

FUNDO DE COMÉRCIO, PONTO COMERCIAL E CLIENTELA

(CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DE UM CASO CONCRETO)

Dalton Toffoli Tavoraro*

Dentre as muitas e complexas questões que o Direito Comercial é pródigo em apresentar, sem dúvida alguma ganham bastante destaque aquelas relacionadas, de modo geral, ao Fundo de Comércio, especialmente face ao pouco desenvolvimento que os estudos de tal matéria têm alcançado em nosso País, até os dias de hoje.

Com efeito, é inegável que o estudo de questões referentes ao assunto ainda sofre com a pouca atenção que lhe têm dedicado até hoje os nossos doutrinadores, assim como é também bastante reduzido o que existe a respeito em nosso ordenamento jurídico. Na verdade, o “Estabelecimento Comercial”, ou “Azienda”, entre nós, tem sido objeto de pouca atenção tanto por parte dos nossos legisladores quanto por parte dos estudiosos da matéria.

A expressão francesa “Fonds de Commerce”, em verdade parece-nos que transmite mais apropriadamente, em sua versão para o português: “Fundo de Comércio”, o que se haverá de cogitar quanto à questão, deixando delineados os múltiplos aspectos subjetivos que se destacam em todo o contexto focado, tanto mais quando se procurar alcançar conclusão efetiva no sentido de ficar determinado se a **Clientela** deve integrar ou não o Fundo de Comércio. De se ressaltar que a Clientela, quando viesse a ser considerada como um dos elementos componentes do Fundo de Comércio, evidentemente, deixaria de ser tida como “atributo” da empresa, ou, em outras palavras, um resultado decorrente da qualidade de sua atuação, ao lado do Aviamento (tal como prefere o festejado Rubens Requião), o que ainda maiores complicações traria para o completo e adequado equacionamento das questões suscitadas.¹

Em resumo, certo é que as dificuldades enfrentadas em plano puramente teórico acabam por configurar intrincada problemática quando da apreciação concreta referente a estudos e análises de casos práticos, do que é exemplo marcante o quadro a seguir comentado:

* Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito Pe. Anchieta, de Jundiaí/SP e da Faculdade de Direito do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal – CREUPI – SP.

1. Em sua obra, indispensável, assim se expressa o mestre Rubens Requião: “Saber se o aviamento, como a clientela, se integram diretamente como elemento da empresa, ou se constituem um elemento imaterial do fundo de comércio, não é questão de alta relevância. Resolvemos, assim, na ordem de exposição que vimos adotando, em vista de critério exclusivamente didático, colocar o estudo do aviamento e o da clientela como ATRIBUTOS DA EMPRESA, logo após a dissertação sobre o fundo de comércio”. (“CURSO DE DIREITO COMERCIAL” - Vol. I, Editora Saraiva - 23ª Edição, 1995, página 306).

Questão Analisada: Um “Apart-Hotel” localizado em bairro nobre da cidade, com boa e numerosa clientela, vinha exercendo suas atividades já há bom tempo, oferecendo a seus hóspedes serviços diversos, de boa qualidade, tais como: lavanderia, manobrista para automóveis, serviço de recados telefônicos, academia de ginástica, “room service” etc. Os proprietários (condôminos) das unidades autônomas do edifício, para alcançar os objetivos propostos, haviam-se reunido em “Pool” (conforme o jargão utilizado em tal setor de atividades), entregando a administração das atividades hoteleiras a uma empresa especializada no ramo, a qual deu ao assunto a devida configuração jurídica, mediante constituição de uma sociedade em conta de participação, (inclusive com contrato escrito, firmado por todos os participantes do “Pool”), sendo ela: administradora, a sócia ostensiva, e os condôminos os sócios ocultos, participando todos dos resultados do empreendimento pela forma que entre eles, então, ficou assentada.

O ponto principal, objeto dos presentes comentários, concerne ao Restaurante do mencionado “Apart-Hotel”, localizado na parte térrea do edifício e com saída direta para a via pública, sendo de sua responsabilidade o fornecimento de refeições, lanches, bebidas, café da manhã etc., com atendimento direto aos hóspedes em seus apartamentos (“Room service”), bem como na piscina, e ainda atendimentos em ocasiões específicas: festividades, reuniões, coquetéis, “coffee breaks” etc., realizados nos salões de festas do “Apart Hotel”. Originalmente, as atividades do restaurante em questão eram de responsabilidade do mencionado “Pool” mas certo é que, posteriormente, tais atividades passaram a ser desenvolvidas por uma outra empresa, mediante celebração de contrato com prazo certo de vigência.

À época dos fatos, o prazo de tal contrato já se encontrava próximo do término, cabendo ressaltar que exatamente neste ponto é que se assentam todas as questões que serão aqui enfocadas, dado que, por motivos diversos, ligados à má qualidade do atendimento, decidiu-se que tal contrato não seria renovado e que o restaurante devia retornar ao “Pool”, sendo mesmo negociada a sua exploração através de outra empresa do ramo.

É de se anotar que tal contratação, basicamente, era relativa a um “arrendamento de espaço”, conforme constava do documento que havia sido originalmente firmado pelas partes.

É então, precisamente quanto a tal estado de coisas, que se concretizam as questões aqui abordadas, posto que se pretendeu promover a rescisão do contrato, desde logo, com imediata recuperação da posse do local, sendo certo que a empresa responsável pelas atividades do restaurante não concordou com tais pretensões e dispôs-se a lutar, por todos os meios ao seu alcance, para que respeitados fossem seus alegados direitos.

Na análise deste caso concreto, uma série de questões complexas pode ser levantada, basicamente com referência à locação, fundo de comércio (e clientela), bem como relacionadas à prestação de serviços de natureza diversa, conforme segue, tudo retratando uma complexa situação eminentemente litigiosa e polêmi-

ca, a afastar desde logo qualquer possibilidade de entendimento amigável.

Considerações relacionadas à locação: - O primeiro enfoque que se há de dar à questão em debate é até mesmo de modo natural, direcionado para o campo da locação de imóveis e, mais especificamente, da **locação “não residencial”**, face à ocupação física do local onde exercidas as atividades mercantis do restaurante.

Com efeito, para encaminhamento de tal análise, cabe destacar que o contrato celebrado para a exploração dos serviços do restaurante era de arrendamento de espaço no imóvel, para exercício das atividades do restaurante em questão.

Disso decorreria, segundo a empresa responsável pelo restaurante, a aplicação dos preceitos relacionados à locação de imóveis, na forma do disposto na Lei nº 8.245 de 18/10/1991 e esta, precisamente, constituía a sua linha de argumentação, basicamente invocando a existência de um “Ponto Comercial”, objeto de contrato de locação de imóvel, tanto mais porque havia pagamento de retribuição mensal (aluguel, segundo pretendido) por parte do arrendatário, se bem que de valores mensais variáveis, em função da movimentação ocorrida no mês, quanto a “Room Service”, fornecimento normal de refeições e atendimento a eventos no salão de festas.

Detalhes importantíssimos a serem destacados em tal contexto referem-se ao fato de que o local, no imóvel, destinado ao restaurante, contava com acesso direto e independente para o exterior, de tal modo que qualquer pessoa, mesmo não sendo hóspede do hotel, poderia tomar suas refeições nas instalações do restaurante. É de se notar, ainda, que tal localização do restaurante poderia vir a ser alterada, remanejando-se a sua posição dentro do edifício (aproveitando-se outro local dentre os vários existentes no imóvel) e ainda cabe ressaltar que, no tocante à “clientela”, muito poucos eram, no total mensal, os que não estivessem hospedados no hotel.

Ainda um destaque especial deve ser dado ao fato de que praticamente todos os equipamentos e utensílios (geladeira, “freezer”, fogão, panelas, talheres, mesas, cadeiras, etc.), pertenciam ao “Pool” e deveriam ser restituídos em perfeito estado, quando do final do ajuste.

Não há como deixar-se de mencionar, também, aquele que é, possivelmente, o aspecto mais importante de tal questão, ou seja, a específica previsão que, a respeito de “apart-hotéis” e congêneres, consta da disciplina legal das locações urbanas.

Assim é que, conforme se estabelece no artigo 1º da Lei nº 8.245 de 18/10/1991, as locações dos imóveis urbanos regulam-se pelas suas disposições, exceto aquelas mencionadas no seu parágrafo único, ou seja, locações de imóveis oficiais; de espaços para estacionamento ou garagem; de espaços destinados à publicidade e os arrendamentos mercantis em geral, bem como (§ único do artigo 1º, item 04): as locações “4 – em apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar”.

De acordo com o previsto na lei em tela, os assuntos relacionados às loca-

ções mencionadas “continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais” e, desse modo, não haveria como se admitir no contexto aqui considerado qualquer pretensão no sentido de aplicar-se à matéria a proteção que se dá ao “ponto” comercial, especialmente a possibilidade de ajuizamento, pelo titular do “ponto”, da ação renovatória do contrato de locação com finalidades comerciais/industriais (artigo 51 e seguintes, e 71 e seguintes da Lei nº 8.245/91). No tocante a tal matéria, aliás, sempre será oportuno frisar que o direito à renovação do contrato de locação estende-se, conforme o disposto no § 4º do artigo 51, às locações celebradas por sociedades civis com fins lucrativos, “regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo” (ou seja, o artigo 51 da Lei nº 8.245/91).

Desse modo, o posicionamento assumido pelo empresário, titular do restaurante em tela, poderia ser tido como inadequado e descabido face aos preceitos legais aqui referidos. No entanto, cabe ser ressaltado que, no caso, estaríamos nos defrontando com questões ligadas de maneira específica à proteção dispensada pela lei ao “ponto” comercial, parte integrante da “Azienda” do empresário comercial, sendo certo que as previsões legais examinadas não se referem a tais questões, mas sim, são aplicáveis apenas e tão somente àquelas hipóteses em que a locação tenha como destinatário o “usuário” do apart-hotel ou congêneres, vale dizer: o hóspede. Sob uma tal ótica, a pretensão manifestada pelo titular do restaurante haveria que ser bem considerada, uma vez que, pelo menos a um primeiro e rápido exame, a questão assumiria nítidos contornos de debates ligados, sem dúvida, ao “ponto comercial”, merecedor da proteção dispensada pela lei.

Portanto, face a tais aspectos, o enquadramento dentro dos limites da locação sofreria, de acordo com a sociedade administradora, algumas tantas contrariedades sendo certo, no entanto, que tal era o posicionamento adotado pelos sócios do restaurante, com sua principal argumentação suportada pela alegação de que, no caso, tratar-se-ia de locação de “Ponto Comercial” e que, assim, a questão deveria ser enfocada sob esse prisma, sendo certo que, eventualmente, poderia até mesmo concluir-se pela plena caracterização de uma locação comercial, com possibilidade de ajuizamento da Ação Renovatória, prevista nos artigos 51 e seguintes da Lei nº 8.245/91, já mencionada.

Dessa forma, o comerciante (no caso, o restaurante), teria direito ao “Ponto Comercial” onde se achava instalado e, desse modo, todas as questões em debate deveriam ser enquadradas na Lei de Locações Urbanas – já mencionada, do que resultaria uma conclusão, desde logo: a ação competente para que se recuperasse a posse do restaurante seria a de Despejo, conforme estabelecido no artigo 5º da lei mencionada.

Considerações relacionadas ao Fundo de Comércio - já por um outro prisma, a questão em exame comportaria uma outra série de argumentos totalmente diversos, a excluir a locação de imóvel comercial e, conseqüentemente, a ocasionar a aplicação de preceitos legais diferenciados.

Basicamente, uma tal argumentação estaria apoiada na constatação genéri-

ca de que, na verdade, a contratação não teria por objeto o “Ponto Comercial”, mas sim aspectos destacados referentes ao “Fundo de Comércio” do “Apart Hotel” e, em especial, (e, isto, por descabido que possa parecer à primeira vista), da sua “Clientela”. Com efeito, sob uma tal ótica, a negociação havida não envolveria na realidade o “Ponto Comercial”, uma vez que no caso não seria cabível o exercício de atividades no local, a não ser em função, em benefício, de forma única e exclusiva, dos hóspedes do Hotel! Não haveria como se cogitar em tal contexto de uma liberdade e autonomia que não teriam maior fundamento, uma vez que as atividades do restaurante estariam assentadas exclusivamente no atendimento aos hóspedes do hotel, verdadeira razão de ser e fundamento único da contratação levada a efeito.

Contaria o restaurante, na verdade, com uma verdadeira clientela “cativa” praticamente obrigatória, se é que assim se poderia expressar, a qual seria “cedida” pelo “Apart Hotel”. Na hipótese, portanto, o assunto seria, em verdade, estritamente vinculado a uma “concessão” posta em prática pelo “Apart Hotel” para exercício das atividades do restaurante, em prol dos seus hóspedes. A empresa que responderia pelo restaurante, portanto, seria uma “concessionária” visto que estaria assim, sacramentada a sua condição de responsável pelo restaurante do hotel e, desse modo, legitimamente autorizada a atender à clientela daquele, cujo atendimento, assim, lhe teria sido concedido de forma legítima pelo primitivo titular de tal “clientela”, ou seja, o próprio “Apart Hotel”.

As considerações já anteriormente registradas, quanto à possibilidade de se alterar a localização do “espaço” arrendado, seriam cabíveis para afastar qualquer conclusão no sentido de que tratar-se-ia, no caso, de locação de “Ponto Comercial”. De igual modo, o que já ficou ressaltado quanto aos equipamentos e utensílios (de propriedade do arrendante) reforçariam tal linha de raciocínio, da mesma forma que o atendimento a eventuais “não hóspedes” do hotel configuraria apenas uma confirmação à regra geral, no sentido de que o atendimento sempre seria prioritário à clientela do hotel e a possibilidade do atendimento a não hóspedes seria apenas uma exceção, visando a beneficiar o “concessionário” do restaurante, tanto mais porque o movimento mensal sempre seria, em sua quase total extensão, relativo aos hóspedes, apenas e tão somente.

Uma tal conclusão, portanto, alteraria profundamente o quadro anteriormente traçado, ao considerar-se a possibilidade de locação de “Ponto Comercial”. Numa tal hipótese, certo é que, o que estaria em cogitação, seria apenas e tão somente um ajuste referente a uma “concessão”, em que os preceitos legais relacionados ao contrato de locação já não mais encontrariam guarita, visto que o titular de um “Fundo de Comércio” estaria validamente contratando a cessão de uma pequena parcela de sua “Azienda”, em favor de uma outra empresa, permitindo-lhe, inclusive, prestar atendimento a cliente “cativo”, no tocante a diversas atividades, tais como: lavanderia, serviço de telefonemas e recados, sauna, academia de ginástica etc., e, claro, as atividades do próprio restaurante do hotel, como é o caso ora enfocado.

Preferiríamos, todavia, não chegar à conclusão tão extremada, tanto mais porque, sem dúvida, sempre haveria liberdade de opção por parte do hóspede do hotel, no sentido de procurar em outro local o atendimento específico que desejasse: iria levar ele próprio suas roupas para uma outra lavanderia; tomaria suas refeições em outros estabelecimentos etc.

Mas, sem dúvida, sempre seria de se prever que, em razão de sua maior comodidade e conforto, isto dificilmente ocorreria. Não chegaríamos, no entanto, ao extremo de afirmar que o cliente em tais condições poderia ser considerado parte integrante da "Azienda", algo que fosse como que propriedade do seu titular e, assim, podendo vir a ser objeto de negociação com outros quaisquer comerciantes, quando de transações envolvendo o Fundo de Comércio. Na verdade, é de se lembrar que, todos os bens que integram o Fundo de Comércio, tanto os corpóreos como os incorpóreos, podem ser objeto de negociação, isoladamente ou em conjunto, a bel prazer do seu titular, ou seja, do comerciante que, apenas para sua conveniência, os manterá agrupados em determinada estrutura que, segunda entenda, será a mais adequada a proporcionar-lhe o sucesso mercantil desejado.

Este é o ensinamento dos estudiosos da matéria que sempre colocam em destaque o fato de que a "Azienda" é a verdadeira ferramenta de trabalho do comerciante, o qual é o seu único titular, podendo dispor, alterar, negociar etc, os elementos que a compõem, da forma que entender mais adequada e conveniente.² Sob uma tal ótica, a se considerar a clientela como elemento integrante do Fundo de Comércio, naturalmente seria de se concluir pela perfeita possibilidade de negociá-la com outro, notadamente transferindo-a. Mas isto, naturalmente, não pode ser afirmado assim tão incisivamente, sem exame mais aprofundado da questão, assemelhando-se como inegável o fato de que o freguês ou cliente não "pertence" ao comerciante e apenas se manterá fiel ao estabelecimento se, e enquanto, o desejar. Não seria cabível, assim, pretender-se a sua negociação, eis que, em última análise, sempre seria ele, um cliente ou não, em razão apenas e tão somente, de sua vontade exclusiva.³

2. DYLSON DORIA adota a expressão "estabelecimento comercial", com o mesmo significado que "fundo de comércio" e destaca que entre nós há autores que, por influência da doutrina francesa, preferem esta última, indicando como exemplo, o Profº Fran Martins e referindo que para este, tal preferência se justificaria não apenas pela generalização que o termo vem encontrando, como também "para evitar a confusão que o emprego da expressão estabelecimento comercial gera com a designação casa comercial". ("CURSO DE DIREITO COMERCIAL", Vol. I, Editora Saraiva, 1998, página 125). No mesmo local, sob o título "Noções Gerais", assim se pronuncia o renomado autor: "Para o exercício de sua atividade mercantil, o comerciante se vale de diversos elementos que variam em natureza ou grau, de acordo com o tipo do negócio. Ao conjunto desses elementos, que facilitam a prática da profissão comercial, é que se denomina estabelecimento comercial" (OP. CIT. LOC. CIT). FÁBIO ULHOA COELHO sintetiza adequadamente a questão: "O complexo de bens reunidos pelo comerciante para o desenvolvimento de sua atividade comercial é o estabelecimento comercial" (in "MANUAL DE DIREITO COMERCIAL", Editora Saraiva, 1998, página 59).

3. Conforme FÁBIO ULHOA COELHO: "Outro equívoco reside na consideração da CLIENTELA como elemento do estabelecimento empresarial. Clientela é o conjunto de pessoas que habitualmente consomem os produtos ou serviços fornecidos por um empresário. Embora até seja possível falar-se em direito à clientela, cuja tutela se faz por meio da repressão à concorrência desleal (Colombo, 1979: 172/173), não se deve confundir-la com os bens do patrimônio da sociedade empresária. De fato, não deriva da tutela jurídica a necessária natureza de COISA do objeto tutelado. A proteção jurídica conferida ao empresário, no sentido de não se ver tolhido da clientela conquistada, em razão de condutas condenáveis de seus concorrentes, não significa que essa se tornou propriedade daquele. Muito pelo contrário, a noção de clientela como um objeto de domínio do empresário é imprópria, porque cuida de um conjunto de PESSOAS - a clientela é isso, nada mais-, insuscetíveis de apropriação para o direito em vigor". ("in" "CURSO DE DIREITO COMERCIAL", Vol. I, Editora Saraiva, 1998, página 96).

Frente às peculiaridades da questão examinada, porém, ao menos em um primeiro instante seria cabível fixar-se o entendimento de que o restaurante em questão não se caracterizaria exatamente, como uma atividade desenvolvida por um comerciante em um certo e específico local (“Ponto de Comércio”), onde deveria ele batalhar e angariar freguesia para alcançar sucesso em seu empreendimento, dado que, como evidenciado ficou, contaria ele, desde logo, com uma clientela praticamente constante e, mesmo, quase que obrigatória, fosse qual fosse a qualidade de seu atendimento e a eficiência de sua organização empresarial (ou seja, o seu “aviamento”, enfim) que, tal como a clientela, deverá ser considerado como uma qualidade (“atributo”, como quer Rubens Requião) do comerciante, e não como elemento integrante da “Azienda”.⁴

Sob um tal enfoque, portanto, não haveria de se cogitar da existência de um “Ponto Comercial” mas sim, de atividades desenvolvidas por um “concessionário” que, desse modo, não estaria submetido às regras da locação de imóveis, com caracterização de locações comerciais / industriais e direito à ação renovatória, quando atendidos os requisitos legais. Não estaria alguém a alugar um imóvel para atividades mercantis, mas sim, transferindo a um comerciante, o atendimento à sua clientela, no tocante a certos e específicos aspectos, sem possibilidade de afirmar-se que estaria a transferir a própria clientela, ou nem mesmo o local específico para o seu atendimento.

Num tal contexto, portanto, não haveria que se falar em despejo e nem em legislação relativa à locação de imóveis o que, sem dúvida, resultaria em condições apropriadas para obtenção de mais rápida solução do conflito, ao menos em princípio, através da adoção de medida judicial relacionada à proteção possessória.

CONSIDERAÇÕES RELACIONADAS A CONTRATAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Por uma outra ótica, bem mais singela e simplificada, no caso em questão não existiria qualquer conotação relacionada à locação de imóveis e nem qualquer vinculação relacionada a elementos integrantes do Fundo de Comércio, mas sim, apenas e tão somente, uma simples contratação de serviços ajustada entre duas empresas comerciais. Ou seja, numa operação que poderia ser chamada de

4. O magistério de FRAN MARTINS, que prefere utilizar o termo “freguesia” em lugar de clientela, a respeito de tão intrincada questão, se mostra bastante elucidativo: “Como elemento do aviamento, com um valor tão destacado que alguns autores o consideram como um bem isolado do aviamento, encontra-se a FREGUESIA, ou seja, o conjunto de pessoas que habitualmente fazem suas compras no mesmo estabelecimento comercial. Na realidade, a freguesia depende do aviamento, sendo assim, uma consequência desse, não se concebendo um estabelecimento bem afreguesado, se não for bem aviado, ou seja, se não contar com um aparelhamento capaz de atrair os fregueses. Sendo a freguesia o elemento consumidor para o qual constantemente se voltam as atenções do comerciante, já que o sucesso do negócio está diretamente ligado à clientela, verifica-se que todos os esforços do comerciante ao aparelhar seu estabelecimento comercial se dirigem para esse elemento, razão pela qual se pode dizer que o fundo de comércio é um conjunto de elementos constituídos pelo comerciante no sentido de tornar seu estabelecimento capaz de atrair a freguesia”. (Curso de Direito Comercial, 15ª edição, Ed. Forense, 1990, página 527)

“Terceirização”, o Hotel transferiria para outrem o atendimento aos seus hóspedes, no que se relacionasse a serviços de quarto, lanches, refeições etc., mediante a retribuição e as condições fixadas em contrato.

Desse modo, a firma “Terceirizada” teria o encargo de atender aos hóspedes do Hotel, (bem como, eventualmente aos não hóspedes), no que se refere ao fornecimento de alimentos e bebidas, fazendo jus, pela prestação de tais serviços, a uma retribuição contratada. No entanto, poder-se-ia até mesmo imaginar-se que faria jus à diferença entre o valor cobrado diretamente de cada qual, e o valor que haveria de pagar, mensalmente ao Hotel, em razão da negociação ajustada (numa tal hipótese, porém, parece inegável que já não se trataria mais de prestação de serviços, mas sim, de um outro qualquer ajuste).

Efetivamente, uma tal conceituação sofreria objeções de grande peso por não se estabelecer, no caso, um pagamento mensal a ser efetuado ao prestador de tais serviços, em favor do Hotel. Tal aspecto, sem dúvida, favorece muito mais a caracterização de qualquer outro tipo de negociação e não a prestação de serviços, visto que a remuneração que haverá de ser paga ao prestador de serviços é o que melhor configurará a existência de uma tal contratação e isto, na hipótese considerada, não se apresentaria de maneira tão clara que impossibilitasse o surgimento de ponderáveis dúvidas e incertezas.

De qualquer modo, a hipótese é aqui considerada para maior abrangência da análise empreendida, uma vez que, na verdade, a prestação de serviços examinada seria cabível em hipóteses como a ora analisada, em que o caráter eminentemente civil da contratação estaria evidenciado, não se caracterizando, ao menos em princípio, qualquer atividade mercantil da prestadora de tais serviços.

A situação considerada, inclusive, poderia ser também constatada em casos nos quais o próprio “Apart-Hotel”, estaria transferindo a outrem algumas tantas outras atividades específicas, tais como, lavanderia, estacionamento de veículos e manobristas, segurança, academia de ginástica etc.; certo é, no entanto, que somente a análise aprofundada de cada uma dessas hipóteses poderia conduzir o observador a conclusões mais fundamentadas, quanto ao caso como aqui descrito, pois, na verdade, inexistem condições para se pretender equacionar a pendência sem maior aprofundamento na questão de fato.

Não se poderão deixar de mencionar, ainda, algumas outras tantas situações em que as mesmas questões já aqui enfocadas far-se-ão presentes de modo destacado. É o que entendemos no tocante às hipóteses em que, por exemplo, uma fábrica que tenha instalações para restaurante em seu prédio, venha a entender que não lhe será conveniente a exploração do fornecimento de refeições, de forma direta, a seus empregados. Ou ainda, o colégio ou escola em que os serviços de uma lanchonete seriam confiados a outras pessoas, ou também, o cinema ou teatro, que acaso procedesse do mesmo modo.

Como se pode notar, são diversas situações e hipóteses em que, ao que se

pode fixar de início, o objeto principal da transação, seria o atendimento que se haveria de prestar ao cliente, ou freguês, e em que o comerciante, praticamente, estaria “passando” sua freguesia ou clientela, para um outro comerciante sem, no entanto, deixar de manter a sua vinculação original com o freguês, uma vez que sempre lhe seria possível retomar a sua clientela original, retornando ao relacionamento primitivo existente entre ambos.

No que tange, aliás, à possibilidade (ao menos em tese) de que o comerciante “negocie” sua freguesia, é bastante comum verificarmos em jornais de grande circulação, propostas comerciais de transferência de “linha de pão e leite” ou ainda de “linha escolar” em que, pelo menos, num primeiro exame, poder-se-ia ter como caracterizada a transferência de freguesia de um para outro, sendo certo, no entanto, que uma principal dúvida ficaria evidenciada em tais situações: tratar-se-ia no caso de atividades comerciais ou meramente de prestação de serviços? Como se torna evidente, o posicionamento adotado quanto à natureza comercial ou cível da questão (em função de se tratar de simples prestação de serviços) é que iria dar a tônica dominante para elucidação da dúvida, isto, claro, se for deixada de lado a importantíssima questão relativa ao incessante “extravasamento” do Direito Comercial sobre áreas do Direito Civil, com assento, especialmente, no conceito de “empresa” predominante nos dias atuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao invés de aqui procurarmos fixar “Conclusões” quanto às questões examinadas, preferimos registrar nossas observações finais, posto que, efetivamente, em matéria assim tão complexa como tão multi-facetada, assemelha-se como bem mais adequado evitar-se a fixação de regras amplas a sofrerem objeções e contestações em cada passo, frente às características e detalhes de cada caso concreto.

Desse modo, face a todas as considerações já anteriormente consignadas, parece-nos apropriado ressaltar que, efetivamente, deverá ser evitada qualquer afirmação no sentido de que, em casos como o aqui relatado, seria preponderante o aspecto jurídico relacionado à locação. Com efeito, assemelha-se-nos como bem mais apropriada em situações que tais, a afirmação de que o aspecto primordial da contratação não é o “ponto comercial”, mas sim, o atendimento a um grupo ou conjunto de consumidores de um determinado produto ou serviço, consumidores estes que, por circunstâncias várias, praticamente se verão compelidos a utilizar-se ou adquirir aqueles bens ou produtos que estejam mais próximos, mais fáceis e mais cômodos. Não se chegaria ao extremo de se afirmar que estariam eles “obrigados” a tal ou qual consumo, mas a realidade é que, sem dúvida, a situação seria bem próxima a isto (ressalte-se que, a se afirmar que efetivamente estariam “obrigados” a tal consumo, estar-se-ia, do mesmo passo, a proclamar-se que a cliente-

la poderá ser repassada de um comerciante para outro...).⁵

Adotado um tal posicionamento, efetivamente o desdobramento das situações previsíveis não poderia conduzir à aplicação dos preceitos legais relativos à locação imobiliária, notadamente no que tange à proteção que o Direito confere ao “Ponto” onde se realizam os negócios do comerciante. A possibilidade de ajuizamento de Ação Renovatória, portanto, há que ser tida como bastante remota a menos que se demonstre cabalmente que, ao contrário do quanto aqui consignado, o principal objetivo de negociação teria sido o “ponto” comercial o que, sem dúvida, entendemos ser muito difícil de ficar caracterizado, uma vez que somente a atividade plena no mercado é que poderia conduzir a tanto. Com isto queremos dizer que, em casos como o considerado, na verdade, não estará havendo efetiva atuação mercantil, nem “disputa pelo freguês”, uma vez que, como ressaltado ficou, este poderá até mesmo ser tido como “cativo” do comerciante.

Caso, porém, a freguesia do estabelecimento seja maior, ou mais volumosa, referentemente a fregueses de “fora”, (ou seja, os não hóspedes do hotel), aí então, realmente, a questão terá assumido contornos diferenciados, tanto mais porque, com toda a certeza, o estabelecimento será facilmente acessível do “ exterior”, o que resultará na possibilidade de que o “Ponto” se torne procurado, conhecido ou até mesmo renomado, como local onde se come bem, ou em que se é bem atendido.

Tais condições, aliadas à utilização de equipamentos, utensílios, móveis etc., próprios e não cedidos, poderá com segurança indicar a existência de um comerciante atuando em regime de concorrência franca e regular.

Numa tal ordem de idéias, estaremos, portanto, sustentando, em última análise, que apenas caracterizar-se-ia uma plena atividade comercial caso o comerciante tivesse que batalhar para angariar sua freguesia em confronto com outros estabelecimentos congêneres, ou, em últimas palavras, caso houvesse competição ou concorrência, na luta pela obtenção de clientela. Sem que as atividades de atuação no livre mercado se fizessem presentes, estaríamos concluindo que não haveria desenvolvimento de um verdadeiro “ponto” comercial que merecesse a proteção legal que, durante tantos anos, foi proporcionada pela chamada “Lei de Luvas”, cujos preceitos hoje se acham incorporados à vigente legislação de locações urbanas, a mencionada Lei nº. 8.245 de 18/10/91.

5. Em seu recente “Manual de Direito Comercial”, o Profº Ricardo Negrão aborda o assunto pelo prisma da venda do estabelecimento empresarial, consignando que: “Entretanto, não sendo coisa, a clientela, não pode ser objeto de direito, isto é, não pode ser vendida ou transferida. É impróprio, pois, falar-se em CESSÃO DE CLIENTELA, expressão muitas vezes utilizada em contratos de venda de estabelecimento empresarial”. (Ed. Bookseller-Campinas, 1999, pg. 134).

O magistério de Darcy Arruda Miranda Junior é do mesmo teor: “Admitir-se a clientela como objeto de direito importaria negar a liberdade jurídica do consumidor. A clientela é, apenas, um elemento de fato, e o que o direito pode fazer é tão somente disciplinar os meios tendentes a atraí-la e a conservá-la.” (in “Curso de Direito Comercial”, Vol. I, Ed. Saraiva, 6ª Edição, 1987, página 148). Conclui a seguir, o mesmo autor, apoiado em Walter Alvares e Miranda Junior, conforme “notas” nº 23 e 24: - “Como nenhum direito tem o comerciante à clientela, dado que não se pode restringir a sua liberdade de escolha, como já vimos, é óbvio que o negócio jurídico conhecido por cessão de clientela não pode ser entendido senão como uma obrigação assumida pelo vendedor de não fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento (23), obrigação essa, que deve ser limitada no tempo e no espaço (24)”.

Desse modo, descaracterizado o “Ponto” Comercial e afastada a aplicação da legislação sobre locações, poderíamos identificar uma prestação de serviços, devidamente ajustada até mesmo numa operação de “terceirização”, tão em voga hoje em dia, ou ainda uma transação entre comerciantes, com finalidades comerciais, tendo por objeto, em um ou outro caso, uma negociação envolvendo um, ou alguns, elementos componentes do “Fundo de Comércio” de um dos contratantes.⁶

Para a caracterização de contrato de prestação de serviços, essencial será investigar-se a forma de remuneração do serviço prestado, uma vez que a correspondência entre o trabalho prestado e a sua remuneração será, naturalmente, bastante diferenciada daquela hipótese em que haja pagamento do titular primitivo do “Fundo de Comércio” para aquele que irá exercer tal ou qual atividade, quando estaremos frente a uma Prestação de Serviços. Se, por outro lado, qualquer tipo de pagamento ficar ajustado, por parte daquele que irá exercer atividades quaisquer, em favor do primitivo titular do Fundo de Comércio, aí então, estaremos frente a uma transação eminentemente comercial, em que uma das partes, mais do que prestar serviços a alguém, estará, isto sim, batalhando e disputando palmo a palmo o sucesso em seus empreendimentos com os seus concorrentes naturais (sem que, todavia, tais questões envolvam o “ponto”, conforme consignado).

A postura adotada em uma ou outra situação será, com certeza, um elemento destacado a ser considerado devidamente, em que, sem dúvida, um prestador de serviços estará executando determinada atividade, em função de parâmetros ou de normas especificamente emanadas da parte que contratou a prestação de tais serviços, dado que sempre deverá existir uma subordinação, ao passo que, na outra hipótese, com certeza, não haverá lugar para quaisquer “ordens”, pois haverá de prevalecer a capacidade e a competência próprias e específicas da parte interessada que, claro, adotará normas, critérios e padrões próprios e exclusivos.

6. É importante que não se percam de vista as características específicas do Direito Comercial, principalmente devendo sempre ser lembradas suas peculiaridades diferenciadoras do quanto se observa no direito comum. Como destaca FRAN MARTINS: “Ainda como peculiaridade dos contratos comerciais teríamos a citar os meios de provas. Enquanto a prova no direito civil é feita segundo princípios rígidos, no direito comercial ela é admitida com maior flexibilidade e rapidez, amparada sempre na boa-fé dos contratantes”. E, a seguir, apropriadamente, observa: “Tudo isso, naturalmente, decorre da natureza progressista do direito comercial, em face do desenvolvimento do comércio e da crescente rapidez com que este se faz. Sendo o direito comercial um direito em perene transformação, ligado essencialmente às contingências econômicas, políticas e sociais do mundo, os contratos mercantis necessariamente têm que se adaptar a essa variabilidade, muitas vezes sendo forçados a fugir às regras formais do direito civil”. (“Contratos e Obrigações Comerciais”, Ed. Forense, 1990, página 78). Com base em tais considerações, torna-se até mesmo cabível admitir-se a negociação envolvendo a clientela do comerciante, ao menos em casos muito específicos, como, à toda evidência, ocorre naquele aqui examinado. Talvez uma ousadia possivelmente constatável em uma tal afirmativa venha a ser objeto de repúdio e de contestações, mas, até mesmo isto não estaria em perfeita consonância com o “espírito” do direito, já não mais comercial, mas sim, (hodiernamente mais adequado), empresarial?