

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Aquisições Empresariais e Obrigação de Não Concorrência

Mestrado em Direito e Gestão

João Francisco Sousa Lousada

Dissertação final para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a
orientação do Professor Doutor Rui Pinto Duarte

Abril de 2024

Agradecimentos

À minha família e amigos,

Por todas as palavras de motivação, incentivo e apoio.

À Escola de Lisboa, da Faculdade de Direito da Universidade Católica,

A todos os docentes que me acompanharam ao longo do meu percurso académico e permitiram não só a minha formação profissional, mas também o meu desenvolvimento pessoal.

Ao Professor Doutor Rui Pinto Duarte,

Por todos os ensinamentos prestados ao longo da fase letiva e pela disponibilidade e colaboração imprescindível à realização desta dissertação.

A todos, expresso o meu profundo e genuíno agradecimento.

Lista de Abreviaturas

AdC - Autoridade da Concorrência
Art.º - Artigo
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
CC – Código Civil
CCom – Código Comercial
CIRE - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPI - Código da Propriedade Industrial
CRP - Constituição da República Portuguesa
CSC – Código das Sociedades Comerciais
CT - Código do Trabalho
DL – Decreto-Lei
DSR – Direito das Sociedades em Revista
DUE - Direito da União Europeia
Ed. – Edição
LCT - Lei do Código de Trabalho
LdC - Lei da Concorrência
OPA - Oferta Pública de Aquisição
p. – Página
Proc. – Processo
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
Ss. – Seguintes
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TCE - Tratado da Comunidade Europeia
TFUE - Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia
TRP – Tribunal da Relação do Porto
Vol. – Volume

Resumo

A presente dissertação versa a obrigação de não concorrência adjacente aos contratos de aquisição de empresa, por vontade das partes ou imposta por certos valores presentes no ordenamento jurídico português.

Assim, o cerne do trabalho consiste na análise dos princípios e valores presentes no nosso ordenamento jurídico que fundamentam a existência desta obrigação, da possibilidade da sua estipulação e ainda de uma possível obrigação tácita. São, igualmente, analisados o seu conteúdo, objeto, dimensão e, por fim, as consequências inerentes ao seu incumprimento.

Palavras-Chave

Aquisição de empresas; Aquisição de Participações Sociais; “*Asset Deals*”; “*Share Deals*”; Direito da concorrência; Iniciativa Económica Privada; Cláusulas de Não Concorrência.

Abstract

This dissertation addresses the non-compete obligation in the context of company acquisitions, either by the will of the parties or imposed through certain values present in Portugal’s legal system.

Thus, the paper mainly focuses on analysing the principles of our legal system that justify the existence of this obligation, the possibility of its stipulation and its existence through implicit form. Subsequently, its content and extension are also analysed along with the consequences regarding the seller’s non-compliance.

Keywords

Company Acquisitions; Share acquisitions; “*Asset Deals*”; “*Share Deals*”; Competition Law; Private Economic Initiative; Non-Compete Clauses.

Índice

| | |
|---|----|
| I. Introdução | 7 |
| II. Empresa, estabelecimento e trespasse: concetualizações inerentes ao mundo empresarial | 8 |
| 2.1 Empresa, estabelecimento e a (possível) utilização indiscriminada dos dois conceitos | 8 |
| 2.2 Trespasse | 9 |
| III. Fenómeno de transmissão (direta e indireta) de empresas | 10 |
| 3.1 (Breve) contextualização história e diferenciações | 10 |
| 3.2 Equiparação de transmissão de participações sociais à venda de empresas e respetivas posições doutrinárias | 12 |
| IV. Obrigação de não concorrência | 14 |
| 4.1 Necessidade da existência de uma obrigação de não concorrência | 14 |
| 4.1.1 Pressupostos inerentes à obrigação de não concorrência | 14 |
| 4.2 Obrigação de não concorrência no ordenamento jurídico português | 17 |
| 4.3 Cláusulas de não concorrência | 18 |
| 4.3.1 Caracterização das cláusulas e seu conteúdo | 18 |
| 4.3.2 Cláusulas no contexto de Direito Anglo-Saxónico, DUE e Direito Nacional ... | 20 |
| 4.3.3 Comparações com o Regime de Agência e Direito do Trabalho | 22 |
| 4.3.4 Limites da cláusula | 23 |
| 4.3.5 Invalidade da cláusula | 24 |
| 4.3.6 Incumprimento da cláusula | 25 |
| 4.4 Admissão da obrigação tácita de não concorrência à luz de valores e direitos constitucionais e europeus | 25 |
| 4.4.1 Caracterização da obrigação de não concorrência como um dever de lealdade inserido na relação obrigacional | 27 |
| 4.4.2 Princípio da defesa da concorrência | 28 |
| 4.4.3 Princípio da tutela de confiança e materialidade subjacente do contrato | 30 |
| 4.4.4 Direito de propriedade | 30 |
| 4.4.5 Posições doutrinárias portuguesas sobre a admissão (ou não) da obrigação tácita de não concorrência | 31 |
| 4.5 Proporcionalidade e limites da obrigação de não concorrência | 34 |
| 4.5.1 Dimensão material | 35 |
| 4.5.2 Dimensão temporal | 37 |
| 4.5.3 Dimensão territorial | 38 |
| 4.5.4 Dimensão subjetiva | 39 |
| 4.6 Consequências jurídicas da violação da obrigação de não concorrência | 42 |

| | |
|---|----|
| 4.7 Concorrência Desleal | 43 |
| 4.7.1 Regime da Concorrência Desleal como meio de defesa do adquirente | 44 |
| V. Conclusão | 46 |
| VI. Bibliografia | 47 |
| Webgrafia | 50 |
| Jurisprudência | 51 |

I. Introdução

O panorama económico e empresarial tem sido marcado pelo aumento contínuo da complexidade jurídica das empresas, com impacto na variada tipologia dos seus métodos de transmissão e concentração. Nos negócios sobre empresas tem lugar importante a obrigação de não concorrência.

No capítulo II e III abordamos as concetualizações necessárias para o desenvolvimento do tema. A título de exemplo, as relativas à empresa e estabelecimento e a possível equiparação dos contratos de trespasse e de aquisição de participações sociais de controlo.

No capítulo IV faz-se o estudo central da obrigação de não concorrência, em todas as suas vertentes. Começamos por apresentar um conjunto de pressupostos necessários à sua existência e argumentos que consideramos vantajosos para o alienante. Analisa-se, de seguida, a obrigação explícita com recurso ao direito comparado, caracterizando-a, igualmente, no contexto do nosso ordenamento jurídico. Definimos o seu possível objeto, causas de invalidade e consequências do seu incumprimento.

Será, igualmente, averiguada a existência de uma obrigação tácita que possa suprir a falta de estipulação das partes. Para tal, analisam-se as posições clássicas doutrinárias que fundamentam esta obrigação, apresentando-se valores inerentes ao regime das obrigações de direito civil, princípios constitucionalmente consagrados para o correto funcionamento da concorrência no mercado e o regime da concorrência desleal.

Por força da limitação inerente aos direitos de livre iniciativa económica do alienante, torna-se necessário apresentar, igualmente, os limites que a doutrina tem já vindo a apontar, para impedir que este dever seja aplicado excessivamente e determinar de que forma é que o alienante da empresa se poderá reinserir no mercado. Por fim, apresentam-se os meios de defesa jurídicos que consideramos serem capazes de conferir uma proteção mínima ao adquirente.

II. Empresa, estabelecimento e trespasse: concetualizações inerentes ao mundo empresarial

Como ponto introdutório ao tema em análise e antes de proceder à diferenciação entre as duas modalidades dominantes de transmissão de empresa, torna-se necessário aprofundar um conjunto de conceitos necessários ao desenvolvimento da dissertação, em particular, a empresa, estabelecimento e trespasse.

2.1 Empresa, estabelecimento e a (possível) utilização indiscriminada dos dois conceitos

Encontram-se referências à concetualização da empresa no art. 3.º LdC, art. 5.º CIRE e até na Recomendação da Comissão de 6 maio de 2003¹, no seu art. 1.º. Em qualquer uma destas leis se encontra, como elemento comum, uma prossecução de atividade económica exercida por uma entidade ou organização para tal concebida.

JOSÉ FERREIRA GOMES refere a necessidade de se atender não só às conceções *objetivas* como *subjetivas* de empresa. Considera que a aceção *subjetiva* referente aos “sujeitos produtivamente relevantes”, ou seja, as pessoas coletivas titulares dos estabelecimentos em si, que celebram os negócios jurídicos de aquisição. De forma diferente, a *empresa-objeto*, corresponde ao “estabelecimento comercial” como um “complexo de situações jurídicas ativas e passivas relativas a bens corpóreos e incorpóreos², devidamente organizado para a prática do comércio”, traduzindo-se como o *objeto* dos negócios jurídicos em si³.

PAULO OLAVO CUNHA apresenta a empresa como uma “Organização produtiva ou mediadora de riqueza, que exerce, de forma estável, uma certa atividade económica em função do mercado a que se dirige” que “que não se diferencia do empresário seu titular, nem do estabelecimento que dela faz parte integrante”⁴.

COUTINHO DE ABREU define a empresa e estabelecimento comercial em sentido *objetivo* como “uma unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento

¹ Referente à definição de micro, pequenas e médias empresas.

² Consideramos como bens corpóreos os edifícios, equipamentos e matérias-primas ao dispor do proprietário. Por sua vez, os bens incorpóreos abrangem, a título de exemplo, os direitos de arrendamento, patentes, marcas e outros direitos de propriedade industrial.

³ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *M&A: Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*, AAFDL Editora, 2022, p. 27 e 28.

⁴ CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7ª Ed., Almedina, 2019, p. 7 e nota n.º 13.

de exercício relativamente estável e autónomo de uma atividade comercial”⁵. O mesmo autor oferece, ainda, um conjunto de exemplos de linguagem corrente derivados do CC, CSC, CIRE, CCom, entre outros, que justificam a possibilidade de um “emprego sinonímico dos dois vocábulos” sem prejudicar o rigor do discurso jurídico comercial, português⁶.

Por sua vez, ORLANDO DE CARVALHO também opta pela “utilização indiscriminada” dos dois termos ao empregá-los como sinónimos *a priori* para efeitos de estudo do “mundo englobante de toda a fenomenologia da organização comercial”⁷.

Assim, para efeitos deste trabalho, consideraremos a empresa e estabelecimento comercial como noções equivalentes, por via das posições *supra* apresentadas.

2.2 Trespasse

COUTINHO DE ABREU considera-o como um negócio jurídico *inter vivos* que se traduz como “uma transmissão com carácter definitivo” da “propriedade de estabelecimento”. Afirmar que o trespasse poderá valer não só para negócios onerosos como para gratuitos como a doação⁸, através da qual também se poderá operar⁹.

De forma semelhante, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES refere que o objeto deste contrato se centra na “empresa enquanto organização unitária de meios produtivos”, transmitida na sua coletividade, passando o adquirente a deter o direito ao “gozo pleno, perpétuo e exclusivo do conjunto de faculdades” inerentes à mesma¹⁰.

Este negócio assume-se como o protótipo para realização de “*Asset deals*” e é reconhecido no mundo mercantil, embora o seu regime não se encontre integralmente definido numa disposição legal. Porém, encontram-se referências no art. 1112.º, n.º 1, alínea a)¹¹ e no art. 285.º, n.º 1 CT¹². Por sua vez, tal não prejudicará a sua existência como um contrato social e comercialmente típico por força de usos das partes no mercado, através da autonomia das mesmas (art. 405.º CC).

⁵ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13ª Ed., Almedina, 2023, p. 246 e 247.

⁶ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13ª Ed., Almedina, 2023, p. 209, 211, 229.

⁷ CARVALHO, ORLANDO DE, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Atlântica Editora, Coimbra, 1967, p. 8 e ss (nota 3).

⁸ O autor refere que não terá, obrigatoriamente, de assumir a forma de negócio oneroso, exemplificando com o art. 152.º n.º 2, alínea d), CSC.

⁹ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13ª Ed., Almedina, 2023, p. 290 e 291.

¹⁰ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – *A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals"* in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 68, 2008, p. 718 e 719.

¹¹ Relativo à transmissão da posição de arrendatário do estabelecimento alvo de trespasse.

¹² Relativo à transmissão da posição de empregador no âmbito de transmissões de empresa.

III. Fenómeno de transmissão (direta e indireta) de empresas

Após estas concetualizações iniciais, revela-se fulcral analisar as formas (principais) de transmissão de empresa de modo a aferir, posteriormente, se a obrigação de não concorrência se afigura como existente nas duas.

3.1 (Breve) contextualização história e diferenciações

Concebe-se necessário, desde já, introduzir os dois fenómenos de transmissão de empresa que JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES afirma como existentes, atualmente, na realidade jurídica.

Começando pela *transmissão direta* (“*asset deals*”), esta assume como forma principal o *trespasse*. Assim, a sua existência é mais sentida num paradigma de empresas individuais de pequena dimensão, detidas por pessoas singulares antes do sistema capitalista atual e global de mercados de capitais¹³.

Com o aparecimento e desenvolvimento do capitalismo industrial e sociedades comerciais, os proprietários individuais converteram-se em pessoas coletivas explorativas de empresas e assim, na atualidade, observam-se novas formas de circulação e negociação das mesmas, destacando-se o fenómeno de *transmissão indireta* (“*share deals*”). Este negócio baseia-se na compra e venda de participações sociais “de controlo”.

Torna-se necessário ter em consideração dois aspetos fulcrais. Primeiro, COUTINHO DE ABREU¹⁴ define o conceito de participações sociais como um “complexo dos direitos e obrigações atuais e potenciais do sócio”, capazes de oferecer direitos patrimoniais, de administração, de informação, de participação e de voto¹⁵. Em segundo lugar, estas mesmas participações sociais, para além de serem objetos de direitos, podem ser alvo de negócios jurídicos translativos. A título de exemplo, os art. 182.º; 228.º; 469.º CSC e art. 463.º, n.º 5 CCom.

Tendo em conta estes dois aspetos, não surpreende que estas participações se possam assumir como possíveis alvos de negócios que facultem ao adquirente direitos sobre a

¹³ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – *A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals"*. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 68, 2008, p. 717 a 722.

¹⁴ ABREU, COUTINHO DE, *Da Empresarialidade - As Empresas no Direito*, Almedina, 1996, p. 342 a 345.

¹⁵ A título de exemplo, o art. 21.º CSC elenca o direito a quinhão nos lucros, participar nas deliberações sociais, obter informação sobre a vida da sociedade e o direito de designação para órgãos sociais de administração e fiscalização.

governança da sociedade e, subsequentemente, um controlo sobre a empresa em causa. Assim, tem-se vindo a debater a possível equiparação de venda de participações sociais a uma venda de empresa, mesmo não sendo esta o seu objeto imediato.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES considera que existem fatores relativos à titularidade que diferenciam as duas formas de aquisição empresarial.

Primeiro, na *transmissão direta* o objeto do negócio assume-se como a empresa e o património em si.

Por sua vez, os negócios jurídicos de *transmissão indireta* baseiam-se numa parcela do capital social da sociedade, consubstanciada nas *quotas e ações* transferidas, que apenas oferecem ao detentor uma posição societária (art. 228.º e 328.º CSC). Estas participações atribuem ao comprador uma “titularidade económica” (não jurídica) da empresa, que se consubstancia numa posição de controlo e governo da mesma¹⁶. Assim, o adquirente das participações não chega a ser considerado como um proprietário direto da empresa social, por força da existência da personalidade jurídica societária. Daí considerar-se uma transmissão de titularidade indireta e económica, baseada nos direitos de participação social nas deliberações da sociedade e no controlo sobre o governo da mesma. Não são concedidos, diretamente, os direitos reais de disposição e uso sobre a empresa, ao contrário do negócio de *trespasse*. Ou seja, exerce os direitos inerentes ao direito de propriedade apenas indiretamente, por influência nas deliberações, governo da sociedade e conseqüente organização dos meios produtivos da empresa¹⁷.

Tendo em conta que a maioria de posições doutrinárias avalia a necessidade da existência da obrigação de não concorrência no âmbito do fenómeno de *trespasse* (“*asset deals*”), resta analisar se a aquisição de participações sociais de controlo (“*share deals*”) se pode assumir como uma verdadeira forma de aquisição de empresas, de modo a prosseguir com a análise da existência de uma obrigação de não concorrência nos dois contratos.

¹⁶ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – *A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals"*. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 68, 2008, p. 722 a 724.

¹⁷ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – *A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals"*. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 68, 2008, p. 722 a 72.

3.2 Equiparação de transmissão de participações sociais à venda de empresas e respetivas posições doutrinárias

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES refere que o intuito do “*share deal*” poderá subjazer na aquisição da empresa em si, sendo as participações um meio para tal. Neste negócio revela-se um objeto de atribuição das “rédeas de uma ou mais empresas enquanto organizações de meios produtivos, através da posição de domínio que lhe confere no seio dos órgãos responsáveis pelo governo social”. Conclui-se, assim, que a diferenciação relativa à titularidade nos dois negócios não se revela como suficiente para restringir este fenómeno de uma equiparação¹⁸.

O mesmo autor apresenta três critérios que revelam a possibilidade de tal equiparação, se verificáveis no caso concreto.

Primeiro, a *morfologia do poder de controlo societário*, ou seja, uma transmissão total ou maioritária das participações sociais que se consubstancie na atribuição de uma posição de “titularidade do controlo da sociedade” e uma “possibilidade de exercer, com carácter duradouro, isoladamente ou em conjunto (...) uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa” através das deliberações sociais da sociedade, segundo o art. 36.º, n.º 3 LdC¹⁹.

Num segundo critério, defende a interpretação do contrato de aquisição, atendendo-se à *vontade das partes contratantes*, também defendida por CALVÃO DA SILVA²⁰, para aferir a mera intenção de transferência das participações ou, se a essa mesma subjaz um intuito de transferência da empresa²¹.

Por fim, como terceiro critério, *o fundamento das normas legais aplicadas*, que possam estabelecer uma equiparação *ex lege*²².

COUTINHO DE ABREU considera, também, possível esta equiparação relativamente à venda (de maioria ou total) de participações que proporcionem, por si, um “poder de controlo e gestão empresarial em domínios fundamentais”, conseguindo, assim, uma “posição

¹⁸ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – *A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals"*. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 68, 2008, p. 728.

¹⁹ Exemplificando o mesmo artigo: a aquisição da totalidade ou de parte do capital social; a aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre os ativos da empresa ou a celebração de contratos que confirmam direitos ou qualquer forma de influência determinante na composição ou nas deliberações ou decisões dos órgãos de uma empresa.

²⁰ SILVA, CALVÃO, *A Empresa como Objeto de Tráfego Jurídico*, in Estudos de Direito Comercial, Pareceres, Almedina, 1999, p. 178.

²¹ A título de exemplo, se o preço da sua aquisição for superior à soma do preço da venda separada de tais participações, designado *preço* ou *prémio de controlo*.

²² ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – *A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals"*. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 68, 2008, p. 729 a 734.

equiparável à de um empresário singular”. Afirma que “a alienação (não apenas a venda) da totalidade ou da maioria das participações sociais é também equiparável ao trespasse da empresa social para efeitos da obrigação implícita de não concorrência”²³.

CALVÃO DA SILVA admite, igualmente, a transmissão indireta da titularidade empresarial, sem ser necessária a aquisição total das participações, exigindo apenas que esta seja acompanhada pela vontade das partes de adquirir a empresa e que haja uma transmissão de posição dominante na mesma, bastando apenas que as participações remanescentes na esfera do alienante não sejam capazes de limitar a posição de controlo conferido²⁴.

MANUEL NOGUEIRA SERENS atende à existência de uma posição de domínio sobre a empresa a favor do novo sócio comprador das participações. Oferece quatro exemplos paradigmáticos, especificamente, a compra de participações correspondentes a: maioria qualificada²⁵; maioria absoluta (>50% do capital social que lhe oferece um domínio da sociedade e consequentemente o poder de composição de órgãos de gestão e de definir, assim, a política da empresa); exatamente metade do capital social (tornando-se sócio igualitário, cotitular de domínio da empresa); por fim, menos de metade do capital (participações minoritárias mas com privilégios de voto e vantagens respeitantes à governação da sociedade). Em qualquer uma destas situações o autor admite a existência de uma situação de domínio da empresa social necessário para a potencialidade de equiparação²⁶.

Assumindo estas posições como válidas, adota-se, para efeitos da presente dissertação, um conceito *amplo* de aquisição de empresas: o trespasse e a aquisição de participações sociais que confirmam uma posição de domínio nos órgãos deliberativos e subsequente controlo na empresa.

²³ ABREU, COUTINHO DE, *Da Empresarialidade - As Empresas no Direito*, Almedina, 1996, p. 351, e *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 8.^a Ed., Almedina, 2024, p. 401 e 404, nota de rodapé n.º 955 e Vol. I, 13.^a Ed., 2023, p. 309 e 310.

²⁴ SILVA, CALVÃO, *A Empresa como Objeto de Tráfego Jurídico*, in *Estudos de Direito Comercial*, Pareceres, Almedina, 1999, p. 169 a 196 e 178 a 179.

²⁵ Detendo essa maioria adquire o poder de alterar o contrato (art. 265.º e 386.º, n.º 3 CSC) e o objeto da sociedade presente no mesmo.

²⁶ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, P. 52 a 55.

IV. Obrigação de não concorrência

4.1 Necessidade da existência de uma obrigação de não concorrência

Pretende-se advertir, na presente dissertação, para a possível existência de uma situação de conflitos de interesses entre o adquirente e alienante, quando o último detenha e explore, imediatamente à venda, uma empresa verdadeiramente concorrente, em detrimento da confiança e interesse que o adquirente depositou no negócio.

Para além dos deveres que se impõem ao alienante²⁷, necessários para que a prossecução de atividade possa atingir o lucro baseado nas expectativas do contrato, discute-se a possível existência de uma obrigação de *non facere* que proíba a prossecução de uma atividade concorrente que possa frustrar o direito à fruição da empresa.

Não se perca de vista que uma prossecução de atividade económica similar pelo alienante de empresa, após a celebração do negócio jurídico, se revela como um risco sério de desvio da clientela do adquirente, especialmente considerando as vantagens (averiguadas *infra*) que o primeiro possui como antigo titular da empresa. Considerando a clientela como um dos pressupostos principais para a formação de vontade na celebração do negócio de aquisição, o seu desvio implicará, por regra, redução do volume de negócios, uma perda de lucro e privação do intuito subjacente ao contrato de compra e venda.

Assim, afirma-se, como primeiro pressuposto, a existência de um risco de desvio de clientela para que haja um interesse, minimamente justificável, de proteção do adquirente no caso concreto.

4.1.1 Pressupostos inerentes à obrigação de não concorrência

4.1.1.1 Risco como pressuposto

Este risco implica um eventual prejuízo no exercício da atividade do adquirente e deriva da prossecução imediata de atividade comercial idêntica pelo alienante, num conjunto de dimensões que se aferem como perigosamente próximas da atividade do adquirente. O *expertise* e *know-how* que o penúltimo detém obre a estratégia comercial interna e anterior da empresa; contactos e listas de clientes, fornecedores, distribuidores e retalhistas que poderão facilitar ao alienante a realização de integrações verticais e economias de escala. Todas estas

²⁷ Sob a forma de deveres principais e acessórios, analisados *infra*, no ponto 4.4.1.

se traduzem em possíveis vantagens competitivas face ao comprador, nas decisões de financiamento, investimento e desenvolvimento estratégico de uma nova empresa concorrente. Por fim, o valor do negócio de aquisição indireta de empresa destaca-se pelo preço acrescido (prémio de controlo) que, na prática, oferece meios financeiros alargados para a prossecução de tal atividade concorrente.

É necessário reiterar, porém, que a sujeição ao risco concorrencial é elementar para o desenvolvimento saudável de um mercado que pressupõe a existência de múltiplos agentes económicos. Não se configura como fator suficiente para considerarmos esta obrigação como existente. Este trabalho versa apenas o risco inerente à prossecução *imediata* de atividade concorrente pelo *trespassante* pois só essa é que será apta a subverter um conjunto de valores constitucionais analisados *infra* e o direito de propriedade do adquirente, na vertente da fruição do estabelecimento.

Segundo JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES²⁸, o dever de não concorrência visa prevenir este risco específico de concorrência concorrencial, “insidiosa, prejudicial e até letal” (para a empresa), também extensível para os próprios titulares, quer individuais de empresas de pequena dimensão quer coletivas, no panorama atual.

4.1.1.2 A necessidade de proteção da clientela

COUTINHO DE ABREU defende a existência de uma relação comercial íntima entre a empresa e a clientela, sendo que a empresa não é capaz de subsistir eternamente sem esta²⁹. Assim, poder-se-á assumir que qualquer adquirente de uma empresa pressupõe a existência de determinado grau de fidelidade de clientela necessário à obtenção de lucro, ou seja, o conjunto de clientes minimamente expectáveis para que se mantenha o retorno esperado, que justifica o investimento no negócio.

Na sua essência, a clientela representa o sucesso da empresa na inserção do mercado, uma verdadeira aptidão da mesma na prossecução da sua atividade e de oferta de produtos e serviços correspondentes às necessidades reais do mercado. Revela-se, então, fulcral à estipulação do valor do negócio em causa e a possibilidade de ser subtraída ao adquirente seria extremamente lesiva ao intuito inerente que pretende. Porém, é necessário referir a inexistência de preceito no ordenamento jurídico português que estabeleça um direito (abstrato) à clientela.

²⁸ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Cláusulas Parassociais de não concorrência – breve apontamento*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano XIII, Vol. 26, Almedina, 2021, p. 31 a 33.

²⁹ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13.^a Ed., Almedina, 2023, p. 225 e 226.

Resta, então, debruçar-nos sobre a possibilidade (ou não) da inserção desta como elemento pertencente ao estabelecimento empresarial. COUTINHO DE ABREU não considera a clientela como um “(...) instrumento estrutural-funcionalmente inserido na organização produtiva que a empresa é — sendo antes algo de consequente ao funcionamento da “máquina” produtiva”. Afirma que a clientela não se configura como um “objeto de um direito real ou absoluto, nem objeto autónomo de tutela jurídica”. Porém, expressa que existirá sempre uma atividade de conquista e fidelização de clientes, visto que a primeira não conseguirá subsistir sem os mesmos³⁰, opinião partilhada por MARIA ELISABETE RAMOS³¹.

NUNO AURELIANO considera que, mesmo perante uma desconsideração de existência de clientela como elemento constitutivo, esta será tomada em conta no momento de negociação do estabelecimento para efeitos de estipulação do valor do preço de aquisição da empresa. Daí o autor considerar que negligenciar a mesma posteriormente seria "defraudar as legítimas expectativas do adquirente", admitindo que esta assuma relevo na análise da existência da obrigação implícita de não concorrência³².

Na nossa perspetiva, a clientela afere-se como algo "instável", possível de ser apropriado temporariamente mas nunca definitivamente. É necessário ter em consideração que se esta configura como facilmente dispersiva por um multitude de razões. A título de exemplo, razões económicas subjacentes à evolução do mercado, sociológicas inerentes à alteração de escolhas de consumo e a capacidade estratégica das empresas em segmentarem o mercado. Todos estes fatores se coligam com a autonomia do consumidor, que terá liberdade de escolher o agente económico que considera mais viável num mercado de livre concorrência, oferta e procura.

Não cremos que seja a (clientela) o fator que justifica, diretamente, a existência desta obrigação e concordamos com a sua inexistência como elemento do estabelecimento. Não obstante, o art. 311.º n.º 1 e alínea d) do CPI referem que “constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente (...) as falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes (...) à *qualidade ou quantidade da clientela*”. Este preceito demonstra, claramente, uma preocupação do ordenamento jurídico em impedir falsas representações da realidade

³⁰ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13.ª Ed., Almedina, 2023, p. 224 a 226.

³¹ RAMOS, MARIA ELISABETE, *Direito comercial e das sociedades - Entre as Empresas e o Mercado*, Reimpressão, Almedina, 2022, p. 115.

³² AURELIANO, NUNO, *A obrigação de não concorrência do trespassante de estabelecimento comercial no direito português*, in Estudos em homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, Almedina, 2003, p. 767.

empresarial subjacente à celebração deste tipo de negócios.

Concordamos com o último autor e considera-se necessário reconhecer a clientela como um componente extrínseco à empresa que guia a prossecução da sua atividade, representa o sucesso da mesma no mercado e influencia a celebração ou não do contrato de aquisição. Deste modo, é, claramente, tida em consideração para efeitos de fixação do valor do negócio jurídico e preço pago pela aquisição da empresa, o que implica a necessidade de proteger as expectativas legítimas do adquirente.

Portanto, considera-se a clientela como atendível para avaliar a necessidade da existência de obrigação de concorrência no caso concreto, embora, para efeitos desta dissertação, se baseie a fundamentação deste dever apenas em valores e princípios presentes no nosso ordenamento jurídico.

4.2 Obrigação de não concorrência no ordenamento jurídico português

Esta obrigação encontra-se expressamente consagrada em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a título de exemplo, nos direitos italiano e brasileiro.

No ordenamento jurídico italiano, no art. 2557.º *Codice Civile*, determina-se um período de abstenção de cinco anos para reintroduzir, no mercado, um novo negócio que, pelo seu objeto, localização ou outros fatores, seja suscetível de induzir em erro os clientes da empresa transferida.

No Brasil, passou a estar presente no art. 1147.º do Código Civil brasileiro de 2002 que surgiu com a lei n.º 10.406/2002, lendo-se “*Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência (...)*”.

Em Portugal, a existência desta obrigação é apenas legalmente prevista fora do contexto de aquisições empresariais, como cláusula nos contratos de agência (art. 4.º e 9.º do DL n.º 178/86³³) e de trabalho (art. 136.º, n.º 2 CT), e para os gerentes e administradores de sociedades, independentemente de clausulado (art. 253.º CCom e 254.º CSC).

Daqui conclui-se pela sua (possível) existência no nosso ordenamento jurídico apenas através da vontade expressa e conjunta do alienante e adquirente da empresa, ou tacitamente, através de princípios.

³³ Que regulamenta o contrato de agência.

A primeira concretiza-se através da liberdade contratual das partes, mais especificamente, de estipulação de uma cláusula de *non facere* no contrato de aquisição empresarial em causa, sendo que o art. 405.º CC refere, no seu n.º 1, a faculdade das partes fixarem livremente “o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”. Por sua vez, a sujeição à força vinculativa do contrato (art. 406.º, n.º 1 CC) implica o cumprimento integral desta obrigação (*pacta sunt servanda*) exceto se esta auto-restrição à liberdade de iniciativa económica do alienante for extensa o suficiente³⁴ para violar a ordem pública *económica* e bons costumes, previstos no art. 280.º, n.º 2 CC.

Perante a inexistência de consagração de uma obrigação de não concorrência para aquisições empresariais, parte maioritária da doutrina portuguesa tem vindo a admitir, também, uma obrigação tácita de *non facere* através de certos princípios do ordenamento jurídico que consideram justificar a mesma, analisados *infra*, no ponto 4.4.

4.3 Cláusulas de não concorrência

4.3.1 Caracterização das cláusulas e seu conteúdo

No âmbito de aquisições empresariais, estas afiguram-se menos vantajosas em setores que envolvem investimentos avultados de infraestruturas (como na indústria hoteleira, a título de exemplo) e que implicam uma dificuldade acrescida, para o alienante, em replicar, de forma imediata, a atividade da empresa alienada. Por sua vez, a utilidade destas cláusulas mantém-se em setores de prestações de serviços, onde existe uma maior capacidade de retenção de *know how* e aptidão para competir com o comprador num cenário pós-venda³⁵.

Estas cláusulas revelam-se mais comuns, também, nos contratos de transmissão indireta, que se tendem a assumir como “modelos negociais maximalistas”³⁶ com uma estipulação contratual mais pormenorizada pelas partes, devido à inexistência de um regime legal concreto.

³⁴ Analisado *infra*, no ponto 4.5.

³⁵ OROSZ, JACOB, *M&A Non-Compete Agreement | A Complete Guide* (disponível em <https://morganandwestfield.com/knowledge/non-competite-agreement/>, consultado pela última vez em 10.04.2024).

³⁶ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals"* in Revista da Ordem dos Advogados, ano n.º 68, Lisboa, 2008, p. 747 e 748.

Será através destas cláusulas que as partes utilizarão a sua liberdade contratual para limitar, voluntariamente, o adquirente no mercado. Tal implica a necessidade de delimitar o objeto e conteúdo que estas poderão assumir e a sua extensão, sob pena de se frustrar os limites da lei impostos à liberdade contratual na primeira parte do n.º 1 do artigo 405.³⁷

À partida, o objeto da cláusula (art. 6.º, n.º 4 CSC) baseia-se no impedimento de exercício de *atividades concorrentes* com a empresa trespassada, ou seja, atividades que sejam “idênticas, complementares ou análogas”³⁸, capazes de comprometer o direito ao lucro futuro do adquirente. O conceito de *atividade concorrente* encontra-se já presente no art. 254.º, n.º 2 CSC, que se afigura como “*qualquer atividade abrangida no objecto desta (sociedade), desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios.*”. Retira-se que, na prática, a cláusula impede o alienante de duplicar as “atividades (...) que a sociedade venha a exercer”, já compreendidas no contrato da sociedade alvo de trespassse [(art. 9.º, n.º 1, alínea d) e art. 11.º, n.º 2 CSC].

Admitimos que as partes estipulem esta obrigação para além dos próprios estatutos, através de um objeto real que atinja todas as atividades efetivamente prosseguidas pela sociedade trespassada, incluindo as que, por alguma razão, não estejam elencadas nos estatutos. Desde que se retire de uma interpretação do negócio que estas atividades tenham sido tidas em conta pelo adquirente para efeitos de estipulação de valor do mesmo e que a sua prossecução pelo alienante aproveitaria as vantagens já apresentadas *supra*.

Por sua vez, admitimos também uma proibição com exceções materiais, ou seja, que as partes definam uma obrigação que se aplique apenas parcialmente à atividade prosseguida. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES³⁹ defende a possibilidade de “exclusão de certos tipos de atos, empresas, produtos, serviços ou clientelas”. Na nossa opinião, consideramos possível, por exemplo, permitir um alienante continuar a prestar serviços de comida *take-away* se demonstrável no caso concreto a inexistência de um risco sério de atividade concorrente face a um estabelecimento alienado de restauração.

Admitimos, igualmente, a extensão desta obrigação a atos isolados, atos preparatórios e preliminares que sejam fulcrais à prossecução da atividade concorrencial. A título de

³⁷ Assim, consideraremos aplicáveis os limites analisados *infra*, no ponto 4.5, conjuntamente para a obrigação explícita e implícita.

³⁸ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Cláusulas Parassociais de não concorrência – breve apontamento*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano XIII, Vol. 26, Almedina, 2021, p. 34.

³⁹ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Cláusulas Parassociais de não concorrência – breve apontamento*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano XIII, Vol. 26, Almedina, 2021, p. 35 e 36.

exemplo, aquisição de materiais e contactos com fornecedores que fortemente evidenciem, pela sua singularidade face àquela indústria, uma certeza indubitável da prossecução da atividade concorrencial, numa tentativa de proteção pelo objeto ao invés dos efeitos, que consideramos possível através da análise *infra* do art. 9.º, n.º 1 LdC.

4.3.2 Cláusulas no contexto de Direito Anglo-Saxónico, DUE e Direito Nacional

É mister reconhecer que a utilização deste tipo de clausulado revela-se mais frequente em ordenamentos anglo-saxónicos. Na maioria dos estados dos EUA é raro as aquisições em causa ocorrerem sem o compromisso pós-venda do vendedor⁴⁰. Nesse país, a maioria das transações de M&A contêm esta cláusula numa tentativa de proteção do valor do negócio e empresa⁴¹.

No DUE encontram-se artigos referentes à admissão (ou não) de tais cláusulas. O art. 101.º TFUE (antigo art. 81.º TCE) impõe proibições a acordos restritivos numa tentativa de acautelar a concorrência no mercado e ambas as partes contraentes. Os pressupostos de aplicação encontram-se, igualmente, no n.º 1 do art. 9.^{o42} LdC: a existência de duas ou mais empresas coligadas por acordos, práticas concertadas ou decisões de associações, juridicamente vinculativas ou não, que pretendam, por objeto ou efeito, "restringir sensivelmente a concorrência" e afetando a totalidade ou uma parte do mercado nacional⁴³.

Reitera-se, também, que as alíneas destes artigos não elencam, exhaustivamente⁴⁴, todos os acordos ou cláusulas que se possam estabelecer como restritivas e portanto proibidas, admitindo-se a (possível) subsunção da obrigação de não concorrência à cláusula geral do n.º1. Importa realçar, também, o carácter alternativo deste preceito que parece admitir a proibição quer pelo objeto ou efeitos, bastando comprovar o objetivo anticoncorrencial para este ser considerado inválido, independentemente de ter produzido efeitos anticoncorreciais no

⁴⁰ OROSZ, JACOB, *M&A Non-Compete Agreement | A Complete Guide* (disponível em <https://morganandwestfield.com/knowledge/non-competite-agreement/>, consultado pela última vez em 10.04.2024).

⁴¹ GROWTH, CANDACE, 2021, *Nothing Can Compete with Mergers and Acquisitions* (disponível em <https://velawood.com/nothing-can-competite-with-mergers-and-acquisitions>, consultado pela última vez em 10.04.2024).

⁴² Artigo inspirado no atual art. 101.º TFUE, visando a LdC estabelecer um regime da concorrência sincronizado com os valores resultantes da comunidade europeia.

⁴³ GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL e ANASTÁCIO, CATARINA, dir. GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Lei da Concorrência* - Comentário Conimbricense, 2ª Ed., Almedina, 2017, p.85 a 88 e 91.

⁴⁴ Por força da utilização das expressões “designadamente” e “nomeadamente”.

mercado ou não⁴⁵.

Porém, consideramos que estas cláusulas não se inserem, automaticamente, em qualquer um destes dois preceitos. Embora consubstanciem acordos limitadores da atuação do alienante no mercado, são aptos à proteção da concorrência, configurando-se o contrário apenas nos casos em que a convenção das partes ultrapasse um conjunto de limites que consideramos fulcrais a qualquer acordo deste género. Como veremos *infra*, o dever de não concorrência que cumpre os pressupostos de proporcionalidade, convencionado dentro de um conjunto de limites já apresentados pela doutrina, garante a proteção do mercado, indiretamente, através da defesa do adquirente. Ao admitir a prossecução da sua atividade, protege-se a renovação contínua e necessária dos agentes que intervêm no mercado como o pressuposto necessário à sua evolução e equilíbrio concorrencial. Através da imposição de limites a esta obrigação, permite-se alcançar esse objetivo sem lesar excessivamente a esfera do alienante.

Exemplificando, a “Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e acessórias às concentrações”⁴⁶ admite esta obrigação, referindo, no seu n.º 18, que “As obrigações de não concorrência impostas ao cedente no contexto da cessão de uma empresa (...) podem ser *directamente relacionadas e necessárias* à realização da concentração. (...) O adquirente deve poder beneficiar de uma certa protecção contra a concorrência por parte do cedente (...). Estas cláusulas de não concorrência garantem a transferência para o adquirente do valor integral dos activos cedidos (...)” e “não só estão *directamente relacionadas* com a operação de concentração, como são *necessárias* à sua realização, uma vez que sem elas provavelmente a venda da empresa ou de parte da empresa não se poderia concretizar”.

Retira-se do n.º 19 da mesma comunicação, que estes conceitos de *relação e necessidade* acabam por fundamentar a existência de limites temporais, materiais, territoriais e pessoais, igualmente defendidos pela doutrina portuguesa.

No contexto de um reenvio prejudicial no caso EDP vs AdC, o TJUE foi questionado se uma cláusula de não concorrência poderia constituir uma restrição acessória para efeitos do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, tendo o tribunal europeu concluído que uma restrição da autonomia

⁴⁵ GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL e ANASTÁCIO, CATARINA, dir. GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, 2ª Ed., Almedina, 2017, p.96 a 99.

⁴⁶ Concentrações estas “que poderão ocorrer por via de uma aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do activo (...) do controlo directo ou indirecto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas”, segundo o art. 3.º, n.º 1, alínea b) do Regulamento das Concentrações Comunitárias, n.º 139/2004 e de forma semelhante, o art. 36.º, n.º 1 e alínea b) LdC.

comercial de um ou mais participantes não é abrangida pela proibição do art. 101.º se essa restrição for *objetivamente necessária* à execução do negócio jurídico e objetivos do mesmo⁴⁷.

A AdC também já se pronunciou, favoravelmente, sobre a aquisição da empresa Fertimixa BVBA e suas subsidiárias por Fertiberia, S.A, através de uma aquisição indireta de 100% das participações sociais, acompanhada por uma obrigação de não concorrência clausulada entre as duas empresas. No caso concreto a AdC, mais uma vez, considerou a necessidade da mesma se demonstrar como *necessária, diretamente relacionada e proporcional* ao "objetivo de preservação do valor do negócio a transmitir"⁴⁸.

Retira-se, de tais exemplos, uma ideia geral de necessidade de verificação de uma proporcionalidade geral⁴⁹ nestas cláusulas⁵⁰ face ao intuito subjacente da transmissão do património ("*asset deal*") ou controlo ("*share deal*") da empresa. Só assim se admite a existência válida das mesmas e a sua exclusão do âmbito de aplicação das proibições constantes do 101.º TFUE e art. 9.º LdC. Nesses casos, não se afere uma violação, mas sim proteção do direito da concorrência, numa ótica equilibrada entre os direitos das duas partes do negócio.

4.3.3 Comparações com o Regime de Agência e Direito do Trabalho

No que respeita ao regime laboral, importa relembrar, mais uma vez, a possibilidade de uma estipulação deste dever sobre os trabalhadores que contribuem para a prossecução do negócio em si⁵¹. Do artigo 136.º, n.º 2 do Código do Trabalho retira-se uma sujeição à observância de um conjunto de requisitos. Primeiro, o facto de a duração se limitar a um máximo de dois anos. De seguida, a alínea a) impõe uma existência de forma de acordo escrito e a alínea b) justifica um pressuposto já analisado *supra*, reiterando, também, a necessidade de existência de um risco de prejuízo para o empregador.

⁴⁷ AdC, 2023, *TJUE corrobora abordagem da AdC no processo relativo ao pacto de não-concorrência EDP/Sonae* (disponível em <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/tjue-corrobora-abordagem-da-adc-no-processo-relativo-ao-pacto-de-nao-concorrenca-edpsonae>, consultado pela última vez em 10.04.2024) e CLARKE, CHARLES, 2023, *Non-compete clauses: permissible between potential competitors?*, (disponível em <https://www.vilgerts.com/publication/non-compete-clauses-permissible-between-potential-competitors/>, consultado pela última vez em 11.04.2024).

⁴⁸ AdC, 2022, *Decisão de Não Oposição da Autoridade da Concorrência* (disponível em https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/ccent/AdC-CCENT_2022_62-Decisao-VNC-final-net.pdf, consultado pela última vez em 11.04.2024).

⁴⁹ Que consideraremos, também, aplicável às obrigações tácitas, analisada *infra*, no ponto 4.5.

⁵⁰ Que, como já vimos, assumem a forma de *restrições acessórias* no DUE.

⁵¹ WEKEZER, MICHAEL, 2022, *M&A Vocabulary – Experts explain: Non-Compete and Non-Solicitation clauses in M&A Transactions*, (disponível em <https://www.roedl.com/insights/ma-dialog/2022-11/ma-vocabulary-experts-explain-non-compete-non-solicitation-clauses-ma-transactions>, consultado pela última vez em 11.04.2024).

Por sua vez, no DL n.º 178/86 que regulamenta o contrato de agência, no art. 9.º, estabelece-se, igualmente, a exigência de um documento escrito para uma obrigação convencionada para um período máximo de dois anos, sobre uma atividade circunscrita à “zona ou ao círculo de clientes confiado ao agente”.

Destes dois regimes retiram-se, igualmente, indícios que apontam para a existência de um conjunto específico de limites e uma exigência de forma que consideramos necessários à existência qualquer cláusula deste tipo no âmbito de aquisições empresariais.

4.3.4 Limites da cláusula

NUNO AURELIANO admite a existência de uma obrigação explícita, considerando que a autonomia privada exercida pelas partes tem poder para restringir o conteúdo do direito de livre iniciativa económica do alienante (art. 61.º CRP). Tal implica, por si, a necessidade de definir os limites desta obrigação, considerando o limite temporal de dois anos, plasmado no art. 9.º, n.º 2 do regime de contrato de agência, como adequado. Relativamente ao âmbito espacial, defende a circunscrição à “zona ou círculo de clientes”⁵².

MANUEL SERENS admite, também, a existência destas cláusulas deste que sucumbidas a limites idênticos. Aceita a extensão desta obrigação nas empresas individuais e, por vontade das partes, aos próprios filhos e cônjuges (mesmo em regime de separação de bens) que tenham colaborado com o trespassante na exploração. Do mesmo modo, nas empresas sociais, admite a extensão da obrigação a qualquer um dos sócios minoritários, paritários ou majoritários e aos titulares dos órgãos sociais de administração, independentemente de serem ou não sócios da sociedade administrada⁵³. Para efeitos de análise das restantes dimensões, o autor admite a equiparação entre obrigações explícitas e implícitas, por força da inexistência de diferença entre as duas a nível subjetivo⁵⁴.

Concordando com este autor, a coletividade dos limites que consideramos fulcrais à definição e existência de uma cláusula válida, serão analisados *infra*, no ponto 4.5, em conjunto com as restantes posições doutrinárias que incidem maioritariamente sobre o dever implícito.

⁵² AURELIANO, NUNO *A obrigação de não concorrência do trespassante de estabelecimento comercial no direito português*, in Estudos em homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, Almedina, 2003, p. 799, nota n.º 310 e p. 800, nota n.º 312.

⁵³ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, p. 95 e 97.

⁵⁴ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, p. 91 e 93.

4.3.5 Invalidade da cláusula

Por agora, reiteramos a necessidade de se acautelar os interesses do alienante ou trespassante. É mister referir a complementaridade da AdC na proteção dos direitos do mesmo⁵⁵, embora tenha, no máximo, um poder sancionatório e de aplicação de coimas [(art. 68.º, n.º 1, alínea a) LdC] perante as possíveis violações previstas no art. 9.º LdC.

Admite-se, também, a reparação pelo interesse contratual negativo, uma compensação indemnizatória sob a forma de lucros cessantes (art. 564.º CC) que o alienante poderia ter auferido nos contratos supervenientes, não ocorridos por força da existência da cláusula excessivamente onerosa.

Importa referir, igualmente, a possível nulidade da cláusula por objeto indeterminado caso os limites não estejam definidos na mesma (art. 280.º, n.º 1, última parte), invocável a todo o tempo, por qualquer interessado (art. 286.º e 289.º, n.º 1 CC). Porém, resta averiguar se a declaração de nulidade da cláusula implica a do contrato na sua totalidade (art. 280.º CC) ou se admitimos a mera redução do mesmo (art. 292.º CC). Consideramos justificável a segunda hipótese. O DUE vem admitindo a mera redução visto que “(a) nulidade em causa só se aplica aos elementos do *acordo* atingidos pela proibição ou a todo o *acordo* se estes elementos se revelarem inseparáveis do próprio (...)”⁵⁶. Perante uma violação do art. 9.º LdC, o n.º 2 do mesmo artigo refere-se à nulidade da cláusula ou acordo e não da totalidade do negócio onde se inserem. Finalmente, o ordenamento jurídico português consagra, também, o princípio de conservação dos negócios jurídicos (art. 292.º e 293.º CC).

MANUEL NOGUEIRA SERENS⁵⁷ admite que o tribunal reduza, casuisticamente, a cláusula ao essencial se a mesma se demonstrar excessivamente ampla. Argumenta que, perante a falta de efeitos decorrentes da declaração de nulidade da cláusula, intervém sempre a atividade de redução teleológica do juiz no caso concreto, operando uma substituição pela obrigação implícita que, por si, já satisfará os limites a que a cláusula devia ter obedecido.

Independentemente do princípio de liberdade de forma (art. 219.º CC), admitimos, também, a possibilidade de uma nulidade da cláusula por violação de exigência de requisito de

⁵⁵ Como autoridade administrativa, dotada de poderes de supervisão e investigação através de inquéritos, exames e recolha de testemunhos, entre outros. Mais importante, tem a capacidade de notificar o infrator para adotar as providências necessárias ao fim de uma prática restritiva ou seus efeitos.

⁵⁶ GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL e ANASTÁCIO, CATARINA, dir GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Lei da Concorrência* - Comentário Conimbricense, Almedina, 2ª Ed., 2017, p.105 a 108.

⁵⁷ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, p. 98.

forma (art. 220.º CC) ao considerarmos extensível a exigência de forma escrita prevista para os acordos de não concorrência já referidos no regime de agência (art. 9.º, n.º 1) e do CT [art. 136.º, n.º 2, alínea a)].

4.3.6 Incumprimento da cláusula

Na hipótese inversa, o alienante poderá extravasar os limites validamente definidos. Assim, admitimos que as partes possam estipular a aplicação de uma cláusula penal com o intuito de punir o incumprimento da obrigação. De acordo com o art. 810.º CC, admite-se que fixem, *a priori*, o montante de indemnização devido perante o incumprimento, tendo em consideração a dimensão da empresa e a posição no mercado, entre outros. Segundo NOGUEIRA SERENS⁵⁸ este valor corresponderá, também, ao valor que o juiz arbitraria no caso concreto⁵⁹. Esta opção ilustra-se vantajosa perante a dificuldade de previsão do valor exato de danos (sob a forma de lucros cessantes do adquirente).

Por sua vez, reforçamos a necessidade da intervenção de uma obrigação tácita destinada, também, a intervir para a proteção no adquirente, perante o perigo de omissão de clausulado entre as partes, face aos princípios, valores e direitos apresentados *infra*.

4.4 Admissão da obrigação tácita de não concorrência à luz de valores e direitos constitucionais e europeus

Numa fase inicial do capitalismo oitocentista, a concorrência pura baseava-se, ainda, na existência de uma pluralidade de produtores, vendedores, empresários e consumidores, embora, naturalmente, de pequena dimensão e com livre entrada e saída dos mesmos no mercado. Não surpreende, porém, que os fenómenos de concentração e agrupamentos de grandes empresas surgidos no contexto posterior às revoluções industriais tenham provocado a necessidade de garantir, atualmente, a existência de uma “rivalidade” económica justa e equilibrada⁶⁰.

Atualmente, esta ideia de proteção da concorrência fomenta não só a inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias como contribui para o acréscimo de variedade de

⁵⁸ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, p. 116.

⁵⁹ Como função da indemnização, na falta de tal cláusula penal.

⁶⁰ SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA, MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO, *Direito Económico*, 6ª Ed, Revista e Atualizada, Almedina, 2011, p. 226 e 228.

produtos e serviços prestados e a qualidade dos mesmos. Garante, igualmente, que sejam oferecidos ao menor preço à disposição dos consumidores. De modo a assegurar o funcionamento eficiente do mercado e impedir fontes de ineficácia⁶¹, o Estado português, opta, como veremos, por proteger, em conjunto com a União Europeia, a concorrência e a saúde económica.

Claramente se evidencia a consagração de um direito de liberdade de iniciativa económica do alienante [consagrado pela primeira vez na CRP de 1976, no art. 61.º, n.º 1 e 80.º, alínea c) CRP], adjacente ao direito de propriedade económica do adquirente (art. 62.º CRP), como pressupostos de uma necessidade de proteção de tal economia de mercado.

Desde logo, a liberdade de prossecução de uma atividade económica privada, concedida por este direito constitucional, abrange uma liberdade *de acesso ao mercado* através de criação de empresas, liberdade *de escolha e ramo de atividade* a exercer, liberdade da sua *gestão* e de *organização* e uma liberdade *de investimento e de contratação*⁶².

Dito isto, sendo pertencente ao catálogo de direitos económicos, sociais e culturais (Título III, CRP), a intervenção do Estado na concretização deste direito dependerá de critérios de justiça distributiva. Assim, admite-se a possibilidade de uma aplicação diferida perante a existência (ou não) de condições sociais, económicas e políticas e a necessidade de uma ponderação e limitação face a outros princípios e direitos como o de propriedade económica (art. 62.º CRP).

Assim, importa reforçar que a existência destes dois direitos como pressupostos de uma concorrência livre e “pura” não prejudica a possibilidade de ambos entrarem em choque, considerando a sua natureza como direitos económicos, sociais e culturais, sujeitos a restrições. Embora a obrigação de não concorrência implique uma possível limitação da liberdade de iniciativa económica do alienante (art. 61.º CRP) veremos, adiante, que a consagração constitucional deste direito não se revela como suficiente para justificar, por si, a proibição de existência desta obrigação, segundo MARIA ELISABETE RAMOS⁶³.

Concordando com a última autora, apresentamos, abaixo, os argumentos que consideramos aptos a justificar a limitação de tal liberdade na esfera do alienante.

⁶¹ A título de exemplo, monopólios, externalidades, abusos de posição dominante e práticas concertadas.

⁶² SANTOS, ANTONIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA, MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO, *Direito Económico*, 6ª Ed, Revista e Actualizada, Almedina, 2011, p.46.

⁶³ RAMOS, MARIA ELISABETE, *Direito comercial e das sociedades - Entre as Empresas e o Mercado*, Almedina reimpressão, 2022, p. 133.

4.4.1 Caracterização da obrigação de não concorrência como um dever de lealdade inserido na relação obrigacional

Importa caracterizar, primeiro, esta obrigação, segundo os alicerces de direito civil. Segundo o art. 397.º CC, traduz-se num “vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”. Ou seja, uma prestação de facto negativo (*non facere*) em que o alienante se compromete a não adquirir participações dominantes ou de controlo de empresa concorrente ou, eventualmente, constituir a sua própria empresa concorrente.

A mesma é ainda caracterizada por NUNO AURELIANO como uma obrigação infungível (art. 767.º n.º 2 CC) face às partes, relativa e creditícia que se transforma num direito na esfera do adquirente e que poderá perdurar como um possível dever pós-contratual⁶⁴.

Daí a necessidade de analisar os deveres inerentes a esta relação obrigacional complexa. Consideramos que o dever principal de entrega da coisa [art. 879.º, alínea b) CC] abrange os componentes intrinsecamente necessários ao funcionamento da empresa, quer bens corpóreos ou incorpóreos. Consideramos inseridas as mercadorias, contratos de trabalho, direitos intelectuais, de propriedade, patentes e todos os elementos que foram tidos em consideração para a estipulação do preço a pagar, incluindo as possíveis listas de clientes, fornecedores e redes de distribuição. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES⁶⁵ defende, igualmente, a transferência de documentos que titulam a propriedade sobre estes elementos como escrituras públicas, registos e licenças.

Na nossa perspetiva, não consideramos as construções doutrinárias da figura de deveres secundários sucedâneos⁶⁶ e cumulativos⁶⁷ como aptas à definição desta obrigação e entendemos os deveres acessórios como reservados para a necessidade de cumprimento do dever primário de entrega da coisa, concretamente, a empresa no estado em que estava quando foi valorizada para efeitos da celebração de negócio. Estes últimos implicam, principalmente, deveres de esclarecimento de todas as informações fulcrais contidas na escrituração fiscal, contabilística ou comercial; informações relativas às estratégias utilizadas para segmentação

⁶⁴ AURELIANO, NUNO *A obrigação de não concorrência do trespassante de estabelecimento comercial no direito português*, in Estudos em homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, Almedina, 2003, p.742 e ss, nota n.º 94 e 95 e p. 756.

⁶⁵ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals"* in Revista da Ordem dos Advogados, ano n.º 68, Lisboa, 2008, p. 750.

⁶⁶ Que pressupõem uma substituição da prestação principal (indenizações pela falta de entrega, a título de exemplo).

⁶⁷ Visto que esta concetualização se demonstra mais ajustável para figuras como a mora por incumprimento, adjacente à prestação principal.

no mercado e possivelmente aspetos fulcrais do mercado em que se insere que se configurem como necessários à fruição da empresa como pressuposta no momento da celebração.

Na nossa ótica, esta obrigação não se afigura como um dever *prévio* ou *momentâneo* à celebração do negócio e necessário para (naquele momento) ocorrer uma entrega efetiva da empresa⁶⁸, ao contrário dos exemplos já referidos. Ora, a doutrina desenvolveu, igualmente, o conceito de deveres laterais com base no princípio da boa-fé (art. 762.º, n.º 2 CC) e na relação de confiança entre o trespassante e adquirente. A título de exemplo, deveres de proteção, esclarecimento, lealdade e mais especificamente, de informação, cuidado e cooperação. Estes não representam o cumprimento principal da obrigação, mas demonstram-se necessários à satisfação da relação obrigacional na globalidade, *após* a celebração do contrato.

Assim, consideramos viável assumir a pós-eficácia das obrigações (*culpa post pactum finitum*) e considerar a obrigação de não concorrência como um dever lateral de lealdade. Esta foi a posição adotada pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08 de julho de 2015⁶⁹. Parafrazeando, "a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do fim da relação contratual, omitam toda conduta mediante a qual a outra parte se veria despojada ou essencialmente reduzida das vantagens oferecidas pelo contrato". O mesmo acórdão refere, ainda, como necessária a existência de "deveres de garantia da fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído (...) que vão desde a obrigação de não concorrência, às obrigações de (...) não diminuição das vantagens de uma coisa vendida". Deste acórdão retira-se que não basta um cumprimento formal da obrigação nuclear de entrega da empresa e seus componentes. Demonstra-se, também, necessário garantir o intuito e sentido do negócio que seria, na ausência deste dever, potencialmente frustrado.

Parece-nos justificável a obrigação de não concorrência como dever de lealdade que resultará numa possível responsabilidade obrigacional (art. 798.º CC) e indemnização pelos prejuízos, justificada na "boa-fé objectiva, a função social do contrato ou o equilíbrio contratual", segundo este último acórdão. Por sua vez, julgamos existentes outras fundamentações analisadas *infra*.

4.4.2 Princípio da defesa da concorrência

⁶⁸ Que possibilite a prossecução correta da atividade económica.

⁶⁹ Em conjunto com MOTA, MAURÍCIO, *A Pós-eficácia das Obrigações Revisitada*, citado no mesmo acórdão.

Este princípio está previsto no art. 81.º, alínea f) e 99.º, alíneas a), c) e e) da CRP, para além dos art. 119.º e 120.º do TFUE.

Deste modo, comprova-se a preocupação, já referida acima, do ordenamento jurídico português na proteção do funcionamento do mercado que poderá, através deste princípio, fundamentar esta obrigação e a proteção do adquirente.

O artigo 81.º, alínea f), 1ª parte surgiu no contexto da integração europeia, da qual se retira a necessidade de existência de um preceito constitucional que defendesse as pequenas e médias empresas de forma análoga aos vários países europeus nas últimas décadas⁷⁰. Já previamente mencionado, a liberalização da atividade económica em Portugal teve origem nas correntes neoliberais que permitiram a conversão de um Estado *intervencionista* num Estado *regulador* do mercado, numa tentativa de proteção dos consumidores e da concorrência⁷¹. Este artigo consagra o papel prioritário de regulação do Estado num panorama económico de proteção do mercado, como pressuposto à necessidade de uma concorrência equilibrada.

Por sua vez, no art. 99.º alíneas a), c) e e) da CRP observa-se a garantia deste princípio, de defesa geral da concorrência assumida pelo Estado através de um conjunto de objetivos de política comercial. Mais especificamente, na alínea a), um compromisso de existência de um acesso justo ao mercado e concorrência saudável pelos agentes económicos. Fatores estes que seriam viabilizados ao permitir a prossecução imediata de atividade comercial, idêntica pelo alienante, num conjunto de dimensões perigosamente próximas da atividade em causa. Tal prejudicaria a existência de uma atuação cíclica e diversificada de agentes económicos no mercado e impediria o desenvolvimento económico, inovação, diversidade de produtos, eficiência e todos os fatores necessários à economia social de mercado do nosso país, como pressupostos destas políticas e incumbências prioritárias comerciais do Estado.

Como já vimos, esta argumentação não pressupõe, por sua vez, que o alienante nunca seja protegido no nosso ordenamento jurídico. Ainda no âmbito da defesa da concorrência, de práticas concertadas, acordos restritivos e injustificados⁷², os art. 9.º da LdC e 101.º TFUE protegem o alienante contra uma cláusula de não concorrência excessiva. Como já averiguado *supra* no capítulo 4.3.2, uma obrigação de não concorrência expressa que ultrapasse os limites

⁷⁰ VILAÇA, JOSÉ DA CRUZ e GOMES, JOSE LUÍS, dir. GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Lei da Concorrência* - Comentário Conimbricense, 2ª Ed., Almedina, 2017, p. 16.

⁷¹ SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA, MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO, *Direito Económico*, 6ª Ed., Revista e Atualizada, Almedina, 2011, p. 60 a 68.

⁷² Neste caso, a cláusula de obrigação de não concorrência excessiva que *potencialmente* se insere no n.º 1 do art. 9.º LdC, por via da expressão “nomeadamente”.

já apontados *supra* pelo DUE traduz-se num acordo *anticoncorrencial* que onera excessivamente o alienante, estando, assim, proibida por esses dois preceitos.

4.4.3 Princípio da tutela de confiança e materialidade subjacente do contrato

A nosso ver, esta obrigação também se justifica com base na tutela de confiança e princípio de materialidade subjacente ao contrato. Revela-se a necessidade de proteger a confiança suscitada no adquirente, o intuito e teor do contrato, numa tentativa de proteção do carácter fiduciário do negócio jurídico. Demonstra-se necessário, numa ótica geral, impedir a frustração da credibilidade do trespasse e aquisição de participações sociais como instrumentos de aquisição empresarial e proteger a segurança no tráfego comercial, impedindo-os de sucumbirem a um tipo contratual cujo sentido seja desvirtuado.

4.4.4 Direito de propriedade

MENEZES CORDEIRO⁷³ defende que a contribuição “com bens ou serviços para o exercício em comum de certa atividade económica” (art. 980.º CC) poderá fundamentar, logicamente, o dever de não concorrência. O autor considera a prossecução de uma atividade concorrencial como uma violação da prestação principal prevista nesse mesmo artigo.

Este argumento também se configura transferível para a sociedade alienante em si. A obrigação de não concorrência poderá decorrer, logicamente, da prestação a que o alienante se sujeita a partir do momento em que se compromete à transmissão da “propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço” (art. 874.º CC). Neste caso a atividade imediata concorrencial irá consubstanciar-se no impedimento da fruição do direito da propriedade transmitido (1305.º CC e 62.º CRP) e pressuposto no art. 874.º.

Como já foi referido acima, o direito à iniciativa económica privada não se configura como um “direito absoluto cujo conteúdo esteja determinado naturalmente”. “Para além de ter de conviver com outros direitos e de, logo por aí, haver de sofrer limitações”⁷⁴, como a propriedade privada.

⁷³ CORDEIRO, MENEZES, Dever de não concorrência e dever de não utilização dos bens pertencentes à sociedade – notação a STJ 30 de setembro de 2014, in *Revista de Direito das Sociedades*, VII, 2015, p. 185.

⁷⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 431/91 de 14 de novembro de 1991.

O art. 1303.º, n.º 2⁷⁵ estabelece a aplicação subsidiária de disposições como o art. 1305.º. Assim, os direitos sobre elementos corpóreos da empresa, direitos de autor e de propriedade intelectual são transmitidos com esta, atribuindo-se ao adquirente o gozo dos “direitos de uso, fruição e disposição plena e exclusiva das coisas que lhe pertencem (...)”. Justifica-se, assim, a proteção da prossecução da atividade como uso da empresa, em conjunto com a apropriação do lucro, sob a forma de fruição.

4.4.5 Posições doutrinárias portuguesas sobre a admissão (ou não) da obrigação tácita de não concorrência

A maioria da doutrina tem admitindo, igualmente, a existência desta obrigação, com fundamentações distintas.

Dever de entrega e garantia do gozo pacífico

BARBOSA DE MAGALHÃES, defendia, já em 1951, a existência de uma obrigação de proteção do gozo pacífico da coisa, com o intuito de garantir o cumprimento da finalidade do contrato, embora admitindo outros fundamentos à existência desta obrigação, como a boa-fé na execução dos contratos e também o regime de concorrência desleal⁷⁶.

FERRER CORREIA reitera que o dever de entrega da organização comercial abarca um dever de garantia da mesma como coisa vendida, cujo gozo e fruição o vendedor se encontra obrigado a proteger⁷⁷.

Como já referido *supra*, COUTINHO DE ABREU considera não só a venda maioritária de participações sociais como equiparável à aquisição direta da empresa social, mas também esta equiparação válida para efeitos da obrigação implícita de não concorrência, que também considera, por si, existente. O autor refere alguns dos fundamentos à obrigação em causa como os usos do comércio e a concorrência leal, equidade, princípio da boa-fé na execução dos contratos e garantia contra evicção. Subsequentemente, opta pelo dever de entrega e asseguarção do gozo pacífico da coisa. Alerta para a capacidade de o vendedor exercer uma

⁷⁵ “Quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido”.

⁷⁶ MAGALHÃES, BARBOSA DE, *Do estabelecimento comercial* – Estudo de Direito Privado, 1951, p. 280-294.

⁷⁷ CORREIA, FERRER, *Sobre a projectada reforma da legislação comercial*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano n.º 44, Vol. I, capítulo I, 1984, p. 37.

concorrência “particularmente perigosa” apta a pôr em causa “a subsistência da empresa alienada”⁷⁸.

FERNANDO DE GRAVATO MORAIS admite, mesmo na falta de convenção das partes, a necessidade de sujeitar o alienante do estabelecimento a esta obrigação através de um dever de garantia, que permita a entrega do estabelecimento “sem vícios”. Considera que este argumento fundamenta mais adequadamente o conteúdo da obrigação em causa⁷⁹.

MARIA ELISABETE RAMOS admite a posição de destaque do alienante relativamente ao *know-how* privilegiado que detém sobre a empresa alienado. A autora apresenta, também, este dever como fundamento, para garantir a liberdade de fruição do estabelecimento⁸⁰.

A boa-fé objetiva

Por sua vez, MENEZES CORDEIRO defende a boa-fé objetiva como dever pós-contratual, alegando que “um comerciante conhecido angaria larga clientela. Trespasa, depois, por bom lucro, o seu estabelecimento e vai, de seguida, abrir um novo estabelecimento semelhante, mesmo em frente. É evidente que a clientela, que já o conhece, irá segui-lo: o trespasário adquire algo que, sem clientela, pouco ou nada vale”⁸¹.

Numa perspetiva contrária, NUNO AURELIANO não admite a existência de uma obrigação tácita. Começa por defender a impossibilidade de aplicação analógica dos art. 253.º e 254.º CCom e CSC referentes aos gerentes, considerando não serem referentes a obrigações pós-mandato.

Refere, ainda, o facto do art. 9.º, n.º 1, do DL 178/86⁸² (já referente a uma obrigação pós-contratual), exigir a necessidade de documento escrito para a existência de tal obrigação. Embora este artigo se refira a um tipo contratual diferente, argumenta que esse requisito de forma fundamenta a inexistência de uma obrigação implícita de não concorrência no “negócio translativo” de propriedade do estabelecimento comercial.

Segundo o mesmo argumento, a proibição referida no n.º 1 do art. 36.º LCT resulta, na

⁷⁸ ABREU, COUTINHO DE, *Da Empresarialidade - As Empresas no Direito*, Almedina, 1996, p. 355 e 356 e *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13ª Ed., Almedina, 2023, p. 307, 308 e nota n.º 784.

⁷⁹ MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Reimpressão, Almedina, 2005, p. 114-121 e nota n.º 263.

⁸⁰ RAMOS, MARIA ELISABETE, *Direito comercial e das sociedades - Entre as Empresas e o Mercado*, Reimpressão, Almedina, 2022, p. 133.

⁸¹ CORDEIRO, MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, p. 249, cit in MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Reimpressão, Almedina, 2005, p. 114-121.

⁸² Que regulamenta o contrato de agência ou representação comercial.

prática, numa possibilidade de o trabalhador continuar a exercer a sua atividade depois de abandonar a empresa. Argumenta, igualmente, que o trabalhador terá um contacto direto com a clientela, no exercício das suas funções, podendo ter capacidades de a surruiar. Conclui que não se justifica exigir esta obrigação, implicitamente, ao trespassante, se, por maioria de razão, não é exigível ao trabalhador⁸³. Este autor admite, porém, a obrigação expressa considerando a mesma fortemente fundamentada na autonomia privada.

Na nossa opinião, no âmbito da relação laboral, o agente, trabalhador e respetivo empregador inserem-se, primeiro, no “mercado de trabalho”, não no mercado económico que temos vindo a abordar. O primeiro pressupõe, de forma generalizada, a livre circulação de trabalhadores. Fará todo o sentido existir, para esses, uma liberdade de acesso ao mercado de trabalho que não seja posta em causa por uma obrigação implícita de concorrência, daí os respetivos preceitos do art. 9.º e 36.º não pressuporem a existência dessa obrigação sem a vontade das partes. São igualmente compensados pelos prejuízos nas suas esferas jurídicas por força da extinção da relação contratual.

Por sua vez, na aquisição de empresas a situação apresenta-se, quase, como inversa. As partes vinculam-se ao estipular e celebrar um contrato de aquisição que, como já vimos, pressupõe uma grande possibilidade de imposição de deveres pós-contratuais. A “compensação” pecuniária que o adquirente recebe não é nada mais do que uma das duas obrigações principais inerentes ao contrato de compra e venda [art. 879.º, alínea c)], que já referimos *supra* ser perigosamente frustrado com a prossecução imediata de atividade concorrente do alienante e que fundamenta, entre outros valores, a imposição desta obrigação. Acrescentamos, também, que a argumentação referente ao art. 36.º LCT, por sua vez, se mostra apenas defensável a empresas de pequena dimensão (onde o trabalhador tem o contacto comercial mais íntimo com a clientela). Embora essa seja, ainda, uma realidade em Portugal, desconsiderar-se-iam empresas de média ou grande dimensão, desprezando-as da proteção que esta obrigação confere.

Consideramos justificável a aplicação do dever de garantia apresentado pela doutrina, não só ao trespassante como à compra de participações de controlo⁸⁴ e concordamos igualmente com a defesa do princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações (art. 762.º, n.º 2) que

⁸³ AURELIANO, NUNO, *A obrigação de não concorrência do trespassante de estabelecimento comercial no direito português*, in Estudos em homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, 2003, p. 777 a 779.

⁸⁴ Que já consideramos equiparável para estes efeitos, no capítulo 3.2

consideramos fundamentar, igualmente, os já argumentados, dever de lealdade e subprincípio da materialidade subjacente.

4.5 Proporcionalidade e limites da obrigação de não concorrência

Porém, não basta admitirmos e fundamentarmos a possibilidade abstrata desta obrigação através dos direitos e valores *supra* referidos⁸⁵. A limitação do direito de liberdade de iniciativa económica do alienante (art. 61.º CRP), constitucionalmente consagrado, pressupõe algo já indiciado no capítulo 4.3.2 referente a esta obrigação: a necessidade de uma delimitação cuidadosa sobre este dever, especialmente considerando algumas das circunstâncias que incutam a venda da empresa e a posição frágil em que o alienante se poderá encontrar⁸⁶.

A delimitação desta obrigação, na prática, não se consubstancia em mais do que a proteção da *proporcionalidade*, como princípio constitucional e basilar do nosso ordenamento jurídico, necessário para aferir a legitimidade da extensão deste dever face ao caso concreto.

O art. 335.º CC e 18.º, n.º 2 CRP antecipam a possível existência de uma colisão de direitos e pressupõem uma necessidade de cedência dos mesmos na "medida do necessário" que poderemos utilizar para fundamentar um ponto de equilíbrio entre a obrigação de não concorrência e a livre iniciativa económica do alienante.

Embora entendamos que a delimitação seja altamente variável face ao caso concreto, será sempre necessário, em cada caso, que a obrigação seja imposta ao alienante como uma medida idónea e apta para a proteção do gozo/fruição do direito de propriedade do adquirente sobre a empresa e o intuito subjacente ao negócio jurídico. Assim, as várias dimensões da obrigação, analisadas *infra*, terão de ser amplas o suficiente para impedir a atividade concorrente do alienante (subprincípio da adequação).

Como veremos abaixo, a delimitação deste dever necessita de ser, inversamente, poupada apenas no necessário (subprincípio da necessidade), para que a obrigação se possa configurar como o meio menos lesivo ao alienante, sob pena de causar um dano

⁸⁵ A existência de deveres de lealdade; princípios como a defesa da concorrência; valores como o intuito subjacente do negócio jurídico e o direito de propriedade do adquirente.

⁸⁶ Atenda-se aos exemplos apresentados por JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, como a perda contínua de quota de mercado, obsolência dos bens vendidos ou serviços prestados, queda gradual de lucros, carência ou montante reduzido de capitais próprios, incapacidade de crescimento, entre outros exemplos, que motivam a venda da empresa. In ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – *A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals"* in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 68, 2008, p. 716.

desnecessariamente excessivo e superior na sua liberdade económica (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Assim, verificados todos os subprincípios, encontra-se um nexo justificativo que nos permite concluir pela possível existência tácita desta obrigação, apta a suprir a inexistência de clausulado entre as partes, garantir a confiança no negócio jurídico subjacente, o equilíbrio destes valores conflitantes e a defesa simultânea da concorrência.

Assim, neste contexto, fazemos referência às posições doutrinárias de autores portugueses que alegam a necessidade de estabelecer contornos a esta obrigação em quatro dimensões principais e simultaneamente coligadas.

4.5.1 Dimensão material

FERNANDO DE GRAVATO MORAIS defende que a obrigação atinja apenas o “exercício de uma atividade (total ou parcial) estreitamente semelhante ou intimamente ligada à do estabelecimento transmitido”. Exemplifica com a alienação de um restaurante de pequena dimensão prosseguido pela aquisição de um café ou, por sua vez, um cabeleireiro prosseguido pela abertura de um estabelecimento de manicure ou de pedicure⁸⁷. Assim se retira, *a contrario sensu*, que o alienante não está vedado de se estabelecer de novo, no mesmo espaço e tempo, através de uma distinção nítida das atividades prosseguidas.

COUTINHO DE ABREU aponta para uma prossecução de atividade “no todo ou em parte igual ou sucedânea à atividade trespassada” estendendo a obrigação, também, para casos em que o alienante passe a exercer “funções de direção/administração em empresa alheia e concorrente (...)” ou obtenha uma “posição maioritária” ou “controladora” em sociedades “com objeto idêntico”⁸⁸.

MANUEL NOGUEIRA SERENS defende uma equiparação entre obrigações explícitas e implícitas, para efeitos de análise destas dimensões, por força da inexistência de diferença entre as duas a nível subjetivo⁸⁹. A nível material⁹⁰, considera que a existência da obrigação pressupõe uma “identidade do bem” prosseguido ou uma “proximidade” notável. Ou seja, um

⁸⁷ MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Reimpressão, Almedina, 2005, p. 116 e 117.

⁸⁸ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13ª Ed., Almedina, 2023, p. 310 e 311.

⁸⁹ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, p. 91 e 93.

⁹⁰ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, p. 11, 12, 93 e 94.

restabelecimento no “ramo da empresa trespassada ou a um ramo próximo dele, com a consequente existência de uma clientela (total ou parcialmente) comum”.

Por sua vez, MENEZES CORDEIRO considera fulcral definir o mercado relativo à atividade vedada da sociedade, através de um critério da substituibilidade funcional dos bens⁹¹. Esclarecendo, a possível substituibilidade dos bens oferecidos na ótica de procura implica uma consequente movimentação da clientela entre as duas empresas concorrentes, que justifica a inserção das duas num mesmo mercado. Ou seja, a possibilidade de violação da concorrência pressupõe que o adquirente e alienante se situem no mesmo mercado, ao oferecer bens e serviços suficientemente homogêneos para que a atividade do novo estabelecimento, exercida em simultâneo, possa concorrer com a empresa do adquirente.

Embora referente aos deveres de lealdade do administrador (art. 64.º CSC), apresenta-se o acórdão do STJ de 30 setembro 2014, relativo a um gerente que desempenhava as suas funções numa sociedade exploradora de uma marca de restauração de comida saudável. Este último iniciou a prossecução, simultânea, de atividade semelhante, através da inauguração de um novo estabelecimento de *hamburgueria* na mesma zona de restauração onde se situava o estabelecimento anterior. O tribunal considerou que o tipo de comida necessitava de ser claramente diverso da oferecida pelo estabelecimento anterior e que tal não acontecera no caso concreto⁹², não se oferecendo opções suficientemente distinguíveis no contexto de *fast food* e da zona de restauração em causa, face aos clientes. O acórdão concluiu pela natureza concorrencial. No caso em apreço, o mesmo autor⁹³ considerou que a primeira empresa, inserida numa zona de restauração do centro comercial estaria a competir com todos os estabelecimentos dessa mesma zona e não apenas com estabelecimentos de comida saudável, por força da “volatilidade da procura” dos bens, num espaço partilhado com preços idênticos.

⁹¹ CORDEIRO, MENEZES, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2009, pág. 669 (em anotação ao normativo citado no item “O Regime. Proibição de actividade concorrente”) in STJ de 30 setembro 2014.

⁹² Primeiro, pelo facto do segundo estabelecimento anunciar os seus produtos como cozinhados com ingredientes frescos, numa tentativa de diferenciação face ao conceito de restaurante de *fast food*. Segundo, pela circunstância de os consumidores de zonas de restauração de centros comerciais se orientarem, tipicamente, por "critérios tão aleatórios como o tempo de espera (...)

⁹³ CORDEIRO, MENEZES, *Dever de não concorrência e dever de não utilização dos bens pertencentes à sociedade* – notação a STJ 30 de setembro de 2014, in *Revista de Direito das Sociedades*, VII, 2015, p. 186 e 187.

4.5.2 Dimensão temporal

ORLANDO DE CARVALHO⁹⁴ e COUTINHO DE ABREU⁹⁵ defendem que será necessário um decurso de tempo que permita que os valores *sui generis* e valores de organização ou exploração da empresa se estabilizem nas mãos do adquirente, de forma que o recomeço da atividade do alienante não provoque diminuições no lucro pressuposto no negócio.

FERNANDO DE GRAVATO MORAIS defende, também, um período temporal que permita o adquirente atingir a “fixação da clientela no estabelecimento transmitido”. Através de uma interpretação do regime de agência, considera que poderá “aproveitar-se o prazo de dois anos como limite mínimo de duração da obrigação” e um prazo de cinco anos como limite máximo, atendendo-se a fatores como o tipo de estabelecimento, atividade prosseguida e os locais onde se insere para a fixação de o prazo específico e adequado ao caso concreto⁹⁶.

Por sua vez, MANUEL NOGUEIRA SERENS⁹⁷ defende que esta proibição só poderá durar enquanto o seu restabelecimento no mesmo mercado implicar para o adquirente uma concorrência mais perigosa do que a de qualquer outro concorrente, derivada da possibilidade do alienante *recapturar* os “valores de exploração da empresa trespassada – *máxime*, a sua clientela”.

Como já vimos, os art. 1147.º e 2557.º dos Códigos Civis brasileiro e italiano estabelecem um prazo máximo de cinco anos, que consideramos mais plausível para a consolidação, na esfera do adquirente, de todos os elementos inerentes à empresa que sejam necessários para uma prossecução eficiente da atividade e recuperação financeira do investimento do mesmo.

Porém, torna-se necessário realçar a incerteza destes prazos. Independentemente do nosso país se caracterizar, ainda, por um protagonismo de empresas de pequena dimensão, o cenário mercantil contemporâneo revela-se, progressivamente, mais globalizado, competitivo e diversificado. Este fator desperta uma necessidade acrescida de investimentos e atos preparatórios mais difundidos no tempo que implicam um processo mais moroso de consolidação do estabelecimento no mercado e a necessidade de uma extensão mais alargada

⁹⁴ CARVALHO, ORLANDO DE, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Atlântida Editora, 1967, p. 499 e ss, nota n.º 158.

⁹⁵ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13^a Ed., Almedina, 2023, p. 312.

⁹⁶ MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Reimpressão, Almedina, 2005, p. 119 e 120.

⁹⁷ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, p. 13 a 15 e 92.

desta obrigação no tempo. O período necessário para a consolidação da empresa estará sempre dependente, também, de fatores extrínsecos e intrínsecos como os recursos da mesma, sua fase de crescimento e a indústria em que se situa. Circunstâncias que poderão implicar, também, um prazo médio mais longo ou mais curto.

Entendemos, assim, a necessidade de um juízo casuístico, incompatível com uma fixação *a priori*, por força, também, da volatilidade do mercado. A estipulação prévia de uma obrigação demasiado curta demonstra-se insuficiente para a tutela do adquirente e da concorrência enquanto uma obrigação excessivamente longa ou *ad eternum* revela-se desproporcionadamente onerosa sobre a liberdade de iniciativa económica do alienante, como direito constitucional.

4.5.3 Dimensão territorial

Este limite corresponderá, de acordo com COUTINHO DE ABREU, ao “raio de ação do estabelecimento trespassado”⁹⁸. Segundo MANUEL NOGUEIRA SERENS⁹⁹, esse “espaço de irradiação” deverá corresponder aos locais onde os valores de exploração dessa empresa se consolidam. Valores estes como a clientela atual ou futura, créditos inerentes a relações com investidores e fornecedores; bom nome e *goodwill*.

Concordamos com os referidos autores e concluimos, mais uma vez, que este limite terá de ser averiguado casuisticamente, dado que a propagação dos valores de exploração dependerá, tipicamente, na nossa opinião, de três fatores dominantes.

Em primeiro lugar, fatores intrínsecos à organização, como a sua capacidade de financiamento, dimensão e infraestruturas, que serão determinantes na captação de mercado e expansão geográfica da empresa e, por consequência, na extensão da obrigação em causa. Tipicamente, quanto menor a dimensão do estabelecimento(s), menores serão os valores de exploração, menor a clientela e menor o espaço de irradiação que será definido para a obrigação em causa.

Em acréscimo, admite-se a possível existência de uma correlação entre o local de inserção do estabelecimento(s) e a extensão territorial da obrigação em causa, tendo o primeiro influência no segundo. Zonas urbanas e de comércio asseguram maior concentração de oferta

⁹⁸ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13^a Ed., Almedina, 2023, p. 312.

⁹⁹ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, p. 12, 13 e 93.

e procura, maior movimentação de clientela e dificultam o destaque do estabelecimento e conquista de uma clientela sólida, contribuindo para um espaço de irradiação menor. Diferenciam-se de zonas mais rurais, caracterizadas por estabelecimentos mais dispersos, nas quais se revela a situação inversa, pelo que uma prossecução material de atividade coincidente se revela aí mais lesiva, obrigando a uma obrigação de não concorrência mais, ampla, em termos territoriais.

Por fim, a revolução industrial e posteriormente tecnológica veio redefinir o mercado e a abordagem estratégica das empresas que o integram. Isto é algo que consideramos ter impacto na dimensão em apreço. Torna-se fulcral referir, neste contexto, o aparecimento e crescimento de meios de comércio eletrónico que permitem a aquisição de bens ou serviços, de uma forma mais cómoda, através de estabelecimentos virtuais¹⁰⁰. Isto terá consequências na extensão territorial do mercado a que o vendedor se propõe que será cada vez menos limitada a uma localidade, cidade, país ou continente específico. Daqui se retira que a concetualização de um estabelecimento comercial atual moderno poderá pressupor a existência de um espaço material pouco significativo em relação ao alcance territorial a que o vendedor se propõe na prossecução da sua atividade. Concluindo, os fatores caracterizantes da dimensão e irradiação da empresa não se reservam apenas ao estabelecimento material, sendo este, atualmente, insuficiente para averiguar a captação do mercado pela empresa. Assim, consideramos que a limitação geográfica deve ser ampla o suficiente de modo a abranger uma atividade que, por meios telemáticos e informáticos, se poderá traduzir, também, como materialmente concorrente.

4.5.4 Dimensão subjetiva

Revela-se fulcral, também, definir o âmbito e extensão dos sujeitos ativos e passivos vinculados a esta obrigação.

Filhos, cônjuges e herdeiros como possíveis sujeitos passivos

COUTINHO DE ABREU admite esta extensão, argumentando que as dívidas resultantes da atividade da empresa podem responsabilizar ambos os cônjuges (1691.º e 1695.º CC). Alega

¹⁰⁰ Assim, reiteramos que o estabelecimento, como uma unidade de situações ativas e passivas, bens corpóreos e incorpóreos, irá abranger, igualmente numa vertente moderna, recursos e meios informáticos onde o vendedor oferece os bens ou presta os serviços.

que estes, tal como os filhos, estão em posição de suficiente proximidade para deterem conhecimentos fulcrais sobre o funcionamento e contactos da empresa¹⁰¹.

No âmbito de obrigação implícita para trespasse de empresas individuais, MANUEL NOGUEIRA SERENS discorda da inclusão dos filhos no círculo de sujeitos passivos visto que tal implica a redução da sua liberdade de iniciativa económica “em troca de nada”. Relativamente aos cônjuges, faz depender do regime de bens do casamento. Apenas admite, como sujeitos, os cônjuges em comunhão geral de bens e adquiridos, sendo necessária, também, a sua colaboração na empresa como bem comum do casal¹⁰².

FERNANDO DE GRAVATO MORAIS¹⁰³ faz depender a capacidade de “concorrência diferencial” do grau de proximidade entre os sujeitos e a empresa trespasada, aferível através do *know-how* e relações que detenham com intervenientes da atividade. Assim, o autor defende, também, a extensão da obrigação aos cônjuge, filhos e herdeiros do trespasante aptos à realização dessa concorrência qualificada.

Concordamos com este último autor e consideramos que as empresas individuais pressupõem um risco acrescido de concorrência realizada pelo cônjuge ou filhos. Porém, a sua existência como sujeitos passivos sujeitos a esta obrigação, depende, sempre, casuisticamente, do grau de conhecimento na vida da empresa e sobre a sua organização interna e a forma como se insere, externamente, no mercado.

Gerentes, administradores e sócios como possíveis sujeitos passivos

COUTINHO DE ABREU considera justificada também a extensão desta obrigação aos sócios que detenham posições em órgão de administração ou um poder de controlo semelhante sobre a sociedade¹⁰⁴.

Concordamos com a posição deste autor e de MANUEL NOGUEIRA SERENS¹⁰⁵. Esta obrigação não será imposta sobre sócios que detenham uma participação minoritária inferior a 50%, sem privilégios de voto ou participações sociais que confirmem controlo ou posição de domínio. Admite-se, por sua vez, a imposição deste dever a sócios que detenham participações

¹⁰¹ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13^a Ed., Almedina, 2023, p. 310.

¹⁰² SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, 2017, Almedina, p. 16 a 19.

¹⁰³ MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Reimpressão, Almedina, 2005, p. 117 e 118.

¹⁰⁴ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13^a Ed., Almedina, 2023, p. 311.

¹⁰⁵ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, P.20 a 22.

paritárias, maioritárias (iguais ou superiores a 50%) ou minoritárias com privilégios de voto que tornem a sua participação social dominante na sociedade, típica de um sócio-empresário. Estes detêm, mais facilmente, conhecimentos sobre a organização interna da empresa, estando mais próximos de influenciar a mesma, independentemente de não exercerem cargos de administração e gerência. Concordamos, igualmente, com a extensão desta obrigação aos gerentes apenas se forem, simultaneamente, sócios. De facto, não é viável sujeitá-los a um dever que implica a limitação da sua liberdade económica sem qualquer espécie de compensação, considerando que a empresa trespassada nem sequer está na sua titularidade através de qualquer espécie de participação social.

Terceiros e adquirentes futuros como possíveis sujeitos ativos ou passivos

COUTINHO DE ABREU admite a extensão desta obrigação a negócios posteriores de venda incidentes sobre a mesma empresa, abrangendo, assim, múltiplos adquirentes futuros. O autor admite que os trespassários sucessivos possam ser credores¹⁰⁶ do primeiro trespassante, sujeito à obrigação em causa e de outros trespassantes ao longo da cadeia. Assim, a cada momento, poderá existir um trespassário que detenha a propriedade da empresa e que seja credor de múltiplos trespassantes, simultaneamente devedores da mesma obrigação de não concorrência face ao mesmo¹⁰⁷.

NUNO AURELIANO não admite esta extensão, afirmando que "há bastantes casos...em que a prestação debitória *por sua natureza se encontra de tal modo ligada a pessoa concreta do credor*, que seria manifestamente desrazoável impor ao devedor a sua vinculação perante outra pessoa" (art.º 577.º, n.º 1 CC)¹⁰⁸.

Na nossa posição, concordamos com este último autor. Consideramos que esse crédito não deixa de estar "(...) *pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor*" a partir do momento em que o proprietário da empresa prossegue com a venda da mesma. Consideramos que, na prática, nestes casos, não pode ocorrer uma verdadeira "extensão" subjetiva da obrigação.

Primeiro, haverá sempre apenas um sujeito ativo, o adquirente da empresa, atual proprietário e credor a dado momento, que beneficia do direito de propriedade sobre a mesma.

¹⁰⁶ No momento em que detêm a propriedade da empresa.

¹⁰⁷ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13ª Ed., Almedina, 2023, p. 311.

¹⁰⁸ AURELIANO, NUNO, *A obrigação de não concorrência do trespassante de estabelecimento comercial no direito português*, in Estudos em homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, 2003, p. 783 e 790.

Segundo, a possível existência múltipla e simultânea de vários sujeitos passivos desta obrigação parece ir contra a relatividade do disposto do art. 879.º, alínea b). Aliás, os valores de lealdade e garantia do gozo pacífico da coisa que considerámos justificativos desta obrigação foram sempre analisados num contexto da relação obrigacional relativa das partes. Relembra-se, igualmente, o princípio da relatividade dos contratos, presente no art. 406.º, n.º 2 CC, que determina a produção de efeitos do contrato a terceiros apenas nos casos previstos na lei (a título de exemplos, contratos ou pactos de preferência com eficácia real, arts. 413.º, 421.º, contratos a favor de terceiro, art. 443.º, e contratos para pessoa a nomear, art. 452.º CC).

Na prática, demonstra-se, também, a possibilidade de o período intercalar entre estes contratos ser extenso o suficiente para se desvanecerem os argumentos justificativos¹⁰⁹ da existência desta obrigação, perante as alterações intrínsecas à empresa e extrínsecas ao mercado decorrentes no decurso do tempo. Deixa de se justificar, assim, a imposição desta obrigação a alienantes situados no começo da cadeia.

4.6 Consequências jurídicas da violação da obrigação de não concorrência

Segundo COUTINHO DE ABREU¹¹⁰, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS¹¹¹, MARIA ELISABETE RAMOS¹¹² e MANUEL NOGUEIRA SERENS¹¹³, o adquirente terá, ao seu dispor, as normas do regime de incumprimento de obrigações, podendo defender-se resolvendo o contrato de trespasse (art. 801.º, n.º 2 CC) com restituição das prestações já realizadas e do estabelecimento, nos termos do art. 434.º CC, de modo a permitir a restituição da situação anterior ao contrato.

Estes autores defendem, igualmente, a possibilidade de o adquirente exigir uma indemnização por perdas e danos (art. 798.º CC) pelo regime de responsabilidade obrigacional ou exigir, judicialmente, o cumprimento da obrigação através de uma ação de cumprimento

¹⁰⁹ Como já referimos *supra*, as possíveis vantagens competitivas do alienante. O *know-how* que detém obre a organização da empresa alienada e as informações privilegiadas e confidenciais que detém sobre o funcionamento interno da mesma; contactos e listas de clientes; relações já existentes com fornecedores, distribuidores e retalhistas que poderão facilitar ao alienante o exercício da atividade concorrencial em condições de desigualdade.

¹¹⁰ ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13^a Ed., Almedina, 2023, p. 312 e 313 e *Da Empresarialidade - As Empresas no Direito*, Almedina, 1996, p. 357.

¹¹¹ MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Reimpressão, Almedina, 2005, p. 120 e 121.

¹¹² RAMOS, MARIA ELISABETE, *Direito comercial e das sociedades - Entre as Empresas e o Mercado*, Reimpressão, Almedina, 2022, p. 135 e 136.

¹¹³ SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Almedina, 2017, p. 101 a 108.

(art. 817.º CC) e requerer, cumulativamente a essa, uma sanção pecuniária compulsiva (art. 829.º - A CC).

Sublinhe-se, que a exigência do encerramento do novo estabelecimento do alienante (art. 829.º, n.º 1 CC) é mais debatida na doutrina¹¹⁴. VAZ SERRA, já antes do atual art. 829.º, considerava possível a extensão deste artigo para além de obrigações que tivessem um “(...) resultado material suscetível de demolição ou de destruição (...)”. Admitindo a extensão ao “(...) caso de encerramento de estabelecimento aberto com violação da obrigação de fazer não concorrência”¹¹⁵.

Consideramos aplicável, também, este artigo, como meio de defesa, através de uma interpretação extensiva do mesmo. O espírito do preceito parece admitir uma “demolição da obra” numa tentativa de restauro e respeito pelo cumprimento da obrigação de *non facere* a que o devedor se encontra adstrito. Argumento que consideramos transferível à obrigação de não concorrência.

4.7 Concorrência Desleal

Embora não consagrada expressamente na CRP, consideramos que legislador prevê, igualmente, a necessidade de uma concorrência “leal” no artigo 81.º, f) e 99.º, alínea a) quando impõe, sobre o Estado, o dever de promover e assegurar o funcionamento *eficiente* dos mercados e uma concorrência *equilibrada e salutar*. Já analisámos, igualmente, no art. 9.º LdC, esta mesma preocupação numa vertente reativa de proibição de certos comportamentos no mercado. O art. 311.º do CPI estabelece como concorrência desleal “(...) todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”. O mesmo artigo oferece um conjunto de exemplos com o intuito de proteger a atividade comercial de atos que se traduzem numa “(...) simples desconformidade objectiva aos padrões da lealdade de concorrência”¹¹⁶. Pretendemos averiguar se o respetivo artigo se afigura como opção viável para garantir mais um meio de defesa da posição que o adquirente obteve no mercado, ao adquirir a empresa.

¹¹⁴ Debatida, pela primeira vez, na Revista de Legislação e Jurisprudência no âmbito de uma consulta de assinante. Tendo sido rejeitada esta sanção, admitindo-se apenas a indemnização por perdas e danos (ano n.º 52, 1919-1920, n.º 2123 p. 204).

¹¹⁵ SERRA, VAZ, *Realização coactiva da prestação*, BMJ, n.º 73, 1958, p. 351-252, in SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, 2017, Almedina, p.105.

¹¹⁶ PAÚL, JORGE PATRÍCIO, *Concorrência desleal e direito do consumidor*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano n.º 65, Vol. I, 2005.

Porém, nem a alínea a) do art. 311.º CPI parece enquadrar-se no respetivo estudo¹¹⁷, destinando-se, meramente, a casos de usos similares de firma, logótipo e marca inerente à empresa. Independentemente do caso em análise não ser subsumível a qualquer alínea, não prejudicará a abertura que o n.º 1 concede como uma cláusula geral (“nomeadamente”), ao permitir a subsunção de uma atividade das partes que se manifeste desleal. De facto, não se revela tarefa difícil, averiguar se a atividade do alienante obedece os pressupostos¹¹⁸ contidos no preceito: um “ato de concorrência”, na prossecução de uma “atividade económica”, “contrário às normas e usos honestos”.

4.7.1 Regime da Concorrência Desleal como meio de defesa do adquirente

O mesmo artigo 311.º refere, no seu n.º 2, a aplicação de providências cautelares [(art. 345.º, n.º 1, alínea b)] perante o receio ou a efetiva violação da lealdade de concorrência. Retira-se deste preceito um valor de concorrência leal que, de modo a ser protegido, possibilita o adquirente requerer ao tribunal a proibição de continuação da prossecução de uma atividade comercial, excessiva aos limites já referidos, que se consubstancie no comportamento desleal. Esta providência poderá ser acompanhada por uma sanção pecuniária compulsória pelo tribunal, oficiosamente ou a pedido do adquirente, com vista a assegurar a sua execução (n.º 4).

Segundo o art. 330.º, a violação deste dever configura-se como um ilícito contraordenacional sujeito a uma contraordenação económica muito grave, punível com coima nos termos do regime jurídico das contraordenações económicas, cujo art. 18.º estabelece o valor em si. Ou seja, a consequência deste regime traduz-se, apenas, numa *sanção de carácter pecuniário*, embora, anteriormente, resultasse na aplicação de um ilícito penal. Porém, é conferida, igualmente, a possibilidade de aplicação das sanções acessórias previstas no art. 317.º, a título de exemplo, a interdição acrescida do exercício de atividades possivelmente adjacentes e encerramento do estabelecimento em causa.

Não se duvida que a existência de uma obrigação tácita concede meios de defesa judiciais mais alargados, como a resolução do contrato com direito à restituição do valor pago (art. 801.º, n.º 2) e indemnização por perdas e danos (art. 798.º CC). Porém, segundo JORGE

¹¹⁷ “Atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue”.

¹¹⁸ À semelhança do art. 9.º LdC, como proibição por objeto e não pelos efeitos.

PATRÍCIO PAÚL¹¹⁹, a violação do dever de concorrência leal poderá “configurar um ilícito civil, gerador de responsabilidade civil extra-obrigacional, desde que verificados os requisitos exigidos pelo artigo 483.º do Código Civil”, visto que este regime visa proteger o mercado e os concorrentes, moldando a sua atuação¹²⁰.

Assim, demonstra-se que a obrigação tácita de não concorrência não se traduz na única forma de limitação à liberdade de iniciativa do alienante (art. 61.º CRP) e proteção do adquirente perante a lacuna de estipulação das partes. Revela-se, ainda, a possibilidade de o alienante ver o seu comportamento vedado, mais uma vez, pelo dever de lealdade¹²¹. Assumindo, desta vez, uma função mais ampla de proteção do mercado, pressuposta pelo princípio da defesa estadual da concorrência. Embora não se revele numa atribuição tão direta e explícita de um direito ao adquirente, acaba por defender, indiretamente, os mesmos valores. Impõe-se um dever geral de concorrência honesta e leal, que em última instância, poderá ser trazido à colação para a defesa do intuito desta dissertação: a proteção do adquirente e a finalidade subjacente dos negócios de *asset ou share deal*.

¹¹⁹ PAÚL, JORGE PATRÍCIO, *Concorrência desleal e direito do consumidor*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano n.º 65, Vol. I, 2005.

¹²⁰ Acórdão do STJ de 26 de setembro de 2013.

¹²¹ Já analisado, inicialmente como dever lateral, resultante do princípio da boa-fé objetivo, na defesa do adquirente como parte da relação obrigacional em causa.

V. Conclusão

Ao longo da dissertação, procurou-se demonstrar a utilidade das partes estabelecerem uma obrigação de não concorrência, recorrendo à sua autonomia privada. Porém, a possível inexistência de clausulado revela, igualmente, a necessidade de proteção do adquirente no mercado. Assim, independentemente de o direito português não consagrar, explicitamente, uma resposta, admite-se a existência de uma obrigação tácita de não concorrência capaz de suprir a falta de estipulação das partes.

Concordamos com a posição maioritária da doutrina que defende a existência deste dever, através de um conjunto variado de fundamentos, como a garantia do gozo pacífico da empresa. Argumentamos, igualmente, a existência desta obrigação através do princípio da boa-fé, que fundamenta a defesa da materialidade subjacente do contrato e a imposição de um dever individual de lealdade ao alienante, no contexto da sua relação obrigacional. Para além da vertente privativa deste último dever, consideramos existente um valor público de concorrência “leal” acolhido por um Estado regulador dos agentes económicos no mercado.

Concluimos, assim, que a obrigação de não concorrência não se fundamenta apenas numa necessidade de proteção individual do adquirente, mas também se relaciona, intrinsecamente, com as opções económicas e políticas de proteção da eficiência e equilíbrio do mercado pelo Estado português.

Verifica-se, então, que o cerne do conteúdo desta obrigação pressupõe a análise do regime da defesa da concorrência e da livre iniciativa económica. O primeiro, como um dos fundamentos possíveis da existência deste dever, e o segundo que impõe limites a esta obrigação para acautelar os interesses do alienante. Concordamos com a doutrina face à necessidade de delimitar este dever, de modo a impedir que tal direito económico do alienante não seja absolutamente frustrado.

Por sua vez, consideramos, também, aplicáveis os meios de defesa sustentados pela doutrina, em particular, a possibilidade do adquirente propor uma ação de cumprimento e exigir, judicialmente, a abstenção da atividade concorrente (art. 817.º CC), que consideramos dever ser a pretensão primária do adquirente.

Conclui-se pela relevância desta obrigação no contexto pós-contratual dos “*asset deals*” e “*share deals*”, apta à defesa do direito de propriedade do adquirente, proteção da concorrência e do equilíbrio de mercado que o ordenamento jurídico procura consagrar.

VI. Bibliografia

ABREU, COUTINHO DE

Curso de Direito Comercial, Vol. I, 13ª Ed., Coimbra, Almedina, 2023.

Curso de Direito Comercial, Vol. II, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2024.

Da Empresarialidade - As Empresas no Direito, Coimbra, Almedina, 1996.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA

A empresa como objecto de negócios - "Asset Deals" versus "Share Deals" in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano n.º 68, Lisboa, 2008.

Cláusulas Parassociais de não concorrência – breve apontamento, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano XIII, Vol. 26, Coimbra, Almedina, 2021.

AURELIANO, NUNO

A obrigação de não concorrência do trespassante de estabelecimento comercial no direito português, in *Estudos em homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles*, Vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003.

CARVALHO, ORLANDO DE

Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, o problema de empresa como objeto de negócios, Coimbra, Atlântica Editora, 1967.

CORDEIRO, MENEZES

Direito Comercial, 4ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016.

Dever de não concorrência e dever de não utilização dos bens pertencentes à sociedade – notação a STJ 30 SET 2014, in *Revista de Direito das Sociedades*, VII, Coimbra, Almedina, 2015.

CORREIA, FERRER

Sobre a projectada reforma da legislação comercial, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano n.º 44, Vol. I, capítulo I, Lisboa, 1984.

CUNHA, PAULO OLAVO

Direito das Sociedades Comerciais, 7^a Ed., Coimbra, Almedina, 2019.

GOMES, JOSÉ FERREIRA

M&A: Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas, Lisboa, AAFDL Editora, 2022.

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL e ANASTÁCIO, CATARINA dir. GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL

Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense, 2^aEd., Coimbra, Almedina, 2017.

MAGALHÃES, BARBOSA DE

Do estabelecimento comercial – Estudo de Direito Privado, 2^aEd., Lisboa, Ática, 1951.

MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO

Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2005.

PAÚL, JORGE PATRÍCIO,

Concorrência desleal e direito do consumidor, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano n.º 65, Vol. I, Lisboa, 2005.

RAMOS, MARIA ELISABTE

Direito comercial e das sociedades - Entre as Empresas e o Mercado, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2022.

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA, MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO

Direito Económico, 6^a Ed., Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2011.

SERENS, MANUEL NOGUEIRA

Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa, Coimbra, Almedina, 2017.

SILVA, CALVÃO

“A Empresa como Objeto de Tráfego Jurídico”, in *Estudos de Direito Comercial*, Pareceres, Almedina, 1999.

VILAÇA, JOSÉ DA CRUZ e GOMES, JOSE LUÍS, dir. GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL

Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017.

Webgrafia

AdC

2022, *Decisão de Não Oposição da Autoridade da Concorrência* (disponível em https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/ccent/AdC-CCENT_2022_62Decisao-VNC-final-net.pdf, consultado pela última vez em 10.04.2024).

2023, *TJUE corrobora abordagem da AdC no processo relativo ao pacto de não-concorrência EDP/Sonae* (disponível em <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/tjue-corrobora-abordagem-da-adc-no-processo-relativo-ao-pacto-de-nao-concorrenca-edpsonae>, consultado pela última vez em 10.04.2024).

CLARKE, CHARLES

2023, *Non-compete clauses: permissible between potential competitors?*, (disponível em <https://www.vilgerts.com/publication/non-compete-clauses-permissible-between-potential-competitors/>, consultado pela última vez em 11.04.2024).

GROWTH, CANDACE

2021, *Nothing Can Compete with Mergers and Acquisitions* (disponível em <https://velawood.com/nothing-can-compete-with-mergers-and-acquisitions>, consultado pela última vez em 10.04.2024).

OROSZ, JACOB

M&A Non-Compete Agreement | A Complete Guide (disponível em <https://morganandwestfield.com/knowledge/non-compete-agreement/>, consultado pela última vez em 10.04.2024).

WEKEZER, MICHAEL

2022, *M&A Vocabulary – Experts explain: Non-Compete and Non-Solicitation clauses in M&A Transactions*, (disponível em <https://www.roedl.com/insights/ma-dialog/2022-11/ma-vocabulary-experts-explain-non-compete-non-solicitation-clauses-ma-transactions>, consultado pela última vez em 11.04.2024).

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional de 14 de novembro de 1991 (Tavares da Costa) in <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910431.html>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de novembro de 1996 (Mário Cancela) in <http://www.gde.mj.pt/jSTJ.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3c29b517322b0aea802568fc003b3042?OpenDocument>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de setembro de 2013 (Oliveira Vasconcelos), in <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c890444e9441824980257bf300385ed7?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2014 (Fonseca Ramos), in <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0b422d8f5e52e6ba80257d6300470f78?OpenDocument>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 2014 (Tavares de Paiva) in <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/82331a21d341643f80257d9d005476f1?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08 de julho de 2015 (Rui Moreira), in <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0b4f7e780120452880257e96003b28e2?OpenDocument>.