chacun ait la faculté de continuer sa vie, sans entrave telle que toute voie soit à jamais fermée, ou même que la première parcourue par le vendeur, et à laquelle il a paru renoncer un instant, ne lui soit jamais plus ouverte.

« Or, si, au cas de cession d'un fonds de commerce, pareille conséquence n'était pas à redouter, il n'en était pas de même au cas de vente d'une usine. Sa clientèle, c'est le public, tout le monde ; ses débouchés dépassent le lieu de manufacture ; elle se ramifie à toutes les régions ; pas de limite à son étendue ; ses clients sont tous les marchands de détail, tous les intermédiaires, tous les propriétaires de fonds de commerce, son action s'étend au delà même du pays d'origine.

« L'extrême diversité de ses débouchés fait obstacle à la notion de garantie d'une clientèle. *Garantir la clientèle d'une usine, comme on garantit la clientèle d'un fonds de commerce, ce serait, pour toujours et sans*

retour possible, renoncer à la faculté d'ouvrir une usine similaire; ce serait s'engager à vie, pour toutes les régions et pour tous les pays. La loi française condamne de tels renoncements. Elle les prohibe de la façon la plus formelle. Il est, en France, d'ordre public que l'individu ne peut aliéner sa liberté que pour un temps. Toute clause contraire serait nulle d'une nullité absolue.

« *Très surement, on peut donc affirmer que la cession d'une usine ne comprend, à moins d'UNE CONVENTION EXPRESSE, que les bâtiments et le matériel d'exploitation, et, tandis que la clientèle est implicitement vendue au cas de cession de fonds de commerce, il faut, au cas de vente d'une usine, pour l'englober dans l'acte, une DISPOSITION SPÉCIALE.* » (1)

Portanto, esses mesmos, como o grande commercialista italiano, em cujo sentir se considera implicitamente vendida a clientela no caso de cessão de estabelecimentos commerciaes, esses mesmos re-

(1) *Pareceres de adv. e jurisc. estrangeiros*, p. 55-6.

conhecem que, *nas alienações de fábricas, se não tem por incluída a clientela, senão quando a incluir uma clausula especial.*

160. — Curioso é (curioso, por não dizer mais) que os entusiastas da lição de **VIVANTE** na primeira dessas duas sentenças já lhe não reconheçam o prestigio na segunda. Teria variado elle, ao redigir esta consulta, da opinião, que professava, quando escreveu o seu tratado? Não.

No mesmo volume, no mesmo capítulo, na mesma pagina da sua grande obra sobre o direito commercial, *ahi mesmo já ensinava elle a distincção, que agora, na sua consulta sobre o caso Penteado, expende e desenvolve.*

Ainda mais: é justamente numa nota ao texto onde estabelece a norma relativa aos estabelecimentos commerciaes (*aziende commerciali*), que elle inscreve a ressalva concernente *às fábricas.*

Tendo escripto, no alto da pagina, que «*la vendita di un' azienda commerciale porta con sè, senz'altro, l'obbligo del venditore di non fare concorrenza al compratore*», adverte logo alli, no rodapé da lauda:

«*Sarebbe altrimenti nella vendita di un opificio, quando questa non comprenda la cessione della clientela.*»

(VIVANTE : *Trattato*, 3.^a ed.,
IV, n.º 1648 p. 164, not. 34.)

Ora *opificio*, segundo os proprios lexicographos italianos, quer dizer *fábrica*, especialmente em ponto grande : grande estabelecimento industrial, justamente o a que os franceses chamam *usine*.

« OPIFICIO. *Fábrica con arte industriale, piuttosto in grande. Stabilimento.* » (PETRÓCCHI : *Nuovo Dizion. Univers. della Ling. Ital.*, vol. II, p. 394.)

De modo que, tirada em nossa linguagem, a opinião de VIVANTE, acima transcripta, vem a ser que,

quando a venda recae sobre uma fábrica, uma grande fábrica, um estabelecimento industrial, ainda que feita « *col suo avviamento* », não envolve *implicitamente, para o vendedor, a obrigação de lhe não fazer concorrência.*

Eis o que nos ensina o celebre cathedratico de direito mercantil, na terceira edição, a ultima, « *rivenduta ed ampliata* », do seu classico tratado.

161. — Tal é, portanto, no sentir do famoso commercialista, maior entre os maiores, o estado actual da jurisprudencia e doutrina, em França e na Italia. De maneira que a sua resposta, agora, em relação ao pleito aqui debatido, coincide ponto por ponto, sem deslize de um ápice, com a que elle ensinava na grande obra que consagrou *ex professo* ao direito commercial.

De mais a mais, no tratado e no parecer, um de annos, outro de hoje, o aresto com que reforça a lição dada, é o mesmo : o aresto da côrte de cassação franceza em 17 de julho de 1844 (SIREY, 1678), até agora, diz elle, não foi reconsiderado em nenhuma das suas decisões posteriores.

Como, pois, explicar a diversidade, com que, neste litigio, se vê tratar o eximio commercialista, ora acatado como a primeira autoridade, que se conhece, quando, favoravel aos interesses da Autora, adopta a regra de que as cessões de estabelecimentos commerciaes abrangem *ipso jure* a interdição de concorrência á casa vendida, ora rejeitado como o menos presavel dos escrevedores desta disciplina, quando sustenta que nessa norma não cabem os estabelecimentos industriaes ?

162. — No mesmo caso está o que se passa com AUBRY e RAU. A' frente das autoridades que apadrinham a doutrina advogada, neste pleito, a beneficio da Autora, quanto á inclusão implicita da clientela nas transmissões de casas commerciaes (*fonds*

de commerce), vemos sempre tocar a prioridade a esses dois celebres civilistas. Mas foram elles mesmos os que, lado a lado com esse principio, relativo aos estabelecimentos *mercantís*, firmaram, a respeito dos estabelecimentos *industriaes*, fábricas, *usines*, a regra opposta, arrimando-se á mesma jurisprudencia tantos annos mais tarde invocada por **VIVANTE**:

« La cour de cassation a admis une solution différente de celles qui précèdent, pour le cas de vente d'une usine. Civ. cass. 17 Juillet 1844. S. 44. 2. 678.

« La raison de cette différence est que la vente d'une usine ne comprend, de sa nature, que les bâtimens et les objets matériels nécessaires à son exploitation, tandis que la vente d'un fonds de commerce comprend l'achalandage, qui en forme un des principaux éléments. »

(Cours de dr. civ., tom. V, p.77, not. 1.)

Esta nota já se encontrava nas edições anteriores. Na quarta, que é de 1871, vamos achal-a tal qual na de hoje. (Vol. IV § 355, p. 369, not. 2.) Os tres doutos revisores da edição actual não lhe oppõem o

menor reparo, nem apontam decisão alguma, que a contrarie. Limitam-se a indicar a opinião dissidente de **GUILLOUARD**. (*Vente*, I, n.º 336.)

163. — Mas este voto divergente, apesar da sua respeitabilidade, não fez proselytos, não actuou na theoria, nem na pratica de julgar. Ainda na *Synthese das Leis Francesas* de **BOYER**, que data apenas de seis annos atraz, se dá como subsistente o aresto de 1844, assim como o predominio da lição de **AUBRY** e **RAU** :

« *Celui qui a vendu une usine, peut former dans le voisinage un établissement semblable, s'il ne s'en est pas interdit la faculté par l'acte de vente.* **AUBRY** et **RAU**. IV, p. 369; Cass. civ. 17 juillet 1844. S. 44. 1. 678.. »

(**RAYM-BOYER** : *La synthèse des lois françaises*. Paris, 1907. Prem. part., pg. 733.)

164. — A mesma idéa encerra a lição, que **THALLER**, na ultima edição do seu *Tratado Elementar*, assim nos dá:

« Muitas empresas não têm clientela distincta do material e dos uten-

silios. E' o que acontece especialmente com as fábricas ou manufacturas (*les usines ou manufactures*). *O seu preço de cessão se regula na razão do numero de machinas e meios de producção, sem se levar em conta a actividade da vendagem.* Na accepção que aqui damos a estes vocabulos, *não haveria fonds de commerce em taes casos.* »

(*Traité E'lément. de Dr. Comm.*, 4^e ed., 1910, p. 62, n.º 82.)

165. — Nessas palavras, estampadas em 1910, está, sensivelmente, o pensamento, que o sabio professor de direito commercial desenvolveu, mais tarde, soberbamente na sua consulta de junho de 1911, sobre o caso Alvares Penteado.

Attentemos, com o respeito que se lhe deve:

« Si l'on raisonnait *par analogie* du cas de transmission *d'un fonds de commerce*, dont les principes en droit français viennent d'être rappelés, à l'hypothèse de la vente ou de la mise en société *d'une usine manufacturière*, qui est celle de la présente question, on devrait en conclure que

l'industriel qui construit et exploite une nouvelle fabrique de jute dans la localité où se trouve la première fabrique par lui cédée, contrevient à l'obligation de garantie, qui le lie envers la compagnie cessionnaire, et encourt des dommages-intérêts.

« Il serait tenu de réparer le préjudice, bien qu'il n'ait pas dit, en apportant sa fabrique. qu'il cédait, en outre, la clientèle qui pouvait y être attachée; la promesse de garantie et l'engagement de ne pas se rétablir étant implicites et n'ayant pas besoin d'une clause expresse.

Mais cette extension à un établissement de manufacture des solutions acceptées en France à l'égard d'un fonds de commerce doit être repoussée, et notre jurisprudence ne l'a jamais faite. Quant à la doctrine française, elle passe à côté de la question, sans la résoudre.

« Il ne faut pas se laisser induire en erreur par la formule vague plaçant sur le même pied *le commerce et l'industrie* au point de vue de interdiction de

se rétablir, formule qu'on trouve dans les motifs d'un certain nombre d'arrêts. « En droit, dit la cour de cassation (Req. 16 mars 1886), la vente ou la cession d'un établissement commercial ou industriel, avec la clientèle et l'achalandage, a pour conséquence, sauf convention contraire, d'interdire, au vendeur ou cédant, l'exercice d'une industrie ou d'un commerce similaires, dans le voisinage ou dans le rayon de fonctionnement de l'établissement vendu. »

« L'expression : *établissement industriel*, employée dans le passage qui vient d'être reproduit, *ne se réfère pas, ne peut pas se référer à un établissement appartenant à la classe des usines, fabriques ou manufactures*. Le fait, par le rédacteur de l'arrêt, d'ajouter tout aussitôt à cette qualification une clientèle, qui serait attachée à l'établissement, et se trouverait expressément ou tacitement comprise dans la cession, prouverait, au besoin, ainsi que la suite de cette consultation le montrera, qu'il n'a pas été dans sa pensée de viser les établissements manufacturiers.

« La formule employée dans les arrêts, lorsqu'ils assimilent l'industrie et le commerce, se rapporte seulement *aux industries exercées par des artisans ou menus commerçants*, tels que boulangers, coiffeurs, *confectionneurs d'articles de modes*, etc... tenant magasin ou atelier, et autour desquels se forme une clientèle de consommateurs ou d'habitues, qui viennent, d'une manière plus ou moins périodique, s'achalander chez eux.

« Lorsque ces personnes cèdent leur fonds, c'est bien une clientèle qu'elles transmettent, avec l'engagement de ne pas se rétablir dans un rayon assez proche *du magasin ou de l'atelier*, pour faire concurrence à l'acheteur et ressaisir les clients qu'on lui a transmis.

« Mais, pour *les établissements qui relèvent de la grande industrie*, qui se livrent à la production manufacturière avec un agencement de matériel technique, le problème se présente sous un tout autre aspect, et *c'est vraiment faire violence au sens naturel des mots* que d'englober ces

établissements dans la désignation de fonds de commerce, qui concerne une nature de maisons bien différentes.

« Le *fonds de commerce* suppose une valeur incorporelle de clientèle distincte des éléments matériels contenus dans le même établissement, une valeur incorporelle susceptible d'être estimée, de paraître à l'actif d'un bilan, d'être transmise à son tour pour une somme d'argent, indépendamment des dits éléments matériels. *Or cela n'est pas vrai d'une usine*, à laquelle son propriétaire ne donne point une valeur séparée des immeubles, des constructions, du matériel ou des marchandises qui la composent.

« On pourrait prolonger très loin cette comparaison entre le *fonds de manufacture* et le *fonds de commerce*, et prouver combien *de l'un à l'autre la distance est grande*. Le *fonds de commerce*, valeur de l'achalandage, *est un meuble, tandis que l'usine est immobilière*. Le fonds de commerce peut être *donné en nantissement* (loi française du 17 mars 1909), tan-

dis que le seul moyen d'affecter une usine aux créanciers, *c'est l'hypothèque*. La publicité, qui doit environner la vente d'un fonds de commerce, à la teneur de la loi de 1909 précitée, n'a rien de commun avec la publicité de la vente d'une usine, qui est soumise, en France, au régime de la transcription, etc. ». (1)

166. — A demonstracão é cabal. Não se lhe depara *frincha*, no raciocínio sólido e cerrado, por onde entre a mínima cunha de um sophisma. Ante as suas considerações ineluctaveis desaparecem as a que, em sentido contrario, se encosta a opinião de **GUILLOUARD**, cujo alto prestigio ainda não conseguiu modificar a jurisprudencia estabelecida ha mais de oitenta annos.

Já a **VIVANTE** ouvimos que o aresto supremo de 1844 subsistia intacto até hoje. Agora é **THALLER** quem nol-o repete, ultimando aquellas reflexões com este appello á constancia da tradição na mais alta justiça de França :

« Mais, au lieu d'insister sur ces données générales, le mieux est encore

(1) Pareceres de adv., escriptores e juriscens. estrangeiros p. 17-18.

de citer l'arrêt de la cour de cassation du 17 de juillet 1844 (Maitre Cléry c. Cailletet, *Journal du Palais*, 1844, 2^e p., p. 145), *dont aucun arrêt plus récent n'a abandonné la doctrine*, et qui résout, dans le sens de la pleine liberté, pour le vendeur d'usine, de se rétablir, un cas identique à celui qui fait l'objet de cette consultation. » (1)

167. — Aos depoimentos, sollemnes e contestes, do maior commercialista italiano e do maior commercialista francês, contestes os dois em que a jurisprudencia francesa e a italiana, de 1844 a 1911, excluem da norma relativa á cessão implicita da clientela nas 'cessões de estabelecimentos commerciaes os grandes estabelecimentos da industria moderna, a essa autoridade, soberana pela competencia, pela seriedade, pela energia irresistivel das razões adduzidas, — que é o que oppõe o veneravel accórdam embargado, para assentar a sua decisão *na jurisprudencia dos povos cultos* ?

Onde é que, nestes autos, já se expoz, já se analysou, já se discutiu essa jurisprudencia por parte da Autora, buscando *nas fontes* os arestos, trazendo á collação *os textos judiciaes*, examinando *em cotejo com elles* as doutrinas, que os interpretam ? Na

(1) *Ibid.*, p. 19.

ausencia desse trabalho, que a importancia da causa requeria, e a intervenção, em sentido opposto, de tamanhos jurisconsultos estrangeiros impunha, como pretender que se haja estudado a questão, e que ella esteja resolvida segundo a orientação judiciaria dos povos mais adeantados?

168. — O esforço, a que nos damos, inspira-se no desejo de pôr a evidencia material do contrario aos olhos dos egregios magistrados, cuja sentença aguarda com anciedade a justiça violada.

Relevem-nos elles, pois, ainda uma vez, a canseira destas buscas, áridas, mas indispensaveis. Trabalhos destes, ou se hão de fazer com a consciencia toda, sem medo á sua monotonia, ou melhor será que de todo se não façam.

No de agora, antes de mais nada, não se pode escusar a leitura do celebre aresto, origem dessa jurisprudencia já septuagenaria, mas ainda actual. E' o documento fundamental neste estudo essa decisão de 1844.

Que reza ella? Aqui está:

« Attendu qu'en acquérant de
Maitre Cléry une *usine métallurgique*,
sise à Villotte-sur-Ource, Cailletet n'a
introduit dans l'acte de vente aucune
clause prohibitive de l'établissement
d'une usine de même nature sur les

terrains restant, dans la même commune, la propriété de son vendeur ;

« Attendu que l'acte de vente est pur et simple, et ne contient aucune obligation restrictive des droits du vendeur sur sa propriété non vendue ; qu'il n'est même pas déclaré par l'arrêt attaqué que cette clause d'interdiction ait été entendue entre les parties comme résultant de leur commune intention ;

« Attendu qu'en cet état des choses Maître Cléry conservait, aux termes de l'article 544 du code civil, la liberté de disposer de sa propriété comme bon lui semblerait, à la seule charge de n'en point faire un usage prohibé par les lois ou règlements ; qu'aucune disposition de loi ou de règlement ne prohibe l'établissement d'une nouvelle usine de même nature dans le voisinage d'une usine semblable préexistante ;

« Attendu que l'établissement d'une telle usine, légalement autorisé, ne peut par lui-même donner ouverture à une action en dommages et intérêts,

puisque le préjudice qui peut en résulter pour les établissements préexistants, n'est que le résultat de l'exercice d'une industrie licite et du droit de propriété;

« D'où il suit que l'arrêt attaqué, en l'état même des conventions tel qu'il les a interprétées, *a fausement appliqué les arts. 1131 et 1135, cod. civ., et violé l'art. 544, même code; Casse etc. »*

(Cass. Ch. civ. 17 jul. 1844, S. 44. 1. 680.)

Este aresto, diz **THALLER**, merecia reproduzido em toda a sua extensão. « Elle inflige catégorico desmentido á these, que pretendia negar ao que vende uma fábrica, ou com ella entra numa sociedade, o direito de construir outra, semelhante a essa, e exploral-a, na vizinhança da primeira, não tendo o comprador, ou a sociedade, inserido no contracto clausula formal de interdicção. E' precisamente a hypothese da nova fábrica de juta, cuja construcção a *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* exprobra ao industrial, contra quem corre a lide. » (1)

(1) Ibid , p. 20.

169. — No cabeçalho desta decisão, que deixamos transcripta por inteiro, o repertorio de **SIREY** lhe extrae a summa, dizendo :

« Celui qui a vendu une usine, peut former, dans le voisinage, un établissement semblable, alors qu'il ne s'en est pas interdit la faculté par l'acte de vente. »

(S. 44, I. 678.)

Mas o que importa, sobretudo, ler, é a nota, com que alli se commenta esse julgado, e que nenhum escriptor, até hoje, transcreveu.

Diz ella :

« Esta questão, de alta importancia, nos parece resolvida aqui num sentido consentaneo ao da livre concorrência industrial, assim como aos principios conservadores do direito de propriedade, ao qual não são admissiveis outras restricções, alem das que lhe impõe a lei, ou o contracto.

« Nem a lei, nem a convenção tolhem, ao que vendeu uma fábrica, o construir outra na visinhança, em terreno seu, *quando o contrario se não estipulou ; porquanto nunca se deve presumir a renuncia de um direito.*

« Já se julgou, é certo, que quem vendeu um estabelecimento commercial, não lhe pode erigir na vizinhança um estabelecimento semelhante; pois com isso turbaria a posse do comprador. Paris 19 nov. 1824. (S. 26. 2. 144. *Collect nouv.* 7. 2. 444) Grenoble 10 março 1836. (Vol. 1838. 2. 35.)

« Ha, porém, entre a venda de uma fábrica (*d'une usine, d'une fabrique*) e a de um estabelecimento commercial (*fonds de commerce*) uma *diferença*. A primeira não se entende, em geral, abranger senão o material, movel e immovel, necessario a uma exploração industrial; ao passo que a de um estabelecimento mercantil include, principalmente, a freguezia ou clientela. (1)

« Dahi resulta que quem alienou uma fábrica, se não privou de lhe eriguer na vizinhança outra semelhante,

(1) « Mais il y a cette différence entre la vente d'une usine, d'une fabrique, et celle d'un fonds de commerce, que la première n'est en général réputée comprendre que le matériel mobilier et immobilier nécessaire à l'exploitation d'une industrie ; tandis que celle d'un fonds de commerce comprend principalement l'achalandage ou la clientèle. »

por isso que, assim procedendo, nada ao vendedor subtrae do que lhe vendeu. (1) Mas o que, tendo vendido um estabelecimento commercial, lhe monta outro visinho, subtrae o que pode ao comprador, tira-lhe a clientela mesma, que lhe vendeu ; visto que essa clientela, sem ligações materiaes com o estabelecimento, propende sempre a seguir as pessoas. Neste ultimo caso, pois, é que ha quebra das convenções e da lei, que obrigam o vendedor a entregar a coisa vendida, e o inhihem de a reaver, depois que a vendeu.»

(S. 44. 1. 678, not. 1.)

Sigamos o fio dessa jurisprudencia no seu curso.

170. — Em 1848, commentando o aresto de Nimes, 16 dez. 1847, dizia o repertorio de **SIREY** :

« No caso de venda *de uma fábrica*, nada ha, que tolha ao vendedor o arbitrio de erigir *na visinhança* um estabelecimento similhan-

(1) « *D'où il résulte que celui qui a vendu une usine, ne s'interdit pas d'en élever dans la voisinage une autre semblable, parece que, en agissant ainsi, il n'ôte rien au vendeur de ce qu'il lui a vendu.* »

te, se, no acto da venda, não estipulou tal proibição. »

(S. 48. 1. 627, not. 2-3.) (1)

Ao mesmo aresto põe **DALLOZ**, em 1894, esta nota :

« Il a été décidé que le vendeur *d'une usine* avait du former *dans le voisinage* un établissement de même nature. »

(D. 49. 2. 14, not. 1.)

Outra vez, em 1855, o repertorio de **SIREY**, recapitulando, numa nota, a jurisprudencia em voga relativamente aos *fonds de commerce*, adverte :

« Toutefois *le contraire* a été jugé, en matière de vente d'usine, par la cour de cassation. »

(S. 56. 1. 417, not.) (2)

Em 1892 o *Supplemento ao Repertorio DALLOZ*, occupando-se com a jurisprudencia corrente sobre a questão de saber se o principio da garantia, em materia de venda basta, para firmar essa inter-

(1) « Mais il en est différemment au cas de vente *d'une usine* : rien n'empêche le vendeur de former dans le voisinage un établissement semblable, s'il ne s'en est pas interdit la faculté par l'acte de vente. »

(2) Ver, outrosim, D. 60. 1. 218, not.

Ahi se diz :

« Il résulte de l'ensemble de la jurisprudence que la formation, par le vendeur d'un fonds de commerce, d'un établis-

dicção de pleno direito, independentemente de ajuste, nas alienações de estabelecimentos commerciaes, assignala que os julgados se inclinam para a negativa, « *lorsqu'il s'agit d'une vente d'usine ne comprenant pas une clientèle ou achalandage.* » (DALLOZ : *Supplément*, tom. IX, 1892, p. 366, n.º 123.) (1)

ment de même nature que celui vendu *n'est illicite que lorsqu'elle a en lieu dans les conditions d'une concurrence déloyale*, V. Bordaueux, 5 juill. 1850 (D. P. 50. 2. 199) et les arrêts rapportés *Jur. Génér.*, v.º *Industrie*, n.º 212.

« L'arrêt de la cour de Paris, du 19 fév. 1859, dont le texte est rappelé par le défendeur, rentre aussi dans cette jurisprudence.

« Un arrêt de cassation, du 17 juillet 1844 (D. P. 44. 1.323) va jusqu'à décider que la vente d'une usine, avec une portion de la propriété que la contient, n'emporte pas, pour le vendeur, prohibition d'établir une autre usine pareille sur le terrain restant, lorsque le contrat ne contient ou ne suppose aucune clause restrictive. »

(1) « On a vu déjà au *Rep.*, n.º 217, la jurisprudence partagée sur ce point » (isto é, sobre « si la garantie en matière de vente suffit, pour entraîner, *de plein droit et sans convention*, l'interdiction de concurrence, dans la vente ou dans la licitation d'un fonds de commerce ») « inclinant vers la négative, lorsqu'il s'agit d'une vente par licitation, qui est forcée (Paris, 14 oct. 1833), ou d'une vente d'usine ne comprenant pas une clientèle ou achalandage, mais décidant que la vente d'établissements à achalandage, *tels que cafés, hôtels garnis, fonds de commerce DE DÉTAIL*, emportent par elles mêmes interdiction au vendeur de s'établir DANS LE VOISINAGE.

« Certaines cours ont continué de juger que l'obligation de garantie dans la vente D'UN ÉTABLISSEMENT À ACHALANDAGE » (a saber, como dito fica no paragrafo anterior, de *cafés, casas de pensão, negócios a retalho*) « comprend de plein droit cette interdiction. »

« Mais la cour de cassation a jugé plutôt DANS LE SENS CONTRAIRE, ou, tout au moins, elle n'a pas admis que la vente entraînant nécessairement, en l'absence de conventions spéciales, l'interdiction dont il s'agit, reconnaissant aux juges du fond le droit d'apprécier souverainement, à cet égard, l'intention des parties. »

171. — A mesma idéa anima, ainda em 1898, o aresto proferido, na causa Hanoteau c. Michelin, pela côrte de cassação, em 9 de fevereiro, aresto no qual se decidiu que « aos juizes de facto incumbe resolver, *por uma apreciação do contracto*, confiada ao seu poder soberano, *se o vendedor de uma fábrica se privou de exercer industria semelhante á vendida.* » (S. 98. 1. 121.)

A mesma idéa, dizemos; porquanto o que está na essencia da regra firmada pelo aresto de 1844, é contrapor á theoria, admittida por alguns autores e algumas sentenças, da interdicção de concorrência como decorrente *da propria lei*, sem o concurso da convenção, nas cessões de estabelecimentos *commerciaes*, a doutrina de que, nas cessões de estabelecimentos *industriales*, tal interdicção não pode existir senão quando convencionada entre as partes.

172. — E' isto o que **PLANIOL** discrimina e accentua, com muita precisão, na sua maravilhosa consulta :

« En effet, qu'objecte-t-on aujourd'hui au créateur de l'usine en question ? On soutient que, *par le seul fait de cet apport en société*, il se trouve, *de plein droit*, empêché de s'établir à nouveau, pour construire une autre usine, et pour exploiter la même industrie en concurrence avec la société fondée antérieurement par

lui. Mais, dans l'hypothèse où nous sommes placés, *cette prétention est inadmissible* ; et il est facile de le démontrer.

« Quand il est interdit à un industriel de se rétablir, après avoir vendu son fonds, sur quelle base cette interdiction repose-t-elle ? Uniquement *sur la cession de la clientèle primitive*. Celui qui a vendu ou cédé sa clientèle, ne peut pas s'établir à nouveau, parce que, en continuant son commerce, il détournerait la clientèle vendue, et l'enlèverait à son cessionnaire ; ce qui serait un moyen indirect de reprendre ce qu'il a cédé. » (1)

173.—O aresto de 1898 não estabelece outra coisa ; e, ainda em 1902, se lhe encontra consignada a doutrina no repertorio do *Journal du Palais*, archivo judiciario de autoridade igual á dos de SIREY e DALLOZ :

« Il appartient aux juges de fait de décider, par une appréciation *du contrat* rentrant dans leur pouvoir souverain, que le vendeur *de l'usine s'est*

(1) *Pareceres de adv., escr. e jurisc. estrang.*, p. 27-8.

interdit d'exercer une industrie similaire de celle cédée.»

(*Journal du Palais. 4^e Table Complémentaire. 1902. P. 799, n^o 41.*)

174.—Mas não é só em França e na Italia que prevalece esta distincção entre os estabelecimentos commerciaes e os industriaes quanto á obrigação da garantia, resultante da sua venda, para o vendedor.

Entre os expositores belgas se encontra adoptada a mesma noção. Quem nol-o attesta, é o melhor dos commentadores do cod. civil belga, justamente quando lhe annota o art. 1626, onde se impõe ao vendedor, no silencio do contracto de venda, a obrigação de assegurar o adquirente contra a evicção, total ou parcial, do objecto vendido.

Eis como se exprimiu o abalizado jurisconsulto, conselheiro na côrte de cassação de Bruxellas:

« Le vendeur d'un fonds de commerce peut, par une clause spéciale du contrat, s'interdire le droit de se rétablir directement ou indirectement dans un commerce du genre de celui qu'il cède, pendant un certain temps et dans des localités déterminées. Cette clause est valable.

« Si le contrat est muet, nous croyons que le vendeur ne peut, im-

mediatement après la vente, créer au même lieu un établissement du même ordre, et enlever ainsi à l'acheteur une clientèle, qu'il lui a cédée avec le fonds de commerce; s'il le faisait, il reprendrait ce qu'il a cédé...

« Si, au lieu d'un fonds de commerce, une usine avait été vendue, le vendeur pourrait, d'après nous, créer un établissement nouveau similaire.

« L'établissement de l'usine nouvelle ne serait que le résultat d'une industrie licite et du droit de propriété.

♦ « En vendant l'usine (1), le vendeur n'a vendu que les objets matériels et nécessaires à son exploitation, et non l'achalandage, qui, dans la vente d'un fonds de commerce, forme un des principaux éléments de la vente. »

(BELTJENS: *Encyclopédie du Dr. Civ. Prem. Part. Cod. Civ.* 3.^e

(1) No texto impresso está *usage*. Mas é, evidentemente, um erro typographico de duas letras, em vez de *usine*, vocabulo indicado pelos antecedentes e consequentes do trecho.

ed. Tom. V. 1906. Pag. 226, n^{os} 44-5.)

E' de 1906 esta lição frisante:

175. — Podemos, pois, consultando a jurisprudência e a doutrina dos povos cultos, dizer, com **THALLER** :

« Pour que l'ouverture de la nouvelle USINE pût donner lieu à une réclamation, à une action en garantie, il faudrait que l'industriel eût pris, au moment de la cession de l'USINE originaire, l'engagement exprès de ne pas se rétablir, ou que, tout au moins, cet engagement découlât clairement de la convention (ce qui n'est pas le cas en l'espèce du présent procès). (1)

Podemos sustentar, com **PLANIOL** :

« On ne peut pas décider *a priori*, d'une façon absolue et constante, que tout vendeur d'une usine est empêché de fonder un nouvel établissement du même genre. Cela n'est vrai que dans le cas où il a

(1) *Pareceres*, etc. pg. 24.

vendu sa clientèle. Si la clientèle n'a pas fait l'objet d'une cession, et si aucun engagement spécial n'a été pris à ce sujet, la liberté de se rétablir reste entière; on ne peut pas être garant d'une chose qu'on n'a pas vendue.

« En conséquence, le fondateur de l'usine n'a fait qu'user de son droit, quand il en a fondé une seconde. » (1)

Podemos insistir, com **VIVANTE** :

« L'objet de l'apport de l'industrie consistant dans l'usine, l'établissement industriel avec les marchandises s'y trouvant, avec ses créances, mais non le fonds de commerce dans le sens économique du mot, fonds qui comprend, outre ces éléments, celui de l'achalandage, il est évident, en effet, que la cession de l'achalandage est nécessaire pour qu'il soit permis de parler d'une cession véritable et réelle du fonds de commerce. » (2)

(1) Ib., p. 32.

(2) Ib., p. 38.

Podemos concluir, emfim, como expressão indubitavel do direito ensinado na sciencia desses escriptores e no consenso desses arestos,

que, nas cessões de estabelecimentos *industriaes*; por via de regra, não se transfere a clientela ;

que, portanto, a transferencia da clientela não se subentende nunca nas alienações de estabelecimentos *industriaes*;

e, consequentemente,

que, nas vendas ou cessões de fábricas, o cedente só não conserva o direito de se reestabelecer, quando a tal se obrigou no contracto. (1)

(1) *Ib.*, XXVIII, XXXII.



A INTENÇÃO DAS PARTES

176.—Na essencia, entre a idéa que tem por implicita entre as obrigações do cedente, nas cessões de estabelecimentos *commerciaes*, a estipulação de não se reestabelecer, e a que exclue esse elemento, nas cessões de estabelecimentos *industriaes*, quando não resultar *de convenção verificada*, ha uma base *commum*. Ambas assentam *na intenção das partes*.

Subentende-se, nos casos da primeira categoria, o compromisso de respeitar a clientela do estabelecimento cedido, por ser a clientela, as mais das vezes, em taes casos, o predicado mais valioso da propriedade transferida, e se dever considerar, assim, ordinariamente, como o objecto principal da cessão.

Nos da segunda categoria não se subentende; porque, inversamente, em taes casos, a regra é ser o material do estabelecimento o objecto essencial do contracto; e, d'est'arte, não seria licito haver como abrangida neste a transferencia da clientela, quando elle especialmente o não ajustasse.

D'ahi uma série de arestos, nos quaes se consagra por criterio da solução neste assumpto, unica-

mente, a intenção das partes, formal na letra do contracto, ou revelada na prova das circumstancias do caso.

177. — Neste sentido julgou a côrte de cassação, em 1873, causa Videau c. Rousseau, que a cessão de um estabelecimento commercial (*fonds de commerce*) não obriga necessariamente, na ausencia de convenção neste sentido, o vendedor a não se reestabelecer. Mas, acrescenta,

« cette interdiction n'a pas besoin d'être édictée par une clause formelle: *elle peut résulter des circonstances, qui ont accompagné la vente.* »

(Cass. 21 jul. 73. S. 74. 1. 197. D. 76. 1. 70.)

178. — A mesma côrte, onze annos depois, no pleito Bertrand c. Devaux, julgando no mesmo sentido, estabelece:

« Il appartient aux juges de fond d'apprécier souverainement, à cet égard, *l'intention des parties.* »

(Cass. 19 ag. 84. S. 85. 1. 156.)

179. — Mais tarde, no caso Dupont c. Laporte, a côrte de cassação, decidindo sobre a interdicção de

concorrença pelo vendedor ao estabelecimento vendido, sentença que essa interdição,

« á défaut d'une stipulation expresse, peut s'induire *de la commune intention des parties*, souverainement appréciée par les juges de fond, et *résultant tant des termes mêmes et des clauses générales* du cahier des charges *que des actes de procédure.* »

(Cass. 16 març. 86. S. 86. 1. 296.)

180. — No litigio John Arthur c. Comptoir Commercial a mesma côrte decidiu, novamente, que

« les juges de fond apprécient souverainement la question de savoir si, au cas de vente d'un fonds de commerce, et *alors que l'interdiction pour le vendeur n'est pas expressément formulée, cette interdiction ne résulte pas de l'ensemble des dispositions* insérées dans le cahier des charges. » (1)

(1) Neste, como no caso antecedente, se tracta de uma licitação.

(Cass. 21 jul. 91. S. 91. 1. 377.
Ann. Dr. Comm. 1892. *Doctr.*, p.
228.)

181.— Do mesmo modo, em 28 de junho de 1898, o tribunal do commercio de Saint E'tienne declarou que

« il appartient au juge du fait de déterminer, *d'après l'intention des parties*, l'objet précis d'une vente de fonds de commerce »,

apreciando em que circumstancias nella se contém, ou não, a transferencia da clientela. (*Ann. de Dr. Comm.*, 1899. *Bull. Judic.*, p. 115, n.º 17.)

182.— Afinal ainda em 1905, estabelece, num dos seus julgados, outra vez, a côrte de cassação que,

« si d'ordinaire, et en principe, la clientèle d'un commerçant se trouve comprise dans la vente du fonds de commerce, et en forme souvent la partie la plus considérable, les juges du fonds n'en ont pas moins le pouvoir de décider, *par interprétation de l'acte de vente, qu'il n'en est pas ainsi dans l'espèce.* »

(*Pandect. Franç. Supplém.*, tom. III, 1909, p. 56, n.º 67.)

183. — Desta jurisprudencia, registada ainda posteriormente nas ultimas táboas decennas do *Journal du Palais* e de **SIREY** (1), emana a doutrina, que **LACOUR** desenvolve na sua nota ao aresto de 29 jul. 1908. « Dada a cessão de um estabelecimento, commercial ou industrial, » diz elle, « quaes são, em principio, as consequencias da obrigação de garantia, quanto á evicção, que, segundo o art. 626 do cod. civ., incumbe a todo o vendedor? »

A sua resposta é que, « para solver esta questão, os juizes devem, *antes de tudo, apurar qual foi o intento das partes.* » (D. 909. 1. 281., not.)

184. — Ora, examinada aqui a intenção das partes, á luz do contracto e suas antecedencias, das circunstancias que o acompanharam e seguiram, já mostrámos superabundantemente, noutro logar (ns. 22-41, 68-9 e 75-81), que ella exclue a cessão da clientela.

Não nos furtaremos, porém, á satisfação de consignar aqui as observações, com que elucida este ponto o celebre advogado e notavel jurista **LABORI**, no seu judicioso parecer.

« *Deux questions* de fait se posent avant toute discussion des principes du droit : *la première* est celle de savoir *quelle* a été *la véritable intention des parties* elles-mêmes,

(1) *Journ. du Palais*, 4^e Table Complément., 1902, p. 799, n.º 44. — **SIREY**, *Sixième Tabl. Décenn.*, p. 828, n.º 1.

c'est-à-dire du comte de Penteado, de ses enfants et de ses deux amis en ce qui concerne la clientèle et l'achalandage de la fabrique Sant'Anna, lors de l'apport par eux de cette fabrique à la société qu'ils fondaient : *la seconde* porte sur l'interprétation que l'on doit faire du rapport des experts, d'après les circonstances de fait dans lesquelles ils ont reçu et accompli leur mission, en ce qui concerne *l'introduction, par eux, et par eux seulement*, dans le capital de la société, d'un élément incorporel, évalué à 3.000 contos de reis.

« M. le comte de Penteado et les autres co-propriétaires de Sant'Anna, lors de la constitution de la société, la Compagnie Nationale des Tissus de Jute, *ont-ils* entendu faire, *ont-ils fait la cession* de la clientèle et de l'achalandage de la fabrique?

« Il importe de constater tout d'abord que le comte de Penteado, pas plus que les autres co-propriétaires, *n'ont pris d'engagement quelconque, même implicite*, soit les uns vis-à-vis des autres, soit vis-à-vis de la

Compagnie Nationale des Tissus de Jute elle-même, considérée comme être moral, *de ne point exercer à nouveau* l'industrie de la fabrication des tissus de jute, ni de ne pas s'intéresser ultérieurement à une entreprise poursuivant cette fabrication.

« Rien, *dans l'acte de société*, ne conduit à faire présumer un tel engagement.

« Ce serait donc seulement *du fait* que la clientèle et l'achalandage de la fabrique auraient *fait l'objet d'un apport* que les adversaires du comte de Penteado, dans le procès actuellement pendant, pourraient faire découler une telle obligation à sa charge. » (1)

Mas o emerito jurista não precisaria desenvolver grande sciencia ou diligencia, para evidenciar, como por nossa vez já o fizemos (n^{os} 22-41, 68-9 e 75-8), que os proprietarios, no cálculo do valor da sua entrada, consistente na fábrica, não lhe computaram jamais a clientela; que com esta os louvados não tinham que se occupar, nem se occuparam; que, enfim,

(1) *Pareceres*, etc., p. 73-4.

os condôminos desse estabelecimento, assentindo no laudo, não tiveram, nem podiam ter em mente inserir no contracto esse elemento absolutamente incongruente em todos os seus actos, anteriores ou posteriores.

185. — Assim que, posto o caso no terreno *da intenção das partes*, consoante á ultima theoria examinada, do mesmo modo como quando o considerámos á luz das outras antes dessa aqui discutidas ou expostas, mais uma vez chegamos, concludentemente, á verificação de que

na aquisição da fabrica Sant'Anna pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta absolutamente não entrou a clientela do estabelecimento adquirido, ou o compromisso, pelos cedentes, de com elle não concorrerem no mesmo genero de producção industrial.



DAMNO REAL

186. — Professando a doutrina, explorada pelo A., de que o alienante de um estabelecimento de commercio (*fonds de commerce*) não pode, ao menos em época approximada á venda, abrir, na vizinhança, um estabelecimento da mesma natureza, **AUBRY** e **RAU** se apressam em a restringir, advertindo para logo :

« Convem, todavia, precisar bem que a obrigação de garantia, proveniente da venda de um *fonds de commerce*, não envolve necessariamente, para o vendedor, a interdicção de se entregar a um commercio similhante. Contra elle só se poderá invocar essa obrigação, se o novo *estabelecimento for susceptivel de prejudicar ao que elle vendeu*. A tal respeito caberá sempre exame; e este se inclue nos poderes soberanos dos juizes do facto. »

(*Op., cit.*, v. V, p. 77, not.)

187. — Esta lição, não nol-a podia dar autoridade mais insuspeita. Com ella se deixa bem claro que não basta provar a intenção da transferencia da clientela, para justificar a acção de perdas e damnos, contra o vendedor ou cedente, por concorrência culposa ao estabelecimento cedido ou vendido.

Tal pretensão, ainda quando seja indubitavel a transmissão implicita da clientela ao comprador ou cessionario, não se legitimará, não se provando que os actos do concorrente importam, nos seus resultados, em uma rivalidade com effeito nociva ao alienatario, isto é, que desta se origina, realmente, uma diminuição na freguezia, com que elle adquiriu o negocio ou a industria alienada.

188. — Não differe deste ensino o que se nos depara nos livros de **LYON-CAEN** e **RENAULT**. «Prudente será», dizem elles,

« que as partes, por evitar difficuldades, insiram na venda uma clausula de interdicção, e determinem cabalmente a que logares e por que tempo se applicará. Porquanto, em faltando essa clausula de todo, não ha contas que tomar ao vendedor pelo seu novo estabelecimento, senão até onde este fôr prejudicial ao comprador. »

(*Précis de Dr. Commerc.*, tom.
I. p. 369, n. 686.)

189. — Não menos irrecusavel abono encontra esta sentença no assentimento de **POUILLET**. Este escriptor é dos que entendem que a cessão de um estabelecimento commercial, sobretudo tratando-se de « *commercio a retalho* », abrange « *la clientèle et l'achalandage* », embora tal clausula se não articule no contracto.

Comtudo, tem elle a cautela de resalvar,

« diversamente da convenção escripta, que pode impor ao alienante a interdicção absoluta de se reestabelecer, nos parece que, sendo mudo o contracto, até ahi se não poderá chegar. Bastará então assegurar ao adquirente, as vantagens todas, com que elle podia contar; a saber: a transmissão completa da clientela. Se, pois, o vendedor se empenha em se reestabelecer, mas a tal distancia, com tão diverso nome, *em condições taes, enfim, que seja de todo impossivel a confusão entre as duas casas e a contingencia do prejuizo*, e se o vendedor, assim reestabelecido, se abstem de tudo o que pudesse ter côr de artificio desleal, acreditamos que os tribunaes não devem

levar a exigencia ao ponto de lhe vedarem, com o rigor com que o contracto o poderia fazer, o exercicio de um commercio similhante. »

(*Marques de Fabr.* ; ed: de 1912, p. 913, nº 1. 112.)

O autor esclarece o seu pensamento com as palavras de **ÉT. BLANC**: « O vendedor de uma casa de commercio não se póde estabelecer de novo, senão em condições de industria e localidade, que nenhum damno, ainda indirecto, causem ao comprador; e, admittindo que haja ficado com o direito de reentrar na mesma industria, não poderá, em absoluto, adoptar a mesma taboleta, nem as mesmas designações, ou designações tão parecidas, que possam dar ensejo a equívocos, e desviar os compradores. »

190. — Destas opiniões, meditadas attentamente, resultaria a fórmula devida a um jurisconsulto suíço, de alto merecimento, já citado, mais de uma vez, neste arrazoado nosso.

Depois de examinar se, na ausência de toda a clausula interdictiva, o vendedor se pode reestabelecer », e se « a interdicção de se reestabelecer é consequencia natural da venda », **VALLOTON**, objectando a uma e outra doutrina, traça, por entre as duas, a linha do meio termo, sustentando que « o

reestabelecimento do vendedor será lícito, quando não detrimtoso ao comprador ».

As duas soluções, que acabamos de expor, diz elle, « têm o defeito de transcurar, a primeira o interesse do cessionario do estabelecimento commercial, a segunda o interesse do cedente. Restava-nos a terceira, a unica realmente equitativa, pois concilia o respeito devido ás convenções livremente acceitas com o principio da liberdade no commercio e na industria. E esta solução, graças a isso, *tem grangeado o assentimento geral.* » (VALLOTON: *Op. cit.*, §§ 134, 135, 136, pgs. 173, 174, 175.)

191. — Os motivos da preferencia, aponta-os o autor nalgumas linhas, breves e claras:

« Se ás partes, com effeito, assiste liberdade, para acautelarem, mediante convenção, todas as seguranças, adoptando precauções, ás vezes excessivas, contra qualquer concorrência possível, não se pode, quando o contracto cala, favorecer o comprador com uma especie de privilegio absolutamente gratuito. *O que se lhe deve, é que lhe resarçam todo o prejuizo verificado, e o protejam contra todo o damno possível. Nada mais. . . .*

« Os autores são unanimes em alvitrar esta solução. » (*Ib.*, p. 176.)

192. — Numa extensa nota ao aresto de 9 de fev. de 1898 (Hanoteau c. Michelin) o commentador que o explana em **SIREY**, reconhece que,

« se consultarmos as várias decisões adoptadas na côrte de cassação acerca deste assumpto, a esta conclusão chegaremos: a venda ou arrematação de um estabelecimento commercial não envolve necessariamente, na ausencia de convenções especiaes, a interdicção ao alienante de montar depois um estabelecimento analogo. Os juizes de facto é que tem de averiguar, a este respeito, a intenção das partes. » (S. 98. 1. 121., not.)

No sentir, porém, do annotador, cumpriria, depois do aresto que elle aprecia, modificar essa fórmula, reduzindo-a a outra, na qual se admitta a applicação das regras da garantia impostas ao vendedor, embora o contracto não contenha clausula especial,

« quand, de la nature et des conditions de fonctionnement d'un établissement commercial ou industriel, crée par le vendeur d'un fonds de commerce après

la vente, il résulte que cet établissement peut faire à celui cédé *une concurrence, qui ait pour effet d'enlever à l'acheteur la jouissance paisible de la chose achetée.* » (*Ibid*, p. 122, not.)

193. — Onde, porém, se torna mais claro ainda o sentido juridico da norma, que circumscreve a restrição posta á liberdade individual do cedente e a sua responsabilidade como infractor das obrigações da garantia na venda aos casos de *prejuízo efectivo* ao estabelecimento vendido, é no commentario de LACOUR' ao aresto de 29 de julho de 1908.

Diz alli este acatado commercialista :

« Em definitiva, a questão se ao vendedor assiste o direito de se reestabelecer *na mesma localidade*, não se pode resolver *a priori*, e dependerá das circumstancias de cada especie. *A côrte de cassação lhe reconhece, em principio, esse direito.* Mas os preceitos do direito commum sobre a garantia em materia de venda o devem sujeitar a uma restrição, para o caso *de se provar que a concorrência do novo estabelecimento prejudica á freguezia do estabelecimento cedido, e que o vendedor, explorando-o, reabsorve, contra*

os seus compromissos, a clientela do comprador.»

(D. 909. 1. 231, not.)

194. — Nas *Pandectas Belgas* se nos depara, muito explicita, a mesma doutrina :

« Il va de soi que l'interdiction de faire le commerce *n'existe*, à charge du cédant, *que pour autant que le cessionnaire puisse en éprouver quelque dommage.* »

(*Pand. Belg.*, v. XVII, col. 666, nº 48.)

195. — Quanto ao direito italiano, cremos que não será mal escolhida, para o definir sobre a matéria, a competencia magistral de **UMBERTO PIPIA**, a cuja elucidação não escapou este ponto. Eis como elle se exprime:

« Não ha materia nenhuma, onde seja mais verdadeira a regra de que *ex facto oritur jus*. Os principios de direito não se podem ter por absolutos na sua rigidez, subtraindo-se á influencia da vida real. Se, em direito, não é licito ao cedente reestabelecer-se, pois, com isto, empeceria ao

cessionario o goso pacifico do estabelecimento, evidente é que, quando não se verifica esse inconveniente, *quando o novo estabelecimento do cedente não vier de modo algum obstar á potencialidade e á acção do estabelecimento cedido, readquire o seu imperio o principio da liberdade do commercio, e ao cedente assiste pleno direito a se reestabelecer.* »

(*Azienda Commerciale. Enciclop. Giuridica Ital.*, vol. I, parte V, pag. 1076.)

196.— Esta verdade é incontestavel. Admittindo, (com os que, nesta questão, assumem a posição extrema) que, nas cessões de estabelecimentos commerciaes ou industriaes, a cessão da clientela decorre *ipso jure* do contracto, e, com ella, pela obrigação de garantia, geral nas vendas, se impõe ao cedente a interdicção de se reestabelecer, claro é que esta não se poderia, com justiça, estender além dos limites necessarioes, para assegurar ao comprador a posse tranquilla do que adquiriu.

Se o regresso do vendedor á actividade commercial ou industrial no mesmo ramo de industria ou commercio do estabelecimento cedido não lhe reduz a clientela, não lhe diminue a receita, não o colloca, em summa, numa situação pecuniaria infe-

rior á que occupava, quando se vendeu, evidentemente nenhuma lesão padece na sua integridade a coisa vendida, nenhuma turbação o comprador no gozo do objecto comprado.

A clientela não decaiu. Logo, não ha subtracção da clientela transferida. O rendimento da casa não decresceu. Logo, não ha queda na importancia do valor adquirido. O consumo dos seus productos não escasseou. Logo, a concorrência do novo estabelecimento não offende a existencia do antigo. Logo, não ha evicção. Logo, não ha invocar o vinculo da garantia contra ella assegurada pelo vendedor. Logo, não ha que allegar inquietação na posse do comprador. Logo, não ha culpa, nem damno, nem, portanto, jus a indemnização.

197. — Tal é, rigorosamente, o que succede no caso vertente. Toda esta demanda gira em torno do asserto, formulado na petição a fl. 214, de que, creando outra fábrica, o conde Alvares Penteado «*subtraiu*» á Autora *a clientela da que vendera*, e, como essa clientela, ao que pretende a Autora, se lhe cedeu por 3.000 contos de réis, esta quantia, mais a importancia das perdas e danos resultantes da inculcada quebra do contracto, lhe deve o R. *restituir*.

Mas os factos provados nos autos desmentem do modo mais absoluto a historia dos prejuizos allegados pela Autora. Se esta, realmente, houvesse recebido qualquer abalo na freguezia da sua casa, os seus livros commerciaes, espelho infallivel

do movimento das suas vendas, da importancia da sua receita, seriam o primeiro documento, que ella franqueasse aos olhos da justiça. A exhibição desse quadro fiel, attestando a diminuição dos seus compradores e o decrescimento dos seus lucros, desarmaria a defesa do Réu, tornando palpavel o mal causado pela sua concorrência á fábrica vendida. Ao revez disso, porém, foi o Réu quem requereu o exame nos livros da Autora, declarando que o sollicitava, para se averiguar se a clientela do estabelecimento cedido se reduziu após a criação do novo; e esse exame, a Autora não o admittiu.

198. — A evasiva, com que imaginou dissimular o verdadeiro motivo da recusa, allegando não querer patentear o sigillo dos seus negocios a um concorrente astuto, era o mais vão dos pretextos. As circulares constantes dos autos, a fls. 329 e 608, mostram que, em junho de 1911, a Autora elevava de 500 a 650 rs. e, em setembro, de 650 a 710 réis o preço dos seus artefactos. Era um augmento, em quatro mezes, de quasi 50 %; *e nenhum industrial alteia o custo dos seus productos, quando a freguezia lhe rareia.*

A elevação nas taxas da offerta constitue o indicio mais irrecusavel do desenvolvimento da procura. O productor não exige mais dinheiro pelos seus artigos, quando a clientela lhe foge. A alta dos preços denota, inquestionavelmente, a expansão do consumo.

Na hypothese não temos um só, mas dois augmentos successivos, no curso de menos de quatro mezes; e, se a A. tentou explicar o primeiro com o crescimento do preço da juta, a respeito do segundo tal escusa não ousou articular.

199. — Não bastarão estas provas? Mais uma ainda se nos offerece no empréstimo de 13.000 contos de réis, contraído pela A. em 1911, entre outros intuitos, para

« AUGMENTAR A SECÇÃO DESTINADA
À PRODUÇÃO DE ARTIGOS ESPE-
CIAES DE JUTA, QUE JÁ FAZEM PAR-
TE DO TRABALHO ACTUAL DAS NOS-
SAS FABRICAS »,

como a propria A. o declara, pela sua directoria, no *Diario Official* de 2 de julho de 1911, inserto nos autos a fls. 333.

Embora depois, a fl. 630 dos autos, quizesse ella attribuir outro fim a essa operação financeira, obvio é que as interessadas allegações da sua defesa no pleito não se podem contrapor ás declarações, a elle anteriores, da Companhia, quando, pelo seu orgam legal, explicava ao publico o destino dos recursos, que lhe solicitava.

Os estatutos da Autora (fls. 40 v.), inscriptos no seu acto de constituição, lhe dão como objecto « a fiação e tecelagem da juta. » A directoria da

Autora contrae um grande empréstimo público, assignando-lhe como destino principal « augmentar a producção de artigos de juta ». Como convencer, agora, a justiça de que esse empréstimo não se destinava a essa applicação ?

200. — De tal modo não se defende a A., senão accusando-se a si mesma. Se a sua escusa actual fosse verdadeira, com esta se teria mostrado, por confissão escandalosa, uma alteração da verdade, perpetrada pela Autora contra o publico, no intuito de lhe captar a confiança, para obter em vasta escala meios pecuniarios, a que annunciava uma applicação, e reservava outra. Por honra da A. não lhe podemos crer. As declarações publicas da sua directoria fazem, aqui, prova cabal ; e, se a empresa se empenhava em tamanhas responsabilidades financeiras, para alargar a sua producção, é que a procura dos seus productos crescia, é que a sua clientela avultava.

Para a Autora se poder queixar de que o Réu lhe subtraiu a clientela vendida, era mister que depois da venda essa clientela se houvesse desfalcado. Evidentemente, a clientela, que, segundo quer a Autora, o Réu lhe teria cedido, não havia de ser a clientela futura, a clientela possivel, a clientela eventual. A estimação dos louvados e a reclamação da Autora, taxando preço á clientela, referem-se a um valor realzado, verificado, apurado. Era, portanto, a clientela *adquirida*, a clientela *existente*, a clientela *actual* ao tempo da alienação. Só se daria lesão contra o com-

prador, falta do vendedor á obrigação de não attentar contra a coisa vendida, se o estabelecimento se vendesse com certa e determinada clientela, e depois se achasse com uma clientela menor.

Mas, desde que se verifica exactamente o opposto; desde que a clientela desfructada pela fábrica ao tempo da venda assumiu, após esta, ainda maiores proporções, não ha diminuição nenhuma, senão antes crescimento, na coisa vendida; e, se ha crescimento, em vez de reducção, na coisa vendida, não pode haver mais clamoroso absurdo que o de pretender o comprador haverem-lhe turbado a posse e inquietado o gozo da sua compra.

201. — Logo :

ou se admitta que a compra da clientela resulta, para a Autora, de lhe ter o Réu positivamente cedido, com a fábrica, a sua clientela;

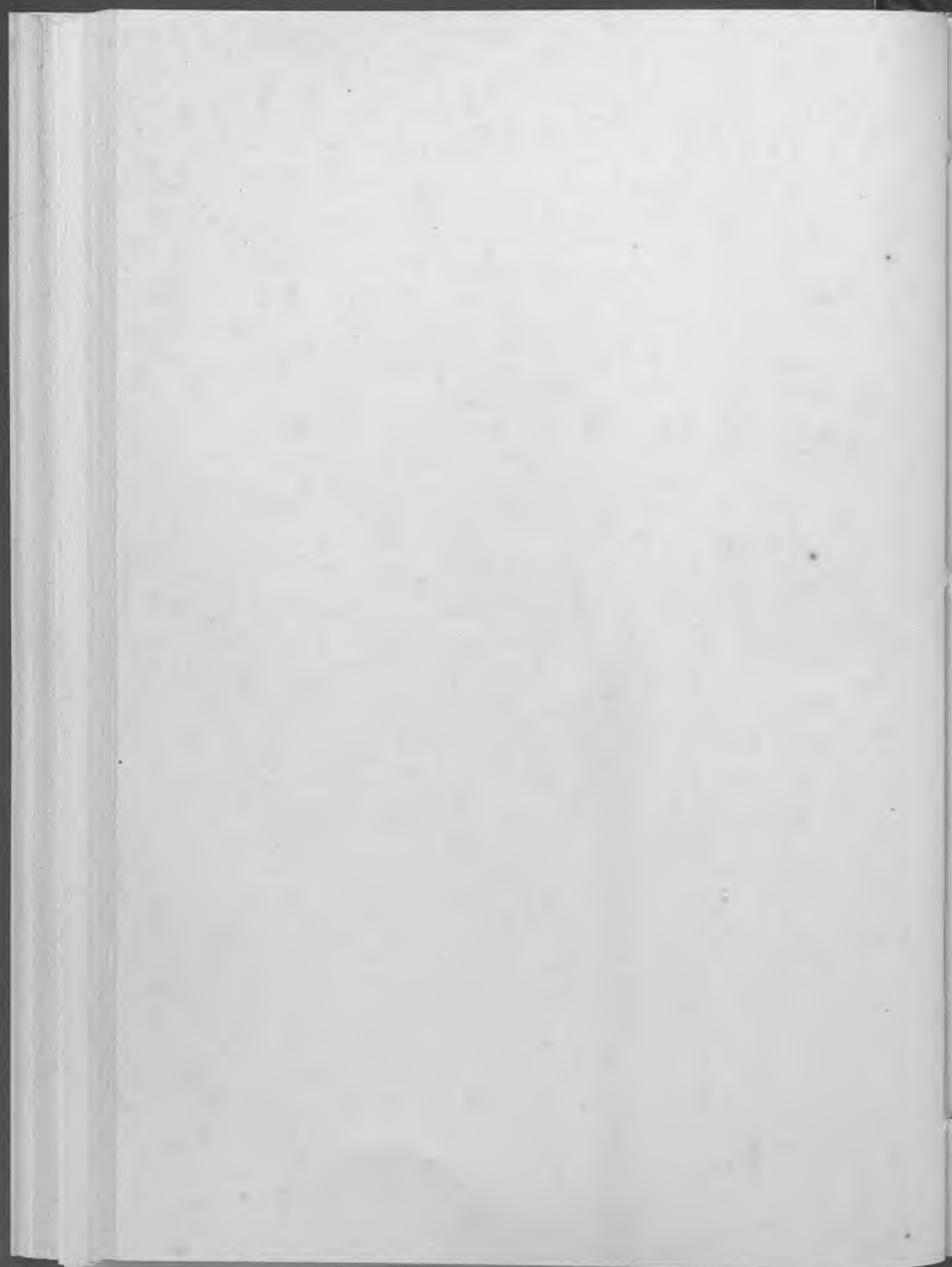
ou se entenda que essa aquisição decorre, para a Autora, implicitamente, por uma consequencia legal, da cessão, que o Réu lhe fez, do seu estabelecimento,

não pode o Réu ter subtraído á Autora uma clientela, que, com os proprios documentos da Autora, se prova ter augmentado.

E, se da coisa comprada nada perdeu a Autora, licito não lhe é de-

*mandar ao vendedor a restituição do
preço da venda, ou accusar perdas e
damnos na posse e gozo da coisa
vendida.*





INTERDICÇÕES ABSOLUTAS

202. — Concedamos agora á Autora tudo o que até aqui lhe temos negado. Admittamos que o R., entrando com a fábrica Sant'Anna para a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, para ella entrou com a cessão da clientela do estabelecimento cedido, e se obrigou a com elle não concorrer no mercado. Supponhamos que essa inclusão da clientela na transferencia da fábrica Sant'Anna e o compromisso de lhe não abrir concorrência decorram, não só da natureza legal do contracto, mas, até, de uma convenção innegavel no acto do conde Alvares Penteado approvando o dos peritos. Tudo isto demos agora, por argumentar.

Mas tudo isso cairia por terra ante a nullidade essencial do compromisso allegado, á vista da sua illegitimidade essencial. Não pede a Autora que se tolha aos Réus o direito de se entregarem á tecelagem da juta por *certo* lapso de tempo, ou no espaço de *certa* extensão territorial. Não. Da pretensão articulada por ella resulta, para os Réus, em absoluto, a inibição de exercerem nunca mais essa industria, seja quando for, e onde quer que seja.

Ora, bem ao contrario do que se affirma no respeitavel accórdam embargado,

a jurisprudencia e a doutrina, nos povos cultos, cujo direito conhecemos, consideram absolutamente nullas as convenções dessa natureza.

203. — Tocando nesta questão, diz, no preambulo ás consultas dos juristas estrangeiros, o advogado **LEBEAU**:

« Dominée constamment par le principe, qui est d'ordre public, de la liberté absolue du commerce et de l'industrie, la doctrine et la jurisprudence limitent étroitement la portée des clauses spéciales d'interdiction stipulées par les parties dans leurs contrats.

« Leur sévérité à cet égard est remarquable. Si, par exemple, la durée de l'interdiction est telle que, d'après la longueur normale de la vie humaine, le vendeur ne peut conserver l'espoir de recouvrer un jour sa pleine liberté, la clause d'interdiction de se rétablir est frappée de nullité absolue. De même, si le périmètre,

sur lequel s'étend l'interdiction, est jugé trop large par rapport au rayon d'action du fonds cédé, cette interdiction *est également nulle*. Il est donc conforme à l'esprit du droit français *d'affirmer catégoriquement que la règle est la liberté absolue* du commerce et de l'industrie, et que *les restrictions*, d'ailleurs très limitées, apportées à ce principe par la jurisprudence, *ne sont que l'exception*. » (1)

204. — A interdicção de se reestabelecer, que a Companhia Nacional de Tecidos de Juta oppõe aos seus fundadores, seria, necessariamente, uma interdicção absoluta de explorarem a mesma industria. (2) Ora a interdicção não se permite, senão quando temporaria e localizada. (3)

Se a *Companhia Nacional* for consequente consigo mesma, diz THALLER, « a prohibição, a que intenta submeter o industrial, que para ella entrou com a fábrica de juta, *revestirá um caracter absoluto, que a doutrina e a jurisprudencia sempre repelliram como incompativel com a liberdade de industria.* »

Acompanhemos o sabio lente de Paris no desenvolvimento da sua idéa :

(1) *Loc. cit.*, p. XLVII - XLVIII.

(2) *Ibid.*, p. XXVIII

(3) *Ib.*, p. XXIX.

« L'interdiction, pour un manufacturier, de se rétablir, là même où il en a pris l'engagement exprès, et à plus forte raison lorsque le contrat est muet, *ne peut jamais être que limitée à la fois dans le temps et dans l'espace*. On ne peut tenir compte d'une défense de se rétablir pour la vie entière, pas plus que de celle de se rétablir en un lieu quelconque. L'homme qui subirait une semblable prohibition, ferait le sacrifice de sa personnalité. *L'interdiction n'est permise que temporaire et localisée*.

« Or, il ne peut pas être, dans le cas actuel, fait application de cette condition.

« D'une part, ce n'est point pour une période limitée qu'on veut interdire à l'industriel d'exploiter une nouvelle usine de jute, mais pour tout le temps de son existence. La concurrence qu'il fera à la *Companhia Nacional* sera dans trente ans tout aussi dommageable qu'aujourd'hui. Il n'a même pas l'espoir d'ouvrir une nouvelle usine à l'époque où expirera la durée statutaire de la *Companhia*.

Car, celle-ci, en transmettant, lors de sa liquidation, l'usine de jute à de nouveaux acquéreurs, mettra ceux-ci en ses lieu et place, et leur confèrera le pouvoir d'interdiction, qu'elle invoque aujourd'hui pour elle.

« D'autre part, *en quelque endroit du Brésil*, que soit montée et exploitée la filature nouvelle, la *Companhia* soutiendra qu'il lui est fait grief. *Elle n'empêchera pas seulement que cette usine soit créée dans le voisinage de la sienne*; elle mettra défense à son ouverture, autant à Rio de Janeiro qu'à Bahia, ou dans toute autre dépendance de la République. Car, en quelque lieu que cette usine fonctionne, elle s'adressera toujours à la même clientèle, à tous les producteurs ou négociants en café du Brésil. Or, *ce résultat, qui montre en même temps qu'il n'y a pas eu de clientèle cédée, est inadmissible. La thèse se réfute par son exagération même. Il est contraire à l'ordre public qu'une personne puisse par convention s'interdire le droit d'exercer une industrie déterminée pour sa vie entière et dans le territoire général de l'État dont*

elle dépend ; elle ne peut annihiler par un semblable engagement les moyens d'intelligence et de travail dont elle est pourvue. Cette interdiction ne saurait frapper même celui qui, ayant pratiqué déjà ladite industrie, aurait cédé ou apporté à une société l'usine, qu'il exploitait. Cette cession ne l'empêche pas d'ouvrir une USINE semblable ; et la société propriétaire de la première usine n'est point admise à critiquer sa conduite, en lui demandant des dommages et intérêts. » (1)

205. — A linguagem de **PLANIOL** não é menos positiva :

« Cette prohibition absolue serait contraire au principe de la liberté de l'industrie. Même en France, où l'on insère souvent dans les ventes de fonds de commerce une clause spéciale, pour interdire au vendeur d'en créer un nouveau, il a toujours été admis que ces prohibitions n'étaient valables qu'à la condition d'être partielles et limitées, et que toute prohibition absolue est nulle, comme con-

(1) *Ib.*, p. 21-24.

traire à l'ordre public (Paris, 18 mai 1895. Dalloz, 1895. 2. 299. Cassation, 11 mai 1897, *Journal Le Droit* du 26 juin 1898.) Au Brésil, où la jurisprudence a toujours été soucieuse de respecter la liberté de l'industrie, il est évident que cette nullité doit également être prononcée, et que la prétention de la *Companhia Nacional* est inadmissible, car elle se présente sous la forme d'une prohibition absolue, à laquelle aucune limitation n'a été apportée. Si cette prétention était admise, le fondateur de l'usine se verrait dans l'impossibilité d'exercer son industrie dans tout l'immense territoire du Brésil, tant que durera la *Companhia Nacional*... Il y a là une conséquence, qui serait excessive. » (1)

206. — Breves, mas terminantes, são **LYON-CAEN** e **RENAULT** :

« La jurisprudence française, tenant compte du principe de la liberté du commerce, en vertu duquel chacun peut faire tel commerce que bon lui

(1) *Ib.*, p. 30.

somble, n'admet pas que *l'obligation de ne pas se rétablir soit sans limite*; elle reconnaît que cette obligation n'empêche le vendeur de s'établir à nouveau que *dans une certaine distance* du fonds vendu et pendant un certain temps. 'A défaut de stipulations expresses, il appartient aux tribunaux de fixer à cet égard les limites de lieu et de temps. La convention par laquelle le vendeur d'un fonds de commerce s'engagerait d'une façon absolue à ne pas se rétablir, est considérée comme illicite et, par suite, comme nulle.» (1)

207. — Mas **VIVANTE** esgota o assumpto com a logica e a exuberancia de uma demonstração victoriosa :

« Alors même que l'industriel n'aurait pas apporté à la *Compagnie Nationale de Tissus de Jute* la seule usine, mais *aurait apporté tout le fonds de commerce y compris l'achalandage*, on ne devrait pas, pour ce motif, le tenir comme étant responsable envers la *Compagnie Nationale des préjudices qui pourraient éven-*

(1) *Ib.*, p. 4.

tuellement résulter pour celle-ci du fait de la concurrence de la nouvelle société.

« L'intérêt qu'aurait l'acquéreur à supprimer complètement l'activité concurrente du vendeur, trouve une limite nécessaire dans le respect dû à la personnalité de celui-ci, auquel on ne peut imposer une renonciation, une abdication complète et à vie de l'usage de ses aptitudes, dans cette branche de commerce ou d'industrie qui constitue peut-être l'unique champ possible de son travail, de son crédit, de son gain.

« Interprétée ainsi, l'obligation de garantie du vendeur équivaldrait à le condamner à *la mort économique*, et aucun magistrat ne voudrait prononcer cette suppression des énergies et des initiatives individuelles, *spécialement dans un pays comme le Brésil*, qui attend de la concurrence de ces libres énergies son développement économique.

« Avec un sentiment très exact des exigences de la vie réelle, *notre*

jurisprudence concilie les deux intérêts opposés du vendeur et de l'acquéreur d'un fonds de commerce, en excluant la validité des clauses, par lesquelles le vendeur s'oblige à une renonciation complète de son crédit dans la branche de commerce ou d'industrie, dans laquelle il a consacré son activité, et en ne reconnaissant la validité, de ces renonciations que lorsqu'elles sont renfermées dans des limites précises de temps, de lieu et d'objet, de manière à ce qu'elles ne viennent pas annihiler l'activité et *la personne économique* de celui qui s'est obligé, ou à leur causer un préjudice essentiel. » (1)

208. — Em seu apoio enumera aqui o sabio professor estas decisões:

Côrte de cassaç. de Turim, 30 julho 1909;
» » » » » , 11 abril 1910;
Côrte de cassaç. de Florença, 31 dez. 1906;
Côrte de appellaç. de Florença, 28 jan. 1906;
» » » » Turim, 26 maio 1908;
» » » » Bolonha, 24 abr. 1908.

(1) Ib., p. 39-41.

São recentíssimos esses arestos, cujo conteúdo certamente a citação de **VIVANTE** não calumniou; e não sabemos que outros, mais autorizados, ou mais novos, se poderiam descobrir, para afirmar, no tom com que se tem affirmado nestes autos, que *a jurisprudencia dos povos cultos é opposta*.

209. — O certo é que, em sentido peremptoriamente contrario, o grande cathedratico de Roma assevera :

« *Dans tous les cas* en lesquels nos magistrats ont reconnu l'obligation du vendeur de s'abstenir de la concurrence, il s'agissait de fonds de commerce *avec une clientèle bien déterminée*, un rayon *d'action limité* dans une région déterminée; de sorte que l'obligation du vendeur a été reconnue dans les cas où de rigoureuses limites de temps, de lieu, d'objet, en atténuaient la portée de manière à exclure, je ne dirai pas une annihilation de la personnalité économique du vendeur, mais même à exclure une restriction excessive de sa liberté d'action. *Jamais* les cas de la vente *d'un fonds de commerce étendant sa sphère d'activité dans toute l'Italie ne s'est présenté*, que je sache, devant nos tribunaux. Mais il est certain que

dans un semblable cas, notre magistrature, s'inspirant des principes par elle consacrés dans une nombreuse série de décisions, n'aurait pas imposé au vendeur une obligation illimitée de s'abstenir de tout déploiement d'activité dans la même branche d'industrie et de commerce.

« Si le vendeur était obligé, *sans limites*, à ne pas exercer le commerce et l'industrie ayant fait l'objet du fonds vendu, force juridique serait donnée à une clause tacite ou expresse du contrat, dont le contenu ne serait pas certain et déterminé. Il ne faut pas oublier que notre code civil, d'accord avec le code français, établit que tout contrat doit avoir un objet, et que cet objet doit être déterminé. Maintenant *on comprend la jurisprudence qui a limité l'interdiction de la concurrence à une rue, à un quartier, à une ville; parceque cette interdiction* bien déterminée ne retirait pas au vendeur la possibilité de déployer son énergie pour le travail *dans une autre rue*, dans un autre quartier, dans une autre ville. Mais lorsque l'interdiction de faire concurrence vise à *protéger une clientèle*

indéterminée, répandue non seulement au Brésil, mais dans le monde entier, l'objet de cette interdiction présumée s'affaiblit, et se dilue au point de perdre les caractères déterminants, qui en font un objet susceptible d'une défense juridique. » (1)

210. — Oíçamos agora a voz dos arestos, e vejamos se algum, por acaso, contradiz os seis luzeiros da sciencia, cuja claridade se derramou tão brilhantemente nesta causa.

Quando **PLANIOL, LION-CAEN, RENAULT, THALLER, VIVANTE, LABORI** se vêem tratados com sobranceria, olhados com desdem e quasi enxovalhados como capazes de trucar de falso numa questão commercial tão ventilada nos tribunaes da Italia e da França, não é sem um appello energico á nossa coragem que nos animamos a perlustrar o assumpto. Nem um passo daremos, porém, sem o abono de um julgado, ou uma lição de mestre.

Valham-nos á nossa pouquidade esses padrinhos, numa época entre nós de saber tão adeantado.

211. — *Primeiro aresto.* Caumont c. Drouart. Cass. 24 fev. 1862.

· Empresa de annuncios e cartazes (*publicité et affichage*), cedida, com a sua clientela, a uma so-

(1) *Ibid.*, p. 41-2. No mesmo sentido, **LABORI**, *ibid.*, p. 77-8, **LEBEAU**, *ib.*, p. XLIV.

cidade, no art. 10º de cujos estatutos os socios se comprometteram a não se interessar, directa ou indirectamente, em commercio de publicidade semelhante. Dahi o litigio, que depois se suscitou, com um dos membros dessa commandita, por ter aberto, na rua do Rivoli nº 150, outra casa, em concorrência directa com a primeira.

Conhece do pleito o tribunal do commercio do Sena, que, por sentença de 21 de março de 1861, condemna Caumont a não continuar com o seu estabelecimento, nem naquella rua, *nem noutra qualquer parte (ni partout ailleurs)*. Appellando o réu, a relação imperial (*cour impériale*), em 27 do mez subsequente, declara que a interdicção, feita a Caumont pelo tribunal *a quo*,

« de continuer l'exploitation de son établissement d'affichage et de publicité *est trop générale et trop absolue*, et qu'elle pourrait être considérée comme s'appliquant à d'autres localités que celles comprises dans le département de la Seine »,

e reforma a sentença, para *circumscrever a prohibição a esse departamento*, facultando assim ao condemnado o explorar esse commercio *noutra qualquer parte*.

212. — Desse julgado recorre o appellante, e a corte de cassação, em 24 fev. 1862, lhe nega provi-

mento, sentenciando que a decisão, reduzida a esses termos limitados, era legítima em direito, e accrescentando,

« qu'il en serait autrement, si la clause était absolue, et tendait à priver un citoyen d'exercer son industrie en quelque lieu que ce fût. »

(S. 62. 1. 242-5.)

Annotando o caso, diz, nesse repertório, o comentador :

« C'est un principe bien certain que la liberté du commerce ou de l'industrie peut être restreinte par les conventions des particuliers. »

« Mais il est également incontestable que l'interdiction de l'exercice d'une industrie ne peut être stipulée d'une manière absolue. »

(S. 62. 1. 241., not. 1.)

213. — Sete annos depois, numa nota ao aresto de Angers 7 de maio de 1869, a redacção de **DALLOZ**, indicando « le système qui a prévalu », em materia de clausulas dessa natureza, na cessão de estabelecimentos commerciaes, declara que

« la prohibition serait illicite, si elle était illimitée quant au lieu pour lequel elle a été stipulée. »

(D. 69. 2. 168, not. 3.)

214. — *Segundo aresto.* Martin c. Blanchet. Lyon, 25 maio 1872.

Martin, appellante, quer que se prohiba em absoluto a Blanchet exercer o mesmo commercio, durante um anno, em toda a cidade de Lyão e, depois de um anno, em uma determinada parte da cidade. A *cour d'appel* de Lyon, em 25 de maio 1872, rejeita o pedido no primeiro ponto, e o admite no segundo, condemnando o réu a não poder estabelecer o commercio, de que se tracta, *em certã secção da cidade*, alli fixada.

« Par ces motifs, réforme le jugement, en ce sens seulement qu'il est fait défense à l'intimé de conserver ou de fonder à *Lyon* un établissement de commerce ou d'industrie de confections pour dames, *dans l'espace compris entre. . . .* »

(D. 72. 2. 211.)

Nem mesmo ao perimetro de uma cidade aqui se tolera que se estenda a interdicção de se reestabelecer, imposta ao cedente do estabelecimento commercial.

215. — *Terceiro aresto.* — Lippens c. Perrot.
Cass., 30 março 1885.

A côrte de cassação, neste julgado, admite as convenções, pelas quaes um individuo se prive a si mesmo de exercer certa industria, «*contanto que essas convenções não envolvam prohibição geral e absoluta, isto é, illimitada, juntamente, quanto ao tempo e ao logar*». Illimitado, assim quanto ao logar e ao tempo,

« un tel engagement *serait nul comme ayant un objet illicite.*

« Mais la renonciation à l'exercice d'un certain commerce ou d'une certaine industrie n'a rien de contraire à la loi, lorsque, librement consentie, elle est perpétuelle, *mais restreinte à un lieu déterminé*, comme aussi, s'étendant à tous les lieux, elle est *renfermée dans un certain laps de temps.*»

(S. 85. 1. 216.)

216. — *Quarto aresto.* — Dupon c. Laporte.
Cass., 16 março 1886.

Declara a sentença que

« la liberté de faire le négoce et d'exercer une industrie peut être restreinte par des conventions particulières...

sous la condition, toutefois, que les conventions . . . *n'emportent pas une interdiction générale et absolue*, c'est-à-dire *illimitée à la fois quant au temps et quant au lieu.*» (1)

(S 86. 1. 296.)

217 — *Quinto aresto.* — Denance c. Publier.
Cass., 9 maio 1888.

O accórdam estabelece que

« cet engagement, *ne limitant le droit*, pour les époux Denance, *de faire un certain commerce, que dans un territoire restreint et déterminé*, n'a pu constituer une violation de la liberté du commerce et de l'industrie, qui n'eût été générale et absolue quant au temps et quant au lieu ».

(S. 88. 1. 320.)

Os Denances tinham cedido o seu commercio de negociantes de grãos em grosso, situado em Argenteuil, a Publier, estipulando que os vendedores renunciavam ao direito de se entregar a qualquer commercio

(1) O mais como no aresto precedente.

de grãos em um raio de dois myriametros de Argen-teuil, a não ser aos negociantes por atacado e mediante adjudicação.

A côrte decidiu, pois, não ser ilícita a interdição, por ser limitada em raias estreitas quanto ao lugar. Os vendedores não se privavam *totalmente* do direito de commerciar em grãos: o que faziam, era contrair a obrigação de não os vender *senão a retalho*, num circuito medido por um raio *de dois myriametros* em torno do lugar, onde se achava o estabelecimento vendido. Dentro nesse perimetro podiam os cedentes do estabelecimento continuar a exercer o mesmo commercio, contanto que fosse a retalho. Alem desse perimetro continual-o-iam a exercer, quer a varejo, quer por atacado.

218. — *Sexto aresto*. Estivalet et Martin c. Thierry. Cassaç. 4. jul. 1888.

A substancia da longa decisão proferida pela côrte de appellação de Nancy, neste caso, em 8 de dezembro de 1885, e sustentada, em 1888, pelo tribunal supremo, se encontra fielmente exprimida assim, no repertorio de **SIREY**, donde não extraímos o proprio texto do julgado, por não dilatar inutilmente esta explanação:

« Est nulle la convention, par laquelle le commerçant, sans céder son fonds, renonce pour un temps indéfini (*dans l'espèce, jusqu'au rem-*

boursement de sommes prêtées) au profit de tiers, à s'immiscer dans les affaires relatives à son commerce. . . . De pareilles stipulations, entraînant pour le commerçant *l'interdiction de son industrie d'une manière générale et absolue, sont incompatibles avec la liberté commerciale.* »

(S. 91. 1. 113.)

Note-se bem : aqui a renuncia não era perpétua, mas *indefinida*, vigorando sómente enquanto o estipulante não remisse o débito, em que para com o cessionario estava, e a interdicção não tolhia ao cedente o direito de se estabelecer com outra casa, mas o de gerir a sua.

Este julgado, pois, emparelha sob a mesma nulidade as interdicções perpétuas ás de duração indefinida. Inválida, segundo elle, é, não só a prohibição, que se estipular declaradamente *para sempre*, mas ainda a que, quanto ao tempo, não tiver, no contracto, limites certos e determinados.

219. — A este julgado escreveu LACOSTE uma interessante nota, onde nos diz :

« A solução dada pela côrte de Nancy acerca do ponto concernente á liberdade commercial *conforma com*

a doutrina consagrada por uma jurisprudencia constante.

« A côrte de cassação, por muitas vezes, tem decidido ser *nulla toda a convenção, que prohiba exercer um commercio, quando essa interdicção for geral e absoluta a respeito do tempo e do logar.* »

(S. 91. 1. 113, not.)

220. — *Setimo aresto.* Richard c. Richard. Paris, 28 maio 1895.

Felix Richard cedera a Julio Richard, por 300.000 frs., todos os direitos na sociedade, que com elle fizera, para fabricar e vender instrumentos de precisão, obrigando-se, ao mesmo tempo, a « não crear, ou explorar, de futuro, nenhum estabelecimento commercial ou industrial, que tivesse por objecto, principal ou accessorio, a venda ou a fabricação de artigos similares, e bem assim a não se interessar, directa ou indirectamente, em qualquer estabelecimento desses, como patrão, socio, gerente, ou empregado. »

Sentenceando a causa, a côrte de Paris, comquanto a decidisse em favor do pedido, cujo objecto se limitava a certos actos materialmente contrarios á obrigação geral de garantia nas vendas, reconheceu que,

« em principio, a convenção, pela qual o vendedor de um estabelecimento commercial se priva em absoluto de exercer um commercio analogo ao que constitue objecto da venda, *é nulla, por offensiva á liberdade da industria.* »

(S. 96. 2. 235.)

221. — A nota, em **SIREY**, reza :

« L'interdiction de se rétablir, imposée par l'acquéreur au vendeur d'un fonds de commerce, *est nulle, lorsque cette interdiction est générale et absolue quant au temps et quant au lieu.* »

(S. 96. 2. 234, not. 1.)

222. — *Oitavo aresto.* Richard c. Richard. Cass., 11 maio 98. Phase ulterior do litigio precedente.

Neste julgado se estabelece que, comquanto a obrigação de garantia « envolva, para o vendedor de um estabelecimento commercial, o dever de se abster de todo o acto, que diminua a freguezia, e arrede a clientela do estabelecimento cedido », não pode, todavia, « autorizar medidas incompatíveis com o principio da liberdade de commercio e industria, es-

tatuido no art. 7º da lei de 2 de março de 1791, justificando uma interdicção de exercer o mesmo commercio. » (S. 98. 1. 266.)

223. — *Nono aresto*. Paris, 3 nov. 1898. (*Gaz. des Trib.*, 2 dez. 1898.)

Desta decisão temos apenas a noticia, que nos dão os *Annaes de Direito Commercial* nesta succinta menção :

«A interdicção de se reestabelecer, estipulada em termos geraes, *sem duração limitada, nem logares determinados, é nulla, por contraria ao principio da liberdade commercial.* »

(*Ann. de Dr. Comm.*, 1899.
Bullet. Jud., p. 116.)

224. — Ainda em 1902 os repertorios continuam a registar a mesma jurisprudencia. Haja vista a 4ª *Taboa Complementar* do *Journal du Palais*, onde se diz :

« La convention par laquelle le vendeur d'un fonds de commerce s'interdit, *d'une manière absolue, d'exercer un commerce semblable à celui qui fait l'objet de la vente, est nulle comme contraire à la liberté de l'industrie.* »

(*Journ. du Pal. 4^e Table Complém.*, p. 799, n^o 39.)

225. — Em 1909 a jurisprudencia ainda não soffrera variação nenhuma. E' o que nos attesta a nota da **LACOUR** ao aresto de 29 julho 1908, escripta no **DALLOZ** de 1909. Sabe-se, diz o afamado commercialista, que,

« segundo uma jurisprudencia constante, livres são as convenções nesta materia, *contanto que a interdicção esteja encerrada em certos limites, no tocante quer ao tempo, quer ao logar. Quando não, a clausula seria nulla (autrement la clause serait nulle)*, por avêssa ao principio da liberdade do commercio e industria. »

(D. 909. 1. 281, not.)

226. — Teria, porventura, mudado rumo, de 1909 para cá, o curso da jurisprudencia?

A este quesito responde a obra de **POUILLET** na sua reedição de 1912. Depois de consignarem varios arestos sobre o assumpto, os dois jurisconsultos, a quem se deve a revisão desse tratado, mantêm, como expressão actual da jurisprudencia e da doutrina, esta lição categorica :

« Que deve fazer o juiz, em se achando ante uma clausula de interdicção absoluta? Ha-de annullal-a? Ou, pelo contrario, terá poder, para a restringir a limites, dentro nos quaes se torne licita? Entendemos que não. Não se permite ao juiz recompor o contracto. Só o que lhe toca, é apreciar-o, tal qual for. Com que direito iria elle substituir pela sua vontade a das partes? Onde estaria a razão dos limites, que a uma dellas impuzesse? Limitará esse compromisso quanto ao tempo? Limital-o-á quanto ao logar? Ou ha-de limital-o quanto ao logar e ao tempo? E que limite viria a ser esse? Porque este, e não aquelle? Autorizar o juiz a fazer outro contracto era, bem se vê, abrir caminho ao arbitrio. Quando, pois, ao julgador se depara uma clausula de interdicção *illicita, isto é, illimitada*, não lhe cabe autoridade, para a corrigir, estreitando-a em limites, que a legitimem. Os contraentes a estipularam illimitada. *Sendo illimitada, é illícita. Declaral-o é só o que ao juiz compete. La, clause est illicite; le juge ne peut que le déclarer. »*

(*Marques de Fabrique*, p. 910,
n.º 1.109.)

227. — O mesmo ensino encontramos no laureado livro de **PAUL PIC** sobre a legislação industrial:

« Nos termos de uma *jurisprudencia constante*, « pode-se restringir, por meio de convenções particulares, a liberdade de commerciar, ou exercer certa industria, *contanto que* essas convenções *não impliquem interdicção geral e absoluta, assim quanto ao tempo, como quanto ao lugar*. Válida será, pois, a restricção, quando extensiva a todos os logares, se só se houver de observar por certo tempo. » (Cass. 2. jul. 1900. D. 901. 1. 294.)

« Desta fórmula, perfeita em nitidez, que se nos offerece num importante aresto da côrte suprema, proferido no caso Nordenfelt (armamentos de tiro rapido), com o qual se tiveram de occupar concorrentemente as justiças francesas e inglesas, decorrem estas conclusões:

« 1º Por *nulla* se deve ter a convenção, mediante a qual o vendedor

de um estabelecimento se privasse, por um modo absoluto quanto ao tempo e o lugar, de exercer certo commercio. (Cass. 30 março 85. D. 85. 1. 247. Paris, 14 jan. 1889. D. 90. 2. 289. 28 maio 1895. D. 95. 2. 239. Sendo nulla a convenção, o vendedor só é obrigado a se abster de todos os actos susceptíveis de se considerarem, segundo o direito commun, como actos de concorrência desleal.

« 2º Como válida, ao contrario, se deve reputar a clausula usada, pela qual o vendedor de um estabelecimento mercantil se privasse de exercer, dentro de certo circuito, a mesma industria, sobre que recaiu a cessão. »

(*Tr. élém. de législ. industrielle*, p. 171. nºs 272-3.)

228 — Outra coisa não nos diz **GUILLOUARD**, que não deve ser suspeito aos adeptos do principio da restricção nestas questões. Admittindo como válidas as clausulas da natureza das com que nos occupamos, escreve o eminente jurisconsulto :

« Taes clausulas valem, e se devem respeitar, *contanto que* a prohi-

bição *não seja illimitada*; pois, então, *seria nulla*, por attentar contra a liberdade do commercio e industria.»

(*De la vente*, v. I, p. 345, n.º 329.)

229. — De maneira analogia se pronunciam **LYON-CAEN** e **RENAULT**, ensinando, ha muito, no seu tratado sobre direito mercantil, a mesma doutrina, que, recentemente, desenvolveram no seu parecer acerca da especie discutida nesta lide (1):

« On s'accorde sans doute à reconnaître que *l'interdiction ne peut pas être absolue*, en ce sens qu'elle ne peut s'appliquer *ni à tous les lieux, ni à tous les temps*. Une interdiction ayant une portée absolue *à l'un de ces points de vue* violerait le principe de la liberté du travail. » (*Tr. de Dr. Comm.*, 2.^e ed., v. III, p. 173, n.º 247 bis.)

Segundo estas autoridades, como se vê, para que a clausula incorra em nullidade, basta ser absoluta *sob qualquer dos dois pontos de vista indicados*: absoluta quanto á duração, *ou* absoluta quanto aos logares.

(1) *Pareceres*, p. 4 e 7

230. — Diversamente sentem outros, exigindo, para que se dê a nullidade o concurso dessas duas condições: ausencia de limite quanto á extensão territorial da clausula prohibitiva e quanto ao tempo do seu vigor.

Assim **RUBEN DE COUDER**: « Cette interdiction est nulle, lorsqu'elle est *générale et absolue quant au temps et quant au lieu*; elle est, au contraire, valable, lorsqu'elle est limitée, soit quant au temps, soit quant au lieu. » (*Supplém.*, v. II, p. 176, n^o 26.)

Similhantermente **FUZIER-HERMAN** e **DARRAS**: « Une pareille clause ne constitue pas une violation de la liberté du commerce et de l'industrie. Il n'en serait autrement que si l'interdiction était *générale et absolue, quant au temps et quant au lieu*. » (Cod. civ., tom., IV. p. 92, n.^o 8.)

No livro de **LÈBRE**, tão invocado pela A., se reconhece que a clausula de interdicção de se reestabelecer contravém ao principio da liberdade commercial, quando a sua extensão é « geral e absoluta ». (*Fonds de Commerce*, p. 102.)

Egual doutrina se estabelece nas *Pandectas Francesas*:

« Cette clause interdit-elle au vendeur, d'une façon *générale et absolue, sans aucune limite quant au temps, ni quant au lieu*, le droit de faire à l'avenir le même commerce? Il y a lieu de la déclarer *nulle et de*

nul effet, comme contraire au principe de la liberté du travail et de l'industrie.» (*Pand. Franç.*, tom. XXXIII, p. 512, 513, ns. 678, 679, 692.)

Em apoio desta lição ahi se enumeram, sob o n.º 679, não menos de dezenove e, sob o n.º 692, não menos de quatorze arestos, que a sustentam.

231. — As *Pandectas Belgas* nos informam da jurisprudencia e doutrina reinantes, no seu paiz, sobre esta questão. Alli se nos diz :

« Não é permittido ás partes formular, a este respeito, nas suas convenções, contra o cedente, uma interdicção geral e absoluta . . . Qualquer disposição deste genero seria contraria á liberdade de commercio . . . De doutrina e jurisprudencia é que, sob este ponto de vista, essas restricções sejam sempre limitadas *quanto ao lugar*, ou *quanto ao tempo*, e, até, consoante uma opinião assaz em voga, limitadas *quanto ao lugar e quanto ao tempo*.

« Nesta conformidade, não poderia ser defêso, de modo absoluto, ao cedente, nem este se poderia vedar

a si mesmo o exercicio futuro do mesmo commercio que o cessionario, *na mesma cidade* onde este se ache estabelecido; pois tal interdicção equivaleria a um como exilio, e opporia um obstaculo excessivo á liberdade do trabalho. Ninguém, aliás, pode contrair obrigação perpetua. Arg. do c. civ., art. 1780. Limitada quanto ao logar a restricção, pois, deve ser limitada, AINDA (EN OUTRE), quanto ao tempo. »

(*Pand. Belg.*, tom. XVII, col. 665-6, ns. 50-51.)

232. — De accordo com estas normas, o tribunal do commercio de Bruxellas, em 20 de abril de 1893, declarou *nulla* a convenção, em que um industrial, cedendo o seu estabelecimento, renunciara, « de modo geral, a se entregar, *fosse onde fosse, no espaço de trinta annos*, a uma industria semelhante. » (*Pand. Belg.*, tom. XLIV, col. 1. 153. nº 28.)

Esta decisão, proferida no caso Dumanoir c. Antoniny e Delestrain (fábrica de cardadoras mecánicas), achamol-a na *Pasicrisie Belge*. (1893, 3ª parte, p. 196.)

233. — Jurisprudencia e doutrina se pronunciam, na Italia, do mesmo modo.

CUTURI, no seu tratado da venda, nos ensina que, « quando alguém declara ceder, ou vender a sua *clientela*, não intenta, de veras, transferir um direito de propriedade, mas obrigar-se a não exercer a profissão *em um lugar determinado, in un luogo determinato.* » (*Della vendita, della cess. e della perm.* 1891, p., 100, n.º 39.)

234. — Na monographia que escreveu, tres annos mais tarde, para a *Encyclopedia Juridica Italiana*, sobre o estabelecimento commercial (*azienda commerciale*), desenvolve UMBERTO PIPIA essa noção, corrente e universal:

« Uma clausula desta natureza é legitima, e produzirá legitimos effeitos juridicos, quando circumscripta em determinados limites de *tempo e espaço (in determinati limiti di tempo e di spazio)*. Assim, se o cedente se obriga a não se reestabelecer num determinado *bairro, cidade ou circumscripção e por tempo definido (e per un tempo definito)*. Mas, se, ao revez, a clausula fosse *geral e absoluta*, se importasse numa *illimitada* interdicção de se reestabelecer, *nulla seria evidentemente*, por contraria á ordem publica, de que é elemento essencial a liberdade do com-

mercio e do trabalho. Em caso tal se volve á applicação dos principios geraes, e o cedente se poderia reestabelecer, bem que do modo e sob as garantias expostas, exactamente como se mudo fosse, a esse respeito, o contracto. »

(*Enciclop. Giurid. It.*, v. 1, parte V, 1904, p. 1.078, nº 80.)

Como se está vendo, a interdicção que aqui se considera licita, é a que se encerra nos estreitos confins de *um bairro, uma cidade, ou uma circumscripção*. Mas, ainda quando confinada nesses limites, a doutrina desta, como a de outras autoridades, já mencionadas, declara nulla a convenção, em não tendo limites de tempo definidos.

Nesta fórmula, *commum*, como já vimos, as duas condições de limitação não se separam mediante a disjunctiva: reúnem-se pela copulativa. Tempo e lugar, em vez de tempo ou lugar.

235. — Na mesma direcção temos o ensino do professor **RAMELLA**, cujo valioso tratado sobre a propriedade industrial tem apenas quatro annos de publicado.

« Uma clausula que véde abrir concorrência a outrem, mediante o exercicio de uma industria da mesma

natureza, se fôr concebida *em termos absolutos (in termini assoluti)*, sem restrição de tempo e logar (*senza limitazione di tempo e di luogo*), geralmente se tem por nulla, como violação da liberdade humana; pois resultaria em aniquilar ao contraente a sua actividade ou personalidade. (Cod. civ., art. 1.104, 1.122, 1.199, 1.628.)

« Ao contrario, porém, se considera válida, se é meramente *local e temporaria (locale e temporanea)*, a menos que, por certas circumstancias occorrentes em alguns casos, se mostre ser excessiva...

« Em presença de uma clausula, na qual o cedente se haja sujeitado a uma interdicção *absoluta, e, como tal, nulla, não cabe ao juiz senão pronunciar a nullidade do pacto*. Nem está em seu poder introduzir-lhe restricções, que a tornem licita; pois tanto montaria isso como substituir pela sua vontade a das partes, e transformar o contracto, por meio de clausulas que alterariam o compromisso contraído, e, d'est'arte, franquear portas ao arbitrio. »

(*Tratt. della propr. industr.*,
vol. II. 1909, nº 688, p. 476.)

236. — Pouco menos recente é a obra de **TENDI** sobre a compra e venda; e ahi vamos encontrar fulminadas, egualmente, com a nullidade as clausulas absolutas na interdicção de se reestabelecer, ajustada pelos vendedores de casas commerciaes. « In generale », diz ella, « si provvede con clausole che stabiliscono il diritto al venditore di aprire una casa, che faccia concorrenza a quella venduta: tali patti sono riconosciuti validi, *salvo che fossero illimitati, nel qual caso si dicono contrari alla libertà del commercio.* » (**GIO. BAPT. TENDI**: *Tratt. della compra-vendita*, vol. II, 1906, p. 32-3.)

Nada mais claro: as clausulas pelas quaes o vendedor se obriga a não abrir casa, que faça concorrência á vendida são válidas, *salvo quando illimitadas*, caso em que deixam de o ser, isto é, se tornam insubsistentes, por contravirem á liberdade commercial.

237. — Cerraremos, enfim, este depoimento geral dos mestres com o de um dos mais respeitaveis dentre elles, commentador insigne do código commercial italiano, ainda hoje citado por **VIVANTE** e pelos outros dessa esphera como autoridade grande entre as maiores. Queremos fallar de **TARTUFARI**. No seu commentario da venda, tratando o ponto, de que ora nos occupamos, discorre deste modo o celebre jurisconsulto:

« Se o vendedor contraiu, mediante pacto especial, o compromisso de não assumir, *dentro em certo territorio e por certo tempo (dentro in un certo territorio e per un certo tempo)*, o exercicio do genero de commercio cedido ao comprador, esse pacto deverá ser rigorosamente observado, sem que se possa haver por contrario á liberdade individual e á do commercio, uma e outra indubitavelmente de ordem publica.

« Mas, ao revez, *por illicito e inefficaz* se deveria ter o pacto, mediante o qual o vendedor se interdissesse esse exercicio *de modo absoluto, sem limite algum de espaço e tempo (in modo assoluto e senza alcun limite di spazio e di tempo)*; pois, nesta hypothese, a estipulação convencionada em defesa do direito e interesse privado *offenderia, verdadeiramente, o direito e o interesse publico, violando pela maneira mais descoberta ambas essas duas liberdades. (Offenderebbe veramente il diritto e l'interesse pubblico, violando nel modo più aperto entrambe quelle due libertà)*. »

(*Il Cod. di commerc. ital. comment.*, v. I, parte II, 1897, n.º 55, p. 73.)

238. — Destas pesquisas, attentas e conscienciosas, pela jurisprudencia e legislação dos grandes paizes latinos, onde o nosso direito sempre teve uma das suas fontes principaes, se apura uma noção juridica universalizada e inconcussa na tradição dos tribunaes e das escolas: a nullidade insanavel do compromisso, assumido pelo vendedor que aliena o seu negocio, de não tornar a elle nunca mais em parte nenhuma.

No direito desses povos, na Italia, na França, na Belgica e nos demais cuja civilização gira derredor desses grandes centros moraes, as clausulas desta natureza, nas cessões de estabelecimentos commerciaes e industriaes, incorrem numa invalidade substancial e irremediavel.

Em toda a série das idéas que o consenso unanime dos juristas e magistrados, no seio dessas nações, tem consagrado, não ha nenhuma, que se ache elevada, hoje, mais estavelmente á altura das evidencias, das certezas e dos axiomas.

239. — Não é, porém, só entre esses ramos dominantes da familia latina que a lição dos jurisconsultos, com a sancção dos julgados, tem estabelecido esse principio de boa razão e sã justiça.

Escrevendo sobre o direito suíço, nos dá **VAL-
LOTON** a saber que as interdicções de concorrência,
alli e em Allemanha, « nem sempre são vistas com
muito bons olhos » (*op. cit.*, p. 152 e not), e põe
a essas interdicções convencionaes da liberdade no
commercio e na industria as mesmas restricções tu-
telares, que se exigem nos paizes, de cuja doutrina
e jurisprudencia temos fallado.

« Serão licitos », pergunta, « os contractos de
interdicção de concorrência ? Serão compatíveis
com o principio da liberdade de commercio e indus-
tria, consagrado no art. 31 da constituição fede-
ral ?

« Tal a questão que os tribunaes
são ainda, muitas vezes, chamados a
deslindar. A doutrina e a jurispuden-
cia *são unanimes* em responder affir-
mativamente, recusando applicar o
art. 17 do Código das Obrigações,
*contanto que essa interdicção seja
limitada.* »

(*Ib.*, p. 149.)

A interdicção desse genero é licita,

« uma vez *que seja limitada quanto
á duração ou quanto ao logar.* O
empregado, por exemplo, ou o opera-
rio, o cedente de um estabelecimento

commercial, ou o membro de uma sociedade obrigou-se, figuremos, « a se abster *por dois annos* de toda a concorrência », ou, ainda, no segundo caso, a « *nunca* se estabelecer *em tal cidade* »,

« Se essa duração, ou essa extensão local, for tão ampla, *que equivalha a uma prohibição absoluta*, naturalmente *se deverá declarar nullo o contracto*. »

(*Ib.*, p. 150.)

240. — Estas noções, em apoio das quaes o escriptor de Lausanne invoca o concurso de dois dos mais conhecidos commercialistas allemães, THÖL (*Handelsrecht*, p. 200) e COSACK (*Handelsrecht*, p. 69), são, como bem se está vendo, absolutamente identicas ás do direito francês, italiano e belga.

241. — Isto posto, se, como se pretende no respeitavel accórdam embargado, o direito « *dos povos cultos* » autoriza a decisão, que elle pronunciou, temos que excluir d'entre « os povos cultos » a França, a Italia, a Belgica, a Allemanha e a Suissa, isto é, com as outras nações cuja cultura gravita derredor dessas, quasi toda a Europa christã, quasi toda a civilização occidental.

Nessa adeantada parte da superfície do globo, onde justamente se acredita estarem os povos mais cultos do nosso planeta, a doutrina consagrada pelo concurso quasi unanime dos arestos e autores estabelece:

1º) que o cedente de um estabelecimento commercial ou industrial não se pode obrigar, na cessão, a não se reestabelecer com o mesmo commercio *nunca mais e em parte nenhuma*;

2º) que, se o fizer, *embora consignada inequivocamente a sua vontade em clausula solemne*, essa clausula *será nulla*;

3º) que os juizes não podem sanar esta nullidade, nem removel-a, reduzindo a estipulação a termos diversos dos convencionados.

242. — Funda-se este *jus receptum* dos grandes povos cultos no principio da liberdade individual de exercer o commercio e a industria, liberdade inalienavel por sua natureza, que os contraentes podem restringir mediante clausulas de interdicção limitada quanto ao tempo *ou* ao espaço, mas que não lhes é dado abdicar, estipulando interdicções *absolutas* ou *indefinidas* quanto ao espaço *e* ao tempo.

•

Para sagrar inviolavel essa liberdade, algumas jurisprudencias, como a francesa, invocam simplesmente as suas leis civis ou commerciaes. Mas, nos paizes onde esse direito gosa de consagração constitucional, é a constituição do Estado o em que estribam as sentenças dos tribunaes e as lições dos mestres.

Neste ultimo caso estamos nós, á vista do artigo 72, § 28, de constituição brasileira, que ahi dedicou solemne especificação, entre as suas garantias, á liberdade industrial.

243. — Assim que

a interdicção de se reestabelecer só se admitte, quando subordinada a condições precisas de tempo ou de logar.

Logo,

onde, como na especie desta lide, o contracto não estipula, a tal respeito, condição alguma de logar, ou tempo, o que se conclue, é que as partes não convencionaram, para o cedente, a interdicção de se reestabelecer.

Mas, admittindo, ao contrario, que hajam convencionado (onde?) essa interdicção,

sendo ella, *indefinida*, sem restricção nenhuma, quanto á duração e ao territorio, é irremediavelmente vã, irrita e nenhuma.

244. — Uma reflexão, porém, ainda.

Se as interdicções absolutas ou indefinidas são nullas, quando mesmo explicitas no contracto, como, no silencio do contracto, na ausencia de clausula formal, admittir uma interdicção absoluta, ou indefinida?

Se a vontade categorica dos contraentes não vale, para estabelecer uma interdicção illimitada, como admittil-a por mera inferencia, por simples inducção opinativa, no silencio dos contraentes?



DIREITO INGLÊS E AMERICANO

245. — Não seria argumento de pouco tomo o da jurisprudencia inglesa e americana, se, realmente, a A. o pudesse invocar em seu auxilio, como imagina, attento o valor das idéas juridicas prevalecentes, em materia de commercio e industria, na Grã Bretanha e nos Estados Unidos, onde tão extraordinario desenvolvimento apresentam as instituições industriaes e mercantis.

Não nos fôra licito, pois, deixar correr sem resposta as asserções categoricas, pelas quaes, nas allegações *ex adverso*, vemos reivindicado como favoravel ás doutrinas alli sustentadas esse concurso poderoso.

Alli se assevera que, sobre o assumpto posto em debate nestes autos, a jurisprudencia, na Grã Bretanha, após certas hesitações, se firmou em sentido contrario á jurisprudencia francesa, inglesa e allemã.

Depois, attribuindo-se a mesma coisa aos Estados-Unidos, quer-se legitimar tambem com as decisões dos tribunaes americanos a opinião, que autoriza a interdicção absoluta de se reestabelecer, estipulada

contra o vendedor nas alienações de estabelecimentos commerciaes.

Formal contestação pedimos licença de oppor a esses dois assertos, contra os quaes inverteremos, até, algumas das citações e autoridades, a que se amparam.

E' por esta ultima parte do nosso compromisso que vamos agora começar.

246. — *Primeiro tópico.* Diz elle respeito ao voto de Jorge Jessel, juiz britanico, em 1880, e de Lord Mac Nahten no caso Trego v. Hunt.

Segundo a propria versão da A. no seu arrazoado, o que o primeiro desses magistrados opinou, é que « o cessionario da *goodwill* não pode negociar com os freguezes da antiga firma », e o que opinou o segundo, vem a ser, egualmente, que na venda da *goodwill* se inclue a obrigação de não captar o vendedor, posteriormente, a antiga freguezia.

Ora a verdade é que nenhum desses votos contradiz a jurisprudencia francesa e italiana, nem a nenhum temos interesse em contrariar.

Em ambos esses votos, com effeito, o que se sustenta, é que não pode negociar com a antiga freguezia o vendedor da *goodwill*. Ora não ha nada que oppor a esta affirmativa; porque o vendedor da *goodwill* vendeu, na *goodwill*, ou com a *goodwill*, a antiga freguezia.

247. — Basta substituir o vocabulo inglês pelo nosso, para dissipar o equivoco da citação *ex-adverso*.

Consulte-se um diccionario inglês-português. O de **MICHAELIS VASCONCELLOS**, por exemplo. Ahi se lerá: « *The goodwill of a shop, a freguezia de uma loja* ».

Recorra-se, depois, a uma das grandes obras de lexicographia inglesa. Seja o *Century Dictionary*. Sob a palavra *goodwill* lá encontraremos esta definição: « A voga de uma casa de commercio, indicada pela sua freguezia. *The degree of favor enjoyed by a particular shop or trade as indicated by its custom.* »

248. — Vamos, em seguida, ás definições jurídicas de *goodwill*. **LORD ELDON** a define como « a probabilidade existente de que os antigos *freguezes* recorrerão á antiga casa. *Nothing more than the probability that the old customers will resort to the old place.* » (Cruttwell v. Lye, 17 Ves. Jr. 335. *The Amer. and Engl. Eucycl. of Law*, vol. XIV, p. 1085, not.)

Ainda com mais elegancia e propriedade nos diz um dos maiores juristas americanos que a *goodwill* « consiste na probabilidade, fundada nos habitos humanos, de que as pessoas costumadas a frequentar aquelle estabelecimento, continuarão de futuro a procurar-o e a nelle comprar. » (**POMEDROY**: *A Treaty on Equity Jurisprudence*. Vol. III, S. Francisco, 1892, p. 2.087, § 1355.)

Outro expositor americano se pronuncia assim :
« A *good-will* de um negocio é, por definição, o benefício, que lhe resulta de se haver exercido por algum tempo, ora em certa e determinada casa, ora por certa e determinada pessoa ou firma, ora com certa e determinada marca. O seu valor consiste *na probabilidade de que os antigos freguezes continuarão a ser freguezes. Its value consists in the probability that the old customers will continue to be customers.*»
(LAWSON : *Rights, remedies and practice*. San Francisco. Vol. II. p. 1270, § 685.)

249. — Do exposto se vê que, na linguagem usual, *good-will* é a *propria freguezia*, e, na linguagem juridica, é, sobre tudo, a *espectativa da freguezia*. Se o valor da *good-will* (*its value*) consiste na probabilidade supposta de *que a antiga freguezia continue a ser freguezia da mesma casa*, claro está que, se a freguezia não constitue ella só a *good-will*, é, pelo menos, a substancia real, o factor dominante, o elemento capital do preço da *good-will*.

Assim, na cessão da *good-will* se contém a cessão da freguezia, como no todo se contém, necessariamente, uma das suas partes. Por outra : quem diz *good-will*, diz, unica ou principalmente, *freguezia*. Logo, em se dizendo que um negociante alienou a sua *good will*, dito está que alienou a sua *freguezia*. E, se, transferindo a *good will* de sua casa, pouco mais fez do que transferir-lhe a fregue-

zia, natural é que, verificada essa transferencia, se lhe negue o direito de explorar a freguezia transferida.

250. — Foi isto o que disse **LORD MAC NAHTEN** no lance transcripto pela recorrente á pgs. 189 das suas razões de recurso :

« Um homem de bem não pode revogar o que outorgou. O vendedor não tem liberdade de destruir ou depreciar a coisa vendida. Na venda do *goodwill* está implicitamente convencionado que elle não irá sollicitar os freguezes, dos quaes se separou. Fazel-o seria fraudar o contracto. Estes são, parece-me, termos differentes e reflexos de uma proposição, que presumo elementar. » (1)

Carradas tem de razão Lord **MAC NATHAN**. Aquelle que vendeu a *goodwill*, vendeu, *ipso facto*, a freguezia; porque a freguezia se inclue na *goodwill*, como o *conteúdo no continente*. O vendedor não pode subtrair a coisa vendida: e, se o faz, não merece credito de honesto.

251. — Mas este raciocinio todo tem por base e eixo a presupposição de que o alienante do esta-

(1) A traducção é do illustre advogado *ex-adverso*. Tomamola *ipsis verbis* ao *Memorial da Appellante*, pgs. 189.

belecimento commercial cedeu, com elle, a *goodwill*, isto é, *vendeu, com elle, a clientela*.

Se figurassem a lord **MAC NATHAN** um caso essencialmente diverso desse, um caso, em que o cedente de uma fábrica se abstivesse de incluir na cessão a *goodwill*, um caso em que o vendedor não houvesse, portanto, vendido a freguezia, o magistrado inglês decidiria o contrario do que decidiu: decidiria que, não se tendo vendido a *goodwill*, não se vendera a clientela, e, havendo o industrial ficado com a clientela, não aggravava, dirigindo-se a esta, direitos de ninguem.

Esse caso é que seria, justamente, o nosso; porquanto o que no nosso caso ainda não cessámos de sustentar, é que o conde Alvares Penteado *não cedeu a sua clientela*, com a fábrica, que cedia.

Quiz a Autora provar que uma cessão abrangera a outra. Mas não provou; e, então, dando como provado o que em vão tentou provar, applica a um caso, no qual se contesta exactamente a cessão da clientela, julgados e opiniões, que tem na verificada cessão da clientela todo o seu fundamento.

Neste circulo vicioso roda, labuta e claudica, apesar do alto merecimento do seu illustre defensor, toda a especiosa argumentação da Autora.

252. — *Segundo tópico*. Querendo mostrar que a jurisprudencia americana mudou para o lado con-

veniente á causa da Autora, diz ella, nas razões do seu recurso (1):

« A côrte de N. York, no caso *Diamond Match Company v. Roeber*, julgou válida a convenção de um industrial, que vendera o seu negocio, sob a condição de se não reestabelecer com o mesmo negocio, em qualquer tempo, durante noventa e nove annos (attendei bem : *no-ven-ta e no-ve annos!*) (2), dentro dos Estados Unidos, com excepção dos Estados de Nevada e Montana. A côrte fez ver que a doutrina do *common law* se tinha alterado e modificado.

« Este caso encontra-se citado em **FREUND**, *The Police Power*, Chicago, 1904, § 348.

« Este illustre professor de jurisprudencia e direito público na Universidade de Chicago commenta-o nos seguintes termos, que transcrevemos no original:

« The case must be taken as an abandonment or at least a strong mo-

(1) *Memorial da Appellante*, p. 192.

(2) Notem bem : a deletreação, a exclamação e os griphos são da Autora.

dification of the common law doctrine. (Pag. 343.) »

253. — Ora bem. Sendo nosso velho conhecido o **FREUND**, já por nós citado em trabalhos anteriores, com elle fomos ter. Lá está, como não podia deixar de estar, nem imaginariamos que não estivesse, la se acha *tudo* o que as allegações da parte adversa transcrevem. Mas nessas allegações não se acha *tudo o que disse FREUND*.

A proposição extraída pela Autora se relaciona, alli, com proposições anteriores e posteriores, de que se não podia abstrair, para se conhecer a critica do jurisconsulto americano sobre o julgado, que cita, e o alcance real deste.

Traduz a recorrente, do original, o resumo, onde se narra em substancia o caso resolvido, para concluir :

« *A côrte fez ver* que a doutrina do *common law* se tinha alterado e modificado. »

Dito isto, declina o nome de **FREUND**, como o do seu informante, e acrescenta, para autorizar a sua these de que o direito *commum* se achava abandonado ou alterado, esta phrase do original :

« The case must be taken as an abandonment or, at least, a strong modification of the common law »

Até aqui a recorrente. Ora, nesta sua maneira de expor o caso, avultam diversas inexactidões, todas uteis ao seu ponto de vista, bem que, naturalmente, oriundas, estamos certo, de não haver lido o texto com atenção e reflexão bastantes.

254. — A côrte de Nova York não se estribou, propriamente, em que a doutrina do *common law* se tivesse alterado e modificado. Apenas *o insinuou*, *o deu a entender* (*intimated*). Mas tanto reconhecia, e reconheceu, ahi mesmo, a subsistencia do *common law*, o seu vigor actual *em sentido opposto*, que, não o ousando negar, nem rejeitar, buscou, por uma interpretação geitosa *dos factos*, encartar *no proprio common law tradicional* a sentença, que proferiu, allegando não repudiar, quando assim decidia, a norma estabelecida nesse direito, no antigo *common law* inglês, contra as clausulas illimitadas na renuncia, pelo cedente de um negocio ou industria, ao direito de se reestabelecer.

Notando que o tribunal insinuara achar-se abalada e modificada a doutrina do *common law*, não diz **FREUND** que o *common law* estivesse, realmente, abandonado, ou alterado; tão sómente adverte que *esse julgado* importava numa divergencia do *common law*, ou no seu abandono, isto é, que com elle se achava em desaccordo ou antagonismo essa decisão.

Nem uma autoridade séria como esse escriptor poderia attribuir a um julgado solitario, de um só

tribunal de um Estado, entre quarenta e oito Estados que alli compõem a União, efficiencia bastante, para abrogar, ou derogar, o *common law*, o direito geral ao povo americano.

Bem fóra de se arriscar a tal leviandade, **FREUND** oppõe, alli mesmo, a essa decisão outra, em sentido opposto, de uma côrte de outro Estado, censurando claramente a ambas as soluções, que qualifica de « extremas », ou exaggeradas.

E' o que vamos documentar acto continuo, trasladando para aqui todo o excerpto, com a nossa versão lado a lado:

« The court intimated that the doctrine of the common law had been weakened and modified; but chose to place the decision upon the ground that the restraint was partial, refusing to regard the exception of two remote states as merely colorable.

« O tribunal insinuou que a doutrina do direito commun se enfraquecera e modificara. Mas *preferiu assentar a decisão* no fundamento de que a restricção » (posta, no contracto, á concorrência) « era *parcial*, recusando considerar a excepção de dois Estados remotos como apenas apparente.

« This position cannot be accepted as satisfactory, and the case must

« Não se pode acceitar como satisfactoria esta maneira de ver; e o jul-

be taken as an abandonment or, at least, a strong modification of the common law doctrine.

gado se deve considerar como um abandono ou, pelo menos, uma séria modificação á doutrina do direito *commum*.

« The latter is strongly upheld in Illinois, where a covenant by a vendor not to engage in the same business for a term of twenty - five years was held unenforceable even as to the State of Illinois — a position in its way perhaps so extreme as that of the New York court.»

(FREUND : *Op. - cit.* , p 343.)

« Esta doutrina, porém, é energicamente mantida no Illinois, onde se considerou inadmissivel, ainda quando restringida só ao Illinois, uma convenção, pela qual o vendedor estipulara não exercer durante vinte e cinco annos o mesmo commercio ; solução esta, no seu sentido, tão extrema, quanto a do tribunal de Nova York.»

255. — Nada mais claro. Como a clausula do contracto prohibia a Roeber fabricar phosphoros em todos os Estados *menos os de Nevada e Montana*, o tribunal, para escapar á regra do *common law*, que não tolera, nesses contractos, a renuncia da liberdade commercial ou industrial, *quando illimitada*, argumentou que essa renuncia não era territorialmente *illimitada* no caso, desde que della se excluïam aquelles dois Estados.

Praticamente esta limitação era quasi nulla. Mas, juridicamente, constituía, não ha dúvida, uma limitação formal.

Dest'arte não se observava a fórmula do *common law* no seu espirito; mas observava-se na sua letra; e esta homenagem á letra, embora com quebra do espirito da lei, é a prova material de que a lei existe, de que a lei subsiste, e não pode ser negada nem pelos que a transgridem, ou a querem esquivar.

256. — Contra a Autora, portanto, se inverte a invocação de **FREUND**, imprimindo, assim, ainda mais relêvo á evidencia de que o *common law* americano, no seu estado actual, reconhecido e attestado pela jurisprudencia, *continúa a ter por nullas, nesses contractos, as clausulas absolutas de renuncia da liberdade commercial ou industrial pelo vendedor.*

E' o que o proprio **FREUND**, *nessa mesma pagina* onde a recorrente foi buscar a sua citação, e logo antes do tópico sobre que ella recae, peremptoriamente nos diz:

« *Covenants made by a vendor of a business not to engage in the same business.*

« Convenções pelas quaes, cedendo um estabelecimento commercial, o vendedor se obriga a não se entregar mais ao mesmo commercio.

« As these covenants may be necessary to pro-

« Como estas convenções podem ser necessa-



tect the purchaser against what would be unfair competition, the common law relaxes the general rule against restraint of trade, and makes a distinction between *total* or general and *partial* restraint.

rias, afim de proteger o comprador contra actos de concorrência desleal, o direito commun attenua a regra geral contra as restricções da liberdade de commercio, estabelecendo uma distincção entre as restricções *totaes* ou *absolutas* e as *parciaes*.

« A *partial* restraint, limited by place, time or circumstance and based upon a valuable consideration, will be enforced by the courts. »

(FREUND: *Police Power*, § 348, p. 333, *in princip.*)

« Os tribunaes *manterão como legitima a interdicção, quando limitada pelo territorio, pelo tempo, ou pelas circumstancias e baseada numa compensação valiosa.* »

257. — *Terceiro tópico.* Em seguida ao caso de FREUND temos o de ANDREWS.

Termina o primeiro á pag. 192 do arrazoadado impresso, e logo no alto da pag. 193 começa o segundo.

Ahi diz, pelo seu eminente patrono, a recorrente:

« Outro não menos notavel publicista, ANDREWS, no reputado *Trea-*

tise on the jurisprudence, coustitution and laws of the United States (Chicago, 1900 § 606), assignala a modificação dos tribunaes americanos sobre o antigo direito, admittindo-se hoje a *perpetuidade* (1) da clausula de o vendedor do negocio ou estabelecimento não se reestabelecer.

« Eis as suas palavras textuaes .

« It was formerly thought that the restraint might be unlimited as to time, but that it must be limited as to space. This doctrine has, however, received very material modification. The restraint may extend far enough to afford a fair protection to the purchaser; and what is such protection, must depend on the nature of the business... » (pag. 777) »

Queiram os venerandos juizes dar-se ao trabalho de verter para a nossa linguagem este inglês, e verão quanto dista o que escreveu **ANDREWS** do que lhe attribue a recorrente.

Eis, tirado em vulgar, o tópico, ahi transcripto, do jurista americano :

(1) E' o patrono *ex adresso* quem sublinha, griphando, o vocabulo *perpetuidade*.

« *D'antès* se entendia que a restricção » (isto é, a interdicção, posta ao cedente, de se reestabelecer) « podia ser *illimitada quanto ao tempo* » (por outra: d'antes se entendia que a interdicção *podia ser perpétua*), « mas que devia ser limitada quanto ao espaço. Esta doutrina soffreu, porém, modificação muito consideravel. A restricção pode estender-se até onde baste, para assegurar protecção razoavel ao comprador, dependendo da natureza do negocio vendido o saber-se qual seja essa protecção. »

O que o autor, pois, nos diz, é que OUTR'ORA (*formerly*) se admittia, nesses pactos, *a perpetuidade*. O que a recorrente, pelo contrario, pretende, é que elle « assignala a modificação dos tribunaes americanos sobre o antigo direito, admittindo se HOJE *a perpetuidade* da clausula. »

Segundo ANDREWS, *a perpetuidade*, nessas clausulas, era admittida outr'ora. « *Esta doutrina* », porém, continua o texto de ANDREWS, « tem recebido alteração muito importante. »

Que doutrina? O demonstrativo *esta* não permite dúvida: a doutrina *da perpetuidade*. A doutrina, portanto, que legitimava as clausulas perpetuas, foi a que passou por uma alteração mui importante. Mas a *perpetuidade* não se pôde alterar *para*

mais. Se, pois, a doutrina, que se modificou, é a que tolerava a *perpetuidade*, o que se segue, é que a *perpetuidade* já não é tolerada.

Nem nos diz outra coisa **ANDREWS**, quando, em seguida, estabelece que, tendo recebido essa doutrina « uma alteração mui importante », hoje a interdicção de se reestabelecer, posta ao vendedor, não se estende senão « até onde for mister, para assegurar ao comprador protecção razoavel ».

Logo, a lição de **ANDREWS** se reduz, em summa, a estas duas proposições, diametralmente oppostas ás duas, cuja responsabilidade lhe querem assacar as allegações da recorrente :

1º *Antigamente* a interdicção podia chegar até á *perpetuidade*.

2º *Presentemente* só se tolera que chegue até onde a natureza do estabelecimento cedido o exigir como protecção equitativa ao comprador.

258. — Mas, quando fosse o contrario, quando se consentissem hoje, alli, as clausulas illimitadas no concernente *ao tempo*, bastava aos interesses da nossa causa não se admittirem illimitadas no tocante *ao espaço*.

Bastava, dizemos ; porque a interdicção resultante, para o Réu, das pretensões da Autora é illimitada *assim quanto ao tempo, como quanto ao espaço*.

O conde Alvares Penteado não se poderia estabelecer *nunca mais*,

em parte nenhuma, na tecelagem da juta.

Ora **ANDREWS**, em seguimento á passagem extractada pela Autora, ajunta estas palavras, por ella omittidas :

« Where there is no limitation on the restraint as to territory, the contract is void. »	« <i>Não sendo a interdicção limitada quanto ao territorio, é nullo o contracto.</i> »
--	--

(*Op. cit.*, § 606, p. 777.)

Porque não transcreveu a Autora esta passagem, immediata á outra ? esta passagem, que teria posto inteiramente da nossa parte o escriptor por ella citado ?

259. — *Quarto tópico*. Trata-se do caso americano *Camors Mac Connell v. Mac Connell*.

Em que tribunal se julgou este pleito ? As allegações da A. não o declaram. Em que anno ? Tambem se nos não diz. Donde o extractou a A. ? Affirma o seu arrazoadado que « da *Harvard Law Review*, 1906, VII, 543, tambem reproduzido na *Rivista di Diritto Commerciale*, vol. 5º, parte 1.ª, pag. 139. »

Não temos a *Harvard* nos fasciculos correspondentes, a esse anno. Mas, possuindo a *Riv. di Dir.*

Comm., verificâmos, no logar designado, que o extracto da A. se restringe, nas suas linhas, unicamente ao da revista italiana. Se, pois, a A. bebeu as suas informações na revista americana, força é concluir que esta não adeanta um ápice á outra.

Ora a nota da *Riv. di Dir. Comm.*, alem de ser de uma sobriedade, que lhe reduz o valor a muito pouco, não nos habilita com os meios de verificação indispensaveis em assumptos desta natureza, nos quaes quanto mais escrupuloso é o citador, mais deve estimar que lhe averigüem as citações.

Quizemol-o fazer a respeito desta. Mas como, se a citação nos não indicava nem a data da sentença, nem o tribunal prolator, nem, sequer, o Estado onde se proferira?

De a ver noticiada em revistas juridicas de 1906, deviamos conjecturar fosse este o anno da sua prolação. Mas de balde percorrêmos o grande repertorio da jurisprudencia dos tribunaes estaduaes americanos, a *Lawyers' Reports Annotated*, nos dezeseite grossos volumes correspondentes aos annos de 1905, 1906, 1907 e 1908. Neuhum delles regista o caso *Camors Mac Connell v. Mac Connell*, nem a elle se refere.

Imaginâmos então que poderia, talvez, ser algum recurso de sentença das justiças de um Estado para a Suprema Côrte Federal. Mas tambem não é. Possuimos a collecção inteira das sentenças desse tribunal e o seu Digesto, *Digest of the United States Supreme Court Reports*. Ahi, no

vol. VIº, pgs. 5972 a 6515, está o quadro, absolutamente completo, de todos os casos julgados pela Suprema Côrte da União até o anno de 1908. Pois bem : não se topa entre elles menção alguma de semelhante pleito.

Não correu, portanto, nos tribunaes federaes, e, se foi pleiteado nos estaduaes, não mereceu ficar no grande repositório, onde se colligem todas as decisões locais de algum interesse para a formação da *judge-made law*, da jurisprudencia, do direito constituido pelo consenso dos julgados.

260 — Não seria licito, pois, invocal-a, numa questão grave, para liquidar a verdade sobre a doutrina dos tribunaes americanos em materia tão delicada e debatida. Salvo se quem com ella quer argumentar, conhecesse e nos pudesse dar a conhecer o texto do julgamento, ou do seu conteúdo estivesse habilitado a fornecer-nos extracto seguro e cabal.

Em vez disto, porém, tudo o que do litigio apurou o autor do arrazoadado, vem a cifrar-se, exclusivamente, em nos dizer que um negociante de fructas, não se sabe donde, nem quando, tendo cedido a outrem o seu estabelecimento, com o compromisso de lhe não abrir concorrência, sem limitação alguma de tempo e espaço, montou negocio egual, e foi condemnado, não se conhece quando, nem onde, a delle abrir mão, embora increpasse o cessionario de aspirar ao monopolio do commercio de fructas nos Estados Unidos.

Mas, dando por averiguado tudo o que assim expõe a A., a prova de que essa decisão não constituiu jurisprudencia nova, nem exprimia a jurisprudencia estabelecida, essa prova á recorrente mesma se offerecia no proprio lanço da revista italiana, a que se atem; pois ahi, nas linhas subsequentes á nota sobre o tal caso *Camors Mc. Connell*, o commentario, que se lhe faz, é este:

« *Vi è discordanza nella giurisprudenza americana in questi casi, prevalendo talvolta nella sentenza il concetto dell'utilità pubblica, tal'altra quello dell'osservanza dei patti fra privati.* » (*Riv. di Diritto Commerc.*, v. V, parte I, p. 139.)

Isto é: « A jurisprudencia americana sobre estes casos é discorde, prevalecendo numas sentenças o principio da publica utilidade, noutras o da observancia das convenções particulares. »

261. — Esta resposta bastava. Ainda melhor, porém, a daremos com os dois julgados, que vamos apontar. Um e outro são de 1907, a saber, *posteriores* ao de que se vale o recorrente. Um e outro são de procedencia conhecida, e não de origem incognita, como aquelle; sendo o primeiro uma sentença dada pela côrte de appellação do Kentucky e o outro uma decisão da suprema côrte do Tennessee. Ac-

cresce, por derradeiro, que ambas ellas são encontradas e verificaveis, achando-se as duas no repertorio *Lawyers' Reports Annotated*, Nova serie, 1907, vol. VI, p. 847, e vol. IX, p. 979.

262. — Pronunciou-se o primeiro desses julgados no *Clemmons v. Meadows*, bastando ahi a tacha de monopolio, para annullar um contracto, pelo qual, num lugar onde não havia senão dois hoteis de primeira classe, o dono de um renunciara os seus direitos, abrindo mão do seu estabelecimento em beneficio do outro. « A contract between the proprietors of the only two first class hotels in a place, to close one for a money consideration to be paid by the proprietor of the other, in order to give the latter a monopoly of the business, is contrary to public policy and void. » (L. R. A., N. S.: 6.847, 1239.)

Se um contracto deste genero, celebrado entre proprietarios de hoteis de luxo, ainda em 1907, se considerava nullo, nos Estados Unidos, por tender á constituição de um monopolio, e, dest'arte, ser inadmissivel como contrario ao bem geral, — qual seria o Estado, naquella republica, onde, um anno antes, se reputasse licita a concentração, em um só estabelecimento, do monopolio do mercado das fructas em todos os Estados Unidos?

Cabera nos limites do crível que juizes americanos sancionassem esta monstruosidade inverossimil?

Não estará, antes, entrando pelos olhos que, se tal julgado se pronunciou, terá sido *por não haver o allegante demonstrado o que allegava?*

Mas, se, de feito, houvesse, na America do Norte, juizes capazes de autorizar privilegio tão insensato, onde o criterio, pelo qual os nossos lhes houvessem de imitar exemplo tão odioso?

263. — O segundo accórdam, proferido no caso *Bradford v. Montgomery Furniture Co.*, não reconhece legitimidade ao contracto, em que um vendedor, mesmo por tempo restricto, *by a certain time*, renuncia ao direito de concorrer com o cessionario, senão quando esse prazo for razoavel, e se limite a cercar de uma protecção equitativa a clientela vendida. « A contract by one selling a business not to compete *for a certain time* with the buyer, when it is reasonable and goes no further than affording a fair protection to the good will purchased, is enforceable. » (L. R. A., N. S.: 9.979, 986.)

264. — *Quinto tópico.* Trata-se do caso *Von Bremen & Asche c. Mac Monnies & Von Elm*, julgado, em 1911, num tribunal de N. York.

A historia é simples. Uma das partes vendera á outra o seu negocio de importação. O contracto incluira expressamente a *goodwill*, bem que lhe não dêsse valor especial. Evidentemente não importa que, no contracto, se não estipulasse á clientela valor distincto, desde que, nesse contracto, vendendo-se expli-

citamente a *goodwill*, explicitamente se vendia a clientela.

Ora esta doutrina subscrevemos nós sem reserva, como subscreveríamos sem reserva tantas e tantas citações analogas da Autora, taes como a de GIANNINI (1) e outros, onde se diz que

« a obrigação do vendedor existe manifesta, quando o objecto da cessão é a *freguezia*. »

(*La concorrenza sleale*, n.º 188.)

Sómente, para applicar á especie dos autos essa lição razoavel, seria mister demonstrar que na cessão de Alvares Penteado *entrou*, com a fábrica Sant' Anna, a *clientela*; — coisa que os autos desmentem, que nós negamos, e que a Autora não se propõe a mostrar, senão insinuando como clausula do contracto entre elle é a sociedade uma verba illegal do laudo, e forçando á linguagem desta o sentido, para lhe dar expressão tal.

Nada adeanta, pois, este aresto á causa da recorrente.

265. — Aliás, quer na jurisprudencia da Grã Bretanha, quer na dos Estados Unidos, numerosissimos arestos sustentam que, *ainda quando a transferencia da clientela (goodwill) se opera mediante*

(1) P. 185 do seu impresso.

clausula expressa no contracto, nem por isto fica inhibido o cedente de se reestabelecer ».

Quanto á Inglaterra, eis o testemunho de **SMITH**, na decima edição da sua obra:

« The sale of a goodwill, in the absence of any express stipulation (*), does not preclude the seller from setting up the same kind of business in the neighbourhood, if he does not describe himself as setting up the identical business that has been purchased, or interfere with the customers of the old business »

(*A Compendium of Mercantile Law*, vol. I, p. 213.)

« A venda de uma clientela (*goodwill*), na ausencia de qualquer estipulação expressa, não inhibe o vendedor de se reestabelecer, com o mesmo genero de commercio, *na vizinhança*, se elle não apresenta o seu estabelecimento como o mesmo que lhe compraram, nem solicita a freguezia do antigo estabelecimento. »

Quanto aos Estados Unidos, eis a lição de **WAILES** em sua monographia da *Goodwill*, na *Encyclopedia do Direito Americano e Inglês*:

(*) A phrase « in the absence of any express stipulation », « na ausencia total de estipulação expressa », não se refere ás palavras anteriores « the sale of the goodwill », mas ás subsequentes, significando : na ausencia de estipulação especial sobre o direito de se reestabelecer.

E' o que se torna ainda mais evidente pelo texto que se segue, relativo á jurisprudencia americana.

« The rule supported by many cases is that the vendor of the good will of a business, in the absence of any express stipulation to the contrary, *is under no obligation to retire from the field, but may establish a similar business in the same neighbourhood, and publicly advertise the fact that he has done so.* »

(*The American and English Encyclopaedia of Law*, 2^a ed., vol. XIV, p, 1090.)

« A regra, sustentada por numerosos arestos, é que o vendedor da *good-will* (clientela, etc.) de um estabelecimento, não havendo estipulação expressa em contrario, *não está sujeito a obrigação nenhuma de se retirar do campo, antes pode montar um estabelecimento analogo na vizinhança do outro, e publicamente anunciar que assim procedeu.* »

Em apoio desta norma se invocam, nos Estados Unidos, estes arestos:

Georgia: Porter v. Gorman.

Iowa: Findlay v. Carson.

Louisiana: Bergamini v. Bastian.

Massachussetts: Basset v. Percival; Hoxie v. Chaney.

Michigan: William v. Farrand.

New Hampshire: Smith v. Gibbs.

Pennsylvania: Rupp v. Over; Palmer v. Graham.

Tennessee: Moreau v. Edwards. (1)

(1) *The American and English Encyclopaedia of Law*, 2^a ed., vol. XIV (1900), pg. 1090, not. 2.

266. — No caso *Bergamini v. Bastian* se declara que « esta doutrina tem por si as autoridades, assim no direito romano (*civil law*), como no direito nacional (*common law*) ».

No caso *Churton v. Douglas* se decide que « a simples alienação da *goodwill* nem implica, da parte do vendedor, o compromisso de não montar outro estabelecimento semelhante, nem lhe põe restricções quanto á situação do estabelecimento, que montar. » (*Amer. and Engl. Encycl. of Law*, vol. XIV p. 1090, not. 2).

A regra americana vae ainda mais longe, ultrapassando a inglesa, que não permite ao cedente de um estabelecimento commercial alliciar a sua antiga freguezia (*to canvass old customers*):

« It is generally held in the United States that, in the absence of agreement to the contrary, the vendor may personally solicit his former customers, provided he does not hold himself out to the public as continuing the business which he has sold. »

« Geralmente se sustenta, nos Estados Unidos, que, á mingua de accordo em contrario, o vendedor pode solicitar pessoalmente os seus antigos freguezes, contanto que não inculque ao publico estar continuando o estabelecimento, que vendeu. »

(*Ibid.*, p. 1091.) (1)

(1) A 3ª nota dessa pagina expõe a numerosa jurisprudencia, que sustenta esta doutrina.

267. — *Sexto tópico.* Acabaremos esta revista dos casos e doutrinas allegados pela Autora quanto á jurisprudencia da Grã Bretanha e dos Estados Unidos, oppondo o que se nos offerece relativamente á citação, que ella faz, do pleito *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt C^e*.

Primeiro que tudo, o de que aqui se trata, é de um aresto unico e só. Ao allegar o caso americano *Von Bremen & Asche v. Mac Monnies & Von Elm*, notou a recorrente: «Tem menos de um anno.» O caso *Nordenfelt* não é tão novo: conta não menos de dezenove annos, e se nos apresenta sósinho, para documentar

«uma doutrina, que se accentua
actualmente na Inglaterra.»

Ora um só caso não constitue jurisprudencia em parte nenhuma, e muito menos em paizes, como esses dois, onde a fecundidade judiciaria desorienta os mais traquejados aresteiros. O professor **DILLON**, num curso que leccionou em Yale sobre a jurisprudencia em Inglaterra e nos Estados Unidos, nos falla na «massa enorme dessa producção», nas suas «proporções colossaes», na sua «desorganização» e des-harmonia. (*The Laws and Jurisprudence of Engl. and America*, p. 252, not.)

«A multiplicidade e incongruencia dos julgados», nos diz elle, «é uma das causas mais ferteis da incerteza, que caracteriza a jurisprudencia na Inglaterra e na America. Cada anno se registam milhares de

decisões. Sobre cada assumpto as podemos encontrar *em numero quasi illimitado*. E' o que ocorre especialmente neste paiz, onde existem *quarenta e quatro côrtes de ultima instancia*. Quando alguns tribunaes estabelecem um principio geral, outros lhe negam ou põem em dúvida o acerto. Gradual, mas inevitavelmente, se lhe vão introduzindo excepções. Quasi todos os assumptos se vêem assoberbados sob uma redundancia ultra-tropical de sentenças, que, em muitos casos, deixam enleados os mais pacientes investigadores. » (*Ibid.*, p. 242-3.)

Quando, portanto, se trata de provar alli uma orientação nova na jurisprudencia, não basta um só julgado, quaesquer que sejam as circumstancias do caso; mórmnte sendo a materia, como esta, de ordem tão excepcionalmente grave.

Nem na Inglaterra, nem nos Estados Unidos, se daria peso tal a uma só decisão. A regra, nos dois paizes, a este respeito, é, pelo contrario, esta: « Quando uma questão, na qual se envolvem importantes direitos, publicos e particulares, foi julgada, no correr de annos, uma vez, sem que se possa dizer em rigor haver sido a sentença recebida com assentimento, não só é direito, mas dever, tambem, dos tribunaes, quando regularmente provocados, reexaminarem os problemas nella envolvidos, sujeitando-os de novo ao cadinho da investigação judicial. » (**B. JONES**: *Stare decisis*, n.^e 10. *Americ. and Engl. Encycl. of Law*, vol. XXVI, p. 167.)

268. — Allegando, pois, esse julgado como documento de uma evolução « actualmente accentuada » no direito britânico, devia a recorrente mostrar, com os vestígios da influencia recente dessa decisão, o seu sulco na jurisprudencia inglesa. Não o fez.

Limitou-se a declarar que esse aresto nos abre as portas de « outra doutrina, compativel com o desenvolvimento da industria e as exigencias da sua garantia. »

Mas nem ao menos advertiu em quanto diversificam e se oppõem as condições da industria entre os paizes velhos, de população compacta, dominada por uma concorrência febril, onde a clientela possível está distribuida quasi toda pelos estabelecimentos existentes, e os paizes novos, deshabitados, como o nosso, onde a industria se reduz a uma aspiração, a sua maior garantia reside na concorrência, o seu estímulo mais essencial consiste na liberdade, e cada estabelecimento novo tem deante de si, num territorio incalculavel e numa população crescente dia a dia, um vasto campo de freguezia indefinida.

269. — Teria sido, porém, sequer, exacta a recorrente na exposição do caso e no uso do argumento, com que o explora?

Não.

Citou a Autora esse litigio, recordando a circumstancia de que o celebre inventor sueco estava nos quarenta e sete annos da sua idade, quando

empenhou á sociedade, onde entrava, os vinte e cinco subsequentes da sua vida, citou este facto a Autora, para argumentar com o voto dos tribunaes ingleses, que « julgaram válida essa clausula, impugnada por Nordenfelt em razão de exceder o seu prazo o termo normal da vida humana ».

A ser veridica esta maneira de expor a lide, a decisão dos magistrados britannicos envolveria uma doutrina odiosa e cruel, admittindo que uma creatura humana, um homem illustre, uma grande capacidade industrial pudesse hypothecar e captivar a sua existencia inteira aos interesses de uma empresa mercantil, ou de uma especulação industrial. Nem seria um exemplo destes que se devesse propor á imitação da nossa magistratura.

270. — Mas ha grave equivoco nesta pintura juridica do caso. Não conhecemos o texto do julgado inglês. Mas temos razão documental e indubitavel, para asseverar que a decisão não foi essa.

A causa, depois de resolvida nas justiças de alem-Mancha, teve de transitar pelas de Paris. Ahi se proferiram sobre ella duas sentenças; uma da côrte de appellação, em 12 de janeiro, de 1898; outra, na côrte de cassação, em 2 de julho de 1900. Ambas se acham estampadas no *Journal* de CLUNET. (*Journ. de Droit International Privé*, tom. 25, 1898, p. 740-744, e tom. 28, 1901, p. 787-9.)

Nos auditorios franceses articulou Nordenfelt a mesma defesa, a que se arrimara nos de Londres,

allegando nullidade contra a sua convenção com a sociedade *Maxim Nordenfelt*, porque a durabilidade normal da vida humana lhe não deixava a expectativa de sobreviver aos vinte e cinco annos do seu ajuste. As duas côrtes francesas, reformando o julgamento do tribunal civil do Sena, pronunciado em 19 de julho de 1896, negaram de todo razão a Nordenfelt, e concederam *exequatur*, em França, ás sentenças proferidas na côrte de appellação de Inglaterra em 19 de dezembro de 1892 e na Camara dos Lords em 31 de julho de 1894.

• Mas porque?

Exactamente por entenderem, como o declararam, os juizes franceses que, dada a idade do cedente e o prazo do contracto, o numero de annos convencionado não sobrelevava a duração esperavel da sua vida e, dest'arte, a interdicção não se podia considerar perpétua.

271.—Vamos ás provas. A côrte de appellação de Paris argumentou, considerando

« que, si les conventions qui interdisent l'exercice d'un commerce ou d'une industrie, sont nulles, comme ayant un objet illicite, c'est à la condition que l'interdiction soit générale et absolue :

« qu'elles sont valables, au contraire, quand la renonciation à l'exercice d'un

certain commerce ou d'une certaine industrie, *quoique perpétuelle, est restreinte à un lieu déterminé, ou que, s'étendant à certains lieux, elle est renfermée dans un certain laps de temps ;*

«cosidérant enfin que l'interdiction stipulée, NE DEVAIT DURER QUE VINGT-CINQ ANS, NE SAURAIT ÊTRE CONSIDÉRÉE, AINSI QUE L'ONT DÉCLARÉ LES PREMIERS JUGES, COMME PERPÉTUELLE, *en raison de l'âge de Nordenfelt; puisque celui-ci, étant agé de quarante-six ans, au moment ou il contractait cette obligation, peut être, à juste titre, présumé devoir vivre dix ou quinze ans au moins après l'expiration du délai d'interdiction.*»

(*Journ. de Dr. Int. Priv.*, 1898, p. 743.)

Na mesma consideração fundou o seu julgado a corte de cassação, dizendo

« qu'à raison de l'âge de Nordenfelt, l'arrêt a pu décider que *l'interdiction*, dont la durée était fixée à vingt-cinq ans, NE POUVAIT ÊTRE CONSIDÉRÉE COMME PERPÉTUELLE. »

(*Journ. de Dr. Int. Priv.*, 1901,
p. 788.)

272. — A verdade está, pois, no extremo opposto ao que a recorrente affirmou.

Os tribunaes acceitaram a clausula do contracto Nordenfelt, *justamente por entenderem que*, limitada a vinte e cinco annos, a interdicção *não era perpetua*.

Os tribunaes, dizemos. Mas não só os de França. *Tambem os de Inglaterra*. E' o que nos attesta, no seu accórdam, a *cour d'appel* de Paris, quando sustenta, como acabamos de ver, que

« durando só vinte e cinco annos, a interdicção não se pode, *como disseram os primeiros juizes* » (isto é, os *juizes ingleses*), « considerar perpétua. »

Melhor lhe fôra, pois, á recorrente não haver trazido á baila o caso Nordenfelt : pois,

nestes, os tribunaes ingleses estiveram de accordo com os francêses em assentir na interdicção, *unicamente por não ser ella perpétua*.

273. — Mas, ainda quando uns e outros houvessem decidido o opposto, em nada embaraçava esse argumento á nossa causa.

Nesta, com effeito, não articulâmos a nullidade, contra a interdicção de se reestabelecer na industria

da jura, a que se diz estar sujeito o Réu, senão porque essa interdicção, tal qual resultaria dos termos da lide,

*não seria só perpetua, mas também,
quanto ao espaço, illimitada.*

Admittimos que seja válida a interdicção, illimitada quanto ao espaço, mas limitada quanto ao tempo.

Concordâmos em que válida seja a interdicção illimitada quanto ao tempo, mas limitada quanto ao espaço.

Sustentâmos, porém, que

*é necessariamente nulla a interdicção
illimitada quanto ao espaço e ao
tempo.*

Tal a doutrina corrente na maioria dos povos cultos, a que acabamos de ver nas duas sentenças francesas e, atravez destas, nas dos dois mais altos tribunaes da Grã Bretanha, em um caso imprudentemente chamado ao debate pela Autora.

Varrido assim o que por esta se allegou, expozhamos a doutrina inglesa e a americana, para do seu concurso com a francesa, a italiana, a belga, a germanica e a suissa se evidenciar a injustiça commettida pelo veneravel accórdam embargado, quando quiz pôr a causa da recorrente á sombra da jurisprudencia « dos povos cultos ».

São dois os assumptos, aqui, por considerar.

Primeiro : a interdicção de concorrência, encarada relativamente á transferencia da clientela.

Segundo: a interdicção da concorrência, considerada quanto aos seus limites.

PRIMEIRA QUESTÃO

CESSÃO DE CLIENTELA E INTERDICÇÃO

274. — *Primeira these nossa. No direito inglês e americano a cessão da clientela não priva o cedente de se reestabelecer com um estabelecimento semelhante.*

Na Grã Bretanha e nos Estados Unidos, transferido um estabelecimento, com elle, de ordinario, se entende transferir-se a *goodwill*, e, nesta, como um dos seus elementos, a clientela. « By the conveyance of a shop the goodwill passes, although not specifically mentioned. » (SMITH : *Op. cit.*, p. 213.) « The sale or transfer of the business ordinarily carries, by reasonable intendment or implication, the good will, although not mentioned *eo nomine*. » (*The Amer. and Engl. Encyclop. of Law*, v. XIV, p. 1.089.)

Dir-se-ia que com a menção desta verdade proporcionamos á recorrente um subsidio consideravel. Absoluto engano: porquanto, se, no direito desses povos, em regra, a transferencia do estabelecimento envolve a da *goodwill* e, assim, a da clientela,

por outro lado, não menos certo é que, alli, *a transferencia da goodwill não sujeita o vendedor á interdicção de se reestabelecer.*

Proval-o-emos quanto á Inglaterra. Depois, quanto aos Estados Unidos.

275. — Quanto á Inglaterra. Algumas autoridades irrecusaveis liquidarão o ponto.

Seja primeira a de STEVENS, distinguido com a sua citação, no accórdam, por um dos honrados prolores desse julgado. «Só o adquirente da clientela », diz elle, « se poderá dar como o continuador ou successor no estabelecimento commercial vendido. *Mas* », continua,

« o cedente pode, comtudo, estabelecer-se com *uma empresa análoga, em concorrência com o adquirente*, não sendo sob nome equivalente á declaração de que explora ainda o antigo estabelecimento. »

(*E'léments de Droit Commerc.*
Angl. Trad. ESCARTI. 1909. P. 346.)

Agora, uma autoridade ainda maior: a de JENKS, GELDART, HOLDSWORTH, LEE e MILES, as cinco summidades a quem se deve o trabalho, ora

em andamento, de consolidação do direito civil inglês, trabalho admirável, vivamente apreciado e gabado entre os allemães. (1) Ahi, no livro *Dos Contractos*, se articula, sob o nº 651 :

« The sale of the good will of a partnership business, either to one or more of the partners, does not (in the absence of special agreement) prevent the vendor carrying on a similar business in competition with the purchaser or purchasers.

« A venda da clientela (*goodwill*) de um negocio explorado em sociedade a um ou mais dos associados *não obsta* (na ausencia *de estipulação especial*) a que o vendedor vá explorar um estabelecimento semelhante, em concorrência com o comprador ou os compradores.

« But the vendor may not (in the absence of special agreement) solicit the customers of the old business, though he may do business with them, if they resort to him without solicitation.»

« O vendedor, porém, não pode (na ausencia de convenção especial) solicitar os freguezes do antigo estabelecimento, se bem que com elles possa negociar, quando, sem sua solicitação, o procurarem.»

(1) G. SCHIRRMESTER : *Das Bürgerliche Recht Englands*. Berlin, 1906.

(*A Digest of English Civil Law*. Lond. 1905-1912. Book II, part. II, p. 289.)

A mesma doutrina nos expõe a obra classica de SNELL, já em decima terceira edição no nosso exemplar :

« *And it being now well settled*, as regards *good will* generally, that (in the absence of some express provision to the contrary) the vendor of it, although he may set up a rival business, yet may not solicit or canvass the customers of the old business, that rule applies also where, under a special provision in that behalf, contained in the partnership articles, the *goodwill* belongs (on the expiration of the partnership) to either of the partners exclusively. »

(*The principles of Equity*, p. 524.)

« *Estando hoje bem assentado*, quanto á clientela em geral, que (na ausencia de clausula expressa em contrario) *o seu vendedor pode crear um estabelecimento rival*, mas não seduzir ou aliciar os clientes do antigo estabelecimento, esta regra se applica, outrosim, quando em virtude de uma disposição especial nos artigos do pacto social, a clientela pertence (expirando a sociedade) unicamente a um dos associados. »

Na grande *Encyclopedia* já citada igualmente se diz :

« Under the english rule, one who has voluntarily sold the goodwill of his business, can set up a competing business. »	« Segundo a regra inglesa, o que voluntariamente vendeu a clientela do seu estabelecimento, pode fundar um estabelecimento concorrente. »
(<i>The Am. and Engl. Encycl. of Law. Supplement</i> , vol. III, p. 339.)	

A mesmissima coisa ainda se professa na obra de LEHR sobre o direito civil inglês:

« La vente du *goodwill* n'empêche pas le vendeur de recommencer le commerce des mêmes articles pour son propre compte, même dans le voisinage de l'ancien local; mais il n'a pas le droit d'engager les clients de l'ancienne maison à la désertar, pour se fournir chez lui. »

(*E'lem. de Dr. civ. angl.*, tom. II. p. 76. nº 654.)

Eis a norma inglesa. Divergirá della a regra americana? Na essencia não diverge.

276. — Arestos invocados como autoridade por outros arestos alli estabelecem que, quando não for

necessariamente envolvida no estabelecimento, e della não houver menção no contracto, a clientela não se transfere :

« If the business is of such a nature that the good will is not necessarily involved with the establishment itself, *and there is no mention of goodwill in the contract* for sale or other transfer of the business, the goodwill *does not pass.*»

Mac Martin v. Stevens. Lothrop Publishing Co. v. Lothrop. Lee and Shepard Co. L. R. A. (N. S.): 5. 1079. (1)

Em vulgar:

« Se o negocio é de tal natureza que a clientela não se ache necessariamente consubstanciada com o estabelecimento, *e não ha menção da clientela no contracto*, pelo qual elle se vende ou transfere de outro modo, *a clientela não passa* ao adquirente. »

Mas, ainda quando passe, o que da transferencia decorre contra o vendedor, é, unicamente,

(1) E' a maneira usada para citar, em abreviatura, a grande collecção da jurisprudencia dos Estados, *The Lawyers' Reports Annotated*. A citação aqui feita no texto se traduz assim : *Lawyers' Reports Annotated* (Nova Serie), vol. 5º, pg. 1079.



não poder solicitar os clientes do antigo estabelecimento a se bandearem para o novo.

Já o comprovâmos, um pouco atraz (nº 262.), com a citação de **WAILLES** no seu estudo sobre a *Goodwill*, na *Americ. and Engl. Encycl. of Law*, vol. XIV, p. 1090.

Comproval-o-emos aqui, de novo, com o depoimento de **LAWSON** no seu grande tratado pratico do direito americano :

« Unless there is an express agreement to the contrary, the vendor (1) remains free to compete with the purchaser in the same line of business, and he may publish to the world, by advertisements or otherwise, the fact that he carries on such business.

« *Não havendo convenção expressa em contrario, o vendedor (2) conserva o direito de competir com o comprador no mesmo ramo de commercio, e pode fazer publico ao mundo, por annuncios ou de outro modo, o facto de que se entrega a esse negocio.*

« But he may not specially solicit the customers of the old firm to transfer their custom to him, and he must not use

« Mas não lhe é licito solicitar especialmente os clientes da antiga firma a mudarem para elle a freguezia, nem usar o nome

(1) *Of the good will.*

(2) Da clientela.

the name of the old firm dessa firma, apparentan-
so as to represent that he do, não explorar um esta-
is continuing, not merely belecimento novo, mas
a similar business, but the continuar o mesmo. »
same business. »

(J. D. LAWSON: *Ri-
ghts, Remedies and Pra-
ctice*, vol. II. § 687,
p. 1272.)

277. — Se estes documentos da jurisprudencia e do ensino juridicò nas duas grandes nações inglesas não mentem, o direito, na Grã Bretanha e nos Estados Unidos, adopta uma norma ainda mais restrictiva do que a dominante, por via de regra, no continente europeu em beneficio do cedente nas alienações de casas commerciaes.

Com effeito, ao passo que, geralmente, na Europa continental, considerada nos paizes que estudâmos, a transferencia da clientela envolve, para o cedente, a renuncia ao direito de reexplorar o mesmo commercio noutro estabelecimento,

na Inglaterra e na União Norte Americana a venda, ainda explicita, da clientela não inibe o vendedor, salvo convenção formal em contrario, de abrir nova casa, e fazer concorrência á antiga, desde que se abstenha de simular que

a continúa, e de lhe captar a frequência.

SEGUNDA QUESTÃO

AS INTERDICÇÕES ABSOLUTAS

278. — Interdicção *absoluta* chamamos á que não tem limites de tempo ou espaço; a saber: á que tira ao cedente da clientela, *por illimitado tempo e em toda a parte*, o direito de recommençar o commercio, ou a industria, que deixou, vendendo o seu estabelecimento.

A interdicção, que limita o tempo, e não o espaço, á sua acção restrictiva, pode ser regular.

A que lhe limita o espaço, e não o tempo, também pode ser justificavel.

Mas a que não tem raia nem quanto á duração, nem quanto ao territorio, a interdicção *perpétua e universal*, envolve tal abdicação da liberdade e personalidade humana, que o direito não a pode sancionar.

Desta é que nos occupamos; visto como esta é a que a recorrente impõe aos recorridos, attribuindo a estes a interdicção de se reestabelecerem, por um termo indefinido, e numa superficie territorial igualmente illimitada.

Acaso o direito britânico, ou o direito americano tolerariam, quando mesmo ella realmente existisse por claro e innegavel ajuste entre as partes, uma convenção desta natureza?

279. — Da jurisprudencia inglesa encontramos a substancia neste parágrafo do autorizado livro de **SNELL**, reeditado por **BROWN** :

« Contracts *in general restraint of trade* are also *void*, as tending to promote monopolies, and to discourage enterprise, and just competition: but a *limited* restraint is good, — *e. g.*, not to carry on trade at a particular place or for a reasonable time; and a person may lawfully sell a secret in his trade or business, and restrain himself from using that secret.

« Os contractos de interdicção *geral* de um commercio são nulos, como tendentes a promover monopolios, desacorçoar o espirito de empreendimento, e obstar á justa concorrência.

« Mas é válida a interdicção, *sendo limitada*, como a de não exercer alguém certo commercio em *determinado lugar ou por tempo razoavel*. Assim, um individuo poderá, legitimamente, vender um segredo seu, do seu negocio, estipulando que se absterá de explorar tal segredo.

« The court will also (where it can) sever what is reasonable from what is unreasonable in the restraint, — specially where

« O tribunal (sendo exequível) discriminará, também, o razoavel do não razoavel, na interdicção ajustada, particular-

the restraint occurs in a contract of service; and a contract in restraint of trade nowadays be

valid, although unlimited in point of *space*, OR even, although unlimited in point of time, assuming always that it is *reasonable* under all the circumstances.»

(*The principles of Equity*, p. 483-484.)

mente quando esta ocorrer num contracto de serviços.

« Um contracto de interdicção de commercio, hoje em dia, é válido, se bem que illimitado quanto ao espaço, OU, até, quando illimitado quanto ao tempo, *suppondo-se sempre que seja razoavel nas circumstancias de um e outro caso.* »

280. — Segundo esta fórmula a ausencia de limites não annulla a interdicção, quando essa ausencia disser respeito sómente ao espaço, *ou* só ao tempo.

Não ha negar, porém, que, ultimamente, em Inglaterra, o criterio dominante nesta apreciação não está nem no tempo, nem no espaço, mas na *reasonableness*, na *razoabilidade*, ou *não-razoabilidade*, que a interdicção convencionada apresentar. « A pedra de toque, a que primeiro ha-de recorrer o tribunal, é a da *razoabilidade* (*reasonableness*), e, para solver a questão da responsabilidade, é que *terá de apreciar a extensão territorial* abrangida na interdicção. » (*Americ. and Engl. Encyclop. of Law*, v. XXIV, p. 845, not. 6, *in fine*, e p. 850, n.º 4, *in fine.*)

Qual, porém, a norma discriminativa da *razoabilidade* ou *irracionalidade*, nesses actos? Como distinguir se uma interdicção, mais ou menos ampla quanto ao territorio, mais ou menos dilatada quanto ao tempo, é *razoavel*, ou não?

Os tribunaes (diz WHARTON BEALL na sua monographia sobre a *Restraint of Trade*) têm adoptado todos a regra estabelecida, no caso Horner v. Graves, pelo juiz TINDAL. Essa regra consiste em se verificar se a interdicção não vae alem do necessario para assegurar protecção razoavel aos interesses da parte, a favor de quem se estipulou, sem contrariar os do publico em geral: « *Whether the restraint is such only to afford a fair protection to the interests of the party in favor of whom it is given, and not so large as to interfere with the interests of the public.* » (Amer. and Engl. Encycl. of Law, eodem loco.)

Se a interdicção exceder os limites da protecção devida ao cessionario, não pode trazer legitima vantagem a elle nem ao publico: será, então, meramente oppressiva, e, sendo oppressiva, aos olhos da lei não é *razoavel*. « *Whatever restraint is larger than the necessary protection of the party can be of no benefit to either; it can only be oppressive; and, if oppressive, it is in the eye of the law, unreasonable.* » (*Ib.*, p. 850-51.) (1)

(1) Na *Lawyers' Reports Annotated*, 1, 456-7, nota, se encontra uma enumeração discriminativa de *casos razoaveis quanto ao espaço* e *casos razoaveis quanto ao tempo*.

281. — Como se vê, em ultima analyse, a questão da *razoabilidade* se resolve, afinal, justamente na *do tempo e espaço, que limitam a interdicção*.

E' o que muito bem nos deixa ver **POMEROY**, expondo o assumpto:

« Contracts in *general* restraint of trade, whatever be their form or the nature and immediate object of their stipulations, *are void at law as well as in equity*.

« Os contractos onde se estipula uma *interdicção geral* em materia de commercio, qualquer que seja a sua forma, bem como a natureza e o objecto immediato de suas estipulações, *são nullos em direito e equidade*.

« The term *general* is not synonymous with *universal*. The criterion is the *unreasonableness* of the restraint; and this is always a matter of law to be determined by the court.

« O termo *geral* não é synonymo de *universal*. O criterio está na *injustificabilidade* ou *semrazão* da interdicção estipulada; materia de direito, que ao tribunal compete decidir.

« This unreasonable-ness may be, and often is, in respect to the amount of territory over which

« Esta *semrazão* ou *injustificabilidade* pode resultar da *porção de territorio, a que se estenda*

the restraint extends, or *a restrição*, ou pode result it may be in respect alone sultar sómente ora do to the number of per- numero de pessoas com sons with whom the tra- quem se priva o cedente ding is debarred, or in de commerciar, ora do respect to the duration prazo da interdicção. » of the restraint. »

(J. N. POMEROY: *A Treaty on Equity Jurisprudence*, vol. II, § 934, p. 1.333.)

Assim o *tempo* e o *espaço*, na doutrina dessa corrente da jurisprudencia inglesa, não decaíram da importancia, que tinham nesta apreciação: fundiram-se num criterio geral, de que são os dois principaes elementos. Toda a novidade que dahi proveio, consiste em se entregar uma larga somma de arbitrio ao magistrado.

282. — No systema a que chamariamos *continental*, por ser o predominante entre as nações do continente europeu, se estabeleceu um criterio definido e seguro para a declaração da validade ou nulidade nessas convenções, annullando-se absolutamente as que encerrarem uma interdicção de liberdade commercial ou industrial, illimitada quanto ao territorio e quanto á durabilidade. O magistrado não pode acceitar como subsistente a prohibição, posta ao cedente, de reexercer, no commercio ou na industria,

certo genero de actividade, senão quando essa prohibição tiver limites de logar ou tempo.

Dessa barreira tende, talvez, a se emancipar a justiça inglesa. Ella não excluirá nem as condições de tempo, nem as de espaço. Mas as pesará na sua consciencia livremente, mantendo a clausula estipulada, quando lhe achar *razão*, annullando-a, quando se lhe antolhar *sem razão*, conforme lhe pareça, a respeito de cada negocio, ter havido, ou não, egualdade, justiça, *razoabilidade*, em summa, na privação ajustada.

Para a Grã Bretanha, para as nações saxonias, poderá ser uma innovação excellente. Alli reina o senso juridico, a justiça está no temperamento da raça, os codigos, na sua maior parte, são obra das sentenças, a *juge-made-law* dos tribunaes corre parallela, até certa altura, com os actos do parlamento, a magistratura tem no desenvolvimento do direito privado, na evolução das instituições civis, na expansão ou reducção das garantias da liberdade, uma immensa funcção quasi legislativa.

Entre nós, porém, confiar aos tribunaes o arbitrio de validarem ou annullarem contractos, em que forem interessadas liberdades como a do commercio e a da industria, deixando-os á sua apreciação discricionaria, sob um criterio absolutamente opinativo, como o de serem, ou não, *razoaveis* esses contractos, seria uma transplantação desastrosa.

Poder-nos-emos abalançar a ella, quando tivermos a educação inglesa, a disciplina inglesa e a magis-

tratura inglesa. Dahi, porém, estamos infinitamente longe.

283. — Mas, se essa magistratura houvesse de julgar esta causa, para o Brasil, com o seu vasto territorio, a sua população em acelerado crescimento, o estado embryonario da sua evolução gigantesca, os juizes britanicos não sancionariam como *razoavel* uma interdicção da liberdade commercial, que redundasse em entregar a uma companhia o monopólio actual de uma industria, da qual é tributaria forçada a maior fonte da riqueza publica e da producção nacional.

Ou este seria o caso da nullidade evidente da interdicção por *unreasonableness*, por *irracionabilidade*, ou não haveria então nenhum mais, a que se pudesse applicar a exclusão prevista na fórmula inglesa.

Se este não houvesse de ser um dos casos, que com ella mais rigorosamente se ajustam, impossivel seria encontrar outro, no qual a *semrazão* resultasse mais clara do concurso da ausencia de limite quanto ao tempo com a ausencia de limite quanto ao espaço.

Não se trata da protecção *razoavel* aos interesses do adquirente; porque os autos ahi estão mostrando que a concorrência dos vendedores não obstou á prosperidade rápida e crescente do estabelecimento vendido. As justiçaes inglesas, pois, applicando-lhe a

sua regra, teriam de fulminar esta interdicção como *unreasonable* e, em tal character, como nulla.

284. — Vamos agora aos Estados Unidos. Eis como alli se exprime **LAWSON**:

« A contract *unlimited as to space, though limited in time, is held void*. It is *unreasonable*, being more than the party requires for his protection . . .

« Um contracto *illimitado quanto ao espaço, bem que limitado quanto ao tempo*, considera-se *nullo*. Esse contracto *não é razoavel*, pois excede o necessario á protecção da parte.

But it is no objection to a contract in restraint of trade, reasonably limited in point of space, that it is unlimited in point of time, and may therefore continue during the whole life of the party restrained. These agreements have, therefore, been held valid. »

(*Rights, Remed. and Practice*, vol. V. § 2404 e 2405, pgs. 409 e 4012.)

« Não constitue, porém, objecção a um contracto de restricção da liberdade commercial, *razoavelmente limitado quanto ao espaço*, o ser illimitado quanto ao tempo, estendendo-se a toda a existencia da pessoa, que soffre a interdicção. Essas convenções, pois, tem sido julgadas válidas. »

Mais uma confirmação da these, em que firmamos, neste assumpto, a nossa conclusão: pode-se discutir sobre a subsistencia ou insubsistencia da interdicção, quando ella for illimitada quanto ao tempo *ou* quanto ao logar; mas a sua nullidade é inquestionavel, se a estipulação for illimitada quanto ao logar *e* quanto ao tempo.

Neste caso, diz o jurista americano, o pacto é *unreasonable*. Eis o alcance desta classificação, que, pouco ha, encontravamos nos expositores ingleses. A leitura dos americanos lhe dissipa de todo a obscuridade. Em ultima analyse, não se trata senão de reunir numa só palavra a dupla ausencia de limites quanto á duração e ao territorio nas obrigações desta natureza. E' *unreasonable* a interdicção, porque irrestricta quanto ao tempo e ao espaço.

285. — Eis ahi porque **TIEDEMAN**, tão abalizado civilista e commercialista quanto constitucionalista americano, diz que em todos os paizes de idioma britanico se acha estabelecido, como direito corrente e indubitavel, que todo o contracto restrictivo da liberdade commercial, illimitado quanto ao tempo *e* ao logar, é írrito, e não encontrará justiça, que o mantenham.

« It is undoubtedly the accepted law everywhere, in the English-speaking world, that any contract in restraint of trade, which is unlimited in

in its restrictions *as to time, place, persons and circumstances, is void, and the courts will refuse to enforce it*, or to recognize any cause of action which is based thereon. »

(*A Treatise on State and Federal Control of Persons and Property in the United States*, vol. I, p. 358-9.)

Note-se bem: « *everywhere in the english-speaking world* », em todos os pontos do mundo onde reina o idioma inglês, o direito annulla « indubitavelmente » as restricções perpetuas e illimitadas á liberdade commercial.

Querem mais claro ? Mais um momento de attenção :

« Where the restriction as to space is *unreasonable* in extent, the contract in restriction of trade would be held to be *unreasonable* and void. »

(*Ib.*, p. 360.)

« Se a restricção concernente ao espaço não for *razoavel* quanto á extensão deste, o contracto restrictivo da liberdade commercial *não* se considerará *razoavel*, e será *nullo*. »

Basta, pois, que não seja *razoavel*, isto é, basta que seja *excessiva* a extensão do territorio abarcada na interdicção de commerciar, para que o contracto

incorra na taxa de *não razoavel*, e, como tal, se haja por vão, caduco, inexistente.

Exemplificando, accrescenta o autor :

« Geralmente, a estipulação de não exercer certo e determinado commercio *em qualquer parte de um Estado* seria julgada *não razoavel*. *Generally a contract not to carry on a particular business in any part of the State would be held to be unreasonable.* » (*Ibid.*)

Assim um compromisso como o que a recorrente pretende contraído pelo conde Alvares Penteado com a Companhia Nacional *bastaria estender-se a todo o Estado de S. Paulo*, para se haver, nos Estados Unidos, por *desarrazoado* ou *irracional*, e, como tal, *nullo*.

Esta proposição assenta numa série de arestos enumerados e alguns extractados na obra de **TIEDEMAN** :

Taylor v. Blanchard, 13 Allen, 370;

Dean v. Emerson, 102, Mass., 480;

Nobles v. Bates, 7 Cow, 307;

More v. Bonnet, 40 Cal. 261;

Althen v. Vreeland (N. J.), Eq.;

Consumers' Oil Co. v. Nunnemaker, 142, Ind.

560.

286. — A essas poderíamos acrescentar innumeras outras autoridades.

Indicaremos, por exemplo, as que se invocam, na *Lawyers' Reports Annotated*, vol. IV, pgs. 154, ao caso *Carroll v. Giles*:

« Todo o accordo, em que se estipule uma interdicção geral de negociar, é *illegal e nullo (illegal and void)*; mas o que estabelecer uma restricção de commercio limitada (*partial*), é valido, uma vez que não seja *irracional (unreasonable)*. »

Oregon Steam Nav. Co. v. Winsor. (22 L. Ed. 315.)

Morris Run Coal Co. v. Barclay Coal Co.

« A interdicção de negociar ajustada, *para ser válida*, alem de se apoiar numa compensação equitativa, deve ser *razoavel e limitada*. »

Holmes v. Martins, 10 Georgia, 503.

Dunlop v. Gregory, 10 N. Y., 241.

Lange v. Werk, 2 Ohio St., 520.

Thomas v. Miles, 3 Ohio St., 275.

Chappel v. Brockway, 21 Wend. 157,

Holbrook v. Waters, 9 How. Pr. 335.

Wright v. Ryder, 36 Californ., 357.

Brewer v. Marshall, 19 N. Jers. Eq. 537.

Mitchel v. Reynolds, 1 P. Wens. 181.

Hitchcock v. Coker, 6 Ad. & El. 438.

287. — Outrosim, numa nota ao caso *Oregon Steam Navigation Co. v. Winsor*, julgado na Su-

prema Côrte Federal, 22 Law. Ed., p. 315-316, se declara :

« Para serem válidos os contractos, onde se ajuste a interdicção de commerciar, cumpre que ella seja *razoavel e limitada* (*the restraint must be reasonable aud limited.*)

« O contracto em que alguém se comprometta a não exercer certo negocio (*a certain business*) em todo um Estado ou paiz (*in a State or country*), é *em demasia illimitado* (*is too unlimited*) e *nullo* (*void*). »

« Um ajuste de interdicção de commercio é nullo, se inhihe o estipulante de negociar *na fundição de ferro em toda a parte e por todo o tempo* (*if it excludes the obligor from engaging in the trade of iron founder everywhere and for all time*). »

Esta ultima decisão firma-se nestes arestos americanos :

Alger v. Thatcher, 19 Pick 51 ;
S. C., 31 Am. Dec., 119 ;
Perkins v. Clay, 54 N. H., 519 ;
Whitney v. Slayton, 40 Ma., 230 ;
Long v. Towl. 42 Mo., 549.

Ora estes arestos se ajustam como verdadeira mão de luva á especie vertente; pois

naquelles se invalida a interdicção de negociar na *fundição de ferro para sempre e em toda a parte*, e no caso Alvares Penteado se pretende estabelecer uma interdicção de negociar, *em qualquer parte e para sempre, na tecelagem da juta*.

288. — Até aqui, porém, estudando a jurisprudencia americana, nos temos limitado a mencionar arestos de tribunaes estaduaes.

Mas entre as decisões da Suprema Côrte Federal tambem se nos deparam julgados no mesmo sentido.

Bastaria compulsar-se o *Digesto* dessas decisões, recém-publicado em seis volumes, para o verificar. Lá se acha consignado, peremptoriamente, que

« o accordo, mediante o qual se estipula a *interdicção geral* de exercer um commercio, é *illegal* e *nullo*. *An agreement in general restraint of trade is illegal and void.* »

(*Digest of the Un. Stat. Supreme Court Reports.*, vol. II, p. 1892, nº 445.)

Entre outros arestos ahi se averbam em apoio desta sentença estes dois:

Oregon Steam Nav. Co. v. Winsor (20 Wall. 64 L. ed. 22. 315.)

Central Transp. Co. v. Pullmann's Palace Car Co. 139. U. S. 54. 35 L. Ed. 66. 11.

289. — No primeiro desses casos o juiz **BRA-
DLEY**, pronunciando a opinião do tribunal, disse :

« There are two principal grounds on which the doctrine is founded, that a contract in restraint of trade is void as against public policy. One is the injury to the public by being deprived of the restricted party's industry; the other is the injury to the party himself by being precluded from pursuing his occupation, and thus being prevented from supporting himself and his family.

« Dois fundamentos principaes ha, onde assenta a doutrina de que um contracto de interdicção de commerciar é nullo por offensivo ao bem publico. Um delles consiste no damno ao publico, que essa interdicção priva da actividade do contractante, assim interdicta; o outro, no prejuizo ao contractante mesmo, inhibido, assim, de se entregar ao seu trabalho e prover ás suas necessidades, bem como ás de sua familia.

« *It is evident that both these evils occur, when the contract is general,*

« *Evidente é que ambos esses males se verificam, quando o contrac-*

not to pursue one's trade to, geral nos seus termos,
at all, or not to pursue obriga o estipulante a
it in the entire realm or não exercer de modo al-
country. » gum o seu commercio, ou
(Oregon Steam Nav. a não o exercer em todo o
Co. v. Winsor. 20 Wall. paiz. »
64. 22 L. Ed. 318.)

290. — No caso Central Transportation Co. v. Pullmann's Palace Car Co. se condemnam, igualmente, os contractos « *in unreasonable restraint of trade* », citando como *claramente irracional e nullo (clearly unreasonable and void)* o contracto, mediante o qual uma companhia de transportes renunciou a exercer a sua industria por noventa e nove annos. (139 U. S. 24 61. 35 L. Ed. 66.)

291. — No caso Gibbs v. Consolidated Gas Co. of Baltimore, o presidente da Suprema Côrte, o *Chief-Justice FULLER*, enunciando a decisão do tribunal, declarou que estas interdicções, para se haverem como legítimas, e obterem a sancção da justiça, devem ser taes, que só imponham ao cedente o sacrificio necessario á protecção da outra parte : « *when the restraint upon one party is not greater than protection to the other party requires.* » (130 U. S. 409, 32 L. E. 984, 982.)

292. — Mas, adoptando este criterio, ao contractante, em favor de quem se convencionou a in-

terdicção, é que incumbiria demonstrar as condições extraordinarias do objecto do seu contracto, que exigissem, como elementos essenciaes á garantia da compra, a total ausencia de limites quanto ao espaço e ao tempo na privação da liberdade commercial imposta ao vendedor. Porque taes condições, indubitavelmente, são excepçionaes; e áquelle, em beneficio de quem se argúe a excepção, é que toca o onus de a provar.

Ora a recorrente o não o fez. Os autos, porém, fizeram a prova do contrario, evidenciando, com a prosperidade crescente da Autora, não obstante a concorrência do novo estabelecimento, que a garantia devida ao cessionario não exigia, neste caso, ao cedente, a renúncia da sua liberdade commercial.

293. — Na jurisprudencia americana, já se tem visto, entre a exigencia de limites quanto ao tempo e a exigencia de limites quanto ao espaço mais facilmente se abre mão da primeira do que da segunda. Quando uma restricção da liberdade commercial, ajustada nesses contractos, se acha razoavelmente limitada a respeito do territorio, sobre que se tem de exercer, a ausencia de limites quanto á sua duração nem sempre invalida o pacto. « An agreement not to engage in *a certain business in a stated place or within a reasonably limited territory* is not rendered invalid by the failure to specify any limit or time for its duration. » (*The Amer. and Engl. Encycl. of Law.*, vol. XXIV, p. 847, *in fine.*)

Mas o certo é que, ainda assim,

« os tribunaes têm objectado muito seriamente aos contractos, que estabelecem interdicções indefinidas quanto ao tempo ou por lapso de tempo desarrazoadamente longos.

« It is nevertheless true that the courts have very seriously objected to contracts imposing a restraint indefinite in time or for an unreasonably long period of time. »

(Ib. p. 848, pr.)

294. — Não é, porém, só a jurisprudencia dos tribunaes, estaduaes e federaes, a que, nos Estados Unidos, se oppõe ás interdicções da liberdade commercial illimitadas quanto ao tempo e ao espaço.

As leis tambem o têm feito.

Não menos de quatro codigos americanos conhecemos, nos quaes se condemnam absolutamente as renunciias convencionaes ao direito de commerciar, quando perpetuas e territorialmente illimitadas.

295. — O codigo civil da California, nos §§ 1673, 1674 e 1675, dispõe:

« § 1673 Contract in restraint of trade, void. Any contract by which *« § 1673. Nullidade dos contractos de interdicção de commercio. — Todo o*

any one is restrained from exercising a lawful profession, trade or business of any kind otherwise than is provided by the next two sections, is to that extent *void*.

« § 1674. *Exception in favor of sale of goodwill.* One who sells the goodwill of a business, may agree with the buyer to refrain from exercising a similar business *within a specified county, city or part thereof*, so long as the buyer, or any person deriving title to the goodwill from him, carries on a like business therein.

« § 1675. *Exception in favor of partnership arrangements.*

« Partners may, upon or in anticipation of a dissolution of the partnership,

contracto, onde se vede a alguém exercer uma profissão, industria ou commercio licito, de qualquer natureza, é nullo, salvo nos casos a que provem os dois artigos seguintes.

« § 1674. *Excepção quanto ás vendas de clientela.* Aquelle que vender a clientela de um negocio, pode convencionar com o comprador abster-se de exercer negocio semelhante *dentro em certo condado, cidade, ou parte della*, emquanto o adquirente ou seus successores no direito á clientela, alli exercerem o mesmo commercio.

« § 1675. *Excepção relativa a convenções entre socios.*

« E' licito aos socios entre si ajustarem que, dissolvendo-se a sociedade,

agree that none of them will carry on a similar business within the same city or town where the partnership business has been transacted, *or within a specified part thereof.* nenhum se poderá entregar a um commercio semelhante, quer na cidade, quer no municipio onde se exerciam as operações sociaes, ou *em certa parte de uma ou de outro.*»

(KERR: *The Codes of California*, annot. S. Francisco, 1908, pg. 1431 e 1440.)

296. — No código civil do Estado de Montana, os §§ 1357, 1358 e 1359 reproduzem *verbo ad verbum* as mesmas disposições do californiano nos tres artigos transcriptos.

(DAY: *The Revised Codes of Montana*. Helena. 1908. Pg. 1452.)

297. — O código civil do Dakota Septentrional contém *ipsis literis*, nos §§ 5373 e 5374, os mesmos textos. (*The Revised Codes of the State of North Dakota. By authority of the Legislative Assembly.* Vol. I. Bismark. 1905. Pgs. 889. 890.)

298. — O Dakota Meridional, enfim, (South Dakota) adopta a mesma norma no seu *Civil Code*, cujo § 1278 prescreve.

« One who sells the good will of a business, may agree with the buyer to refrain from carrying on a similar business *within a specified county, city or a part thereof*, so long as the buyer or any person deriving title to the good will from him, carries on a similar business therein. »

(SWARTZ: *The Compiled Laws of the State of South Dakota*. Pierre, 1908, Pg. 210.)

« Aquele que vende uma clientela (*good will*), pode convencionar com o comprador que se absterá de exercer commercio semelhante *dentro num determinado condado, cidade ou parte de cidade*, enquanto o adquirente, ou seus successores no direito á clientela, alli se entregarem ao mesmo negocio. »

299. — Na applicação destas disposições, a jurisprudencia tem estabelecido que, se a interdicção do direito de commerciar estipula mais de uma cidade ou condado, válido é o contracto sómente quanto á cidade ou ao condado, onde existir o estabelecimento ou negocio vendido, e nullo *quanto ao territorio, que sobrar*.

« Covenant in restraint of trade divisible as regards space, *and void only to the extent of which it departs from provisions of Code*.

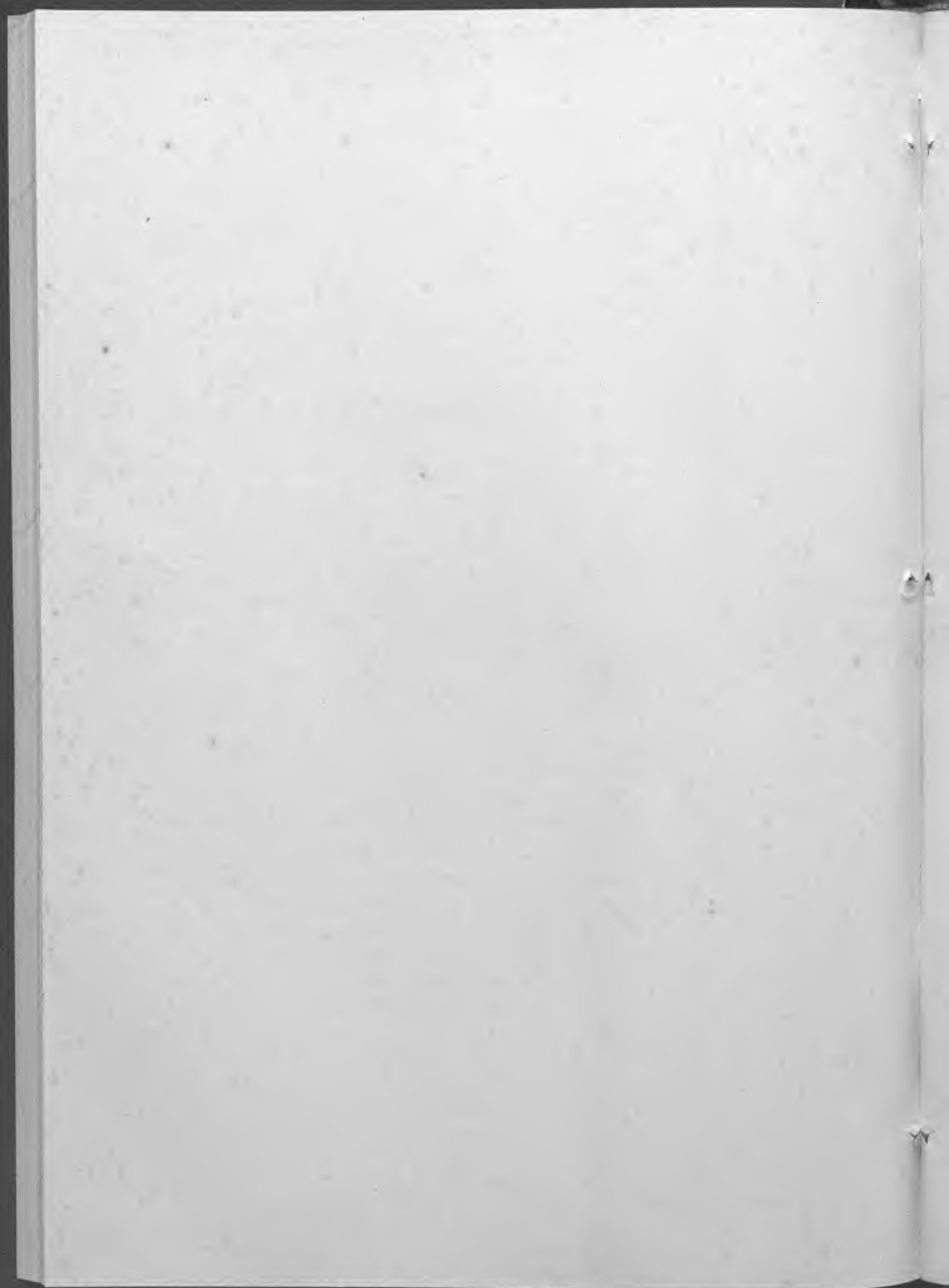
« Covenant not to carry on business *extending only over three counties held valid as to county in which business is situated.*

« Franz v. Bieler. Brown v. Kling, United States T. Co. v. Mercantile T. Co. Baines v. Geary. »

(JAM. M. KERR: *The Codes of Calif.*, v. II, p. 1434, n^{os} 30, 34.)

O exemplo mencionado é inequívoco. O cedente da clientela se obrigara a não montar estabelecimento semelhante *em tres condados*. Os tribunaes de California houveram o accordo por válido em relação ao condado onde era situada a casa, cuja *good will* se vendera, *e nullo quanto ao territorio excedente*.

300. — Nos Estados Unidos, portanto, a regra geral condemna em absoluto os contractos illimitados quanto ao logar e ao tempo. Poderá ser illimitada ou indefinida quanto *ao tempo* a renuncia á liberdade commercial ou industrial. Mas, se não for precisa e limitada *quanto ao logar*, incorrerá, inevitavelmente, em nullidade, pelo menos em relação ao territorio excedente do taxado na lei, ou do que exigir a protecção razoavel do legitimo interesse do vendedor no goso da coisa vendida. (L. R. A., 1890, p. 469, not.)



CONCLUSÃO

301. — Temos, assim, concluído esta parte do nosso trabalho, e, com ella, a demonstração que empreendemos.

Dos povos cultos da Europa continental, não fallando na Suissa e Allemanha, em que apenas tocâmos sem documentação cabal, procedêmos a um estudo completo, quer no que respeita ás condições da transferencia da clientela e suas consequencias, quer no tocante á nullidade juridica dos contractos de cessão de clientela, *ainda mesmo expressos*, quando sem limites de tempo e espaço.

Ao mesmo estudo, não menos documentado, nos entregâmos no concernente á jurisprudencia e á legislação da Grã Bretanha e dos Estados Unidos, com resultado egualmente esmagador para a causa da recorrente.

Isto posto, cremos ter agora motivos, para esperar do Supremo Tribunal Federal, em sua honrada consciencia e em seu alto saber, outro juizo relativamente «ao direito dos povos cultos» na materia desta lide e, a respeito della, outra decisão.

Deante das provas que acabamos de accumular, os venerandos magistrados, por certo, reconhecerão que as leis e os arestos *dos povos cultos*, dos princi-

paes, ao menos, dentre elles, nos dois continentes, fulminam a pretensão da Autora.

302. — O nosso raciocinio, de deducção em deducção e de comprovação em comprovação, veio estreitando o campo em torno da recorrente, até sitial-a no seu ultimo reducto, e ahi lhe mostrar a inefficiencia dos seus meios. Successivamente lhe fomos concedendo tudo, e refutando-a, depois, passo a passo, em cada uma das situações, que lhe concediamos.

Por derradeiro lhe fizemos bom barato de quanto havíamos levado á evidencia no curso da nossa longa demonstração, admittindo que os organizadores da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* lhe houvessem, com effeito, cedido a clientela; e então mostrâmos até á canceira, com o peso quasi universal da jurisprudencia, a nullidade substancial desse contracto, attento o seu character innegavel de *perpetuo no tempo e illimitado no espaço*.

303. — Seria admissivel que os veneraveis julgadores ainda agora hesitassem? Dado mesmo, porém, que fosse possivel continuarem a duvidar, a dúvida, neste assumpto, lhes imporia a declaração da nullidade. (1)

Concordes são ingleses e americanos em sentir que os contractos restrictivos da liberdade commer-

(1) Ver o que atraz se demonstrou, nestas razões, nº 125.

cial são suspeitos ou *maus aos olhos da lei*. Assim se exprimia o juiz **TINDAL**, proferindo a decisão da cõrte, no caso *Homer v. Graves*. « *It is to be remembered that contracts in restraint of trade are in themselves, if nothing more appears to show them reasonable, bad in the eye of the law.* » (**LAWSON** : *Op. cit.*, v. V, § 2.403, p. 4.409, not. 2.)

Na incerteza entre a validade e a nullidade, ensinam arestos americanos, *a presumpção*, aqui, *é pela nullidade*. Assim, entre outros, se declara na sentença do caso *Mandeville v. Harman*: « *The presumption is that a contract in restraint of trade is void.* » (8 L. R. A. 469, not.)

Não é diversa a lição da jurisprudencia franceza, quando se tracta, em casos disputaveis, de saber se a intenção das partes, nestes contractos, estava com a restricção, ou com a liberdade. « *En cas de doute sur l'intention des parties, il y a lieu de décider en faveur de la liberté de l'industrie.* » (**SIREY**, 1874, 1, p. 197.)

Taes são os termos do julgado vencedor no caso *Videau c. Rousseau*, adoptado na cõrte de appellação de Bordéus e confirmado pela cõrte de cassação:

« *Dans le cas où la recherche de l'intention des parties n'aboutirait pas à un résultat certain, le doute devrait déterminer une solution conforme au principe de la liberté de l'industrie, le plaideur qui souffrirait de cette*

décision ayant à se reprocher de n'avoir pas dissipé, par une stipulation formelle, l'obscurité qui voilerait aux yeux des magistrats la pensée dont les parties étaient animées au moment du contrat. »

(S. 74. 1. 198.)

304. — Dos textos das sentenças esta norma de orientação para os magistrados, na interpretação dos contractos de alienação de estabelecimentos commerciaes ou industriaes com ou sem renuncia, pelo cedente, ao direito de se reestabelecer, foi recolhida pelas collecções de jurisprudencia como axioma corrente e dogma inconcusso: « *En cas de doute il y a lieu de décider en faveur de la liberté de l'industrie.* » (RUBEN DE COUDER: *Diction. de Dr. Comm.*, v. IV, p. 365, nº 55.)

Nas outras jurisprudencias europeas, com especialidade a germanica e a suissa, voga a mesma regra:

« L'interdiction de concurrence n'est pas vue d'un très bon œil, *surtout en Allemagne.* C'est, du reste, ici le cas, *ou jamais*, de se rappeler que, *dans le doute, la décision doit être prise en faveur de celui qui s'oblige.* L'interprétation des contrats limitant la liberté naturelle de la con-

currence *doit être restrictive.* » (VAL-
LÉTON : *Op. cit.*, p. 152, texto e not.)

305. — Na especie vertente, ninguém, até hoje, poudo mostrar, nestes autos, uma clausula contractual, em que o Réu houvesse outorgado cessão da clientela, e, muito menos, renunciado ao direito de se reestabelecer na industria exercida pelo estabelecimento que alienou.

Nem no acto de constituição da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta*, nem no da transferencia das suas acções á recorrente, nem 'nos preliminares a um e outro facto, se logrou, até este momento, descobrir o menor vestigio de que o Réu ajustasse a cessão da freguezia, ou se obrigasse a não fazer concorrência á fabrica alienada, nem que delle exigissem os outros contraentes essa concessão, ou, sequer, nella pensassem. Para encartar nas relações jurídicas entre as duas partes esse compromisso, foi mister o artificio de uma illação engenhosa, arbitrariamente estribada num acto de *terceiros*, duvidoso tambem no seu sentido e, quando mesmo favoravel á expressão inculcada, nullo, nesse caso, por contrario ao texto categorico da lei.

E' atravez dessas dúvidas, superpostas a outras dúvidas, que os venerandos julgadores iriam resolver a causa contra o principio da liberdade, invertendo a presumpção geral, que, em toda a parte, a favorece.

306. — Ao mesmo tempo, com igual facilidade á com que transporia, assim, os termos desse axioma, uma tal decisão postergaria o outro, não menos imperioso na materia, que rejeita as interdicções da liberdade commercial ou industrial, quando illimitadas, e reduz o terreno admissivel dessas restricções ao exigido para a segurança dos interesses que a compra do estabelecimento industrial ou commercial representa.

A prova dos autos deixou evidenciado que, não obstante a concorrência da *Companhia Paulista de Aniagem*, a, *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* poudé, em poucos mezes, elevar quasi cincoenta por cento o custo dos seus productos, e contrair um emprestimo de quinze mil contos, para alargar a sua actividade productora.

Vedando, pois, aos Réus essa concorrência, a despeito da qual a A. alcançou tamanha prosperidade, não iria o Supremo Tribunal Federal assegurar á compradora o goso da situação commercial, que com a compra adquiriu, situação muito inferior á que logo depois conquistou, e occupa. Iria, simplesmente, regalal-a com um monopolio, que não ajustou comprar, de que não necessita para a legitima remuneração dos capitaes empregados na compra, e que pesaria sobre um Estado inteiro, o mais laborioso dos nossos Estados, sobre o principal ramo da producção brasileira, sobre todos os consumidores desse artigo precioso. no Brasil, unicamente para de-

envolver a plethora economica de uma companhia poderosa.

Esse privilegio seria, neste caso, uma dádiva do Supremo Tribunal Federal, que, revestindo, como reveste, o manto do pontificado supremo na magistratura da lei e da honra, não creará, de certo, nesta epoca de calamidades publicas, mais esta, gratuitamente, com a sagração do seu prestigio e responsabilidade.

Sem quebra da veneração, quasi religiosa, que nos inspira a vossa magistratura, senhores ministros do Supremo Tribunal, deixae que em toda a liberdade se eleve até á eminencia do vosso sacerdocio inviolavel esta voz, que não é a nossa, mas a da

JUSTIÇA.

Rio, 12 de agosto de 1913.

Ruy Barbosa.

