



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Transmissão da Empresa
Da Obrigação de Não Concorrência nos
*Asset Deals e Share Deals***

Rui Manuel Da Rocha Santos

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Transmissão da Empresa
Da Obrigação de Não Concorrência nos *Asset Deals* e *Share Deals*

Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios
Sob a orientação do Professor Doutor José Engrácia Antunes

Rui Manuel Da Rocha Santos

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2017

À minha família,

Agradecimentos

Ao longo deste percurso foram muitas as pessoas que me apoiaram e acompanharam pelo caminho da aprendizagem, contribuindo para que nunca me faltasse motivação, energia e força. São para estas pessoas os meus agradecimentos.

À minha família dedico o presente trabalho. Pelo apoio, incentivo, esforço e dedicação que empregaram e continuam a empregar em mim. Muito Obrigado.

De uma forma muito particular, agradeço ao Professor Doutor José Engrácia Antunes a orientação e dedicação durante esta etapa do meu percurso académico. Um muito obrigado pela disponibilidade e motivação atribuída para a conclusão deste projeto.

Para terminar, um agradecimento muito especial à minha namorada Catarina Ferreira, que sempre mostrou entusiasmo perante as minhas conquistas e, mais uma vez, esteve presente ao longo deste projeto, prestando todo o auxílio para a prossecução do mesmo.

Resumo

O tema do presente trabalho prende-se com a transmissão da empresa e com a eventual obrigação de não concorrência derivada da última. Foi nosso objetivo investigar em ordem a concluir se, efetivamente, após a transmissão de uma empresa, aquele que a transmite se encontra vinculado a uma proibição de concorrer com a parte adquirente. Desde cedo, concluímos que se verificava uma ausência de regulação legal e um debate doutrinal em torno deste tema. Concluímos que, pese embora, não exista um normativo que a preveja, existem certos fundamentos que sustentam uma possível obrigação de não concorrência.

Palavras-Chave: Obrigação de não concorrência; Transmitedor; Adquirente; Trespass; Asset Deals; Share Deals.

Abstract

The objective of this work concerns the transmission of the company and the possible non-competition obligation. In order to conclude whether, after the transmission of a company, the transmitter is bound by a prohibition to compete with the acquiring party, it was our objective to investigate if there is a non-competition obligation. Since the beginning, we reached the conclusion that there was an absence of legal regulation and a doctrinal discussion around this topic. To sum up, although there is no normative that predicts it, there are certain elements for a possible non-competition obligation.

Keywords: Non-compete obligation; Transmitter; Acquirer; Transmission; Asset Deals; Share Deals.

Lista de Abreviaturas

A.	Autor
al.	Alínea
art. (arts.)	Artigo(s)
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCom.	Código Comercial
Cfr.	Confronte
cit.	Citada
CJ	Coletânea de Jurisprudência
CJ (ASTJ)	Coletânea de Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça)
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
Ed.	Edição
n.º(s)	Número(s)
ob.	Obra
p.	Página
pp.	Páginas
Proc.	Processo
RC	Tribunal da Relação de Coimbra
RP	Tribunal da Relação do Porto
RL	Tribunal da Relação de Lisboa
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	Seguintes
Vol.	Volume

Índice

Introdução	9
1. A Transmissão da Empresa	11
1.1. Os <i>Asset Deals</i> , em particular o <i>trespasse</i> como protótipo da transmissão direta	11
1.2. Os <i>Share Deals</i> , em particular a compra e venda de participações sociais como protótipo da transmissão indireta.	12
2. A Obrigação de Não Concorrência na Transmissão da Empresa	16
2.1. Natureza e Existência.....	16
2.3. A Ausência de Consagração Legal	19
2.4. Fundamento	19
2.5. Posição Adotada	26
3. O Regime e Âmbito da Obrigação de Não Concorrência	28
3.1. Âmbito e Conteúdo	28
3.2. Âmbito Objetivo	31
3.3. Âmbito Temporal.....	32
3.4. Âmbito Espacial.....	33
4. Consequências da Violação da Obrigação de Não Concorrência.....	34
5. A Obrigação de Não Concorrência no Direito Comparado: Breve Apontamento	35
Conclusão	39
Bibliografia.....	41

Introdução

Não é uma preocupação de agora a temática da transmissão da empresa. Com efeito, a última, desde que o é, sempre se viu objeto de circulação no tráfico jurídico. Se olharmos para o passado¹, concluímos que expressões como o “*traspasso*” ou “*traspasse*” já eram, não raras vezes, utilizadas para se reportarem à transmissão desta².

Efetivamente, podem ser de várias ordens os motivos que levam à transmissão. Tanto questões de foro pessoal, como questões de foro económico podem estar na génese dessa realidade. Como exemplo da primeira razão, é perfeitamente legítimo que um empresário, a dada altura da sua vida, não se sinta com a força, motivação e mesmo condições necessárias para continuar a exploração do seu negócio e, na realidade, várias podem ser as circunstâncias da vida que levam a esta situação, tais como o aparecimento de problemas de saúde que impossibilitam a continuidade na vida ativa ou a própria idade que, por vezes, suga a capacidade e a vontade de continuar naquela que é a tarefa árdua de conduzir os destinos de um projeto empresarial, entre muitas outras. Como exemplo da segunda razão (motivações de teor económico), a carência de capitais e a incapacidade de investir são as que estão predominantemente na origem das transmissões³.

Todavia, outro aspeto que urge considerar, prende-se com o paradigma da empresa atual. Isto é, se outrora o comum era que a última adotasse uma tipologia individual caracterizada por ser propriedade do pequeno empresário, atualmente, e devido à evolução, operada pela passagem de um capitalismo de tipo mercantil para um capitalismo financeiro, tornou-se predominante a empresa coletiva explorada por

¹ V. Barbosa De Magalhães, “Do estabelecimento comercial”, pp. 210-212.

² Etimologicamente o termo *traspasse* é sinónimo de transmissão ou transferência. E de facto, podemos concluir que tal palavra já é empregada entre nós desde o século XVIII, isto é, já o Alvará de 16 de dezembro de 1757 falava em *traspasso*. No entanto em 1888, Pereira de Miranda apresentou um projeto de lei sobre o “*traspasse de estabelecimentos comerciais*”. Contudo, a palavra *traspasse* viria apenas a ser consagrada legalmente através do Decreto de 12 de novembro de 1910. Após este Dec. todos os diplomas que lhe sucederam empregaram o termo *traspasse*. Pese embora, nos últimos tempos se tenha voltado a utilizar a palavra *traspasse*. Ulteriormente, passaram a ser empregues todos os termos, variando de autor para autor. Barbosa de Magalhães citando Waldemar Ferreira, afirma que ambas as grafias são utilizadas na vida mercantil, todavia em Portugal as mais utilizadas são o *traspasse* e *traspasse*, nomeadamente a última, vide V. Barbosa De Magalhães, Ob. Cit. pp. 210-212.

³ Para maiores considerações sobre os motivos subjacentes à transmissão, vide J. Engrácia Antunes, “*A empresa como objeto de negócios- Asset Deals vs. Share Deals*”, ROA, ano 68.º, (2008), pp. 716 e 717.

pessoas jurídicas, ou seja, por a sociedade comercial que lhe está intrinsecamente ligada⁴.

Posto isto, o cerne do presente trabalho diz respeito à existência, ou não, de uma obrigação de não concorrência após a transmissão da empresa. Será objeto desta investigação a obrigação de não concorrência na transmissão direta (*Asset Deals*) que se reporta à transferência da titularidade da empresa e que tem como negócio protótipo o trespasse. Por outro lado, fará também parte deste estudo aferir a existência, ou não, dessa mesma obrigação no caso da transmissão indireta (*Share Deals*). Esta transmissão indireta prende-se com a transferência da empresa coletiva, ou parte dela, através da compra de participações sociais. Nestes casos, a empresa, contrariamente ao estabelecimento individual, não é explorada por uma pessoa física, mas sim por uma pessoa jurídica/moral que é a sociedade comercial.

Será que aquele que transmite a empresa fica obrigado a não concorrer com aquele que a adquiriu? Se sim, qual o fundamento? Se tal obrigação existir qual o seu âmbito? Quem são os sujeitos que ficam vinculados? Apenas o alienante, ou será que outros indivíduos podem representar tanto perigo como o próprio alienante? Admitindo a existência de tal obrigação, será ela duradoura? Será que possui limites geográficos? Estas são algumas das questões às quais tentaremos dar resposta no trabalho que nos propomos redigir.

⁴ Historicamente, a empresa individual conduzida pelo pequeno empresário, assumiu-se como a protagonista no “teatro” do sistema económico. Isto ficou-se a dever ao próprio modelo económico que assentava numa base atomística e que se afirmou durante séculos. Contudo, com a evolução do capitalismo, que passou de mercantil a industrial no séc. XIX, de industrial a financeiro no século XX e de financeiro a globalizado de base tecnológica no séc. XXI, o paradigma alterou-se radicalmente, transformando por completo o sistema económico. Naturalmente, que estas alterações repercutiram-se no modelo comum de empresa, que deixou de ser a individual, explorada pelo pequeno empresário, e passou a ser coletiva ou societária, explorada por uma pessoa jurídica - a sociedade comercial.

1. A Transmissão da Empresa

1.1. Os *Asset Deals*, em particular o *trespasse* como protótipo da transmissão direta.

Nos dias de hoje, a transmissão pode operar-se quer por via direta, quer por via indireta, consoante o tipo de venda em causa e mediante o negócio pelo qual se opte.

Convém, desde já, realizar a distinção entre as diferentes formas de transmissão da empresa, direta e indireta, *Asset Deals* e *Share Deals*, respetivamente. Seguindo Engrácia Antunes⁵, constata-se que as transmissões diretas se verificam amiúde no âmbito das pequenas empresas de estrutura individual, ao passo que as transmissões indiretas ocorrem nas médias e grandes empresas de estrutura coletiva. A opção por realizar uma ou outra envolve a ponderação de vários fatores, tais como, a forma jurídica da empresa negociada, a fisionomia do transmitente, a fisionomia do transmissário ou o estado da própria empresa, entre outros.

Neste primeiro momento, focar-nos-emos na modalidade de transmissão direta, denominada também pela literatura jurídica como *Asset Deals*. Não causa estranheza que, num sistema económico caracterizado pela existência de inúmeros empresários individuais, a transmissão direta se assuma com insofismável relevo e preponderância. Dentro desta (*Asset Deals*), podemos ter várias modalidades que lhe estejam subjacentes. Atente-se nos seguintes exemplos: o *trespasse*, que se assume como modalidade prototípica e se caracteriza pela transmissão definitiva da propriedade empresarial; a locação, que se assume como modalidade especial e possibilita a transmissão temporária e onerosa, além de outras modalidades com maiores especificidades e que permitem também transmitir de forma direta⁶.

Não obstante, para que possamos “levar a água ao nosso moinho”, centrar-nos-emos naquela que é a modalidade prototípica dos *Asset Deals* - o *Trespasse* - e de seguida debateremos a questão da existência da obrigação de não concorrência após a realização deste.

⁵ J. Engrácia Antunes, “A empresa como objeto de negócios- *Asset Deals* vs. *Share Deals*”, ROA, ano 68.º, (2008), p. 729.

⁶ Existem figuras mistas e alternativas dos negócios transmissivos que foram referidos. Como exemplo das primeiras, imaginemos uma compra e venda a retro, ou uma locação financeira. Por outro lado, e como paradigma de figuras alternativas, podemos pensar em contratos de subordinação, como contrato de gestão, entre vários outros exemplos.

De acordo com Cassiano Dos Santos “o trespasse é uma designação genérica que abrange vários negócios, cujo elo comum é terem por objeto um estabelecimento comercial, e que, na utilização mais usual do vocábulo, envolvem a transmissão do direito de propriedade sobre ele”⁷. É um negócio que se relaciona sobretudo com a empresa individual “enquanto organização unitária de meios produtivos”⁸. Por outro lado, é um negócio que possibilita a transmissão a título definitivo daquela.

Com o trespasse, as partes contratuais acordam transmitir o estabelecimento e, posteriormente, uma parte contratual (trespasante) transmite à outra (trespasário) a propriedade daquele. Face a isto, o trespasário passa a gozar plena, perpétua e exclusivamente de um conjunto de faculdades associadas ao direito que lhe foi transmitido, assim como adquire a faculdade de explorar, transformar, gerir, organizar aquele estabelecimento. Em suma, no caso da transmissão direta o objeto negocial assume o estabelecimento como um todo, ou seja, a empresa é transmitida e adquirida enquanto bem unitário *juseconómico*, e não como conjunto de bens dispersos que integram a mesma.

1.2. Os *Share Deals*, em particular a compra e venda de participações sociais como protótipo da transmissão indireta.

As alterações sofridas no sistema económico, como já tivemos oportunidade de frisar, ditaram que a organização coletiva, ou societária, explorada por uma pessoa coletiva (sociedade comercial), retirasse o protagonismo à empresa individual, que durante muitos séculos, se havia assumido como a personagem principal de um sistema económico que assentava num tipo de capitalismo deveras distinto daquele que existe atualmente entre nós. Naturalmente, esta evolução fez-se sentir no mundo *juscomercial* e, por consequência, repercutiu-se na forma como a empresa pode ser negociada e transmitida. Vimos que os negócios sobre a empresa individual visam, essencialmente, a última em si, enquanto bem unitário, fazendo aquela parte do património do pequeno empresário ou empresário individual. Assim, fácil fica de concluir que a sua negociação/transmissão se realize através de meios que operem uma transmissão direta.

Inversamente, a circulação dos tipos empresariais coletivos (que, como vimos, trazem subjacentes a si uma pessoa jurídica autónoma face ao empresário) é suscetível,

⁷ Filipe Cassiano Dos Santos, “*Direito Comercial Português*”, p. 303.

⁸ J. Engrácia Antunes, *Ob. Cit*, p. 729.

em razão da última característica, de se realizar quer através de forma direta (*Asset Deals*), quer de forma indireta (*Share Deals*) que, ao contrário da direta, em que se transmite o estabelecimento como bem unitário e leva a que alguém veja este englobado no seu património, investe o adquirente na titularidade económica daquela. Ou seja, enquanto na transmissão direta é transferida a titularidade jurídica (propriedade da empresa), na transmissão indireta transmite-se uma posição de controlo sobre o capital social e a governação da mesma (titularidade económica). Nos dias de hoje, este último modelo de transferência assume uma posição de supremacia face ao modelo direto de transmissão.

A transmissão indireta (*Share Deals*) pode ser realizada através de várias modalidades negociais. Nomeadamente, a compra e venda de participações sociais que se assume como a modalidade prototípica da transmissão indireta⁹. Esta caracteriza-se pela transmissão de frações do capital social, e não pela transferência do património da sociedade¹⁰. Efetivamente, existe uma discussão acesa em torno da relevância da transmissão de participações societárias de controlo como forma de transmissão. Esta discussão centra-se no facto de a transmissão negocial de participações sociais poder, ou não, ser tratada e olhada da mesma forma que a transmissão direta. Desta forma, estabelece-se um debate doutrinal e jurisprudencial acerca daquela que deve ser a equiparação existente entre um tipo de transmissão e o outro¹¹. Atualmente, são três as teses que se debruçam sobre a possibilidade de equiparação entre a transmissão direta e a transmissão de ações ou quotas.

Desde logo, uma tese de teor mais extremo que coloca em causa a possibilidade de qualquer equiparação entre as duas realidades¹². Elencando uma série de motivos,

⁹ A transmissão indireta possui várias e diversificadas modalidades negociais, desde logo, o “*leveraged buyout*”. Este prende-se com o facto de ocorrer uma aquisição de uma empresa em que o adquirente recorre ao financiamento junto de um terceiro e oferece como garantia o próprio património daquela. Também podemos dar como exemplo de modalidade especial de transmissão indireta as reorganizações societárias, tais como as *fusões e cisões*. Nestes casos, duas sociedades podem originar apenas uma sociedade, ou, no caso oposto, o património de apenas uma sociedade é dividido e cria duas sociedades. Assim, não restam dúvidas que estas operações podem operar uma modalidade alternativa de transmissão. Exemplos de modalidades especiais de transmissão são também as *liquidações societárias, judiciais e insolvências*, isto porque as sociedades ou estabelecimentos que passam por este momento revelam-se bastante atrativas aos olhos dos empresários mais atentos. Daí não ser de estranhar que os processos de liquidação sejam encarados como uma modalidade especial de transmissão real.

¹⁰ J. Engrácia Antunes, Ob. Cit, p. 72.

¹¹ A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, *Compra e Venda de Empresa*, 78, in 137 “*Revista de Legislação e de Jurisprudência*”, (2007), pp. 75-100; F. Komparato e Calisto Salomão, “*O Poder de Controle na Sociedade Anónima*”, pp. 260 e ss. (apud Antunes, J. Engrácia, Ob. Cit, pp. 720 e ss.).

¹² Boneli, Franco, “*Giurisprudenza e Dottrina su Acquisizioni di Società e di Pacchetti Azionari di Riferimento*”, in: AAVV, pp. 3-48; Oppetit, Bruno, “*Les Cessions de Droits Sociaux Emportant le Transfert du Contrôle d’une Société*”, pp. 631-654; Romero, J. Gondra, “*La Estructura Jurídica de La*

nomeadamente, o facto de na transmissão de participações sociais o objeto negocial se reportar a frações do capital social e não ao património da sociedade, assim como neste tipo de transmissão nem sempre ocorrer a aquisição de uma posição de controlo da sociedade comercial, *maxime*, nos casos de aquisições de uma minoria de participações sociais. Para além disto, argumenta-se ainda com o facto de mesmo nas aquisições totalitárias de participações sociais o sócio adquirente nunca se tornar proprietário da empresa, dado existir uma personalidade própria e autónoma na sociedade comercial.

Por outro lado, podemos encontrar a tese que sustenta uma equiparação total entre a transmissão de frações sociais e a transmissão direta¹³. Esta tese alicerça-se em vários argumentos. Por exemplo, o facto de nas aquisições maioritárias, ou mesmo totalitárias de participações sociais, ser transferido o controlo da empresa enquanto organização de meios produtivos. Logo, acaba por ser esta a verdadeira causa negocial destes contratos, acontecendo, no final de contas, aquilo que acontece na transmissão direta.

A meio do caminho, surge uma posição intermédia e que colhe a nossa preferência¹⁴. De acordo com esta, devemos atender ao caso concreto e operar com três critérios/factos essenciais para que se possa falar de transmissão indireta e equipará-la à transmissão direta. Desde logo, o primeiro critério prende-se com a morfologia do poder de controlo societário, isto é, para que possamos realizar equiparação e falar numa verdadeira transmissão indireta, a transmissão das participações deve investir o adquirente na titularidade do controlo da sociedade. Tal ocorre nos casos de aquisição da totalidade do capital social, assim como, em regra, na aquisição maioritária. Um segundo critério prende-se com a vontade das partes contratantes, isto é, deve concluir-se que foi vontade das partes transferir a empresa. Deste modo, devemos recorrer a subsídios interpretativos, tais como as negociações entre as partes, os acordos preliminares, ou o texto do contrato, entre outros aspetos, para que possamos apurar se as partes quiseram, ou não, concluir um contrato de compra e venda. Para Engrácia Antunes, “inversamente, já não haverá que falar em transmissão da empresa quando dos termos do negócio aquisitivo das ações ou quotas resulte terem as partes querido

Empresa”, pp. 572, “*Revista de Derecho Mercantil*” (1998), pp. 480-590; (apud Antunes, J. Engrácia, Ob. Cit, pp. 720 e ss.).

¹³ Galgano, Francesco, “*Cessione di Partecipazioni Sociali e Superamento dell’ Alterità Soggettiva fra Socio e Società*”, in: 20, “*Contrato e Impresa*” (2004), pp. 537-544; Álvarez, M, Câmara, “*La venta de la Empresa Mercantil: Principales Problemas que Plantea*”, In: XXIV “*Anales de la Academia Matritense del Notariado*” (1982), pp. 280-390, (apud Antunes, J. Engrácia), Ob. Cit, pp. 720 e ss.).

¹⁴ J. Engrácia Antunes, Ob. Cit, p. 729.

negociar exclusivamente o veículo jurídico-societário (no caso da chamada “compra de capa”, em que a sociedade não é titular de qualquer empresa)”¹⁵. Por fim, e como último critério, deve ser tido em conta o fundamento e o conteúdo das normas legais aplicadas e, através destas, devemos tentar apurar se a norma que se aplica ao caso concreto realiza uma equiparação entre a transmissão direta e a transmissão indireta.

Sempre que concluirmos que se verificam estes três requisitos devemos equiparar a transmissão indireta da empresa à transmissão direta¹⁶.

É um facto que a alienação de participações sociais, mesmo que na sua totalidade, não se confunde com a alienação da empresa social. Desde logo, porque no primeiro caso o objeto negocial são as participações sociais (quotas/ações/partes), permanecendo a empresa no domínio da sociedade. No segundo caso, o objeto negocial é a própria empresa, que se transmite da sociedade comercial para outro sujeito¹⁷. Todavia, como vimos, preenchidos certos requisitos, a alienação de participações sociais é equiparável ao trespasse da empresa social, inclusive naquilo que respeita à obrigação implícita de não concorrência, que já de seguida, iremos aprofundar.

Feita a exposição daquelas que são as diferentes modalidades de transmissão (direta e indireta)¹⁸, passaremos a abordar aquele que é o cerne deste trabalho - a obrigação de não concorrência no caso de transmissão da empresa. Se chegarmos à conclusão que deve ser realizada a equiparação da compra de participações sociais de

¹⁵ J. Engrácia Antunes, Ob. Cit, pp. 729 e ss.

¹⁶ Para mais considerações sobre a equiparação de *share deal* a *asset deal* vide Nogueira Serens em “Das Obrigações de não concorrência na negociação definitiva da empresa”, pp. 22-47; Assim como o estudo de A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, “Compra e venda da empresa”, RLJ, ANO 137.º, novembro-dezembro de 2007, pp. 76 e ss.

¹⁷ Coutinho de Abreu, “Curso de Direito Comercial”, p. 310.

¹⁸ Cumpre-nos dar uma achega àquelas que são as diferenças de regime entre os diferentes tipos de transmissão, para que, em momento ulterior, nos possamos concentrar no cerne do nosso estudo, que é a obrigação de não concorrência derivada dos negócios de alienação de empresa.

De acordo com Engrácia Antunes, naquilo que concerne ao regime da transmissão direta, podemos concluir que este assenta num modelo negocial sintético, que se caracteriza por ser um modelo minimalista e autónomo face ao regime dos negócios transmissivos subjacentes (compra e venda, locação). Dada a sua natureza, é um regime que se limita a regular aspetos básicos, tais como a identificação das partes contratantes, o objeto negocial, entre outros aspetos básicos. Naquilo que diz respeito à transmissão indireta, o seu regime constrói-se com base num modelo analítico. Este tipo de modelo surgiu com a finalidade de colmatar as insuficiências do direito civil e comercial relativas à empresa enquanto objeto de domínio e de negócios jurídicos. Contrariamente ao modelo que referimos a propósito da transmissão direta, este caracteriza-se pelo seu teor maximalista que assenta em várias fases. Num primeiro momento, uma fase preparatória, em que são celebrados acordos preliminares destinados a auxiliar as partes. Num segundo momento, uma fase obrigacional, em que são celebrados os acordos de transmissão e, onde são regulados diversificados aspetos, como por exemplo, o pagamento do preço, certos deveres, etc. Por fim, temos uma fase real onde as partes podem e devem celebrar o acordo de execução e onde se dá a transferência do montante pecuniário correspondente ao preço da venda.

uma sociedade à compra da empresa social, o transmitente das participações ficará implicitamente obrigado a não concorrer.

2. A Obrigação de Não Concorrência na Transmissão da Empresa

2.1. Natureza e Existência

Em termos gerais, define-se a obrigação de não concorrência como a obrigação que leva a que “o trespassante fique obrigado a, num certo espaço e durante um certo tempo, não concorrer com o trespassário, nomeadamente não exercendo atividade semelhante à exercida através do estabelecimento trespassado”¹⁹. Assim, podemos classificar esta obrigação, *grosso modo*, como constituindo uma prestação de facto material negativo, na categoria de *non facere*, infungível, indivisível e de execução continuada. De forma mais detalhada, chegamos a este raciocínio do seguinte modo. *Primus*, as obrigações, quanto ao seu conteúdo, podem ser de coisa ou de facto, consoante a prestação subjacente à obrigação consista na entrega de uma coisa, de um objeto ou, ao invés, num comportamento do devedor. Dentro das obrigações de facto, podemos ter obrigações de facto positivo ou negativo, conforme esteja em causa a obrigação de praticar determinada ação, conduta ou atividade ou, inversamente, a obrigação de se abster de omissão. Dentro desta última submodalidade podemos fazer a distinção entre obrigações de *non facere* ou de *pati*. Na primeira existe uma obrigação de não fazer, na segunda um dever de deixar fazer. *Secundus*, as obrigações podem ser de facto material ou de facto jurídico. As primeiras reportam-se aquelas prestações em que a conduta que o devedor se compromete a realizar é uma conduta puramente material, não destinada à produção de efeitos jurídicos (por exemplo, realizar ou não determinada obra). As segundas ocorrem quando a conduta do devedor aparece destinada à produção de efeitos jurídicos, sendo que esse resultado jurídico é incluído na prestação (por exemplo, mandato, celebrar ou não celebrar determinado contrato). *Tertius*, a obrigação de não concorrência pode ser classificada como uma obrigação infungível, visto que a prestação não pode ser realizada por pessoa diferente daquele que possui o dever de não concorrência e tal justifica-se porque a prestação está intimamente relacionada com as qualidades pessoais do alienante do estabelecimento

¹⁹ Coutinho de Abreu, Ob. Cit, p. 291.

comercial. Esta obrigação é classificada também como indivisível, dado que o objeto da obrigação não é suscetível de divisão. Relativamente ao tempo da realização da prestação, podemos classificar as obrigações como sendo instantâneas, continuadas ou periódicas, sendo critério de distinção, o facto de se esgotarem num ato isolado, de se prolongarem no tempo ou de se resolverem em atos sucessivos de forma regular ou irregular, respetivamente. Quanto a este critério, podemos classificar a obrigação de não concorrência como sendo de realização continuada e prolongada no tempo. Durante determinados limites temporais que iremos analisar em momento ulterior.

Depois de definida e classificada a obrigação de não concorrência, torna-se oportuno dar um exemplo em que existe concorrência por parte do trespassante/transmitente e, conseqüentemente, ocorre uma violação da proibição de não concorrer. Imaginemos que o proprietário de um estabelecimento de restauração decide, a dada altura, vender o seu restaurante. Visto que os níveis de aviamento do restaurante eram bastante altos, consegue vender o mesmo por um preço bastante interessante. O estabelecimento possuía níveis de clientela muito acima daqueles que existiam nos estabelecimentos vizinhos. Tal facto devia-se à qualidade das suas refeições, mas também aos conhecimentos e contactos pessoais do seu antigo proprietário. Face a isto, o comprador (aqui trespassário) pagou um preço altíssimo pelo estabelecimento, convicto de que teria oportunidade de reaver o seu investimento em poucos anos, dados os níveis de aviamento e clientela do restaurante.

Realizado o trespasse, o novo proprietário abriu a porta ao público e constatou que, de facto, a clientela continuava a conhecer o caminho para o restaurante, por conseguinte, os níveis de faturação expectáveis antes do negócio verificaram-se na realidade. Contudo, o vendedor (aqui trespassante), volvido algum tempo, após a celebração do negócio, decide arrendar um prédio urbano nas imediações (ou mesmo adquirir) e, em consequência, criar um novo negócio de restauração. Face a esta realidade, aquele que era um negócio altamente lucrativo (o que foi trespassado) viu, de um momento para o outro, os seus níveis de faturação caírem a pique, em resultado da clientela “fugir” para o novo restaurante do trespassante.

O problema que se coloca reside no facto de não existir uma disposição legal específica, que proíba esta conduta por parte do trespassante (obrigação de não concorrência). Face a esta omissão de consagração legal, surgem duas alternativas para que possamos falar na existência da obrigação de não concorrência: por um lado, a via contratual, por outro, a admissão de uma obrigação implícita de não concorrência

suportada em determinados fundamentos invocados pela doutrina. Relativamente à primeira alternativa, podem as partes, através do princípio da autonomia privada, estipularem no contrato a existência dessa obrigação? Tal como refere Cassiano dos Santos, “os contraentes podem, ao abrigo da liberdade contratual, estabelecer uma obrigação de não concorrência explícita”²⁰. Para este autor, tal estipulação é possível desde que se limite a cobrir e concretizar a obrigação implícita de não concorrência. Se for além da obrigação implícita, terá de respeitar sempre os princípios da liberdade económica e da concorrência, pois, só se poderá colocar em causa os princípios da iniciativa económica e da concorrência desde que se verifique uma justa causa, ou seja, desde que face às circunstâncias existentes subsista um interesse digno de proteção, que seja apto a justificar eventuais limitações aos princípios referidos anteriormente. Se tal não acontecer, tal cláusula ou conjunto de cláusulas serão nulas. Em sentido oposto, convém frisar também que os contraentes podem limitar ou mesmo afastar tal obrigação, mediante certos limites, isto é, têm de respeitar a obrigação de entrega e o dever de não evicção. Perante estes motivos, sempre que tenhamos cláusulas a afastar a obrigação de não concorrência, tais cláusulas necessitam de ser cuidadosamente interpretadas para ver até que ponto não colocam em causa a obrigação de entrega e de não evicção. Se o fizerem serão nulas²¹.

Na transmissão indireta (*Share Deals*) a autonomia privada é o meio por excelência de garantir tal obrigação. Nesta modalidade de transmissão, via de regra, o contrato tenta prever e acautelar todas as situações hipotéticas e imagináveis, garantindo que aquele que adquire uma participação social está tutelado contra a indesejável concorrência daquele que lhe transmitiu a participação na empresa. O problema coloca-se sobretudo no caso da transmissão direta (*Asset Deals*) em que, por norma, as partes não regulam esta situação. O contrato nesta modalidade de transmissão não possui a abrangência e exaustividade que possui na transmissão indireta e acaba por alhear-se a essa realidade. Deste modo, surge a questão de saber se, nestes casos, em que a via contratual não prevê nada, está o adquirente protegido contra a concorrência do transmitente.

²⁰ Cassiano dos Santos, Ob. Cit, pp. 332-333.

²¹ Coutinho de Abreu, Ob. Cit, p. 314.

2.3. A Ausência de Consagração Legal

Dentro das nossas fronteiras, esta obrigação não possui fundamento legal, o que não faz de nós exceção à regra, mas sim, parte da última, atendendo ao facto de apenas em Itália tal obrigação surgir legalmente consagrada²². Para além disso, tal omissão de regulação deve-se à natureza das normas que disciplinam a transmissão da empresa, *maxime*, o *trespasse*. É unânime, do ponto de vista doutrinal, que o último configura um ato de comércio objetivo e, conseqüentemente, encontra-se sujeito às normas desse ramo, ou seja, do Direito Comercial²³. Assim sendo, e tendo presente que tal ramo se caracteriza pelo seu teor fragmentário²⁴, fácil fica perceber a ausência de regulação existente face à obrigação de não concorrência. Para além da característica referida anteriormente, junta-se a atonicidade/dispersão normativa própria e relacionada com a disciplina do estabelecimento comercial que possui normas espalhadas e dispersas por vários e diversos diplomas.

2.4. Fundamento

Como vimos, não existe uma disposição legal que proíba esta conduta por parte do transmitente. Todavia, tal realidade sensibiliza a doutrina e a jurisprudência.

De acordo com a doutrina e jurisprudência, existem vários e diversos fundamentos que suportam e servem de base a esta obrigação. Desde logo, a obrigação de garantia existente nos contratos de compra e venda (o dever do alienante entregar a coisa alienada e assegurar o gozo pacífico dela), a boa-fé no cumprimento dos contratos, a concorrência leal devida no comércio, o princípio da equidade, os usos do comércio e a garantia contra a evicção, isto porque, similarmente ao que se passa na maior parte dos ordenamentos estrangeiros, não existe regulamentação específica que sustente a obrigação de não concorrência no caso de transmissão da empresa.

Desde cedo começou a ser sufragada e fundamentada a existência da obrigação implícita de não concorrência. Logo no início do século XX, a Revista de legislação e

²² Nuno Aureliano, “A obrigação de não concorrência do *trespassante* de estabelecimento comercial no Direito Português”, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, p. 744.

²³ Menezes Cordeiro, “Manual de Direito Comercial” I, pp. 45 e ss; Ferrer Correia, “Sobre a projetada reforma da legislação comercial portuguesa”, pp. 31; Pupo Correia, “Direito comercial, direito da empresa”, pp. 50 e ss.

²⁴ Oliveira Ascensão, “Direito Comercial”, Vol. I, pp. 130-150; Coutinho De Abreu, ob. Cit, p. 29; Menezes Cordeiro, ob. Cit, pp. 100-106.

Jurisprudência²⁵ pronunciou-se sobre esta questão. Acompanhou a doutrina francesa ao afirmar que aquela obrigação seria a forma de garantir a assunção pelo adquirente dos valores próprios da empresa, mormente a clientela. A RLJ fundamentou tal obrigação, não só no princípio da boa-fé, mas também através do dever do alienante garantir e assegurar a propriedade e a posse pacífica da coisa comprada, isto é, a empresa²⁶. Pouco tempo depois, seria a vez de Barbosa de Magalhães se pronunciar, com base no mesmo fundamento, afirmando que “o comerciante, que trespassa o seu estabelecimento, não pode dentro de um certo espaço e de certo tempo, [...] montar um [...] similar ramo de negócio”²⁷.

Dentro dos autores que se socorrem deste fundamento, Orlando de Carvalho associa o âmbito da obrigação de garantia a elementos específicos dessa organização, a certos volumes de negócios e a certos lucros líquidos. Assim sendo, faz recair sobre o transmitente uma obrigação de garantir que a empresa transmitida não é afetada no seu aviamento²⁸. Alicerçando a sua posição no mesmo fundamento, Ferrer Correia refere que com a transmissão da empresa é imprescindível que seja garantida a função da unidade económica nos mesmos moldes em que era exercida anteriormente pelo alienante, de forma a que não seja comprometida a função lucrativa. Conclui este autor que pode o alienante “estabelecer-se em condições em que não desvie a seu favor a clientela do anterior estabelecimento”²⁹.

Para Coutinho de Abreu, “a empresa que o trespassante tem de entregar é um bem complexo, com certos valores de organização e (em regra) de exploração. Normalmente, o alienante (ou os seus representantes) conhece as características organizativas da empresa e mantinha relações pessoais com financiadores, fornecedores e clientes. Seria pois particularmente perigosa a concorrência por ele exercida; essa concorrência “diferencial” poria em risco a subsistência da empresa alienada, impediria uma efetiva entrega da mesma ao adquirente”³⁰. Ao encontro desta posição, Cassiano dos Santos enuncia que a obrigação de não concorrência não deriva de forma específica de um preceito legal. Assim, conclui que tal obrigação não possui, entre nós, existência autónoma, isto porque, para o professor, “o transmitente de uma empresa, como qualquer outro, fica tão-só sujeito aos deveres gerais de entrega e não evicção, os quais

²⁵ Autor desconhecido.

²⁶ Maria Elisabete Ramos, “*trespasse do estabelecimento comercial*”, p. 346.

²⁷ Barbosa de Magalhães, Ob. Cit, p. 289.

²⁸ Orlando de Carvalho, Ob. Cit, p. 401.

²⁹ Ferrer Correia, Ob. Cit, pp. 36-37.

³⁰ Coutinho de Abreu, Ob. Cit, p. 308.

[...] podem implicar [...] certas abstenções, mas não um dever geral de não concorrência - a proibição de concorrer só se apresenta na medida em que comporte violação dos deveres gerais de entrega e não evicção”³¹.

Também Maria Elisabete Ramos se socorre do fundamento enunciado, inclusive referindo que existe “uma certa cristalização doutrinal portuguesa [que fundamenta] a obrigação implícita de não concorrência [...] na obrigação de entregar a coisa cedida, ou seja o estabelecimento”³².

Paralelamente, o Professor Nogueira Serens salienta que “tradicional é, entre nós, o entendimento de que o fundamento para essa obrigação radica no dever de o vendedor entregar a coisa vendida e assegurar o gozo pacífico dela”³³.

Naquilo que diz respeito à jurisprudência, não existe orientação unânime. Todavia, alguns arestos sustentam a obrigação implícita de não concorrência.³⁴ Por um lado, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Janeiro de 1997, cuja realidade que lhe está subjacente se resume ao facto de, após um trespasse de dois salões de cabeleireiro, uma sociedade, da qual um dos trespasantes fazia parte, inaugurar um salão de cabeleireiro nas redondezas, absorvendo parte da clientela dos mesmos. Ocorreu assim uma desvalorização dos estabelecimentos trespasados, conseguindo arrastar parte da clientela dos últimos. Este acórdão baseou a sua decisão na obrigação implícita de não concorrência e citou Coutinho de Abreu referindo que não havia ocorrido uma entrega efetiva da coisa³⁵.

Podemos constatar que a existência de uma obrigação implícita de não concorrência fundada numa obrigação de garantia colhe apoio doutrinal e que, em paralelo, é apoiada por alguma jurisprudência.

Outro dos fundamentos que alguns autores apontam para a existência de tal obrigação prende-se com a boa-fé no seu sentido objetivo. Esta, neste sentido, refere-se ao conjunto de princípios, regras e ditames que orientam o comportamento adequado do

³¹ Cassiano dos Santos, Ob. Cit, p. 324.

³² Maria Elisabete Ramos, Ob. Cit, p. 345.

³³ Nogueira Serens, “*Trespasse de Estabelecimento Comercial – dever de não concorrência pelo trespasário*”, pp. 22 e ss.

³⁴ Nuno Aureliano, Ob. Cit, pp. 760 e ss.

³⁵ Por outro lado, no ac. do STJ de 17 de fevereiro de 1998, também foi referido o mesmo fundamento, isto é, a obrigação de garantia. Neste caso, estava em causa um trespasse de uma agência funerária, e volvidos 5 anos e meio, após o trespasse, o trespasante foi nomeado gerente de outra agência funerária. Neste aresto o STJ admitiu a obrigação implícita de não concorrência como consubstanciando uma exceção à regra da liberdade de concorrência, fundamentando tal obrigação implícita no “dever que cabe ao vendedor de entregar a coisa, de modo a permitir a sua plena utilização e seu gozo”. Todavia, dado o hiato temporal decorrido, isto é, 5 anos e meio, o tribunal julgou que não estaria em causa a violação da obrigação implícita de não concorrência, mas sim a existência de concorrência desleal.

ponto de vista objetivo a cada situação. Já a boa-fé subjetiva relaciona-se com um estado intrínseco ao sujeito³⁶.

Dentro dos autores que fundamentam a existência de tal obrigação na boa-fé, surge Antunes Varela³⁷. Entende este que a relação jurídica contratual, para além de os deveres principais e dos deveres secundários face à prestação principal, possui ainda os deveres acessórios de conduta. Para aquele jurista, estes deveres, que pertencem no fundo a uma terceira categoria, podem nascer em momento anterior à relação contratual e paralelamente podem perdurar em momento posterior à extinção daquela. Assim, “[trata-se de deveres] que não [respeitam] diretamente, nem à preparação, nem à perfeita (correta) realização da prestação devida (principal). Mas que [interessam] ao regular desenvolvimento da relação [...] nos termos em que ela deve processar-se entre contraentes que agem honestamente e de boa-fé nas suas relações recíprocas”³⁸. Este autor exemplifica, como sendo um dever acessório de conduta, a obrigação implícita de não concorrência decorrente do negócio de alienação da empresa.

Menezes Cordeiro³⁹ encontra também na boa-fé a base necessária para a existência de um dever de não concorrência no caso de transmissão da empresa. Também Menezes Leitão vê nesta figura o fundamento para tal obrigação, enunciando que “o vendedor estará naturalmente sujeito aos deveres acessórios impostos pelo princípio da boa-fé, nos termos do art. 762.º, n.º, 2 do Código Civil”⁴⁰.

Relativamente à jurisprudência, existem vários arestos que se socorreram da boa-fé para fundamentar a obrigação implícita de concorrência no caso de transmissão da empresa⁴¹.

³⁶ Menezes Cordeiro, “*Tratado de Direito Civil Português*”, pp. 223-269; Pedro Pais de Vasconcelos, Ob. Cit, pp. 390 e ss; Norman Mascarenhas, “*A boa-fé no Direito Comercial – Natureza e algumas incidências da cláusula geral in Temas de Direito Comercial*”, pp. 177-205.

³⁷ Antunes Varela, “*Das Obrigações em geral*”, pp. 120-130.

³⁸ Para Antunes Varela, “os deveres acessórios de conduta estão hoje genericamente consagrados, na vastíssima área das obrigações, através do princípio geral proclamado no artigo 762.º, segundo o qual “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé e nas diversas disposições legais que contemplam o mesmo pensamento”.

³⁹ Menezes Cordeiro, “*Manual de Direito Comercial*”, p. 249.

⁴⁰ Menezes Leitão, “*Direito Das Obrigações*”, p. 35.

⁴¹ Acórdão do STJ de 13-03-2007, segundo o qual “a transmissão definitiva por trespasse da propriedade de um estabelecimento de pastelaria, confeitaria e café envolve o conjunto de todos os seus elementos corpóreos e incorpóreos, contando-se entre os últimos a clientela (quer a certa, resultante de relações contratuais já estabilizadas, quer a virtual, correspondente à expectativas de que novos clientes se dirijam à empresa). Deve entender-se, nesta medida, que tal negócio é integrado por uma cláusula implícita de não concorrência, de harmonia com a qual constitui concorrência ilícita a captação de clientela do estabelecimento trespassado pelo trespassante. O fundamento jurídico da obrigação de não concorrência encontra-se na norma do art. 879.º, al. b), conjugada com o princípio fundamental da boa-fé fixado no art. 762.º, n.º, 2, ambos do Código Civil.

Também a lealdade no comércio já foi invocada como fundamento da obrigação implícita de não concorrência. Contudo, para além de alguma jurisprudência, apenas Barbosa de Magalhães⁴² se reportou a esta e, mesmo este, não se socorreu exclusivamente daquela figura, isto é, referiu a concorrência leal paralelamente à obrigação de garantia e a boa-fé, como vimos anteriormente. Jurisprudencialmente a figura da concorrência leal recebeu apoio deveras significativo⁴³.

Para lá do que já tivemos oportunidade de enunciar, ainda existem outras figuras que têm sido invocadas como fundamento da obrigação implícita de não concorrência, nomeadamente a equidade e os usos do comércio.

Apesar de a esmagadora maioria da doutrina se inclinar para a existência de tal obrigação no negócio de alienação da empresa, surge entre nós uma voz que se manifesta no sentido oposto, isto é, nega a existência de tal obrigação.

Nuno Aureliano, num estudo profundo sobre o tema, conclui pela não existência de tal proibição. Este autor começa por constatar que a obrigação implícita de não concorrência não se encontra regulada entre nós. Contudo, admite que essa realidade “não é óbice à construção da obrigação de não concorrência” visto que poder-se-ia sempre fundamentar a sua existência à luz do nosso sistema. Ainda assim, para Aureliano “tudo está em saber então, se essa fundamentação é, de facto, adequada”.

Assim, cometeu ilícito contratual por violação da obrigação de não concorrência o dono duma pastelaria, confeitaria e café denominada “D...” que cerca de oito meses após o respetivo trespasse abriu na mesma rua, a cerca de trezentos metros de distância, um estabelecimento denominado “D...” dedicado ao mesmo ramo de negócio e nele continua a utilizar o número do telefone da pastelaria trespasada”.

Acórdão da Relação do Porto de 15-10-2004, de acordo com o qual, “o trespasse pode implicar ou não a obrigação de não concorrência por parte do trespasante, consoante os ditames do princípio da boa-fé contratual”. Na década de 90, o Tribunal da Relação de Coimbra tinha, no seu acórdão de 1 de junho de 1999, sustentado a existência de uma obrigação implícita de não concorrência com base na boa-fé. Em causa estava o trespasse de uma empresa de reparações de material elétrico, e aquando do trespasse foi convencionada a obrigação de não concorrência. Todavia, o transmitente celebrou *a posteriori* um contrato de trabalho com um concorrente do trespasário, o que levou à perda de clientela.

Na sua decisão o tribunal da relação de Coimbra considerou a existência da violação de uma obrigação implícita de não concorrência fundada na boa-fé.

⁴² Barbosa de Magalhães, Ob. Cit, pp. 270-300.

⁴³ Vejamos o ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-12-2009. De acordo com este, “se numa localidade, os trespasantes começaram a exercer o comércio em estabelecimento do mesmo ramo, em local contíguo ao estabelecimento trespasado, tomando o A. conhecimento de tal facto logo no mês seguinte a ter começado a exploração do estabelecimento trespasado, fizeram-no em termos nitidamente ofensivos às normas e usos honestos da atividade económica, configurando concorrência desleal. De facto, se no valor do estabelecimento trespasado se entrou em linha de conta com o valor da clientela, existe, logo, à partida, uma obrigação implícita dos trespasantes de não concorrência, pois, caso contrário, iriam beneficiar novamente daquele elemento que já foi remunerado pelo trespasse celebrado. Isso é mais que suficiente para que o A. perca o interesse na realização do negócio prometido, que foi posto em crise pela atividade concorrencial desleal dos trespasantes e legítima aquele a resolver o contrato e a haver o montante do sinal entregue (cfr. art.s 808.º, n.º, 1 e 442.º, n.º, 2 ambos do CC)”. O ac. do tribunal da Relação do Porto de 14 de Março de 1996 também suportou a sua decisão na figura da concorrência desleal.

Para além disto, destaca como sendo fraco e incongruente o argumento que nega a obrigação com base no facto de a clientela não se assumir como elemento constitutivo do estabelecimento, nem atribuir direitos (sobre ela) ao adquirente. Para este é indiscutível o valor que a última assume no momento da negociação e “deve a clientela assumir relevo na análise da existência ou não duma obrigação implícita de não concorrência”. Este autor⁴⁴ considera que o ponto de partida está em admitir que existe uma “simples lacuna [...] que cumpre integrar”, atendendo a todas as regras do nosso sistema, nomeadamente ao art. 3.º do CCom. que prescreve que “se as questões sobre direitos e obrigações comerciais não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela previstos, serão decididas pelo direito civil”. Não existindo lei nem, por consequência imediata, espírito de lei, temos de recorrer a casos análogos existentes no direito comercial e só depois de debelada esta fase podemos fazer intervir a lei civil.

Desta forma, o mesmo autor consegue encontrar diversas disposições no âmbito comercial sobre a obrigação de não concorrência⁴⁵. Todavia, é no art. 9.º do DL n.º178/86, de 3 de julho (contrato de agência entretanto alterado pelo DL 118/93 de 13 de abril). Este vislumbra uma disposição que define, efetivamente, uma obrigação pós-contratual em que “não existe qualquer obrigação de não concorrência”⁴⁶. Depois de problematizar a possibilidade de aplicação analógica deste preceito às situações de transmissão da empresa, conclui como sendo “sustentável [...] o estabelecer uma analogia com o previsto a respeito da agência, deixando de tal forma cair a mesma obrigação”⁴⁷. Não obstante encontrar aqui argumento para a negação da proibição de

⁴⁴ Nuno Aureliano, Ob. Cit, pp. 766 e ss.

⁴⁵ Aureliano refere o art. 253.º do CCom. que estatui que “nenhum gerente poderá negociar por conta própria, nem tomar interesse debaixo do seu nome ou alheio em negociação do mesmo género ou espécie da de que se ache incumbido, salvo com expressa autorização do proponente”. Cita também quatro disposições do CSC que traduzem deveres de não concorrência, dentre as quais os arts.180.º, n.º, 1, o art. 254.º, n.º,1, assim como os arts.398.º, n.º, 3 e 428.º, n.º, 1. Nuno Aureliano refere que perante estes normativos poder-se-ia ser tentado a utilizar “o argumento da interpretação a contrário sensu. Assim, poder-se-ia afirmar que se a lei (art. 180.º, n.º, 1 do CSC) apenas aos sócios das sociedades em nome coletivo impõe que com sociedade não concorram, e nas sociedades de capitais (arts.254.º, n.º, 1, 398.º, n.º, 3 e 428.º, n.º, 1 do CSC) só aos titulares de órgãos de administração é vedado concorrer, *a contrario sensu*, os terceiros (maxime o trespassante que em relação à sociedade é terceiro), com a sociedade podem concorrer”. Contudo, o autor encontra três fatores que revelam o porquê deste raciocínio não colher e não servir para afastar a obrigação de não concorrência. Primeiro fator, este raciocínio só poderia ser utilizado no caso de o trespassário ser uma sociedade. Segundo, estas normas preveem obrigações que nascem e vivem na pendência de um contrato e não num momento posterior, tal como no caso da obrigação de não concorrência. E, por último, não está demonstrado o carácter excepcional destas normas.

⁴⁶ Nuno Aureliano, Ob. Cit, p. 774.

⁴⁷ Nuno Aureliano, Ob. Cit, p. 777.

concorrência, consegue encontrar outros fundamentos que, a seu ver, constituem principal objeção à existência de uma obrigação de não concorrência.

Invoca o, entretanto revogado, art. 36.º, n.º, 1 e 2 da LCT⁴⁸ (lei do contrato de trabalho criada pelo DL49. 408 de 24 de novembro de 1969) que dispunha o seguinte: “são nulas as cláusulas dos contratos individuais de trabalho e das convenções coletivas de trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício do direito ao trabalho, após a cessão do contrato”. Já o seu n.º, 2 estatua que “é lícita, porém, a cláusula pela qual se limite a atividade do trabalhador no período máximo de três anos subsequentes à cessação do contrato de trabalho, se ocorrerem cumulativamente determinadas situações”. Assim sendo, retirava-se deste preceito que, após a cessação do contrato de trabalho, não existia qualquer obrigação de não concorrência, contrariamente aquilo que se verificava na pendência do contrato, em que tal obrigação derivava do dever de lealdade que o trabalhador tinha para com o empregador.

Aureliano encontrava neste preceito fundamento para concluir pela não existência de qualquer obrigação, visto que “tal concorrência não é prosrita ao trabalhador, que só não a exerce se, ao abrigo da sua liberdade contratual, a tal se vincular”. O autor dá o exemplo de um pequeno estabelecimento (típica mercearia de bairro) em que se empregava apenas um trabalhador e se realizava um trespasse. Seguindo o entendimento da doutrina e de alguma jurisprudência, o trespasante não poderia estabelecer-se novamente, encontrando-se vinculado a uma obrigação implícita de não concorrência. Sem embargo, o trabalhador, que estaria mais familiarizado com a clientela, podia. Este era o segundo argumento que o autor aduzia contra a existência de uma obrigação implícita de não concorrência. Conquanto, ainda referia um terceiro argumento de cariz constitucional, isto é, de acordo com aquele, a admissão de tal obrigação “[podia], no limite, [desrespeitar] a liberdade de iniciativa económica privada”⁴⁹.

Frisa, na sua argumentação, que esta liberdade se insere hoje no âmbito dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, sendo que é tratada com autonomia pelo art. 61.º, n.º, 1, da CRP, que dispõe o seguinte: “a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela CRP e pela lei e tendo em conta o interesse geral”.

⁴⁸ O equivalente deste art. surge consagrado, atualmente, no art. 136.º do nosso Código do Trabalho.

⁴⁹ Nuno Aureliano, Ob. Cit, p. 781.

Jorge Miranda divide esta liberdade de iniciativa económica em dois momentos. Desde logo, um primeiro momento, que é relativo ao acesso à iniciativa económica, e um segundo, que se reporta à direção e gestão. De acordo com o autor supracitado⁵⁰, é na primeira fase/momento desta liberdade que podemos encontrar a “liberdade de iniciativa em sentido estrito ou [...] liberdade de estabelecimento”. Este autor enquadra aqui o direito de constituir uma empresa e considera que a admissão de uma obrigação implícita de não concorrência configura uma restrição inconstitucional, visto que “nem a obrigação de garantia da coisa nem um dever acessório emergente da boa-fé constituem radicais axiológicos suficientemente consistentes para se afirmarem como os [interesses protegidos] que a CRP ao caso exige”⁵¹.

2.5. Posição Adotada

Feita a exposição daquele que é o entendimento da maioria dos autores e dos tribunais, cumpre-nos, neste momento, a tarefa de optar por uma posição.

Como tivemos oportunidade de referir, a maioria da doutrina, embora com fundamentações diferentes, inclina-se no sentido de afirmar a existência de uma obrigação implícita de não concorrência. O único autor que nega tal realidade é Nuno Aureliano⁵². Efetivamente, este autor procura uma solução com base em argumentos sólidos e previstos no direito legislado, conseguindo, na minha opinião, trabalhar a problemática da obrigação de não concorrência de forma bastante interessante. Todavia, salvo o devido respeito, lavra alguns equívocos.

Julgo que a abordagem realizada por este se prende em demasia ao direito legislado e acaba por ignorar certos princípios fundamentais do nosso direito, assim como comparar situações que não são comparáveis.

Como vimos, este autor recorre à analogia com o art. 9.º do DL 178/86 de 3 de julho (contrato de agência). Concomitantemente, estabelece uma comparação com a situação do trabalhador subordinado (art. 36.º da anterior LCT, que se espelha agora no atual art. 136.º do CT). Para além destes dois argumentos, é invocado o argumento relacionado com a liberdade de iniciativa económica privada, consagrada no art. 61.º, n.º, 1 da CRP.

⁵⁰ Apud Nuno Aureliano, Ob. Cit, p. 781.

⁵¹ Apud Nuno Aureliano, Ob. Cit, p. 782.

⁵² Nuno Aureliano, Ob. Cit, pp. 766 e ss.

Penso ser possível apresentar objeções em relação a todo este fio de argumentação. Primeiro, em relação à “analogia” com a situação do agente e do trabalhador. Enquanto, no caso da transmissão da empresa, o problema se coloca após a celebração de um contrato, ou seja, após a vinculação contratual, na situação do agente e do trabalhador, a questão levanta-se aquando uma cessão contratual. Assim, é natural que estes possam estabelecer novos vínculos com outras partes e reconhece-se a estes de facto o direito de iniciativa económica. No caso da transmissão da empresa, as circunstâncias são consideravelmente distintas. Neste caso, o transmitente celebrou um contrato e acabou de receber uma prestação significativa que o visa compensar pela cedência de toda a realidade empresarial que ele transmitiu, nomeadamente, o aviamento e a clientela. Se lhe reconhecêssemos a possibilidade de se reestabelecer, estaríamos a “esvaziar” em parte a prestação que o adquirente havia recebido, desprotegendo, completamente, o último e dando azo a que o transmitente da empresa lhe tivesse vendido uma “*mão cheia de nada*”. Convém sempre recordar que o agente e o trabalhador, com a cessação do contrato de agência e de trabalho, respetivamente, não ficam obrigados a entregar nada, *maxime*, uma empresa.

Por outro lado, relativamente ao último argumento, o direito de iniciativa económica privada não é constitucionalmente ilimitado, devendo, em caso de conflito com outros direitos, ser devidamente articulado. Por este motivo, devemos articular este direito com o direito de propriedade consagrado constitucionalmente no art. 62.º, n.º, 1 da CRP. Realizada essa articulação, chegamos à conclusão que o direito de iniciativa económica cede perante o normativo da propriedade. Assim, o adquirente da empresa tem o direito de receber a última e de usá-la e fruí-la de acordo com o direito de propriedade nestas circunstâncias.

Expostas que estão as nossas objeções à tese de Nuno Aureliano, julgamos que a base da obrigação implícita de não concorrência reside, tal como muitos autores advogam, na obrigação de garantia (o dever do alienante entregar a coisa alienada e assegurar o gozo pacífico dela). A empresa é um bem complexo, com determinados valores subjacentes. Se rejeitássemos a existência de uma obrigação implícita de não concorrência, certos indivíduos, *maxime*, o alienante da empresa, estariam em condições de exercer uma concorrência “diferencial”, o que colocaria em causa a subsistência da empresa alienada e, conseqüentemente, impediria uma verdadeira entrega da mesma ao adquirente.

3. O Regime e Âmbito da Obrigação de Não Concorrência

3.1. Âmbito e Conteúdo

Cumpra, neste momento, analisar o regime estabelecido pela doutrina, que considera existir no âmbito da transmissão da empresa uma proibição de não concorrência, naquilo que diz respeito às pessoas que ficam vinculadas a tal obrigação, isto é, sujeitos passivos.

Para Coutinho de Abreu⁵³ “além do trespassante, outras pessoas podem ficar vinculadas pela obrigação implícita de não concorrência. É o caso do cônjuge do trespassante [...] que beneficia normalmente dos conhecimentos deste relativo à organização, clientes, fornecedores, etc. [...]”. Para o mesmo autor “é o caso, também, dos filhos do trespassante, quando com ele tenham colaborado na exploração da empresa transmitida”. Considera ainda, nos casos em que o trespassante é uma sociedade, que os sócios podem ficar vinculados/obrigados a não concorrer. Desde que possuam “conhecimentos relativos à empresa trespassada indispensáveis a uma concorrência qualificada ou porque exerciam ativamente funções de administração, ou porque detinham participação social dominante e exerciam efetivo controlo sobre a sociedade”⁵⁴. Para Coutinho de Abreu, a obrigação implícita de não concorrência estende-se aos casos de transmissão indireta da empresa.

Orlando de Carvalho admite que tal âmbito se estende para lá do alienante, a pessoas como filhos, cônjuge, herdeiros, assim como a sócios⁵⁵.

No mesmo sentido, Maria Elisabete Ramos⁵⁶, enuncia que “a doutrina divisa a possibilidade de o trespassante de estabelecimento comercial envolver a abstenção de outras pessoas: a do cônjuge do trespassante e a dos filhos”, quando estes desenvolvam uma concorrência diferencial. A autora alude claramente à posição de Coutinho de Abreu⁵⁷.

⁵³ Coutinho de Abreu, Ob. Cit, p. 310.

⁵⁴ Barbosa de Magalhães foi dos primeiros autores a estender tal obrigação, a outras pessoas, aos cônjuges dos alienantes, assim como aos seus amantes, invocando jurisprudência internacional.

⁵⁵ Orlando de Carvalho, Ob. Cit, pp. 490-500.

⁵⁶ Maria Elisabete Ramos, Ob. Cit, p. 352.

⁵⁷ Também alguma jurisprudência seguiu esta visão de alargamento do âmbito subjetivo desta obrigação, vejamos o ac. da RC de 21 de janeiro de 1997.

Nessa sequência, o professor Nogueira Serens⁵⁸ invoca a doutrina referindo que existem “algumas situações em que, arredando aquela regra, se entende que o devedor da obrigação de não concorrência não é apenas o transmitente do estabelecimento”.

Com uma perspectiva distinta, Cassiano dos Santos,⁵⁹ considera que na delimitação deste âmbito “deve ter-se em conta que a razão de ser da imposição dessa obrigação pressupõe uma especial relação do sujeito com o estabelecimento que o torne perigoso, sob o ponto de vista da reprodução da organização e da recuperação dos valores transmitidos”. Este autor adota um critério de perigosidade para que se possa preencher esse âmbito. Assim, entende que através deste critério existirão certos sujeitos que podem abstratamente parecerem vinculados e, no caso concreto, não o estarem, pelo facto de não preencherem o critério da perigosidade. Dá o exemplo de “herdeiros de um estabelecimento que o alienam mas não tinham qualquer relação com a empresa que os coloque em posição de perigosidade [...] e cônjuges que não têm qualquer relação com a empresa”.

Todavia, a perigosidade é condição necessária mas não suficiente para aferirmos da existência desta obrigação, isto é, “ninguém por muito perigoso que seja [...] fica obrigado a não concorrer se não for o alienante dela”. Para este autor, não ficam vinculados os cônjuges não contitulares da empresa, assim como filhos e outras pessoas próximas (funcionários, colaboradores), porque mesmo que perigosos, contra eles existem outros meios de proteção, nomeadamente, a tutela geral da propriedade o estabelecimento, *maxime*, a concorrência desleal.

Também os gerentes, administradores e sócios alienantes, que não sejam eles próprios os transmitentes da empresa, não ficam vinculados a tal obrigação com base no argumento anterior, isto é, a existência de outros meios de proteção. Refira-se que para este autor não existe obrigação implícita de não concorrência no caso de transmissão indireta, dado nestes casos o alienante ser a própria sociedade comercial e não os sócios que transmitem a sua participação social⁶⁰.

Nuno Aureliano⁶¹ afasta-se novamente da doutrina maioritária que, como vimos, procede a um alargamento subjetivo da obrigação em análise. Mais uma vez, este autor, socorrendo-se do direito legislado, enuncia que “não se pode manifestar outra atitude

⁵⁸ Nogueira Serens, Ob. Cit, p. 9.

⁵⁹ Cassiano dos Santos, Ob. Cit, p. 331.

⁶⁰ Assim, se no caso de transmissão indireta um sócio que aliena a sua participação maioritária se restabelecer, o mecanismo que pode ser utilizado contra ele será, quanto muito, a concorrência desleal e não a obrigação de não concorrência.

⁶¹ Nuno Aureliano, Ob. Cit, pp. 784-789.

que não a de estranheza perante este fenómeno de alargamento subjetivo”. Recorrendo novamente às disposições aptas a atuar aquando da constatação de lacunas, este autor vê “como última via [a aplicação] do direito civil enquanto direito subsidiário, confirmando-se o teor fragmentário do ordenamento comercial”. Perante esta realidade, equaciona como necessário recorrer a determinadas normas, desde logo, ao art. 406.º, n.º, 2 do CC, que estatui que um contrato só produz efeitos em relação a terceiros nos casos e situações especialmente previstas na lei. Por tal motivo, não vislumbra o autor como se pode alargar tal obrigação a pessoas que são qualificadas como “perigosas” mas não deixam, em momento algum, de serem meros terceiros face ao contrato de transmissão da empresa.

Para além deste argumento, o autor ainda procede a uma análise minuciosa de cada sujeito “supostamente onerado com a aludida obrigação”⁶².

Em relação aos sócios da empresa, nos casos de transmissão indireta, este autor consegue encontrar suporte, no direito legislado, que justifique o alargamento do âmbito subjetivo de tal obrigação, embora considere esses pontos de apoio “deveras diminutos”⁶³.

Não obstante, este autor discordar da admissão de tal obrigação e do âmbito subjetivo atribuído pela doutrina à última, o mesmo encontra no nosso ordenamento uma figura capaz de legitimar o alargamento dos sujeitos vinculados à proibição de não concorrência: o conceito de interposta pessoa⁶⁴.

⁶² Invoca, Nuno Aureliano, o art. 1672.º do CC em relação ao cônjuge do trespassante que reza que “os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”. Mas não faz qualquer alusão a deveres para com terceiros emergentes de relações contratuais do outro cônjuge. No mesmo sentido, socorre-se do art. 1677.º D do CC que estatui que “cada um dos cônjuges pode exercer qualquer profissão ou atividade sem o consentimento do outro”. Assim, e atendendo à lei, Nuno Aureliano considera que o cônjuge só ficaria vinculado se se construísse um dever conjugal atípico. Relativamente aos filhos do trespassante, o autor mune-se da letra do art. 1874.º do CC, que possui a seguinte redação, “pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”. No parágrafo segundo refere que, “o dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar”. Ou seja, este art. mostra-se, segundo o autor, completamente alheio a este problema.

⁶³ Relativamente à vinculação dos sócios, Nuno Aureliano, encontra no art. 180.º do CSC, base de apoio, dispendo este art. que, “nenhum sócio pode exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a da sociedade nem ser sócio de responsabilidade ilimitada noutra sociedade, salvo expresse consentimento de todos os outros sócios”. Todavia, acaba por concluir que a base de apoio existente é deveras frágil. Primeiro, o preceito refere-se apenas a sociedades em nome coletivo. Segundo, diz respeito apenas a concorrência com a própria sociedade e não com os trespassários. Por fim, a obrigação que deriva deste preceito pressupõe a qualidade de sócio não tendo uma expressão pós-contratual como a que assume a obrigação de não concorrência. Deste modo, acaba por demonstrar a impossibilidade de analogia e a consequente impossibilidade de extensão do âmbito pessoal da obrigação de não concorrência.

⁶⁴ O conceito de interposta pessoa é definido pelo art. 579.º, n.º, 2 do CC e abrange o cônjuge, os “testas de ferro” ou “homens de palha” entre outras pessoas. Por este motivo, Nuno Aureliano, consegue atingir

No tocante aos sujeitos ativos ligados à obrigação, ressalta como óbvio, que o trespassário é o sujeito ativo por excelência daquela. Contudo, alguns autores, à semelhança daquilo que acontece com os sujeitos passivos, têm procedido a um alargamento do âmbito referente aos sujeitos ativos, considerando que também são considerados “credores” desta obrigação, eventuais futuros trespassários que adquiriram a empresa, aquele que sendo agora trespassante outrora foi trespassário, desde que essa abstenção ainda devesse durar, isto é, determinados autores estendem a obrigação, enquanto a obrigação de não concorrência deva durar até ao último adquirente da empresa⁶⁵. É o caso de Maria Elisabete Ramos ao afirmar que “integram-se no elenco dos sujeitos ativos não só o primeiro trespassário como também eventuais sucessivos trespassários [...]”.

3.2. Âmbito Objetivo

A obrigação de não concorrência está balizada por determinados limites, visto que “justifica-se apenas na medida em que seja necessária para uma entrega efetiva [da empresa transmitida]”⁶⁶. Naquilo que diz respeito aos limites objetivos, podemos adiantar que aqueles que transmitem a empresa não ficam proibidos de exercer toda e qualquer atividade económica. Estão proibidos é de exercer concorrência com o novo detentor da empresa transmitida. Nas palavras de Coutinho de Abreu “não podem é (re) iniciar o exercício (de modo sistemático ou profissional) de uma atividade concorrente com a exercida através da empresa trespassada, de uma atividade económica no todo ou em parte igual ou sucedânea”⁶⁷.

Todavia, o âmbito objetivo não se fica apenas pela abstenção de reiniciar empresa com objeto idêntico. Outros comportamentos, segundo o mesmo autor, estão restringidos ao alienante, tais como, o exercício de funções de direção/administração em empresa alheia com o mesmo objeto, a realização de entradas em sociedades com objeto similar que coloquem o alienante (aqui sócio) numa função de administração ou de

algumas das pessoas referidas pela doutrina como pertencentes aos sujeitos passivos da obrigação. O mesmo autor chega à conclusão que, “o vinculado a não concorrer é sempre e só o trespassante, e não os sujeitos supra referidos. Contudo, se estes se enquadrarem no conceito de interposta pessoa, poderá o trespassário, atenta a analogia com o art. 254.º, n.º, 3 e n.º, 5 do CSC, exigir responsabilidades ao trespassante”.

⁶⁵ Orlando de Carvalho, Ob. Cit, p. 499; Barbosa de Magalhães Ob. Cit, p. 294; Maria Elisabete Ramos, Ob. Cit, p. 352; Colocando reticências a este entendimento vide Nuno Aureliano, Ob. Cit, p. 790.

⁶⁶ Cassiano dos Santos, Ob. Cit, p. 312.

⁶⁷ Coutinho de Abreu, Ob. Cit, p. 345.

controle, assim como a participação em aumentos de capital social que logrem o mesmo resultado⁶⁸.

3.3. Âmbito Temporal

Em relação aos limites temporais, Coutinho de Abreu refere que tal obrigação vale apenas “durante o tempo suficiente para se consolidarem os valores de organização e/ou de exploração da empresa transmitida na esfera de um adquirente-empresário razoavelmente diligente”⁶⁹.

De encontro com esta posição, surge Cassiano dos Santos⁷⁰ que assume os contornos dos limites temporais como sendo “o tempo necessário à consolidação do estabelecimento nas mãos do adquirente, e por isso só em concreto pode ser medido”, dependendo de vários fatores e devendo ser todos eles ponderados.

Todavia, depois de elencar várias circunstâncias que se revelam importantes para determinar e balizar os limites temporais, nomeadamente, o tipo de empresa, a importância do sujeito na organização, o princípio da liberdade de concorrência, etc., o autor conclui que “tudo ponderado, a tendência é para serem impostos prazos reduzidos – prazos que, bem entendido, valem apenas para obstar à reprodução em concreto da empresa transmitida”.

Neste sentido, surgem também muitos outros autores, tais como Nogueira Serens⁷¹. Todavia, este, ao contrário doutros, considera que o prazo da obrigação “não depende da aptidão que o trespassário revele para consolidar nas suas mãos o aviamento da empresa”⁷².

Como iremos ver adiante, noutros ordenamentos já foram consagrados prazos legais que determinam a duração da obrigação de não concorrência, nomeadamente em Itália onde foi estabelecido um prazo legal de 5 anos⁷³. Parece-nos que, nesta matéria, assiste razão aos autores que consideram que o prazo dependerá exclusivamente do

⁶⁸ Nuno Aureliano, mais uma vez recorre a certos subsídios do sistema jurídico para tentar chegar a uma conclusão. Entre outras disposições, invoca o art. 180.º, n.º, 3 e o art. 254.º, n.º, 2 do CSC, que definem atividade concorrente. Conclui este autor que, “a admitir-se uma obrigação de não concorrência estariam vedados ao trespassante o exercício de atividade idêntica ou análoga e a interposição duma pessoa coletiva no seu exercício”. Todavia considera o mesmo autor que, “o exercício de cargos societários parece não estar abrangido.”

⁶⁹ Coutinho de Abreu, Ob. Cit, p. 313.

⁷⁰ Cassiano dos Santos, Ob. Cit, p. 329.

⁷¹ Nogueira Serens, Ob. Cit, pp. 7-9.

⁷² Ferrer Correia, “*Lições de Direito Comercial*”, pp. 134 e ss; Orlando de Carvalho, Ob. Cit, p. 499.

⁷³ Também em Macau foi concretizado em lei a obrigação de não concorrência e, consequentemente, atribuída uma baliza ao limite temporal de 5 anos.

facto de o estabelecimento se ter consolidado, ou não, nas mãos do adquirente e, por isso, só em concreto pode ser determinado. Consideramos que essa consolidação dependerá muito do tipo de estabelecimento em causa. Se estivermos perante uma empresa de restauração ou uma pastelaria, facilmente o novo proprietário ganha contacto com a clientela dada a frequência de relacionamento e a imediação do mesmo. Nestas circunstâncias pode um ano, em certos casos, ser o bastante para o adquirente se afirmar, porque volvido este período, mesmo que o alienante se restabeleça em local próximo do estabelecimento transmitido, já o adquirente se afirmou e se conectou ao mercado e à sua clientela. Já noutro tipo de negócios, como por exemplo, empresas de construção e de fornecimento, o prazo de 5 anos pode não ser o bastante. Imaginemos o caso de um empreiteiro de obras. Até ligar os valores da empresa à sua pessoa, este necessita de realizar várias construções e levar que a “marca” da empresa se repercute nesses mesmos trabalhos. Como sabemos, isso pode demorar anos, visto que só é possível ter perceção da qualidade de uma construção ao fim de muitos anos (não apenas 5!).

Para além do tipo de empresa, outros fatores podem determinar a necessidade de maiores ou menores balizas temporais.

3.4. Âmbito Espacial

Relativamente aos limites espaciais, Coutinho de Abreu⁷⁴, apontou que tais limites “[valem] apenas nos lugares delimitados pelo raio de ação do estabelecimento trespassado”.

Cassiano dos Santos⁷⁵ viria a concretizar dizendo que “a reprodução da organização não é proibida em absoluto, mas apenas se estiver em condições de atacar a posição no mercado da empresa transmitida”. Assim, acaba por concluir este autor, que tal obrigação “vale apenas no espaço de irradiação da empresa transmitida”. Outro aspeto deveras relevante, que este salienta, prende-se com o facto de não podermos estabelecer limites absolutos e concretos. Por exemplo, não é concebível estabelecer um raio geográfico específico que sirva de forma universal todas as situações de obrigação de não concorrência. Para o professor Cassiano “com os novos meios de atuação, a irradiação deve medir-se a partir dos meios a que a empresa transmitida recorre para

⁷⁴ Coutinho de Abreu, Ob. Cit, p. 313.

⁷⁵ Cassiano dos Santos, Ob. Cit, p. 331.

chegar aos clientes”. Também Mendes de Almeida⁷⁶ se inclina para a mesma posição frisando como determinante o “âmbito de irradiação do estabelecimento”.

Na minha opinião, estas posições estão inteiramente corretas, erróneo seria tentarmos definir um valor concreto, tratando este tema como se fosse pura aritmética. É fácil constatar que, dependendo da empresa em causa, os limites espaciais podem variar de um raio de poucos quilómetros (Km) para um raio bastante maior. Imaginemos um café de uma pequena vila. Se o seu transmitente se restabelecer noutra freguesia vizinha (a três quilómetros), porventura não estará em condições de exercer concorrência. Já se se tratar de uma empresa de transportes, o transmitente a cinquenta quilómetros está, em princípio, em condições de exercer essa concorrência.

Concordamos com Nuno Aureliano⁷⁷, quando este refere que “será virtualmente impossível e irrealista a fixação *a priori* de uma área geográfica para a atuação da obrigação de não concorrência sem que esta se revele puramente arbitrária”.

4. Consequências da Violação da Obrigação de Não Concorrência

Se aquele que transmite a empresa se restabelecer, violando a obrigação de não concorrência, o adquirente da empresa pode exercer os direitos previstos nas normas relativas ao não cumprimento das obrigações, *maxime*, indemnização por perdas e danos, resolução contratual, ação de cumprimento, sanção pecuniária compulsória e exigência de encerramento do novo estabelecimento, arts. 798.º, 801.º, n.º, 2, 817.º, 829.º-A, 829.º, n.º, 1, respetivamente e todos do Código Civil⁷⁸.

Violada esta obrigação pode recorrer-se aos artigos enunciados anteriormente, desde logo, o art. 829.º, n.º, 1 do CC, como regra de direito comum. Naturalmente esta aplicação deve ser realizada com as necessárias adaptações quando efetuada no âmbito do direito comercial. De acordo com este artigo pode ser pedido o encerramento do estabelecimento.

É ainda conferida à parte lesada a possibilidade de ver ressarcidos os seus danos através de uma indemnização, nos termos dos arts. 798.º, e de resolver o contrato ou ver restituída a sua prestação, nos termos do art. 801.º, n.º, 2.

⁷⁶ Mendes de Almeida, Ob. Cit, pp. 40-44.

⁷⁷ Nuno Aureliano, Ob. Cit, p. 795.

⁷⁸ Coutinho de Abreu, Ob. Cit, p. 313.

Para além desta possibilidade, a violação da obrigação de não concorrência leva a que o adquirente possa exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, nos termos do art. 817.º.

Pode ainda, após ordem judicial de encerramento da empresa concorrente, ser aplicada sanção pecuniária compulsória, de acordo com o art. 829.º- A do CC.

5. A Obrigação de Não Concorrência no Direito Comparado: Breve Apontamento

A discussão acerca da existência, regime e alcance da obrigação de não concorrência no caso da transmissão da empresa não é uma realidade exclusiva do nosso ordenamento. No caso Francês a doutrina maioritária reconhece a existência de uma obrigação implícita de não concorrer⁷⁹. Segundo Ripert e Roblot, o vendedor deve garantir, por facto pessoal, a não evicção e a ausência de vícios, o que resulta das regras de direito comum e que é preciso transpor para a venda deste bem de natureza especial⁸⁰. Também no país vizinho, Espanha, o entendimento maioritário vai nesse sentido. Citando Broseta Pont⁸¹, “o vendedor deve abster-se de fazer concorrência ao comprador durante determinado tempo e espaço geográfico necessário para que este possa consolidar a sua clientela e as expectativas que tem sobre a empresa transmitida”⁸². Na Alemanha, Áustria, Suíça e Bélgica existe um entendimento idêntico, isto é, em todos estes ordenamentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência a existência de uma obrigação implícita de não concorrência⁸³. No outro lado do Atlântico, à semelhança do que acontece na Europa, a doutrina brasileira chegou a conclusões idênticas⁸⁴.

⁷⁹ Michel Pédamonn, “*Droit Commercial*”, pp. 214 e ss.

⁸⁰ Ripert e Roblot, “*Traité de Droit Commercial*”, pp. 510 e ss.

⁸¹ Broseta Pont, “*Manual de Derecho Mercantil*”, pp. 109 e ss.

⁸² O mesmo autor cita em nota de rodapé duas sentenças Espanholas que reconheceram esta obrigação de não concorrência, nomeadamente, a sentença de 17 de junho de 1970 que afirma que, “quem transmite uma parte indivisa de uma empresa mercantil deve suportar a proibição de concorrência”. Por outro lado, as sentenças de 2 de fevereiro de 1972 e de 31 de abril de 1975 não parecem impor a obrigação de não concorrência aos vendedores de todas as ações de uma sociedade titular da empresa, a menos que tal seja acordado, segundo o autor referido anteriormente.

⁸³ Maria Elisabete Ramos, Ob. Cit, pp. 340 e ss.

⁸⁴ Vejamos Fábio Ulhoa Coelho, “*Curso de Direito Comercial*”, pp. 117 e ss. (apud Nuno Aureliano). Ulhoa Coelho refere que “o desvio deve-se menos ao contato pessoal entre consumidor e comerciante do que às informações que o empresário alienante detém sobre o mercado em que opera existindo um valor pago em função do aviamento que, a não ser compensado, consubstanciará um enriquecimento indevido através do desvio eficaz da clientela”. Este autor aproxima-se da doutrina que entre nós advoga a existência de uma obrigação implícita de não concorrência com fundamento numa obrigação de garantia.

Em suma, mesmo na ausência de regulação legal, existe a tendência, em grande parte dos ordenamentos jurídicos, para considerar e admitir a existência de uma obrigação implícita de não concorrência. Contudo, poucos são os ordenamentos em que essa obrigação obteve assento legal. Desses poucos, destaca-se o italiano⁸⁵.

A jurisprudência e a doutrina majoritária italiana já haviam reconhecido a existência desta obrigação de não concorrência no início do século XX⁸⁶. Todavia, tal obrigação só viria a ser consagrada posteriormente no *Codice Civile* de 1942, no seu livro V (*libro v - del lavoro - titolo VII Dell'azienda*) no art. 2557.º, n.º, 1⁸⁷. Segundo esta norma, aquele que transmite uma empresa deve abster-se, por um período de cinco anos após a transferência, de iniciar um novo negócio que em razão do seu objeto, do seu local e de outras circunstâncias seja suscetível de induzir em erro a clientela.

Esta disposição estatui ainda a possibilidade de agravar esta obrigação de não concorrência, mas dentro de certos limites. O acordo, para limitar a concorrência de forma mais gravosa do que aquela que deriva do número anterior, só será válido desde que não coloque em causa a faculdade do alienante realizar qualquer atividade profissional. No fundo, desde que não coloque em causa a possibilidade de iniciativa económica noutras áreas que nada têm que ver com a atividade anterior. Desta forma, não pode a obrigação de não concorrência se prolongar por um período superior a cinco anos após a transferência. Se tal acordo ultrapassar esse prazo, ou não fizer qualquer menção ao último, considera-se aquele reduzido a 5 anos.

Ainda num terceiro parágrafo, a disposição italiana enuncia que, no caso de usufruto ou locação da empresa, a proibição de concorrência estabelecida no seu

⁸⁵ O Código Comercial de Macau no seu art. 108.º estatui uma obrigação de não concorrência. Sem embargo, tal obrigação foi legislada em termos muito amplos quer nos seus limites subjetivos (visto que a obrigação se estende a toda e qualquer pessoa que pelas suas relações pessoais com o transmitente, possam atingir a clientela, cabe aqui amigos do transmitente e até mesmo clientes) quer nos limites objetivos (qualquer empresa idónea a desviar clientela é proibida de concorrer, mesmo que seja uma empresa de outra área, mas desvie clientela). Neste ordenamento foi adotado o prazo de 5 anos como limite temporal.

⁸⁶ Galgano, F. “*Tratado di diritto commerciale e di diritto pubblico dell economia*”, pp. 172-175; Vivante, “*La proprietà commerciale della clientela*”, pp. 490 e ss.

⁸⁷ Pode ler-se no atual *articolo 2557* do *Codice Civile Italiano* o seguinte, “*Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta.*

Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento. Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento.

Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto.

Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse, quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela”.

número um aplica-se, de igual forma, ao proprietário ou locador, mas neste caso durante o período de locação ou de usufruto.

Por fim, e no seu último parágrafo, a redação do art. 2557.º do *Codice Civile* expõe que todo o disposto se aplica a outros negócios, nomeadamente à transmissão de empresas agrícolas. Esta norma visa garantir que com a transmissão da empresa não seja colocada em causa a função económica e social da última. Tal norma é aplicada às situações de transmissão direta, como o *trespasse*. De acordo com Colombo,⁸⁸ a alienação da empresa inclui quer a compra e venda, quer outros atos translativos, nomeadamente a permuta, dação em cumprimento e obrigação de entrada.

Questão que se discute é se esta obrigação de não concorrência se aplica também às situações de transmissão indireta. Embora, numa fase inicial a jurisprudência tenha firmado a existência daquela, começou-se posteriormente a abandonar essa posição. Tal ocorreu com base no facto de o normativo do art. 2557º do *Codice Civile* se tratar de uma norma de carácter excecional face aqueles que são os dispositivos gerais de liberdade de iniciativa económica, assim como face à diferença de objeto entre os negócios de transmissão direta e indireta. Contudo, a doutrina tem vindo a admitir a existência e aplicação da norma a ambos os casos⁸⁹.

Como podemos perceber, a lei italiana, neste domínio, é unívoca. Não obstante, a doutrina daquele país não deixa de se pronunciar acerca daqueles que consideram ser os fundamentos jurídicos da proibição em causa. No domínio da doutrina existem duas posições primordiais. Por um lado, uma que afirma que a *ratio* da norma está na obrigação de garantia do alienante, isto é, enuncia que o alienante tem o dever de não perturbar o gozo da empresa. Outro segmento doutrinal inclina-se para o facto de na base de tal normativo estar uma obrigação autónoma de *non facere*, que radica na vontade das partes e na boa-fé. Apesar de existir divergência doutrinal, a doutrina maioritária é aquela que se socorre deste segundo fundamento, ou seja, a boa-fé⁹⁰.

Outra questão que se coloca, neste ordenamento, surge relacionada com a possibilidade de derrogar a obrigação que germina do art. 2257.º do *Codice Civile*. Por outras palavras, a faculdade de as partes acordarem uma obrigação de não concorrência com um conteúdo menos exigente, comparativamente com aquele que deriva do normativo supra referido, ou mesmo decidirem a exclusão de toda e qualquer obrigação

⁸⁸ G.E Colombo, “*L` azienda e il divieto di concorrenza dell` alienante*”, pp. 150 e ss.

⁸⁹ Dario Latella, “*Il Divieto di Concorrenza dell` Alienante circolazione in I Transferimenti di Azienda*”, pp. 450 e ss.

⁹⁰ Dario Latella, *Ob. Cit*, pp. 450 e ss.

de não concorrência. Esta realidade leva a que certos autores se pronunciem no sentido de nestes casos não estar verdadeiramente em causa a transmissão da empresa⁹¹. Apesar disto, Colombo afirma que podem ocorrer situações em que a obrigação de não concorrência é derogada e esteja em causa a transmissão da *azienda*. Sem embargo, este autor admite que a exclusão da obrigação implícita de não concorrência releva como indício que aponta a possibilidade de não ser a empresa objeto de negócio, embora não lhe reconheça importância decisiva⁹².

Analisada a existência e o fundamento desta obrigação no ordenamento italiano, surge o momento de nos debruçar sobre os âmbitos dessa obrigação. Relativamente ao âmbito subjetivo, podemos começar por analisar os sujeitos passivos desta obrigação neste ordenamento. A jurisprudência italiana admite que tal obrigação se estende aos herdeiros do alienante. Por outro lado, e em relação aos sócios da sociedade que aliena a empresa, a maioria da doutrina italiana inclina-se para não considerar estes como sujeitos abrangidos pela obrigação⁹³. Também estão abrangidos por esta proibição todas as pessoas que atuem por conta e em nome do sujeito alienante, *maxime*, os “testas de ferro”, como administradores ou gerentes.

Naquilo que diz respeito aos sujeitos ativos, da obrigação implícita de não concorrência, o entendimento maioritário admite que, para além dos adquirentes da empresa, tal obrigação beneficie terceiros que readquirem (ao adquirente inicial) aquela.

Em jeito de conclusão, convém referir que, para alguns autores, esta obrigação tem como limite espacial “o espaço virtualmente compreendido na esfera de ação da empresa”⁹⁴. Naquilo que concerne aos limites temporais, a lei estabelece e define os mesmos, como vimos anteriormente, em cinco an

⁹¹ Dario Latella, Ob, Cit, p. 463.

⁹² G.E Colombo, “*L` azienda e il divieto di concorrenza dell` alienante*”, pp. 150 e ss.

⁹³ Dario Latella, Ob. Cit, p. 482.

⁹⁴ Casanova e Latella, (apud Nuno Aureliano), ob. Cit, p. 813.

Conclusão

Durante a redação da presente dissertação, tivemos oportunidade de constatar que a transmissão da empresa pode ser operada de diferentes formas, consoante determinados fatores e características associadas à última. Como vimos, as transmissões diretas estão associadas, amiúde, às pequenas empresas de estrutura individual, ao passo que as transmissões indiretas, por norma, ocorrem nas médias e grandes empresas de estrutura coletiva.

Certos temas não foram abordados com a profundidade que gostaríamos de lhe dedicar, sobretudo questões relacionadas com a transmissão direta (*Asset Deals*) e com a indireta (*Share Deals*). Todavia, optando nós para colocar o foco na obrigação de não concorrência, vimo-nos obrigados a fazer uma abordagem mais genérica em relação a determinados temas.

Posto isto, percebemos que a temática da obrigação implícita de não concorrência ganha relevo sobretudo no caso da transmissão direta, dado que na indireta existe um cuidado tremendo em regular contratualmente a existência desta obrigação, isto é, nos *Share Deals*, via de regra, existe uma estipulação contratual exaustiva que tem como intuito prever e evitar todos os cenários que sejam indesejáveis para a viabilidade da empresa e do novo empresário, *maxime*, a concorrência do transmitente.

Contudo, pese embora a ausência de regulação legal nos *Asset Deals*, a maioria da doutrina, ainda que com fundamentações diferentes, inclina-se no sentido de afirmar a existência de uma obrigação implícita de não concorrência. Sendo que existe uma voz isolada que defende o contrário. Visto que o cerne da presente dissertação reside na existência ou não desta obrigação, não seria sequer pensável deixar de fazer o contraponto com o autor que, embora isoladamente, se manifesta no sentido de negar qualquer obrigação implícita. O tema sobre o qual versou esta tese, foi abordado, como vimos, por vários autores. Contudo, após Nuno Aureliano ter firmado posição negativa, acerca da existência de tal obrigação, nenhum autor teve oportunidade de oferecer réplica. Deste modo, julgámos pertinente proceder a essa resposta. Depois de analisar a posição de Aureliano, concluímos que a abordagem ao tema, feita por o último, se prendia em demasia ao direito legislado e acabava por ignorar certos princípios fundamentais do nosso direito, assim como comparar situações que não são

comparáveis. O autor estabelece uma “analogia” com a situação do agente e do trabalhador, e em nossa opinião, tal “analogia” leva a que sejam tratadas, de forma igual, situações completamente desiguais, dado que em relação ao agente e ao trabalhador o problema se coloca aquando da cessação dos seus contratos de agência e de trabalho, respetivamente, enquanto no caso da transmissão da empresa, o problema surge em momento posterior à celebração do contrato. Constatamos que efetivamente o contexto de uma situação e de outra são insofismavelmente distintas. Em relação ao último argumento de Aureliano, que se relaciona com o direito constitucional, cremos que tal não colhe, dado que o direito de iniciativa económica privada, não é constitucionalmente ilimitado e deve em caso de conflito com outros direitos ser devidamente articulado. Efetuada essa articulação, chegamos à conclusão que o direito de iniciativa económica cede perante o direito de propriedade – o adquirente da empresa tem o direito de receber a última e de usá-la e fruí-la de acordo com o direito de propriedade nestas circunstâncias.

Bibliografia

ABREU, Coutinho De (2012), *Curso de Direito Comercial*, vol.I, 8ª ed., Coimbra. -----, (1999) *Da empresarialidade, As empresas no direito*, reimp., Coimbra.

ANTUNES, Engrácia J. (2008), *A empresa como objeto de negócios- Asset Deals vs. Share Deals*, ROA, ano 68º.

ASCENÇÃO, Oliveira (1999), *Direito Comercial*, vol. I, Lisboa.

AURELIANO, Nuno (s.d), *A obrigação de não concorrência do trespassante*, in *Estudos em homenagem ao professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol.IV.

BROSETA PONT, Manuel (s.d), *Manual de derecho mercantil*, 17ª ed. Madrid.

CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra.

CARVALHO, Orlando De (1967), *Crítério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra.

COLOMBO, G.E. (1979), *L'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante*, in *Trattato diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova.

CORDEIRO, Menezes (s.d), *Manual de Direito Comercial*, 2º ed., Coimbra.

CORREIA, Ferrer (1973), *Lições de Direito Comercial*, vol. I, Universidade de Coimbra.

CORREIA, Pupo (2005), *Direito Comercial. Direito da Empresa*, 9ª ed., com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo, Lisboa.

CUNHA, Carolina/ COSTA, Ricardo (2006), *A Simplificação formal do trespasse de estabelecimento comercial e o novo regime do arrendamento urbano*, Coimbra.

FERNANDES, Carvalho/ LABAREDA, João (2005), *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, vol. I, Lisboa.

GALGANO, Francesco (2010), *Trattato di diritto civile*, 2ª ed. Padova.

LATELLA, Dario (2000), *Il Divieto di Concorrenza dell' Alienante circolazione in trasferimenti di Azienda*, Milano.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2000-2002), *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina.

LEITÃO, Menezes (2006), *Arrendamento Urbano*, Coimbra.

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes (1987) (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), *Código Civil, anotado*, 4ª ed., Coimbra.

MAGALHÃES, Barbosa De (1964), *Do estabelecimento comercial: estudo de direito privado*, 2ª ed, *Publicação*, Lisboa, Ática.

MONTEIRO, Pinto (s.d), *Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial*, in RLJ, ano 136º.

MONTEIRO, Pinto e PINTO, Mota (2007), *Compra e Venda da Empresa*, 78 in 137 revista de legislação e de jurisprudência.

MORAIS, Gravato (s.d), *Algumas reflexões em torno da figura do trespasse parcial*, in *Scientia Iuridica*, nº 256/257.

PÉDAMONN, Michell (1994), *Droit Commercial*, Paris.

RAMOS, Maria Elisabete (1998), *Trespasse de estabelecimento comercial: Obrigação de não concorrência* /Revista jurídica da Universidade Moderna, Lisboa.

RIPERT E ROBLOT (1993), *Traité de Droit Commercial*, Tomo I, 15ª ed., Paris.

SANTOS, Cassiano Dos (2007), *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra.

SERENS, Nogueira (2017), *Das obrigações de não concorrência na negociação definitiva da empresa* , Almedina.

Tratado de direito civil português, 4ª ed. Coimbra, Almedina, 2012.

VARELA, Antunes (2000), *Das obrigações em geral*, 10ª ed. rev act. Coimbra, Almedina.

VASCONCELOS, Paulo (2005), *Negociação de estabelecimento e imóvel propriedade do empresário*, sep. da Revista de Ciências Empresarias e Jurídicas, Porto.

VASCONCELOS, Pedro Pais de (2011), *Direito comercial*, Coimbra, Almedina.

VIVANTE, Cesare (1928), *La proprietá commerciale della clientela*, in Riv. Dir. comm.

Jurisprudência

Acórdão do tribunal da Relação do Porto de 14 de Março de 1996.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Janeiro de 1997.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 1998.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 1 de junho de 1999.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de outubro de 2004.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 março de 2007.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de dezembro de 2009.