



MARCO ANTÓNIO DE OLIVEIRA PRAZERES

SOBRE A CONCORRÊNCIA DO TRESPASSANTE DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL
Estudo de Direito Privado

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito

Orientadora:

Doutora MARGARIDA LIMA REGO, Professora da FDUNL

Outubro de 2014



MARCO ANTÓNIO DE OLIVEIRA PRAZERES

SOBRE A CONCORRÊNCIA DO TRESPASSANTE DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL
Estudo de Direito Privado

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito

Orientadora:

Doutora MARGARIDA LIMA REGO, Professora da FDUNL

Outubro de 2014

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação de mestrado surge como o culminar da minha formação académica. É certo que o trabalho que ora se apresenta é meu, mas o caminho percorrido até aqui não foi feito sozinho, pelo que aqui fica o meu singelo e especial reconhecimento a todos os que contribuíram, de uma maneira ou outra, para a redação e conclusão desta tese.

Os meus **AGRADECIMENTOS** dividem-se em duas partes:

INSTITUCIONAIS:

- À **Abreu Advogados**, por me ter dado a minha primeira oportunidade profissional e me ter proporcionado a possibilidade de desenvolver uma visão prática do Direito. Uma palavra de agradecimento pela disponibilidade de acesso ao acervo bibliográfico constante das bibliotecas do escritório.

- Uma palavra de enorme apreço à **FDUNL** pelo acolhimento fantástico e que me permitiu continuar o meu percurso académico com ensino de qualidade e rigor.

- O meu agradecimento à **FDL**, pelos 4 anos de tortura que me proporcionaram uma qualificação jurídica sólida e me formaram enquanto homem.

PESSOAS:

- Ao **Hugo Ramos Alves**. Para além de ter sido meu professor por três ocasiões, tive a felicidade de poder contar com o seu contributo durante a fase de elaboração da dissertação, desde já reiterando os meus agradecimentos pelas inúmeras referências bibliográficas e outras tantas pistas de reflexão.

- À Sra. Professora **Margarida Lima Rego**, que muito gentilmente aceitou a orientação da minha tese. O meu reconhecimento à sua postura exemplar, sabendo respeitar a minha independência e autonomia na forma de trabalhar, mas sem deixar de revelar, a todo o tempo, uma enorme disponibilidade para me ajudar na elaboração da dissertação. Mais agradeço as pertinentes observações, comentários e sugestões que mereceram a minha melhor reflexão e muito melhoraram a qualidade do trabalho ora apresentado.

- Os meus agradecimentos aos meus ilustríssimos colegas de licenciatura, de mestrado, da AO, e da Abreu, que me brindaram constantemente com alegria no trabalho, tornando tudo mais fácil, mesmo sob pressão constante.

- O meu muito obrigado aos meus amigos de sempre: **Catarina, Filipa, Estela, Nuno, Santos, Jogó e Miguel**. Foram sempre um importante apoio nestes anos, e agradeço antecipadamente pelos que virão.

- À **Sara**. A vida nem sempre é justa e, por vezes, um caminho que foi feito em conjunto, sem que muito o faça prever, tem uma altura em que segue em direções diferentes. Mas nem por isso o trilho desaparece, nem os passos são apagados pelo tempo. Em cada linha deste estudo me apercebo que não teria chegado até aqui sem a tua “paciência”, apoio e incentivo incondicionais. Fica o meu profundo agradecimento à pequenina que foi sempre a Maior. Sem ti a dissertação ainda estaria, certamente, por entregar.

- À **Marta**. É difícil encontrar pessoas com quem nos demos bem de imediato, e que esse “imediato” dure muito tempo. Mais do que ter sorte por te ter conhecido, fui um verdadeiro privilegiado em teres-me acompanhado em todo o meu percurso académico, e que, por vezes, foi o meu escape para a sanidade mental de que o mundo do Direito me quer privar. Agradeço ao teu Síndrome de Peter Pan a boa disposição e ânimo constantes que foram essenciais para concluir a tese.

- Ao **Mauro**, o irmão que nunca tive. Mesmo que a vida profissional já não nos permita estar tantas vezes juntos, isso chega a ser irrelevante, porque nos damos... como sempre, desde o infantário. São amizades destas que trazem felicidade máxima e um sentimento de completude, que não esmoreceu com os

anos. Cada um foi mudando por si, mas “nós” não. Obrigado por estares sempre presente, mesmo quando não estás. Por isso, e por muito pouco saibas de Direito, tu também escreveste estas páginas.

- Aos meus **Pais**. Sem querer correr o risco de querer dizer muito e acabar a dizer nada, e pela injustiça que seria destacar algum ponto, deixo-vos o meu obrigado por tudo. Todavia, pela natureza deste trabalho e do contexto académico que lhe está associado talvez se justifique, porventura, uma menção especial: o meu agradecimento por todo o vosso esforço e abnegação em ter-me proporcionado aproveitar uma oportunidade que vocês não tiveram. Esta dissertação também é vossa.

LISTA DE ABREVIATURAS

A. – Autor

AA. – Autores

AAVV. – Autores Vários

Ac. – Acórdão do

Al. – Alínea(s)

Amp. – Ampliada

Art. – Artigo(s)

Atual. – Atualizada

Aument. – Aumentada

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CC – Código Civil

CDADC – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos

Cfr. – Confrontar

CIS – Código do Imposto do Selo

CPC – Código do Processo Civil

CPI – Código da Propriedade Industrial

CPPT – Código do Procedimento e Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto-lei

Ed. – Edição

Org. – Organização

P. – Página

Pp. – Páginas

Reform. – Reformulada

Reimp. – Reimpressão

Rev. – Revista

RFDUL – Revista da Faculdade de Direito de Lisboa

RJCA – Regime jurídico do Contrato de Agência

Ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Trad. – traduzido por

V. – *vide*

Vol. – Volume

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

Todas as citações bibliográficas estão feitas de forma adequada a localizar a sua respetiva fonte, de acordo com as respetivas informações que disponibiliza. Sem prejuízo da consideração das Normas Portuguesas n.º 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade na parte respeitante à “Bibliografia”, as monografias e aparecerão citadas abreviadamente no corpo da dissertação, em nota de rodapé, da seguinte forma:

- Dois “nomes” do A. em questão (caso sejam os apelidos, os nomes próprios serão precedentemente abreviados), “título” (que poderá ser abreviado em função da sua extensão), “edição” (caso não seja a primeira) “ano” (para a sua contextualização temporal) e “página”. A partir da primeira citação, permanecem somente os nomes dos AA., título, e página.

- No caso de obras coletivas, a estrutura mantém-se, mas depois do “título”, é feita referência aos AA. que tiveram funções de direção/organização da obra, seguido do título da obra coletiva. A partir da primeira citação, só será mencionado o nome do A., o título do seu artigo (ou, quando não o haja, o título da obra coletiva), e a página.

Para os estudos e artigos científicos a fórmula será semelhante, sendo acrescentadas referências adicionais para uma correta localização da fonte (como, p. ex., o “n.º” ou o “Vol.” em que se encontra o estudo).

A lista bibliográfica no final contém a identificação completa das obras mencionadas ao longo do texto. Pese embora se tenha considerado as referidas Normas Portuguesas n.º 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade na elaboração da bibliografia, estas foram adaptadas em função aos usos de estilo que se encontram nos escritos jurídicos.

As escassas menções à jurisprudência nacional não merecem um destaque especial na bibliografia, procedendo-se à sua identificação completa nas notas de rodapé respetivas.

As referências a um A. no corpo do texto serão feitas por referência aos nomes pelos quais é mais conhecido no meio jurídico. Tendencialmente (mas não de forma exclusiva) serão os dois últimos apelidos. Porém, nos casos em que existe identidade de apelidos entre vários AA., será acrescentado um ou mais nomes próprios, consoante a indicação constante da obra em questão.

As citações de AA. estrangeiros no corpo de texto serão traduzidas por mim, de forma livre. As referências legais estrangeiras constam de notas de rodapé, mas não serão traduzidas, uma vez que os idiomas em questão não suscitam dificuldades aos examinadores deste trabalho.

*

Mais declaro que o corpo da dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 199 998 caracteres.

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO DE ANTI-PLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 15 de Outubro,

Marco Prazeres

Aos meus pais

RESUMO

A liberdade de concorrência é um direito fundamental que enforma a ordem jurídica, sendo diretamente aplicável nas relações privadas. Esta premissa constitucional é concretizada no âmbito do Direito Privado pelo dever de concorrência leal que resulta do artigo 317.º do CPI. Atendendo ao potencial lesivo da conduta concorrencial de um agente para os demais intervenientes no mercado, a liberdade a concorrer deve ser exercida em conformidade com as regras e usos honestos do comércio. Este dever traduz uma definição de limites à atividade do comerciante que, quando violados, podem qualificar a sua ação como concorrência desleal. O dever geral de concorrência leal ganha um destaque particular nas relações especiais entre sujeitos que não desconhecidos, onde se exige um cuidado especial com a situação patrimonial e pessoal da outra. Esta consideração assume uma maior relevância nos casos em que não houve uma limitação voluntária da liberdade de concorrência de um contratante. Neste sentido, o dever especial de concorrência leal exige um reforço da *lealdade* da conduta e que cabe ao princípio da boa-fé desenvolver.

ABSTRACT

The freedom to compete is a fundamental right that shapes the Portuguese legal system, being directly applicable to private relationships. This general principle is developed under Private Law by the *duty of fair competition*, stated in Article 317 of the Portuguese Industrial Property Code. Given the potential harmfulness of a competitive conduct towards other competitors, the freedom to compete must be exercised in accordance with the rules and honest practices of commerce. This duty sets limits to the competitor's activity that, once disregarded, may qualify a certain activity as an act of unfair competition. This general duty of fair competition has a particular emphasis on the special relationship between two known parties, which determines a special care for the personal and real situation of the other. This thought has a major importance in cases that there was no voluntary restraint of the freedom to compete. In this sense, the special duty of fair competition requires a reinforcement of the *fairness* of the conduct, which it is up to the principle of good faith to achieve.

INTRODUÇÃO

I. DELIMITAÇÃO DO OBJETO

A presente dissertação tem o objetivo de traçar os limites à concorrência do trespasante de estabelecimento comercial. Assim, o objeto do estudo respeita à liberdade genérica de concorrer e aos limites para o seu exercício no contexto de uma relação obrigacional. Por consequência, mas num plano secundário, será mister averiguar quais os meios que o trespasário tem à sua disposição para ressarcir os danos provocados pela concorrência ilícita do trespasante. Não obstante, o recurso à matéria da responsabilidade civil, porém, só servirá na medida do essencial para o desenvolvimento da temática principal.

Não se trata de analisar a concorrência dirigida ao mercado, mas a concorrência em relação ao trespasário. Neste sentido, a discussão dos limites à concorrência do trespasante deverá ser enquadrada nas várias disciplinas de Direito Privado, sem ignorar, porém, as virtudes do pensamento sistemático. Sem prejuízo de delimitações concretas ao longo da dissertação, deve esclarecer-se que a liberdade de concorrência será contextualizada no âmbito da relação entre as partes, criada pelo contrato de trespasse.

Atendendo à importância do contrato de trespasse para o objeto da dissertação, será necessário precisar e delimitar o seu âmbito. O contrato que servirá de base às considerações subsequentes corresponde à transmissão definitiva, voluntária e *inter vivos* do estabelecimento comercial, excluindo-se expressamente, *inter alia*, a locação, a venda executiva ou a transmissão por sucessão. Para efeitos desta dissertação, o trespasse deve ter por referência o negócio de transmissão *direta* do estabelecimento, isto é, não serão considerados os negócios atinentes à transmissão de participações sociais.

O tema da concorrência do trespasante localiza-se no período pós-contratual. É neste momento que se colocam os principais problemas e surge a necessidade de encontrar soluções. Ainda que o âmbito deste estudo não se centre na obrigação de não concorrência, tal como tratado pela doutrina tradicional, será incontornável analisar esta questão, fazendo-o, todavia, numa perspetiva integrada e enquadrada com os lugares

normativos e determinações axiológicas do ordenamento jurídico em matéria de concorrência.

São estas as premissas sobre as quais se vai desenvolver o presente estudo, tendo o fito de encontrar uma resposta para a questão: *pode o trespasante concorrer com o trespasário após a transmissão do estabelecimento comercial?*

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E SEQUÊNCIA

Já de algumas décadas a esta parte que o tema da obrigação de não concorrência do trespasante de estabelecimento comercial tem interessado a doutrina jurídica portuguesa. É, por isso, uma questão antiga, mas simultaneamente atual, resultante da necessidade de encontrar uma solução para um problema muito específico de direito dos contratos mas com uma repercussão muito grande na vida dos negócios.

A realidade do estabelecimento comercial não é alheia à evolução social e económica, pelo que a leitura dos problemas atinentes ao estabelecimento comercial poderá não assentar nos mesmos pressupostos do passado. Ademais, o Direito Comercial, enquanto direito especial, deve acompanhar as evoluções científicas e dogmáticas dos outros ramos de Direito, sob pena de anacronismo e incoerência de valorações no seio do sistema normativo.

É neste sentido que me proponho a fazer uma leitura atualista de um tema clássico, reposicionando alguns dos problemas levantados anteriormente pela doutrina ao enquadrá-los num contexto muito mais extenso e que permita uma visão mais integrada da mesma realidade: a concorrência do trespasante.

Como tal, será indicado começar este estudo com a matéria da negociação do estabelecimento, que corresponde à **PARTE I** da presente dissertação. Com a relevância do papel do comerciante na intermediação das trocas, desde muito cedo o estabelecimento comercial se assumiu como o bastião do comércio, e que se vem perpetuando no tempo através de diversos negócios sobre a empresa e sobre o estabelecimento comercial. Neste sentido, é mister precisar o(s) objeto(s) do contrato, designadamente os elementos da organização empresarial que, em concreto, são

transmitidos no âmbito do negócio mais celebrado na prática: o trespasse. O contrato de trespasse será, pois, analisado com algum detalhe, uma vez que é essencial compreender como é que os termos e efeitos do contrato poderão afetar a liberdade de concorrência do trespasante.

Na **PARTE II** realiza-se um estudo cuidado sobre a vinculação do trespasante a não concorrer com o trespasário. Assim, considerados os devidos contributos da doutrina e da jurisprudência sobre esta temática, cumpre, por ora, tratar a questão no âmbito do Direito Privado, espaço de desenvolvimento das relações entre sujeitos privados, por excelência. Os fundamentos da vinculação a não concorrer, quer tenham natureza autónoma ou heterónoma, são permeáveis às orientações axiológico-normativas do sistema jurídico em matéria de concorrência, o que traz implicações para a relação obrigacional. Com efeito, a vinculação a não concorrer deverá ser coerente com o sistema jurídico e traduzir uma composição justa e equilibrada dos interesses conflitantes em questão. Será necessário, por isso, convocar o pensamento sistemático para aferir, não só da validade dessa vinculação mas, também, dos limites à concorrência que essa vinculação importa. A fixação de limites à concorrência faz considerar a problemática da responsabilidade pelo ilícito concorrencial, algo que não pode merecer mais do que uma breve atenção, em razão do objeto de estudo.

I

A NEGOCIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

1. O ESTABELECIMENTO COMERCIAL

1.1. “Estabelecimento comercial” e “empresa” são termos usados frequentemente, tanto na vida dos negócios como em situações da vida comum. Os vocábulos são geralmente utilizados sem rigor e aplicam-se para designar a realidade do estabelecimento comercial ou da empresa enquanto meio (ou instrumento) autónomo e estável para desenvolver a atividade comercial. Esta visão corresponde a uma aceção mais objetiva¹, em que a empresa se assume como unidade jurídica fundada numa organização de meios de produção², que dão um valor próprio à empresa, permitindo distingui-la de outras³. A organização destes fatores, quando projetada para o exterior, atribui à empresa uma posição no espaço jurídico-económico (dimensão institucional). É, pois, a sequência de atos e atividades mercantis de determinada empresa que lhe dá uma identidade própria: individualizam-na, criando um novo ator no tráfego (dimensão subjetiva). Estas são várias perspetivas do mesmo fenómeno e ajudam a compreender de forma integrada a realidade de um estabelecimento ou empresa, sem que, no entanto, esclareçam o sentido técnico dos dois termos. Na tentativa de tratar com maior propriedade os dois conceitos, é essencial procurar pistas no sistema jurídico português sobre esta matéria.

No DL 24/2014 o estabelecimento comercial é definido como “quaisquer instalações imóveis de venda a retalho, onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a sua atividade de forma permanente, ou quaisquer instalações móveis de venda a retalho onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a sua atividade de forma habitual” (cfr. art. 3.º, al. h)). Isto é, a lei considera que o conceito de estabelecimento comercial se aproxima a “instalações”⁴, o que, à primeira vista, parece

¹ Assim, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9.ª ed., 2014, p. 281. Sobre as várias aceções, cfr. F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, Vol. I, 2007, pp. 283 ss.

² São exemplos, entre outros, de fatores de produção: edifícios, máquinas, recursos energéticos, contratos, direitos (de propriedade industrial e de autor, arrendamento, propriedade, etc...).

³ F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, p. 287.

⁴ O que também sucede no DL 21/2009, que estabelece o regime jurídico de instalação e de modificação dos estabelecimentos de comércio a retalho e dos conjuntos comerciais, *maxime*, nas al. h), i), j) e l) do art. 4.º.

extremamente redutor, uma vez que o local não é elemento essencial da organização empresarial⁵. Porém, é um conceito que parte do pressuposto que existe um conjunto de elementos indissociavelmente ligados ao local a partir do qual o comerciante desenvolve a sua empresa. Numa palavra, aquela definição entronca na definição geralmente utilizada pela doutrina para o estabelecimento comercial: complexo de bens que o comerciante agrega no exercício da sua atividade⁶.

Também é possível encontrar uma aproximação ao conceito de empresa na Lei 19/2012, que considera “empresa”, para efeitos deste diploma, “qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento” – art. 3.º, n.º 1.

Apostando numa visão integrada dos dois conceitos, temos dados do sistema normativo que parecem considerar a empresa uma realidade mais ampla do que um estabelecimento; aliás, naquela formulação, a empresa pressupõe o estabelecimento comercial para o exercício da atividade comercial e intervenção no mercado⁷. Assim, uma empresa pode não corresponder, necessariamente, a um estabelecimento comercial: uma empresa pode ter vários estabelecimentos, sendo que podem, inclusivamente, diferenciar-se uns dos outros⁸. O termo “empresa” só equivalerá a “estabelecimento comercial” se for utilizado na aceção objetiva.

1.2. Pelo exposto, entendo que o conceito de estabelecimento comercial é mais *restrito* que o conceito de empresa⁹, é mais compreensivo e permite abranger mais

⁵ Conforme entendimento largamente difundido na doutrina: cfr. NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante de estabelecimento comercial no direito português», in A. MENEZES CORDEIRO, L. MENEZES LEITÃO, M. J. COSTA GOMES (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. IV, Almedina, 2003, p. 724, e os AA. que menciona.

⁶ V. NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 728; P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, 2011, p. 100. Corresponde, também, à noção de *azienda* preceituada no art. 2555.º do Código Civil italiano.

⁷ Veja-se o lugar paralelo no art. 406.º do CSC. Sobre este preceito, convém reter as palavras impressivas de NUNO AURELIANO, quando afirma que: “num ápice dilucidam-se dois conceitos: o estabelecimento é reservado para a referência a um dado objetivo [al. g)], a empresa é tomada primeiro como uma instituição (al. i)), depois como uma pessoa (al. j))” («A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 728). O A. reforça este entendimento com o disposto no n.º 10 do preâmbulo do DL 248/86 que determina que “... empresa serve também para referir a própria atividade do empresário (...), coisa diversa, pois, do que usualmente se entende por estabelecimento comercial; este é o conjunto organizado de meios através dos quais o comerciante explora a sua empresa” (p. 727).

⁸ Pense-se, por exemplo, em navios diferentes dentro da mesma frota.

⁹ O que justifica um tratamento distinto entre os dois. Aliás, a diferença manifesta-se nas próprias disposições legais onde o estabelecimento vem tratado, onde dificilmente se consegue reconduzir o preceituado ao conceito de

fenómenos de organização empresarial¹⁰. Com efeito, ainda que não exista uma intervenção no mercado (isto é, se (ainda) não estiver a funcionar), nem por isso o estabelecimento fica descaracterizado enquanto tal¹¹. Essencial será a existência de uma organização que contenha um núcleo de fatores produtivos que revelem a aptidão do estabelecimento para funcionar, e que permita concluir pela existência de um novo estabelecimento no mercado¹². Esta aptidão para funcionar e poder intervir no mercado é tradicionalmente designada por “aviamento”.

A aptidão funcional de um estabelecimento pode depender de vários fatores, como seja: a eficiente coordenação funcional dos fatores produtivos, o serviço de colaboradores competentes, a feliz escolha e notoriedade da marca, a localização (elementos do aviamento objetivo), ou o prestígio do titular do negócio (aviamento subjetivo)¹³.

É o aviamento, enquanto qualidade incindível do estabelecimento, que permite o exercício da atividade comercial e a afirmação de valores de exploração, como é o caso da “clientela”. Assim, a existência de clientela não é um elemento constitutivo do estabelecimento – sem o qual este não poderia funcionar – mas trata-se, antes, de um “valor específico de cada estabelecimento que espelha o maior ou menor sucesso da ideia de empresa concretizada na específica organização e na intervenção do mercado”: a clientela é a consequência do aviamento, enquanto organização dirigida ao mercado.

A clientela é um valor de exploração, não é um bem. Não é suscetível de apropriação e não está na disponibilidade das partes. Quando “convencionada”, a clientela pode servir meramente para valorizar o estabelecimento¹⁴, como espelho da aptidão dos seus fatores produtivos para prosseguir o fim a que a empresa se propôs. Todavia, a ideia de que a mesma clientela continuaria a frequentar aquele estabelecimento

empresa. *Inter alia*, indicam-se os art.: 1109.º e 1112.º do CC; 782.º e 829.º do CPC; 82.º do CPPT; 16.º do CIS; art. 100.º, n.º 1 e 2, e 145.º do CDADC; ou o art. 30.º do CPI.

¹⁰ Razão pela qual será o termo escolhido para o desenvolvimento das considerações subsequentes nesta dissertação. Qualquer referência a “empresa” deverá ser entendida na sua aceção objetiva.

¹¹ F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, p. 290. A esta visão “estática” contrapõe-se, a visão “dinâmica” da empresa.

¹² Neste sentido, v. Ac. do STJ de 06-04-2006, n.º processo: 06B336 (OLIVEIRA BARROS), disponível em www.dgsi.pt.

¹³ Sobre a distinção entre aviamento “objetivo” e “subjetivo”, cfr. TULLIO ASCARELLI, *Lezioni di Diritto Commerciale*, 2.ª ed. (rev. e amp.), 1955, p. 235.

¹⁴ Principalmente no momento da fixação do valor da contraprestação.

mais não é do que uma expectativa não jurídica¹⁵ de que o estabelecimento assegurará a continuidade da clientela, seja efetiva ou potencial¹⁶. Não colhe, por isso, a ideia de que a clientela possa ser objeto de um “direito à clientela”. Ademais, diga-se, esta ideia enfrentaria dois grandes entraves: a indeterminação da clientela e a inoponibilidade dessa convenção aos clientes.

Não obstante, estas considerações não significam que a clientela não seja merecedora de tutela jurídica. Com efeito, o art. 317.º do CPI protege os valores de exploração de um estabelecimento (como a clientela, reputação ou bom nome) contra os atos de concorrência desleal. Ademais, a proteção da clientela pode ser alcançada por caminhos alternativos, como seja a convenção de não concorrência.

1.3. A partir da 2.ª metade do século XX, a revolução tecnológica alterou o paradigma do tradicional comércio e também do estabelecimento comercial. Ressalvadas as devidas exceções, o então comércio “típico” estava associado a empresas de pequena dimensão, invariavelmente ligadas à pessoa do dono do estabelecimento. Com efeito, o aviamento subjetivo era uma qualidade muito importante do estabelecimento comercial e não raras vezes era o próprio comerciante individual a exercer diretamente a atividade.

Porém, com a integração e introdução da ciência e da tecnologia à organização empresarial, o paradigma do “típico” estabelecimento comercial mudou. Na verdade, foi-se assistindo a uma progressiva *despessoalização* do comércio, em que, em razão da eficiência dos fatores de produção pelo recurso à tecnologia, o aviamento subjetivo foi perdendo a sua influência no sucesso ou insucesso da atividade mercantil.

A crescente *desmaterialização* dos meios de produção não mudou só o comércio mas também a fisionomia do estabelecimento comercial. O comércio eletrónico¹⁷ trouxe comodidade ao processo de aquisição de bens e serviços, uma vez que os consumidores não têm necessidade de se deslocar ao local específico onde os bens ou serviços eram disponibilizados: “a loja-sítio está visitável onde quer que seja”¹⁸. A utilização de meios de

¹⁵ Sobre a expectativa jurídica, cfr. M. RAQUEL REI, *Da Expectativa Jurídica*, disponível e consultada em: www.estig.ipbceja.pt.

¹⁶ Neste sentido, NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 736.

¹⁷ Sobre o comércio eletrónico, cfr. M. PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 12.ª ed. (rev. e atual.), 2011, pp. 563 e ss.

¹⁸ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Empresas Virtuais», in A. MENEZES CORDEIRO, L. MENEZES LEITÃO, M. J. COSTA GOMES (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. IV, 2003, p. 601.

produção telemáticos e de carácter incorpóreo não importa a alteração da essência do estabelecimento comercial, apenas lhe dão uma feição diferente do estabelecimento tradicional (ou “real”). Assim, o estabelecimento comercial virtual é uma “unidade jurídica fundada em organização de meios essencialmente informáticos que constitui um instrumento relativamente autónomo para produzir bens imateriais (serviços)”¹⁹, com a particularidade de serem comercializados através da internet.

A atividade comercial exercida através de um estabelecimento comercial virtual pode promover a comercialização de bens imateriais ou corpóreos (comércio eletrónico *direto*, ou *originário*). Em qualquer dos casos, não deixará de ser um estabelecimento comercial virtual²⁰. Porém, o simples facto de o estabelecimento fornecer bens ou serviços por meios informáticos, não é suficiente para o considerar um estabelecimento “virtual”. Na verdade, o comerciante pode utilizar meios informáticos apenas para promover as vendas no seu estabelecimento comercial, devendo estes ser considerados, apenas, como mais um elemento da organização empresarial (comércio eletrónico *indireto* ou *derivado*). Nem sempre a distinção será fácil, mas é possível ensaiar-se índices de distinção como: a acessibilidade ao estabelecimento (se é (só) física ou (só) virtual); a predominância dos meios utilizados (se promovem mais o contacto direto e imediato com os clientes, ou contacto indireto e através de meios telemáticos); ou a imagem da empresa (se associada ao comércio eletrónico ou não).

Apesar de se ter generalizado o vocábulo “virtual”, associado a uma ideia de imaterialidade, o estabelecimento comercial tem presente um lastro corpóreo²¹; porém, a atividade comercial projeta-se no exterior enquanto atividade eletrónica, não dependendo de assento e suporte material para atingir a esfera dos consumidores. Não obstante, este carácter incorpóreo é suficiente para romper com antigos dogmas relativamente ao estabelecimento comercial tradicional, designadamente que é necessário um local físico para o comerciante desenvolver a sua atividade mercantil, ou de que a sua influência se restringe a uma determinada zona de ação. O comércio eletrónico transporta o

¹⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Empresas Virtuais», p. 602.

²⁰ Contra: J. M. COUTINHO DE ABREU, «Empresas Virtuais», p. 602.

²¹ Como assim bem reconhece J. M. COUTINHO DE ABREU, «Empresas Virtuais», p. 601. As infraestruturas tecnológicas que suportam os meios telemáticos necessitam, em regra, de um espaço físico onde estejam instalados.

estabelecimento comerciante para um espaço ilimitado por barreiras físicas, locais ou temporais, tornando a luta mercantil mais intensa, mais competitiva e *universalizada*.

1.4. Pese embora a presença de elementos corpóreos na organização comercial, o estabelecimento comercial é uma coisa²² constituída, na sua essência, por elementos incorpóreos. Por esta razão, independentemente da organização escolhida, dificilmente se consegue falar num bem “incorpóreo puro”. A este propósito, ORLANDO DE CARVALHO defende que o estabelecimento comercial se caracteriza por uma “incorporalidade *suis generis*”²³. O valor de um estabelecimento comercial não pode, pois, corresponder ao somatório de bens corpóreos e incorpóreos da organização, tratando-se antes de uma “coisa composta”: os elementos de um estabelecimento que o comerciante afeta à exploração da sua exploração deixam de ser “várias coisas”, para passar a ser “uma só coisa”, a ter um valor próprio. “A unidade de cada estabelecimento é dada pela sua funcionalidade, pelo específico fim em torno do qual os vários bens estão organizados”²⁴. Neste sentido, a negociação de estabelecimento incide sobre a unidade, não sobre cada um dos elementos que o compõem. Nos termos desta tese, o estabelecimento é encarado como “coisa”, e por isso suscetível de ser objeto de relações jurídicas, justificando a aptidão para ser objeto de direitos reais²⁵.

O entendimento que considera o estabelecimento comercial como coisa composta, remete a discussão para o campo das universalidades, que coloca em confronto as teorias entre *universalidade de facto* e *universalidade de direito*²⁶. À teoria da universalidade de facto

²² Nos termos do art. 202º, n.º 1 do CC, “diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas”, o que permite subsumir o estabelecimento comercial ao conceito de “coisa”, de “bem” – termos que doravante serão utilizados indistintamente.

²³ *Apud* F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 295. O próprio F. CASSIANO DOS SANTOS parece aderir a esta tese, mas não exclui a qualificação como universalidade.

²⁴ TULLIO ASCARELLI, *Lezioni di Diritto Commerciale*, p. 230.

²⁵ F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 295; F. GRAVATO MORAIS, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, 2005, p. 188; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, pp. 246-247.

²⁶ Sobre a matéria das universalidades, v. I. GALVÃO TELLES, *Das universalidades – Estudo de direito privado*, 1940. A doutrina que reconduz a natureza jurídica do estabelecimento comercial às universalidades de facto é antiga, e eram defensores: BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial – Estudo de Direito Privado*, 1951, pp. 89, 99 e 117; PINTO COELHO (*Apud*, NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 729, n. 43.).

Entre os Autores que defendem a teoria da “universalidade de direito” encontram-se: I. GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 2000, pp. 199-202; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. I, pp. 525 e ss., defendendo que se trata de uma “universalidade de direito *funcional*”, o que merece a minha concordância.

Existem outras posições que, pelo seu caráter isolado, importam um destaque individual: A. MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 3.ª ed. (rev., atual. e aument.), 2012, p. 352, defende que o estabelecimento é “esfera jurídica afeta ao comércio ou a determinado exercício comercial”; NUNO AURELIANO, por seu turno, refere que se trata de uma

pode contrapor-se o facto de o estabelecimento comercial não ser composto, meramente, por coisas (contratos, sinais distintivos...). Não obstante, também parece ser questionável a sua qualificação como uma universalidade de direito²⁷, pois o estabelecimento comercial não carece de uma unidade conferida pelo exterior: “tem uma unidade própria, intrínseca e funcional, que existe antes e independentemente do tratamento que lhe é dado pelo direito”²⁸.

Ainda que não isenta de críticas, a teoria da universalidade de direito parece ter acolhimento na lei²⁹. O estabelecimento é uma coisa (essencialmente incorpórea) que, não se resumindo ao somatório dos bens que o formam, se assume como um elemento aglutinador poderosamente justificativo do tratamento e regulação unitária³⁰. A meu ver, as teorias da imaterialidade *suis generis* e da universalidade de direito são complementares³¹ e oferecem um importante contributo para a determinação da natureza jurídica do estabelecimento comercial. Neste sentido aponta a jurisprudência recente do STJ, defendendo que o estabelecimento “tratando-se de um bem suscetível de ser objeto de relações jurídicas, está integrado por um conjunto de bens autónomos, porque é constituído por alguns elementos que não são coisas, designadamente, os créditos, débitos e contratos, é ainda uma universalidade de direito mobiliária, «suis generis», de natureza funcional”³².

A conformação do estabelecimento não depende da lei, esta apenas regula no pressuposto da sua existência; o estabelecimento comercial é conformado em momento anterior: seja com criação de um estabelecimento original ou com o negócio de transmissão do estabelecimento. A negociação sobre o estabelecimento traz, por isso, dificuldades naturais ao processo de transmissão dos seus elementos constitutivos. A

“coisa móvel” («A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 730, n. 43); Já P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, p. 105, considera-o um “bem *a se*”.

²⁷ A sua admissibilidade não é consensual na doutrina, v. F. GRAVATO MORAIS, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, p. 187.

²⁸ F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 294.

²⁹ Como admite expressamente F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, p. 294, cuja posição acompanho. V., principalmente, o preceituado nos art. 1112.º (n.º 2, al. a), em particular) do CC; 782.º e 829.º do CPC; e 30.º do CPI. P. PAIS DE VASCONCELOS, também afirma que o estabelecimento “é muito próximo da noção de universalidade, embora com ela não coincida exatamente” (*Direito Comercial*, p. 105).

³⁰ M. PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, pp. 56 e ss.

³¹ M. PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, p. 56, defende uma tese próxima. Também em sentido convergente, mas não de forma expressa, F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 294.

³² Ac. do STJ de 20-03-2014, n.º processo: 278/09.4TVPRT.P1.S1 (HELDER ROQUE), disponível em www.dgsi.pt.

tarefa de solucionar potenciais dificuldades no tratamento desta matéria passou, por ora, em precisar o conceito de estabelecimento comercial e reforçar a necessidade de um tratamento unitário enquanto objeto de negócios. O passo seguinte será analisar o conteúdo de um concreto negócio e determinar os efeitos que a transmissão de um estabelecimento desencadeia. Por razões de economia de exposição, será conveniente limitar a análise dos contratos sobre a empresa ao negócio tratado com maior tradição na doutrina portuguesa: o trespasse.

2. O CONTRATO DE TRESPASSE

2.1. A realidade do trespasse não é estranha aos comerciantes. Pese embora não disponha de um modelo regulativo típico, o direito dos comerciantes reconhece os contornos típicos da negociação de estabelecimento comercial, generalizando-se a conceção de que toda a transmissão definitiva de estabelecimento comercial fosse designada por *trespasse*. Aliás, mesmo quem não seja comerciante, compreende o conceito de trespasse que, no essencial, significa “mudar de mãos”, “passar para outra pessoa”.

Para uma aproximação meramente perfunctória ao contrato de trespasse, sem intenções conceitualistas, pode definir-se *trespasse* como o negócio jurídico pelo qual um comerciante transmite definitivamente o seu estabelecimento comercial. Consta-se que se tem aplicado o conceito a trespases que não consubstanciam atos objetiva ou subjetivamente comerciais, ainda que assentem na transmissão de um estabelecimento comercial³³. Mas o vocábulo “trespasse” tem um significado muito específico em Direito Comercial: é um ato objetivamente comercial, um contrato caracteristicamente comercial. Em bom rigor, e para efeitos desta dissertação, só será estudado o trespasse – passe-se o pleonasma – *comercial*, enquanto negócio transmissivo de um estabelecimento comercial³⁴.

O trespasse tem origem na prática da contratação. Trata-se, pois, de direito comercial consuetudinário³⁵, enformado pelos usos do tráfego mercantil. Ainda que se

³³ Admitindo o “trespasse civil” P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, p. 270.

³⁴ FÁTIMA GOMES, *Manual de Direito Comercial*, 2012, p. 42 e ss., *maxime*, p. 50; M. PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, p. 69 e ss; E. SANTOS JÚNIOR, «Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial», in J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *As operações comerciais*, 1988, pp. 453-463.

³⁵ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, p. 270.

registre uma receção legal do *nomen iuris* do trespasse, de nenhuma disposição legal se consegue retirar o seu conceito, nem tão-pouco o seu regime típico³⁶. Por esta razão, é referido, com propriedade, que o trespasse é um contrato nominado e socialmente típico. Para uma melhor compreensão e contextualização desta afirmação é necessário proceder uma brevíssima exposição sobre o tema da tipicidade dos contratos³⁷.

Os tipos sociais correspondem aos modelos de contratos que resultam da prática da contratação e que fazem parte da tradição contratual da vida social, mas não foram acolhidos pelo legislador³⁸: a sua admissibilidade e fundamento jurídico residem, pois, no art. 405º do CC³⁹. Todavia, como adverte PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, para que se reconheça a tipicidade social de um contrato não basta a pluralidade de casos: exige-se que essa pluralidade de casos represente uma prática reiterada e estabilizada no meio social, sendo reconhecida e assumida como vinculativa⁴⁰. É constatação bastante da estabilidade jurídica da figura do trespasse o tratamento doutrinal e jurisprudencial dado a este negócio – bem como aspetos que lhe sejam atinentes –, observando-se, igualmente na sociedade, uma consciência da validade geral da função económico-social do contrato⁴¹.

Numa classificação distinta, mas intrinsecamente relacionada, os contratos designam-se típicos ou atípicos consoante correspondam a um modelo contratual típico ou não⁴². Se corresponderem a um tipo previsto e regulamentado na lei, são legalmente típicos; se corresponderem ao modelo de contratação socialmente estabelecido, são socialmente típicos. Caso não se verifique essa correspondência, serão legalmente atípicos e socialmente atípicos, respetivamente.

³⁶ Para um melhor entendimento das noções (e diferenças entre) *conceito* e *tipo*, cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2.ª ed., 2009, pp. 42-53; M. LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros. Estudo de Direito Civil*, 2010, pp. 31-40.

³⁷ Por razões óbvias, um tema tão vasto e complexo não pode ser aprofundado nesta dissertação. As explicações que seguem visam, apenas, contextualizar a análise do contrato de trespasse. Para um maior desenvolvimento, cfr. as obras de referência neste domínio de P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, e de R. PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, 2000.

³⁸ Ao contrário dos tipos legais, previstos e regulados na lei. Cfr. Mª HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, 1990, p. 166-167.

³⁹ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 7ª ed., 2012, p. 455.

⁴⁰ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, pp. 62-63.

⁴¹ Mª HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, p. 168.

⁴² L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol. I, 11ª ed., 2014, p. 185.

O trespasse não é um tipo contratual: trata-se de um termo genérico aplicável a todos os negócios de transmissão de um estabelecimento comercial⁴³, independentemente do tipo contratual que lhes está subjacente. A natureza “camaleónica” do trespasse permite moldar a sua configuração em função do específico tipo contratual que desencadeou a transmissão do estabelecimento. Por isso, é essencial analisar o conteúdo do contrato e demandar as declarações negociais de trespasário e trespasante de modo a aferir da configuração concreta que deram ao contrato. Desta interpretação se retirará o regime potencialmente aplicável ao programa de prestações do trespasse em função do tipo contratual a que mais se assemelhem, uma vez que é o regime que determina a qualificação do tipo, não o contrário. O regime aplicável ao trespasse será, então, o regime decorrente do modelo contratual típico escolhido pelas partes.

Seguindo a lição de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS “a qualificação legal traz consigo sempre um processo de relacionamento e de comparação entre a regulação negocial substantiva estipulada e o ordenamento legal objetivo onde o catálogo de tipos negociais se contém”⁴⁴. Este juízo permitirá delimitar o campo mais restrito de tipos potencialmente aplicáveis, de entre todos aqueles presentes no catálogo legal de tipos contratuais⁴⁵.

O resultado de toda esta operação jurídica não precisa de determinar uma correspondência total e exata entre o caso e um tipo: na doutrina tipológica a qualificação não é feita por subsunção – como acontece com conceitos-tipo ou conceitos classificatórios⁴⁶ – mas por fazer corresponder um contrato a um tipo, com base na semelhança entre estes⁴⁷. A medida da semelhança não pode ser determinada em geral, terá de ser avaliada casuisticamente.

Esta análise comparativa de semelhança é feita com recurso a índices do tipo. Os índices de um tipo são os elementos – essenciais ou não – que têm capacidade para “o

⁴³ Razão pela qual se deve excluir do âmbito do trespasse (e deste estudo) os negócios sobre participações em sociedades, que não visam a transmissão direta da empresa. Neste sentido, F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 304.

⁴⁴ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 170.

⁴⁵ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 172.

⁴⁶ R. PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, p. 99.

⁴⁷ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, pp. 62, 166, 173-174. Por isso, pequenos desvios não serão relevantes para determinar outra qualificação.

individualizar, para o distinguir e para o comparar com outros tipos⁴⁸. Os índices do tipo são plurais: exigem um concurso entre si para se encontrarem critérios de individualização, distinção e comparação com outros tipos⁴⁹.

Pese embora a atenção doutrinária e jurisprudencial conferida a este contrato ao longo das décadas, não é possível defender uma generalização do tipo a todas as formas de transmissão definitiva de um estabelecimento comercial, uma vez que o tipo contratual em questão pode ser qualquer idóneo a transmitir o estabelecimento comercial. Porém, a prática comercial permite recortar um perfil *típico* do trespasse comum à maioria dos negócios sobre a empresa.

2.2. Na sua essência, o trespasse tem subjacente a ideia de *troca*: algo que passa do domínio de uma pessoa para a esfera jurídica de outrem. Esta consideração pode indiciar a *causa* e o *fim* do negócio. Acompanhando a visão de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, a causa corresponde à função económico-social do contrato⁵⁰, isto é, à função própria do tipo que o contrato desempenha e o escopo que prossegue, indicando a natureza e a finalidade dos efeitos que o contrato desencadeia⁵¹. Seguindo a classificação proposta por FERREIRA DE ALMEIDA, a função económico-social pode indiciar contratos de: *troca*, *liberalidade*, *cooperação*, *risco* ou *reestruturação*⁵². Nos contratos em que a função económico-social é a *troca* verificar-se-á uma relação de bilateralidade entre custo e benefício (i.e., ambas as partes beneficiam com o contrato e ambas têm custo com o mesmo) e uma divergência entre a finalidade global do contrato e a finalidade dos contraentes⁵³. Porventura, será esta a função económico-social “típica” do trespasse. Nada impede que a transmissão do estabelecimento comercial resulte de uma liberalidade de um

⁴⁸ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 118. Seguindo ainda o esclarecimento do ilustre privatista, os índices do tipo “serão todos aqueles que deem indício ou constituam sintoma da presença deste ou daquele tipo de negócio e que sejam hábeis para contribuir para o juízo de correspondência ao tipo, para a comparação de tipos entre si, ou de casos com tipos”.

⁴⁹ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 119, dá o exemplo – não taxativo – de índices como: a função, o fim, a estipulação do tipo, o objeto, a contrapartida, a configuração, o sentido, as qualidades das partes e a forma. Para uma informação pormenorizada cfr. as pp. 119-165 da referida obra.

⁵⁰ Sendo que o A. se afasta da conceção de causa como “critério de juridicidade” por considerar que nada de útil traz à qualificação dos contratos (cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 130).

⁵¹ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 2.ª ed., 2011, p. 93.

⁵² Para um maior aprofundamento sobre as classificações propostas, e, em especial, dos contratos de troca, cfr. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, pp. 111 e ss. Sobre outras causas do negócio jurídico, v. FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, 9.ª ed. (rev. e atual.), 1957, p. 494 e ss.

⁵³ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 111.

comerciante⁵⁴. Todavia, seguindo a configuração tratada pela doutrina e pela jurisprudência, não corresponderá ao “típico” trespasse. Com efeito, a natureza “camaleónica” do trespasse não esconde uma tendencial onerosidade do negócio, que se caracteriza por implicar esforços económicos simultâneos para ambas as partes e com vantagens correlativas e recíprocas⁵⁵. É neste aspeto que se conforma a bilateralidade da relação custo/benefício. Não que se diga que o pagamento do preço é um elemento essencial do “típico” trespasse, (o tipo contratual pode ser uma permuta)⁵⁶. Verifica-se, pois, que não é essencial uma equivalência objetiva e perfeita entre os custos e benefícios das partes: o que se exige é a reciprocidade⁵⁷. Relativamente ao *fim*, é um índice do tipo marcadamente subjetivo, que retrata as motivações que estiveram na origem da decisão de contratar⁵⁸. A função visa, então, assegurar a utilidade que as partes viram em celebrar o negócio, isto é, “a função do contrato consiste em realizar o fim”⁵⁹. Como se entende, as motivações e as finalidades que as partes visavam obter com o negócio são divergentes, “porquanto a cada uma das partes só interessa a sua própria vantagem, aceitando o correlativo sacrifício (que é por sua vez a vantagem da outra) apenas como meio para obter o benefício”⁶⁰.

A função de troca pode indiciar o carácter sinalagmático de um contrato⁶¹. Os contratos sinalagmáticos são “todos os negócios com vinculações reciprocamente

⁵⁴ Não tenho o intuito de estender a generalização da função económico-social de *troca* a todos os tipos contratuais potencialmente qualificáveis como trespasse. Trata-se, pois, de estudar o contrato de trespasse em função das suas características “típicas”, de acordo com o entendimento geral da sociedade e o tratamento doutrinário e jurisprudencial relativamente ao seu conteúdo. Neste sentido, parece-me defensável a ideia de uma finalidade contratual típica e socialmente relevante do trespasse que assente na *troca*.

⁵⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VII, 2014, p. 201.

⁵⁶ Seguindo a distinção operada por C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, pp. 114-115, os contratos com função e troca podem ser (i) contratos de troca direta, sem mediação monetária, em que nenhum dos objetos tem a natureza de preço, e (ii) um contrato em que um dos objetos (pelo menos) é dinheiro.

⁵⁷ Conforme explica C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 113.

⁵⁸ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 132.

⁵⁹ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 132.

⁶⁰ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 113.

⁶¹ Ainda que com aquele não se confunda, como bem alertam M^a LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, «Sobre o conceito e a extensão do sinalagma», in A. MENEZES CORDEIRO, P. PAIS DE VASCONCELOS, P. COSTA E SILVA, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, 2008, pp. 423-430. Com efeito, a função económico-social é uma realidade exterior ao contrato, ao passo que o sinalagma é *interno*, resulta de estipulação das partes sobre a finalidade do negócio. “As partes não determinam que o seu negócio corresponda a um certo modelo económico ou social; determinam, sim, que cada atribuição tenha uma específica finalidade por ela livremente eleita: no caso do sinalagma, realizar-se a contraprestação” (p. 428).

dependentes, correspondam ou não a obrigações”⁶². Como explicam M^a LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, “um sinalagma é uma estipulação (ou determinação) com três elementos: (1) cada parte vincula-se perante a outra parte, ficando esta com direito à concretização da atribuição; (2) cada uma das partes vincula-se *se e só se* a outra vinculação se concretizar (ou seja há limitação imanente da vinculação); (3) cada uma das vinculações é estabelecida para que a outra vinculação se concretize (a vinculação tem essa finalidade”⁶³. O “típico” contrato de trespasse, como o venho defendendo, afigura-se como um contrato sinalagmático. A contraprestação pela entrega do bem varia consoante o(s) objeto(s) do contrato, designadamente de tem natureza de preço ou não. Porém, a sinalagmaticidade está presente e contribui para o processo de qualificação do tipo contratual de trespasse.

Nos contratos de troca, existem dois ou mais objetos⁶⁴. Um, seguramente, assentará na transmissão do estabelecimento comercial⁶⁵, outro na contrapartida, que poderá ser o pagamento de um preço, ou de outra prestação que não envolva o pagamento de um preço. Também por esta configuração se espelha a tendencial onerosidade do *típico* trespasse, que poderá ter relevância na determinação do concreto tipo contratual do trespasse.

Reafirmando a rejeição de uma qualificação geral do tipo do contrato de trespasse, por razões de economia de exposição, não será aconselhável desenvolver uma análise sobre os regimes típicos dos possíveis tipos contratuais que consubstanciem um trespasse. Por este motivo, opto por abordar a exegese do contrato de trespasse pela perspectiva dos contratos de troca, que assumem um relevo social típico e que estão associados às conceções tradicionais sobre um “típico” trespasse, ou seja, aquilo que é entendido de uma perspectiva sociojurídica como sendo um “trespasse” de estabelecimento comercial. Dentro dos contratos de troca, atendendo ao concurso de índices do tipo discutidos *supra*,

⁶² M^a LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, *Sobre o conceito e a extensão do sinalagma*, p. 380-384. Os AA. propõem uma extensão do significado corrente de *sinalagma* que possa abranger a corresponsabilidade de quaisquer atribuições e não só de obrigações (p. 381).

⁶³ M^a LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, «Sobre o conceito e a extensão do sinalagma», p. 414.

⁶⁴ Por oposição aos contratos de liberalidade.

⁶⁵ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 143, acaba por reconduzir o estabelecimento comercial ao “objeto do trespasse”. Como explica C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 14, esta conceção corresponde ao “objeto mediato”, intrinsecamente relacionada com os bens transmitidos no negócio.

o tipo contratual de referência para o contrato de trespasse parece ser a compra e venda⁶⁶. Mesmo admitindo os desvios que a autonomia das partes pode implicar em relação àquele tipo, recorde-se que as fronteiras do tipo são elásticas e no processo de comparação do conteúdo da relação negocial com o catálogo de modelos regulativos típicos podem existir algumas divergências sem que o tipo se descaracterize enquanto tal⁶⁷. A tendencial onerosidade dos negócios de transmissão do estabelecimento comercial justifica que sejam também aplicadas, com as devidas adaptações, as normas da compra e venda a outros contratos onerosos, tal como preceituado no art. 939.º do CC, pelo que, também por esta razão, as diferenças entre um concreto contrato de trespasse e a regulação das partes não implicarão desvios substanciais ao regime decorrente do tipo legal da compra e venda. Neste sentido, para a análise do regime do contrato de trespasse, será necessário ter em consideração, essencialmente, os art. 874.º e ss. do CC⁶⁸.

2.2.1. Para iniciar a análise das obrigações das partes contextualizadas no objeto desta investigação, importa reter os efeitos da compra e venda, regulados no art. 879.º do CC: (a) a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito (efeito real), (b) a obrigação de entregar a coisa, (c) a obrigação de pagar o preço⁶⁹ (efeitos meramente obrigacionais).

Nos contratos translativos da propriedade, esta transfere-se por mero efeito do consenso entre as partes. Trata-se, pois, de um contrato consensual *quoad constitutionem*, em que o aperfeiçoamento do vínculo se atinge mediante o acordo de vontades expresso na forma legal.

⁶⁶ Com efeito, nota-se que no direito nacional e no direito comparado, tanto na lei como na doutrina, não raras vezes se enquadra o trespasse na compra e venda (mercantil) de estabelecimento comercial. A este propósito, não será irrelevante a explicação de P. PAIS DE VASCONCELOS (*Direito Comercial*, p. 270), que realça a importância social e jurídica do trespasse obriga a uma autonomização da (mera) compra e venda mercantil. Aproveitando esta nota, dir-se-á que é relativamente pacífico que o *típico* trespasse corresponde ao tipo contratual da compra e venda (de estabelecimento comercial).

⁶⁷ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 83.

⁶⁸ A regulação unitária não se confunde com aplicação em bloco das regras de um concreto regime legal aplicável ao trespasse. Na verdade, poderá haver certas regras específicas que o contrato chame à sua aplicação, como, por exemplo: as regras previstas nos art. 875.º e 1112.º do CC, quando um dos fatores de produção da empresa seja um imóvel; as regras sobre bens móveis sujeitos a registo; regras sobre direitos privativos (*maxime*, art. 30.º, n.º 1, al. a) do CPI) as regras relativas à transmissão da posição contratual, de créditos e de dívidas (art. 424.º e ss., 577.º e ss., 595.º e ss., respetivamente, todos do CC); ou a regra prevista no art. 285, n.º 1 do CT.

⁶⁹ Caso o objeto consista no pagamento do preço. Adaptando-se esta disposição a outros contratos onerosos, terá, caso a caso, de ser analisada a respetiva contrapartida enquanto elemento *de troca*.

Enunciar estes efeitos é evidenciar o caráter sinalagmático do contrato de compra e venda, que implica prestações recíprocas, tornando os sujeitos contratuais simultaneamente credores e devedores um do outro, neste caso, da coisa e do preço (ou outra contrapartida). São pois as prestações principais, acordadas no contrato de trespasse, que definem a sinalagmaticidade da vinculação negocial que se mantém ao longo da vida do contrato, até ao seu pontual cumprimento.

O preço é recebido em *troca* de uma coisa que o vendedor entrega. O pagamento do preço (ou de outra prestação) é, por isso, a prestação principal do trespasário, sendo que só o faz porque o trespasante se obrigou a entregar o estabelecimento.

Para o transmitente de estabelecimento comercial resultam essencialmente duas obrigações: a transmissão do direito de propriedade e a entrega do estabelecimento.

Nos termos dos art 874º e 879º do CC (aplicáveis a outros contratos onerosos *ex vi* 939.º do mesmo código) que a propriedade da coisa vendida se transmite para o adquirente pelo contrato, constituindo a transmissão do domínio um dos efeitos essenciais do trespasse. O contrato de compra e venda evidencia a sua natureza de contrato real *quoad effectum*, na medida em que determina a produção imediata do efeito real de transmissão do direito de propriedade, nos termos do art. 408.º, n.º 1 do CC.

O cumprimento pontual do contrato de trespasse exige a entrega do estabelecimento conforme àquilo que foi transmitido ou, pelo menos, que o trespasante o coloque à disposição do adquirente. Da entrega do estabelecimento comercial surge, então, a questão de determinar os elementos que são transmitidos pelo negócio do trespasse. A doutrina nacional opta por categorizar “âmbitos de entrega” de um estabelecimento comercial, distinguindo entre os âmbitos “mínimo”, “natural” e “máximo”⁷⁰.

O âmbito mínimo diz respeito à transferência dos elementos necessários para caracterizar um estabelecimento comercial enquanto tal, e sem os quais não poderá existir um trespasse “comercial”. O âmbito natural tem por referência os elementos que acompanham o estabelecimento comercial, sem que haja necessidade de estipulação

⁷⁰ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, Atlântida, 1967, pp. 476 e ss.; F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, pp. 306 e ss.

expressa para saber o que é que “ele transporta naturalmente consigo”⁷¹. Diferentemente, se for convencionado que o estabelecimento é transferido na sua globalidade, com todos os valores que lhe estão associados, como créditos e dívidas contraídas, firma, escrituração mercantil, listas de clientes ou fornecedores, entre outros. Caso a caso, haverá que ver os termos previstos no programa contratual, que fixam o conteúdo exato da prestação (principal) de entrega. Essa formulação permitirá (também) aferir da pontualidade do cumprimento do contrato de trespasse.

Todavia, com o intuito de assegurar o cumprimento ou assegurar a perfeita execução da prestação principal, a doutrina portuguesa tem formulado exigências adicionais à prestação principal de entrega, mesmo que não haja sido convencionado nesse sentido. Com efeito, a “mera entrega” dos elementos de um estabelecimento pode não ser idónea a que um trespasário consiga consolidar os valores de exploração do estabelecimento comercial. Neste sentido, a doutrina nacional vem insistindo na afirmação de uma *obrigação de não concorrência do trespasante*.

2.2.2. A esmagadora maioria da doutrina, seguida de perto por alguma jurisprudência⁷², defende a existência de uma obrigação de não concorrência implícita no contrato de trespasse.

2.2.2.1. BARBOSA DE MAGALHÃES iniciou o tratamento mais profundo desta questão, concluindo pela existência de uma obrigação implícita de não concorrência, fundamentando-a na obrigação de permitir o gozo pacífico da coisa, para permitir que o fim do contrato seja integralmente atingido⁷³. Todavia, o autor reconhece a possibilidade de múltipla fundamentação da obrigação de não concorrência, indicando, ainda, a boa-fé na execução dos contratos, ou a concorrência desleal. A sua opinião precursora lançou as bases para as discussões doutrinárias vindouras.

Na esteira da sua tese principal, a doutrina foi sedimentando a opinião de existência de uma *obrigação de garantia*, justificada pela necessidade de impedir a existência

⁷¹ ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, p. 479.

⁷² V. Ac. TRC de 21-01-1997 e Ac. STJ de 17-02-1998, indicados em NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 753.

⁷³ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, 1951, pp. 280-294.

de condições inibidoras à produtividade ou rentabilidade da empresa⁷⁴. Esta é uma corrente de pendor paternalista, que alinha pelo “princípio de entrega da coisa vendida e de não perturbação da sua posse e fruição”⁷⁵. Com efeito, esta corrente doutrinária entende a “entrega efetiva”, importa a repressão e perturbações especialmente lesivas aos valores de organização e exploração por parte do trespasante, uma vez que se afigura como um “concorrente diferenciado e especialmente perigoso”⁷⁶, capaz de influir no sucesso empresarial do trespasário, designadamente pela retoma da clientela⁷⁷. Assim, a abstenção de concorrência estaria *implícita*⁷⁸ no contrato de trespasse, de forma a que o seu fim fosse cabalmente realizado.

Outra parte da doutrina acolheu o fundamento: a boa-fé no cumprimento das obrigações que decorre do art. 762.º, n.º 2 do CC. O labor doutrinário sobre a base objetiva da boa-fé permitiu, ainda, a alguns AA. sustentar um dever de não concorrência do trespasante enquanto dever acessório com eficácia pós-contratual⁷⁹. Esta é uma construção que está indissociada da discussão sobre a responsabilidade civil por violação de deveres com eficácia pós-contratual (*culpa post pactum finitum*).

Por fim, entroncando no terceiro fundamento proposto por BARBOSA DE MAGALHÃES, temos vozes importantes na nossa doutrina que se insurgem contra a afirmação de uma obrigação de não concorrência ancorada no contrato de trespasse. De acordo com esta opinião, a lei não proíbe toda e qualquer concorrência, mas apenas a que se exerce por meios desonestos e incorretos⁸⁰. Esta proibição de concorrência desleal representa a sanção da inobservância de um dever geral de proceder honesta e corretamente na luta mercantil, que limita a atividade de um comerciante, podendo impedi-lo de exercer a concorrência com o trespasante em determinadas situações.

⁷⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, p. 490.

⁷⁵ A. FERRER CORREIA, *apud* NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 751; F. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, pp. 323 e ss.

⁷⁶ M^{te}. ELISABETE RAMOS/M. NOGUEIRA SERENS, *apud* NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 752.

⁷⁷ M. PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, p. 71.

⁷⁸ Assim: J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, (3.ª reimp.), 2014, p. 330; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, p. 300.

⁷⁹ A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, p. 343; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 327.

⁸⁰ FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, pp. 266-267. O A. refere que a obrigação de não concorrência “não é concebível num sistema de livre concorrência, como o nosso, em que é perfeitamente lícito ao comerciante lutar pelo aumento da sua clientela, que em grande parte se faz à custa da clientela alheia [ainda que não em termos absolutos]”.

Nestes termos, serão os ditames da cláusula geral da concorrência desleal a determinar a “obrigação” de não concorrência no caso concreto.

A posição negativista saiu reforçada com o estudo aprofundado de NUNO AURELIANO⁸¹, que, pese embora aceite a admissibilidade da convenção de não concorrência – enquanto limitação voluntária de direitos – defende que não é possível retirar uma obrigação implícita do contrato de trespasse que impeça o trespasante de concorrer. Com efeito, o A. apoia-se em lugares paralelos do sistema jurídico português que fazem depender a validade daquele pacto de limitações formais e temporais – à semelhança do que se regista nos pactos de não concorrência regulados no art. 136.º do CTe no art. 9.º RJCA.

2.2.2.2. Sem o propósito de proceder a um estudo de Direito Comparado, será útil olhar ao enquadramento jurídico desta situação no seio das ordens jurídicas mais próximas da nossa e que inspiraram as orientações da doutrina nacional neste tema⁸².

Em França generalizou-se a tese da existência de uma obrigação contratual de não concorrência, enquanto “obrigação de garantia”, apoiada, essencialmente, em quatro fundamentos: a garantia do facto pessoal; a garantia de evicção; a garantia dos vícios ocultos (*vices cachés*); e garantia das declarações do transmitente⁸³⁻⁸⁴. A pedra de toque para aferir do cumprimento da obrigação de garantia estava no desvio da clientela: se assumir uma atitude concorrencial – mesmo que não seja desleal – suscetível de desviar a clientela, ou não, será considerada concorrência ilícita⁸⁵. De notar, ainda, a comum advertência para a impossibilidade de limitar toda e qualquer atividade comercial, havendo que delimitar

⁸¹ NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...». Esta posição é seguida de perto por P. PAIS DE VASCONCELOS, (*Direito Comercial*, pp. 272-273), argumentando pelo anacronismo da posição dominante e tradicional, que só perdurou por inércia científica, transportando para os tempos modernos uma conceção própria de uma economia corporativa em que a concorrência não era querida. O ilustre Professor adverte que nos dias de hoje este entendimento não é defensável em função das orientações comunitárias em matéria de concorrência.

⁸² Para uma visão completa desta questão no Direito Comparado, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, pp. 489-514; F. SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Tomo II, 1962, p. 228-230.

⁸³ GEORGES RIPERT/ RENÉ ROBLOT, *Traité de Droit Commercial*, 18ª ed., Tomo I, Vol. I, 2001, pp. 394-396.

⁸⁴ Com algumas variantes na fundamentação, parece que a doutrina francesa, em geral, acaba por reconduzir o fundamento da obrigação de não concorrência à *garantie du fait personnel du vendeur* ou à *garantie d'éviction*. Neste sentido, cfr. GASTON CENDRIER, *Le fonds de commerce*, 4ª ed., 1926, pp. 168-182; JEAN ESCARRA, *Cours de Droit Commercial*, 10ª ed., 1952, p. 169 e ss., que reforça a importância da (e do direito à) clientela enquanto elemento do estabelecimento comercial.

⁸⁵ GEORGES RIPERT/ RENÉ ROBLOT, *Traité de Droit Commercial*, p. 394.

temporal e espacialmente a interdição à atividade do trespasante, consoante as circunstâncias do caso (como o tipo de comércio, ou o caráter da clientela)⁸⁶.

Esta orientação não passou despercebida no direito alemão, reunindo-se a opinião dominante em torno da afirmação da obrigação de não concorrência⁸⁷. JULIUS VON GIERKE⁸⁸ afasta a responsabilidade por vícios, propondo que a solução deve resultar da interpretação do contrato, tendo em conta os costumes. Diz que se deve presumir essa obrigação de não concorrência quando se tenha transferido por venda a clientela, no “círculo imaginável de compradores”⁸⁹. KARL HEINSHEIMER defende igualmente a obrigação de não concorrência, mas antes fundamentando-a na cláusula geral da boa-fé⁹⁰.

A problemática da concorrência do trespasante também ocupou a doutrina espanhola, que, de modo geral, também argumenta pela obrigação de não concorrência, porque relacionada com a obrigação (contratual) de entrega – que compreenderia a “entrega” da clientela⁹¹. Na formulação tradicional desta teoria, afirmava-se que qualquer vício, material ou jurídico, que afete a organização e impeça o trespasário de realizar e alcançar o fim económico proposto, será suficiente para provocar e invocar o efeito resolutorio da venda⁹². Assim, o ato de concorrência do vendedor ao comprador implicaria, pois, uma perturbação voluntária na posse da empresa, que por sua vez faria nascer uma obrigação de *saneamento* na esfera jurídica do transmitente do estabelecimento⁹³.

Numa perspetiva doutrinária mais recente, a doutrina espanhola mantém ideia de existência de uma obrigação de não concorrência, considerando que a prática concorrencial seria um meio indireto de destruir ou perturbar a organização e/ou a clientela do estabelecimento trespasado⁹⁴; porém, observa-se já alguma distância para os tradicionais argumentos da *obligación de garantía*, e da *garantía contra a evicción*, nada têm que

⁸⁶ GEORGES RIPERT/ RENÉ ROBLOT, *Traité de Droit Commercial*, p. 394.

⁸⁷ F. SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 229.

⁸⁸ JULIUS VON GIERKE, *Derecho comercial y de la navegación*, (trad. Juan M. Semon), 1957, p. 129, referindo o fundamento da “*obligation de garantiè*”.

⁸⁹ JULIUS VON GIERKE, *Derecho comercial y de la navegación*, p. 129.

⁹⁰ KARL HEINSHEIMER, *Derecho Mercantil*, (trad. Agustín Vicente Gella da 3ª ed. alemã), 1933, pp. 42-48.

⁹¹ JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. I, 1963, pp. 400-401.

⁹² JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 7ª ed., 1979, p. 94.

⁹³ JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. I, pp. 399-403.

⁹⁴ ÁNGEL ROJO, «El establecimiento mercantil», in AURELIO MENÉNDEZ (dir.) e M. L. APARICIO GONZÁLEZ (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4ª ed., 2006, pp. 105-106.

ver com a obrigação de não concorrência, dando apenas lugar à possível cessação de contrato por desconformidade ao programa contratual, não tendo efeitos na limitação negativa de atuação do trespasante⁹⁵.

Ao contrário destes três ordenamentos, a ordem jurídica italiana consagra no art. 2557.º do *Codice Civile* o dever de um transmitente de estabelecimento comercial se abster de concorrer com o respetivo adquirente por um período de cinco anos. É um dever que não resulta do contrato, mas sim da lei. O preceituado neste artigo tem caráter supletivo e aplica-se na falta de estipulação contratual das partes. A principal preocupação reside em proteger o adquirente da intervenção potencialmente lesiva do transmitente, que se materializaria no desvio da clientela. De facto, parece ser opinião comum que o transmitente se continuasse a exercer a atividade seria um meio indireto para se alcançar um resultado que não pode ser obtido de modo direto, que seria a disputa da clientela. Na tentativa de fundamentação deste dever, alguma doutrina mais recente vem defendendo a superação da teoria da garantia por evicção⁹⁶, preferindo reconduzir essa exigência à concretização da cláusula geral da boa-fé⁹⁷. Neste sentido, considera-se que estiveram na base da motivação legislativa critérios análogos àqueles previstos para a repressão da concorrência desleal⁹⁸, que procura afirmar o princípio da *correttezza professionale*, que censura condutas idóneas a lesar os valores de um estabelecimento comercial, no qual se enquadraria a clientela.

À semelhança do ordenamento jurídico italiano, é possível encontrar uma previsão legal que estatui uma obrigação de não concorrência ao transmitente de estabelecimento comercial, no art. 1147.⁹⁹ do novo Código Civil brasileiro, que veio dar voz da doutrina dominante no Brasil de que o cedente do estabelecimento comercial não se poderia restabelecer durante um determinado período de tempo após a transmissão do

⁹⁵ ÁNGEL ROJO, «El establecimiento mercantil», pp. 105-106. O A. vai mais longe e admite situações em que não é exigível a abstenção da conduta concorrencial do trespasante, como sejam os casos em que o trespasante tem vários estabelecimentos na mesma zona (mesmo que se dediquem à mesma atividade do estabelecimento trespasado) ou de transmissão não-voluntária (“*forzosa*”), por exemplo, de uma transmissão que resultasse de uma venda judicial.

⁹⁶ Assim, GIOVANNI COLOMBO, «L’azienda e il divieto di concorrenza dell’alienante», in FRANCESCO GALGANO, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, Vol. III, 1979, pp. 178 e ss.

⁹⁷ AUGUSTO GRAZIANI/GUSTAVO MINERVINI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 1979, p. 51.

⁹⁸ GASTONE COTTINO, *Diritto Commerciale*, Vol. I, 1976, p. 198.

⁹⁹ O art. 1147.º dispõe o seguinte: “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

estabelecimento comercial¹⁰⁰. Relativamente a esta opinião, destaca-se a oposição de WALDEMAR FERREIRA, defendendo que “não é proibido ao vendedor, de maneira absoluta, montar novo estabelecimento idêntico ao vendido; o que incide em censura jurídica é que o novo, como concorrente, venha a desviar a freguesia do antigo”¹⁰¹. A conceção do A. remete o juízo de censura para a solução prevista no CPI brasileiro¹⁰².

3. A OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA

A obrigação de não concorrência, enquadrada como um postulado de *garantia* das prestações de entrega do estabelecimento e da transferência do direito de propriedade, surge como uma construção intimamente relacionada com o contrato. Olhando às motivações da doutrina que aposta nesta fundamentação, constato que traduzem uma preocupação especial em acautelar o cumprimento do trespasse. Não será de estranhar que, nos termos desta ideia, a violação da obrigação de não concorrência implica o incumprimento contratual¹⁰³. Esta consideração importa uma outra: a obrigação de não concorrência resulta *implicitamente* do contrato de trespasse e faz parte do seu conteúdo, ainda que não prevista expressamente no acordo negocial. Argumentar pela necessidade de proteger a prestação principal das partes por uma “obrigação extra” convoca a aplicação de deveres secundários, orientados para o interesse no cumprimento dos deveres principais de prestação¹⁰⁴. Como se disse acima, o sinalagma do *típico* trespasse assenta na transmissão e entrega do estabelecimento comercial, em troca de algo. Por isto se percebe que defender uma obrigação implícita de não concorrência implica uma extensão do sinalagma contratual. Em conclusão, a obrigação de não concorrência seria uma obrigação decorrente da “lei das partes” (a dita *lex contractus*).

As construções alicerçadas na cláusula geral da boa-fé, pelo contrário, fundamentam-se em deveres exteriores ao contrato, determinados por exigências do ordenamento jurídico. Esta ideia apela a uma aplicação de regras heterónomas ao

¹⁰⁰ Assim dá conta F. ULHOA COELHO, *Manual de Direito Comercial*, 18ª ed. (rev. e atual.), 2007, pp. 30-32. O A. encara a concorrência do trespasante como um ato de concorrência desleal.

¹⁰¹ WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, Vol. II, 1952, p. 425.

¹⁰² WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, pp. 422-425.

¹⁰³ Categoria que deverá englobar os conceitos de incumprimento (total ou parcial), cumprimento inexacto, cumprimento, defeituoso ou violação positiva do contrato.

¹⁰⁴ Cfr. *infra* 2.2.2. da PARTE II.

contrato, sem que, no entanto, se integre no programa de prestações firmado pelo acordo negocial. É em função destas exigências do ordenamento jurídico que poderão surgir deveres acessórios, destinados a assegurar a realização do fim do negócio¹⁰⁵.

A análise da obrigação de não concorrência enquanto elemento integrante do contrato suscita-me algumas reservas. É certo que as suas consequências práticas traduzem a preocupação em que o trespasário se estabeleça no mercado, sem perturbações especialmente lesivas no período inicial da sua atividade mercantil. Porém, há que questionar se esta *obrigação de garantia* encontra fundamento no contrato. Seguindo a conceção de que os deveres secundários estão ao serviço das prestações principais, não se vislumbra como a obrigação de não concorrência possa auxiliar à entrega do estabelecimento. Deveres secundários poderiam ser, por exemplo, o dever de explicar o modo de funcionamento do estabelecimento comercial (designadamente instruções sobre o aviamento), o dever de informar sobre a concorrência naquele setor de atividade e na área geográfica de atuação do trespasário, ou o dever de apresentar a escrituração mercantil. A concorrência do trespasante é posterior à entrega, não se confunde com esta. Fundamentar que a “entrega efetiva” depende ou está *condicionada* à abstenção da concorrência por parte do transmitente não parece cumprir com o sinalagma funcional determinado pelo tipo contratual do trespasse, seja ele qual for. Aparece, pois, como um elemento estranho ao programa do contrato, do qual não depende o cumprimento pontual das prestações. Como bem referem M^a LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, “o sinalagma resulta do conteúdo das declarações negociais e não é algo que lhes seja exterior”¹⁰⁶. Por isso me afasto da posição de que a entrega efetiva implica e determina

¹⁰⁵ A terminologia varia, dizia, de A. para A. (como expõe C. A. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual* (reimp.), 1982, pp. 337-339), pelo que não seria útil, nem indicado, proceder a um levantamento de todas as conceptualizações sobre os ditos “deveres acessórios”. Ademais, quando se trata de exprimir a mesma realidade, a flutuação de terminologia cunhada pela doutrina não deve ser decisiva.

A ideia-chave relativamente aos deveres acessórios – e que eu vou seguir na presente dissertação – assenta no seguinte: deveres acessórios serão os comandos impostos pelo vínculo obrigacional que impõem uma determinada conduta (que, eventualmente até pode implicar uma prestação, seja de *facere*, *non facere* ou de *pati*) que visa assegurar, não o cumprimento pontual do contrato, mas antes a realização do fim do contrato e de proteção dos bens patrimoniais ou pessoais em conexão com o contrato. São deveres que não resultam do vínculo contratual, mas do vínculo obrigacional. A sua imposição resulta, então, não do contrato, mas pelas orientações do ordenamento jurídico que imponham uma determinada conduta em circunstâncias específicas, sendo de reconhecer o papel essencial das cláusulas gerais neste processo, designadamente do princípio da boa-fé.

¹⁰⁶ M^a LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, «Sobre o conceito e a extensão do sinalagma», p. 409, nota 55. Os AA. dão seguimento a esta ideia afirmando que o “sinalagma está «no contrato», é uma estipulação, não é uma criação legal a partir do nada”, sendo que a “dependência entre prestação e contraprestação tem de figurar, de algum modo, na regulação instituída pelas partes. À lei cabe desenvolvê-la.” (p. 411).

uma vinculação a não concorrer. O *típico* contrato de trespasse fica pontualmente cumprido com a entrega da coisa (ou, pelo menos, com a sua colocação à disposição do trespasante) e a transferência do direito de propriedade, contra uma outra prestação do adquirente, quer tenha por objeto dinheiro, ou outros bens para troca (ou sem prestação, no caso de uma liberalidade). Pese embora se deva reconhecer que a concorrência tenha uma relevância especial no trespasse que não existe numa normal compra e venda, nem por isso esta circunstância deve impressionar o intérprete ou aplicador do direito. A necessidade de proteger o trespasário de especiais riscos lesivos é uma preocupação exterior ao contrato, ainda que com ele relacionado. O risco transfere-se por mero efeito do trespasse; o aumento do risco normal de empresa é, por isso, um problema que escapa ao âmbito do programa prestacional, pelo que deve ser analisado por quadros de pensamento *extracontratuais*.

Nestes termos, procurando o bom rigor técnico, é conveniente questionar a expressão “*obrigação*” de não concorrência. Se nada foi acordado, não estamos perante uma situação em que uma pessoa deve adotar uma determinada conduta perante outrem, que, por sua vez, tem o direito de lha exigir¹⁰⁷. Assim, por escapar ao âmbito prestacional, a *não concorrência* parece ter mais a natureza de um “dever”. O dever jurídico “consiste na necessidade de observar determinada conduta [de ação ou omissão], imposta pela ordem jurídica para a tutela de um interesse de outrem”¹⁰⁸. Parece que a expressão “*obrigação*” *implícita de não concorrer* termo até aos dias de hoje pela “elegância do português jurídico”¹⁰⁹, mas que convém, por ora, tratar com maior propriedade.

Este é um ponto importante para a discussão sobre a admissibilidade de uma obrigação de não concorrência. É que pugnar por uma solução contratual tem a consequência óbvia de a conduta concorrencial consubstanciar uma situação de incumprimento contratual, aplicando-se as regras gerais sobre o incumprimento dos contratos e os mecanismos associados aos remédios sinalagmáticos. Ora, parece-me claramente excessivo que uma atuação exterior ao contrato – *silicet*, que não consubstancie

¹⁰⁷ Esta corresponde à noção técnica de obrigação, radicada no art. 397.º do CC. Nestes termos, v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, 2.ª ed. (rev. e atual.), Almedina, 2012, p. 32.

¹⁰⁸ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12.ª ed. (rev. e atual.), 2014, p. 66.

¹⁰⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, p. 33, nota que “muitas vezes o termo “obrigação” surge onde era de esperar “dever””.

deveres secundários à prestação principal – possa determinar o incumprimento (ou “cumprimento defeituoso”, “inexato” ou “violação positiva do contrato”) do contrato de trespasse pela concorrência do trespasante. Não só por não ser possível retirar essa justificação do sinalagma contratual, mas também por não ser admissível que o trespasante seja o *garante* do sucesso empresarial do trespasário, ao abster-se de competir. A obrigação de garantia só se aplica ao bem transmitido: o estabelecimento comercial. A clientela não é elemento do estabelecimento comercial. Ainda que se entenda que a própria obrigação de entrega, abrange a *entrega de clientela* – sendo a clientela o principal critério da doutrina para aferir do gozo pacífico da coisa –, esta “entrega”¹¹⁰ seria sempre uma obrigação de meios, porque é impossível assegurar o resultado que a obrigação de não concorrência visa a assegurar: o sucesso comercial. A obrigação de (um) resultado só se verifica na prestação de entrega do estabelecimento, sendo que exige a entrega de todos os elementos constitutivos do aviamento (*objetivo*) que permitam (tal como antigo proprietário) a captação e manutenção da clientela. Só o incumprimento deste resultado (e conseqüente incumprimento dos deveres secundários associados àquela prestação) será idóneo a fundamentar uma pretensão de (in)cumprimento, porque, insista-se, tem assento contratual.

Entendo, pois, que as construções doutrinárias que se apoiam em elementos do sistema jurídico no sentido de impor a abstenção de concorrer apresentam uma maior segurança jurídica na previsibilidade do comportamento esperado de um comerciante que trespasa o seu estabelecimento comercial. Na impossibilidade de determinar uma convenção de não concorrência pela interpretação do contrato, a tarefa hermenêutica deve assentar em lugares paralelos e em elementos normativos e principiais do sistema jurídico que consubstanciem a formação de um (ou mais) dever(es) que condicionem a atuação do trespasante, de forma a que a sua conduta concorrencial não coloque em crise a posição patrimonial e pessoal do trespasário criada pelo contrato de trespasse. Propõe-se, ainda, uma fundamentação integrada e apoiada nas orientações do ordenamento jurídico, de forma a afastar a contradição de soluções encontradas por contrariedade ao espírito do sistema. Deste modo, tendo por ponto de partida o *típico* contrato de trespasse,

¹¹⁰ Sendo muito questionável uma “entrega de direitos”, como alguma doutrina estrangeira parece defender.

é mister analisar a “obrigação (ou dever) de não concorrência” no contexto do Direito Privado, apoiado e integrado na globalidade do sistema jurídico.

II

A CONCORRÊNCIA DO TRESPASSANTE

1. ENQUADRAMENTO DA LIBERDADE DE CONCORRER

A análise crítica sobre a concorrência do trespasante implica um prévio enquadramento jurídico da atividade concorrencial de um comerciante. Assim, uma vez determinadas as orientações do ordenamento jurídico português em matéria de concorrência mercantil, ficará definido o âmbito em que o intérprete ou o aplicador do direito se deve mover para encontrar uma resposta à problemática da “obrigação de não concorrência”.

A concorrência de um comerciante é a consequência natural da sua atividade comercial numa economia de mercado, surgindo como a manifestação da liberdade (fundamental) de iniciativa económica privada consagrada no art. 61.º da CRP. Como explica EVARISTO MENDES, cuja lição se segue de perto relativamente a esta matéria, a liberdade de iniciativa económica privada compreende a prática de qualquer ato e o exercício de qualquer atividade empresarial de carácter económico-productivo por parte de pessoas privadas, de natureza singular ou coletiva¹¹¹. O exercício desta liberdade pressupõe, então, a possibilidade de constituir uma empresa que permita a comercialização de produtos e prestação de serviços¹¹². De acordo com a conceção terminológica proposta por GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, esta liberdade fundamental divide-se em duas vertentes: a *liberdade de iniciativa* em sentido estrito (que compreende a liberdade de estabelecimento¹¹³ ou de criação de empresa, liberdade de investimento) e a *liberdade de empresa* (atinente à liberdade de organização, gestão e exercício da atividade empresarial)¹¹⁴. Independentemente da conceção, de acordo com o

¹¹¹ EVARISTO MENDES, Anotação ao art. 61.º, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Tomo I, 2010, p. 1181.

¹¹² EVARISTO MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 1182.

¹¹³ Que ganha uma importância reforçada nos art 49.º e ss. do TFUE.

¹¹⁴ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed. (rev.), Vol. I, 2007, p. 790. No mesmo local, os autores esclarecem que a primeira vertente é um direito pessoal e, na segunda, de um direito institucional.

Apesar da utilidade pedagógica da classificação, no presente texto utilizo os termos indistintamente, mas sempre por referência ao (macro) direito de livre iniciativa económica.

entendimento dominante, considera-se que a liberdade livre iniciativa económica tem natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, beneficiando da aplicação daquele regime, tal como preceituado pelo art. 17.º da CRP. A analogia encontra a sua justificação na dimensão marcadamente personalista desta liberdade: o seu exercício projeta no domínio socioeconómico o valor do *livre desenvolvimento da personalidade*, que, como é reconhecido, entronca o seu fundamento na dignidade da pessoa humana¹¹⁵. Assim, nos termos dos art 18.º e 61.º da Lei Fundamental, este direito é de exercício livre e só pode ser limitado nos casos expressamente previstos na CRP e na lei infraconstitucional, tendo em conta o interesse geral, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Porém, apesar de conteúdo determinável, a CRP nada esclarece quanto ao conteúdo deste direito. EVARISTO MENDES, assumindo esta tarefa, refere que as liberdades previstas no art. 61.º se reportam tanto à *escolha* como ao *exercício* da atividade empresarial a exercer¹¹⁶. Ademais, o A. concretiza este raciocínio sugerindo, exemplificativamente, que o direito à livre iniciativa económica compreende: o acesso à atividade, a escolha do modelo de negócio, contratar com fornecedores e consumidores, a comunicação comercial ou a liberdade de concorrer¹¹⁷.

É este último aspeto que se deve reter. A *liberdade de concorrer* é um valor constitucional que enforma a ordem jurídica. O direito a concorrer afirma-se como um imperativo de promover o interesse público na competitividade da economia de mercado¹¹⁸. Nestes termos, percebe-se que esta seja considerada uma liberdade estruturante do sistema socioeconómico. Assim, cumprindo o disposto no art. 61.º, n.º 1 da Lei Fundamental, tanto o legislador como o intérprete ou o aplicador do direito devem procurar soluções que conformem o sistema socioeconómico em que esta liberdade se desenvolve, “nos quadros definidos pela Constituição” dentro dos limites que aí previstos.

¹¹⁵ Neste sentido, EVARISTO MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 1184.

¹¹⁶ EVARISTO MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 1192.

¹¹⁷ EVARISTO MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 1192.

¹¹⁸ EVARISTO MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, pp. 1194-1995.

Como se entende, num plano de igualdade dos sujeitos contratuais é natural que suas as posições e interesses colidam¹¹⁹. Aliás, o direito de livre iniciativa económica, é um direito que pela sua natureza tende a causar conflitos e tensões na coexistência com outros direitos, como é o caso do direito de propriedade. A este propósito, refere CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO que “nas relações entre particulares (...) frequentemente encontraremos, nos dois polos da relação, titulares de direitos constitucionalmente protegidos, o que aproxima muitas vezes o problema da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares de um problema de *colisão de direitos*”¹²⁰.

Analisando por ora os potenciais direitos em conflito com o direito de concorrer do trespasante, destacam-se o direito à propriedade e, ainda, o direito à livre iniciativa económica do trespasário. Como esclarecem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, o direito de propriedade compreende quaisquer direitos de valor patrimonial, entre os quais incluem os direitos de crédito¹²¹. Nestes termos, se o adquirente de estabelecimento comercial detiver um crédito sobre o trespasante que limite o seu direito a concorrer, então o exercício da liberdade de concorrer daquele colide com o seu direito de propriedade. De igual modo, a concorrência do trespasante também se confronta com a liberdade de concorrer do adquirente do estabelecimento comercial, que pode ver a sua posição no mercado afetada pela proximidade da atividade concorrencial do transmitente. Concluindo: a atividade concorrencial do trespasante pode, assim, em abstrato, impossibilitar o exercício *simultâneo e integral* dos direitos do trespasário.

Pese embora a ausência de uma norma que regule o modo de exercício de direitos em conflito, podem ser encontradas pistas no art. 18.^{o122}, que dispõe sobre as condições legais de restrição de direitos fundamentais pelo legislador ordinário. Assim, o processo de ponderação das especificidades da situação concreta proposto por VIEIRA DE

¹¹⁹ Deste modo se expõe a feição relativa deste direito, o que desde logo se retira do art. 61.^o, n.^o 1, que impõe que se tenha em consideração “o interesse geral” e que seja exercido nos quadros definidos pela CRP.

¹²⁰ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. (2.^a reimp.), 2012, p. 75, n. (70). Esta afirmação traz a lume duas questões que estão intimamente relacionadas: o problema de solucionar, no âmbito do direito privado, as situações de conflito de direitos, e, ainda, a questão da “*eficácia civil dos direitos fundamentais*” – que, como já foi referido, será retomada mais adiante, cfr. 2.1.2 da PARTE II.

¹²¹ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 800. Também neste sentido, defendendo que os direitos de crédito têm proteção constitucional nos termos do art. 62.^o da CRP, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Livro II, Tomo IV, 2010, p. 32.

¹²² Aqui aplicável por revestirem uma natureza análoga a direitos, liberdades e garantias, conforme art. 17.^o da Lei Fundamental.

ANDRADE deverá ser complementado com um juízo de *proporcionalidade, adequação e razoabilidade* que permita a menor lesão possível dos direitos conflitantes, na lógica do art. 335.º do CC.

À guisa de conclusão do raciocínio que se vem desenvolvendo, defendo que a discussão sobre o conflito de direitos entre trespasante e trespasário deve ser remetida para o plano da relação obrigacional e as circunstâncias fácticas que a envolvem. São esses elementos parametrizadores do referido juízo de ponderação que determinarão a medida em que será admissível o exercício simultâneo por ambos os titulares de direitos constitucionalmente protegidos, mesmo que implique uma cedência mútua em benefício da concordância prática entre eles. Determinado o conteúdo essencial destes direitos, sobra compreender em que medida estes podem ser limitados para que ambos produzam os seus efeitos. Em suma, trata-se de uma questão que envolve premissas constitucionais que são concretizadas no plano civil. Por esta razão, o enquadramento desta liberdade constitucional que assiste ao trespasante deverá ser feito no âmbito do Direito Privado.

2. O FUNDAMENTO DA VINCULAÇÃO A NÃO CONCORRER

Analisar a questão da “não concorrência” não trata de saber se o trespasante pode concorrer porque, como já se referiu, essa liberdade decorre de imperativos constitucionais que nem a lei ou o trespasário podem vedar. A problemática prende-se com uma discussão complementar: saber quais os limites à atividade do trespasante no contexto da relação obrigacional, tendo em consideração a eficácia civil das orientações e as pautas valorativas conformadoras estabelecidas pela Lei Fundamental.

Os limites à concorrência do transmitente de estabelecimento comercial podem ter origem em várias fontes, que se distinguem em função da sua natureza. A vinculação pode ter uma natureza *autónoma*, caso se entenda que resulta da regulação negocial configurada pelas partes. Por outro lado, pode também ter uma natureza *heterónoma*, no caso de a concorrência ser limitada por imperativos normativos e axiológicos existentes no sistema jurídico, impostos independentemente da vontade dos sujeitos contratuais.

As diferentes posições doutrinárias sobre esta temática justificam a necessidade de um olhar crítico sobre os possíveis fundamentos para a obrigação de não concorrência de forma a conseguir distinguir-se, no plano contratual, aquilo que resulta da convenção das partes daquilo que é a intervenção do Direito na autonomia privada.

2.1. A VINCULAÇÃO AUTÓNOMA

2.1.1. A autonomia que as partes têm para regular os seus interesses contrapõe-se a imposições de natureza legal e imperativa. Aliás, a primeira pressupõe a segunda: as partes podem delinear o contexto em que se relacionam, desde que não ultrapassem os limites que lhes são impostas por exigências legais ou constitucionais. Movendo-se dentro do espaço permitido por lei, as partes podem gizar o âmbito em que se vão relacionar, determinando os contornos da sua vinculação.

Como ficou referido *supra*, o trespasse surge, “tipicamente”, como um contrato de troca¹²³. Cada um dos contratantes tem uma intenção dissonante e que se contrapõe à do(s) outro(s). Pois bem, é a partir do momento em que materializam a sua intenção de contratar, seja expressa ou tacitamente, que iniciam o diálogo com a parte que vai mediar a satisfação do seu interesse. Como se verá, por vezes, as suas obrigações escapam às fluídas fronteiras do negócio que celebraram: mas todo o complexo de deveres e obrigações que o contacto negocial entre os sujeitos contratuais configuram os limites que as partes autonomamente fixaram para desenhar a sua relação, que estão presentes seja em período anterior, contemporâneo ou ulterior ao negócio jurídico.

A principal dificuldade na tarefa de determinar uma obrigação de não concorrência reside na fina linha que deve ser traçada entre a “lei das partes” e a “lei positiva”, que só os cânones de interpretação poderão precisar. Uma importância que neste caso (bem como em todos os outros) não deve ser menosprezada, porque sendo a lei omissa quanto à obrigação de não concorrência do trespasante, essa vinculação só pode resultar do contexto da relação contratual, seja de forma expressa ou tácita, ou (há quem o diga) *implícita*. De outro modo, haverá uma lacuna contratual.

¹²³ V. *supra* 2.2. da PARTE I.

A estipulação de uma cláusula de não concorrência corresponde a uma manifestação da autonomia privada, vedando pela “lei das partes” o exercício de uma liberdade fundamental. Corresponde, por isso, a uma limitação voluntária do direito a concorrer.

E se não houver convenção neste sentido? Como ficou referido *supra*, tem sido entendido que, pese embora a inexistência de cláusula expressa de não concorrência, não haveria necessidade de estipulação *ad hoc* nesse sentido, uma vez que se consideraria que as partes assim o decidiram regular – quase na lógica de *implied terms*¹²⁴. Esta é uma ideia que apela à existência de uma lacuna negocial, remetendo para os critérios gerais de integração de lacunas, presentes nos art. 239.º e 10.º do CC.

O pensamento da *implicitude* chama a si a ideia de integração negocial. Este é um raciocínio de realização do Direito que apela às pautas valorativas do sistema, promovendo uma interpretação complementadora¹²⁵ da lacuna negocial orientada a valores ao pensamento sistemático, de forma a afastar contradições de valoração no seio da unidade do sistema normativo. Porém, o texto negocial é *intensivo*, isto é, deve considerar-se que “o universo que não seja regulado, não interessou às partes. O espaço para a lacuna inicial é, pois, qualitativamente reduzido no contrato”¹²⁶. Em termos mais simples: as partes sabem o querem, sabem e compreendem todo o alcance das suas

¹²⁴ Sobre os *implied terms*, cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 391 e ss.

¹²⁵ Para a definição de “interpretação complementadora”, v. A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil* (reimp.), 1997, pp. 1063 e ss.; M. A. CARNEIRO DA FRADA, «Contrato e deveres de protecção», in *BFDUC*, Vol. XXXVIII (separata), 1994, p. 69, ss. começa por esclarecer que já não se trata de interpretar as declarações negociais, mas sim a “regulação objetiva conseguida pelo contrato”, que entroncaria a sua admissibilidade jurídica no art. 239.º do CC. Tratar-se-ia, no fundo, de uma “complementação da própria vontade negocial” que “se situa num *degrau intermédio* entre o contrato e o direito objetivo”, sendo o seu resultado hibridamente *conformado e imputado* às partes” (itálico meu), ou, ainda numa outra perspetiva, de abandonar o terreno da autonomia privada entrando-se “no campo da disciplina heterónoma de uma dada relação” (pp. 74-75). Porém, o ilustre civilista critica este entendimento, merecendo a minha inteira concordância nos argumentos que aduz. Como começa por defender “não é qualquer ausência de estipulação das partes que autoriza a lacuna e o processo integrativo: somente aquela que se reporte a uma condição *sine qua non* da execução do plano obrigacional gizado pelas partes, ou então, a que contrarie a própria lógica ou unidade de sentido do negócio, levam àquele resultado” (pp. 76-77). De facto, não parece ser de admitir que trespasário e trespasante tenham como condição *sine qua non* do contrato de trespasse a obrigação de não concorrência, sendo que a sua ausência de estipulação em nada contende com a perfeição e pontualidade no cumprimento do contrato. A “lacuna” resultante da omissão de regulação de um dever de abstenção de concorrência, salvo melhor opinião, não parece estar ligada às condições ou modos necessários à efetivação do interesse contratual, tal como resulta do programa de prestações. Por esta razão, digo que a interpretação complementadora não deve ser um auxílio à teoria da *implicitude* da obrigação do dever de não concorrência, recusando-se expressamente a tentativa de integrar a obrigação de não concorrência no conteúdo contratual.

¹²⁶ Como refere A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, p. 1079.

declarações¹²⁷, encontraram no negócio jurídico o instrumento ideal para regularem os seus interesses. Assim, na impossibilidade de fixar, com precisão, uma intenção de vedar a concorrência ao trespasante, deve entender-se que não há lacuna negocial, pelo que não se justifica uma interpretação complementadora. Com efeito, se não existe obrigação de não concorrência foi porque as partes assim não o quiseram ou não sentiram a necessidade de prever uma limitação à concorrência do trespasante.

A teoria da *implicitude* consubstancia uma verdadeira substituição à vontade dos contratantes. Mais do que isso, atenta contra o patamar limiar para qualquer exercício de interpretação jurídica: o mínimo de correspondência literal com o texto contratual. Ainda que o art. 239.º do CC remeta para a “vontade hipotética”, o processo da interpretação das declarações das partes exige elementos seguros e objetivos que permitam a realização do exercício de determinar, na medida do razoável¹²⁸, aquilo que as partes tinham “querido dizer”. Ademais, este salto lógico contende com as respetivas definições dos âmbitos mínimo, natural e máximo da entrega de um estabelecimento comercial. Com efeito, a circunstância de não ser “natural” que os sujeitos contratuais de um trespasse acordem na inibição de concorrência do transmitente, nem ser um efeito “essencial” do contrato, só torna evidente que é necessário um *plus* que vincule o trespasante a não concorrer. Destarte, não posso acompanhar a opinião dos defensores da *implicitude* de uma obrigação de não concorrência.

2.1.2. A *ratio* última (e simultaneamente inicial) de qualquer solução residirá sempre nos princípios constitucionais que enformam a nossa ordem jurídica, que estabelecem o contexto sob o qual devem ser interpretadas as fontes das obrigações. Qualquer consideração no sentido de aferir a admissibilidade de uma obrigação *implícita* de não concorrência deverá ser conforme aos fundamentos axiológicos preceituados na CRP. Numa palavra: uma integração negocial deverá sempre exprimir a aplicar os critérios ordenadores do sistema jurídico. Na verdade, na tradição de KARL LARENZ, uma interpretação conforme à Constituição é um critério de interpretação¹²⁹. Parafraseando

¹²⁷ Desta consideração afasto as possibilidades de incumprimento de deveres de informação e de vícios da vontade.

¹²⁸ J. BAPTISTA MACILADO, «A cláusula do razoável», in *Obra dispersa*, Vol. I, 1991, p. 484.

¹²⁹ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1997, pp. 479 e ss. A propósito, o A. afirma que “se a interpretação mais antiga está em contradição com um princípio constitucional, há-de verificar-se se é possível uma interpretação conforme à constituição” (pp. 488-489).

ZENHA MARTINS, este método envolve um postulado fundamental de maximização das normas constitucionais, isto é, no processo de interpretação deve seguir-se o caminho traçado pela via interpretativa que “leve mais longe a realização das finalidades constitucionais, que permita a consecução do *punctus optimus* de equilíbrio menos restritivo entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos”¹³⁰.

A CRP não prescreve ferramentas ou coordenadas metodológicas para encontrar a solução que garanta o equilíbrio na efetivação dos preceitos constitucionais em confronto. VIEIRA DE ANDRADE, rejeitando que o critério da concordância prática¹³¹ seja aceite ou entendido como um *regulador automático* de um conflito de direitos, afirmando que se trata de um método que envolve a ponderação de todos os valores constitucionais concretamente aplicáveis no âmbito do processo de legitimação de soluções¹³². O A. sustenta uma metodologia que se afasta de uma preferência abstrata de direitos em conflito, privilegiando um juízo marcado pelas circunstâncias jurídicas e fácticas concretamente presentes. Nesta linha de orientação, opta por enunciar alguns fatores de ponderação que no caso concreto ajudem o intérprete e do aplicador do direito na tarefa de determinar as alternativas possíveis de solução do conflito¹³³. Destes, destaca-se a valorização do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito, incluindo os aspetos nucleares dos direitos em colisão, ou aspetos de maior ou menor intensidade valorativa. A CRP não recorta o conteúdo essencial do direito de concorrer por parte do trespasante, mas penso que se refere à faculdade de atuação jurídica num espaço de autodeterminação no processo de desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1) no campo socioeconómico, que merece uma especial proteção da *liberdade de ação*¹³⁴. Restringir a liberdade de poder concorrer é por isso atingir a raiz fundamentadora da autonomia privada, do espaço livre para os sujeitos regularem os seus interesses. Como recorda EVARISTO MENDES, “o exercício de empresa, com a percepção dos respetivos proventos,

¹³⁰ J. ZENHA MARTINS, «Interpretação conforme com a Constituição», in A. MENEZES CORDEIRO, L. MENEZES LEITÃO, M. J. COSTA GOMES (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, 2003, p. 900.

¹³¹ Defendido por EVARISTO MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 1218.

¹³² J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 301.

¹³³ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, pp. 304-305.

¹³⁴ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 463.

pode, inclusive, ser não apenas uma via de realização pessoal e profissional do empresário ou “dominus”, mas também o seu único ou principal modo de vida”¹³⁵.

Deste modo, percebe-se que não é possível restringir-se o conteúdo do direito de concorrer a um nível em que o trespasante não tenha a possibilidade de decidir, de forma livre esclarecida, concorrer ou não concorrer. A meu ver, este entendimento traduz o mínimo de conteúdo útil no direito de concorrer. Assim, não será válida uma construção teórica que negue ao trespasante a *liberdade a concorrer*, o que, em si, se afirmaria como uma afronta ao *princípio da concorrência efetiva e equilibrada*¹³⁶. Este fator traça um limite absoluto que deverá pesar no juízo de ponderação, não sendo de admitir que ceda perante outro direito em caso de conflito. Assim, qualquer interpretação do contrato de trespasse, bem como dos usos que encoirpam o seu conteúdo, terá de ser conforme a estas orientações constitucionais. São premissas que se aplicam *diretamente* em todas as relações privadas, independentemente do contrato que, em concreto, opere a transmissão de um estabelecimento comercial.

Esta consideração remete para a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares¹³⁷. O ponto de partida para esta discussão será o art. 18.º da CRP. No n.º 1 deste art. é referido que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são *directamente* aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”. O enunciado normativo é claro e não pode suscitar dúvidas de interpretação: existe uma eficácia imediata dos direitos fundamentais, mesmo entre particulares situados em relação de igualdade, como seja o caso da relação trespasante-trespasário. O mérito

¹³⁵ EVARISTO MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 1216.

¹³⁶ EVARISTO MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 1218. Segundo a interpretação do autor, este é um princípio que se extrai pela leitura articulada dos art 81.º, al. f) e 99.º al. a) e c) da Lei Fundamental.

¹³⁷ É um tema que, pela sua complexidade, merece um tratamento mais cuidado e aprofundado, e que escapa ao âmbito desta dissertação. Entre nós, B. MAC CRORE, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, 2005, *passim*, (em especial pp. 20 ss.) dedicou um estudo à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A A. divide as construções teóricas sobre esta matéria em: construções negativistas, teoria da aplicação imediata (posições “monistas”), e teoria da aplicação mediata (“posições dualistas”). Por constatar que as teorias que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais estão em abandono, a A. procede a uma maior análise das teorias monistas e dualistas, que correspondem às construções com maior difusão na doutrina.

As teorias monistas defendem que “os direitos fundamentais têm uma validade absoluta enquanto direitos subjetivos ou normas de valor e se aplicam diretamente nas relações privadas (...) não se limitando a ser regras de interpretação ou de preenchimento de cláusulas gerais” (p. 22). Por seu turno, as teorias dualistas defendem a inaplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, negando a sua equiparação enquanto direitos subjetivos, nas relações entre particulares. Contrariamente às teorias monistas, a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais está dependente da “concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados próprios do direito privado, podendo essa influência, por outro lado, estar presente em qualquer interpretação de uma norma de direito privado”.

da teoria monista está em encarar os direitos fundamentais como normas que expressam valores aplicáveis a toda a ordem jurídica, pelo que, “em virtude da força normativa da Constituição, não se pode deixar que o Direito Privado seja deixado à margem desta”¹³⁸. Neste sentido, as teorias da eficácia mediata e dos deveres de proteção perdem força na sua argumentação: não dependem de qualquer mediação ou apreciação, salvo pelos limites estabelecidos na lei¹³⁹.

Considerando o exposto, o problema está, pois, em saber até que ponto os dois direitos podem ser *proporcionalmente* harmonizados sem que isso restrinja o núcleo essencial de cada direito¹⁴⁰. A tarefa de determinar a solução mais justa e equilibrada que promova a harmonização dos interesses deverá nortear-se pelo critério do igual sacrifício, numa lógica de cedências mútuas, nos termos e para os efeitos previstos no art. 335.º do CC¹⁴¹. Seguindo uma conceção estrita, haverá colisão “sempre que dois ou mais direitos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si”¹⁴². Dito de uma perspetiva negativa, não haverá uma “colisão” em sentido técnico quando seja possível fixar, em momento prévio, que as consequências que uma permissão normativa desencadeia não incompatibilizam, sem mais, o exercício de um direito em simultâneo com outro conflituante. Estes serão os casos de conflito “aparente”, em que não existe um concurso efetivo de normas¹⁴³.

É pacífico afirmar, *a priori*, que a concorrência do trespasante colide, efetivamente, com a posição do trespasário. A concorrência é um ato dirigido ao mercado e aos seus intervenientes, sendo que se dois comerciantes exercem a sua atividade potencialmente serão concorrentes. Neste sentido, beneficiando ambos da prerrogativa constitucional de liberdade de concorrência e de liberdade a concorrer, verificamos que são duas disposições normativas, naturalmente, conflitantes. Como resolver?

¹³⁸ B. MAC CRORIE, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, p. 22.

¹³⁹ Pese embora este entendimento, não são poucas as vozes que se levantam a favor de defender a aplicabilidade da teoria mediata, nomeadamente A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, 4.ª ed. (refor. e atual.), Almedina 2012, pp. 933 e ss.; C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 77-79.

¹⁴⁰ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 276, 284 e ss.

¹⁴¹ Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, «Da colisão de direitos», in *O Direito*, 137.º, I, 2005, pp. 46-50.

¹⁴² A. MENEZES CORDEIRO, «Da colisão de direitos», pp. 38-39.

¹⁴³ Sobre o concurso aparente de normas, cfr. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, 2013, pp. 262-263.

Transcrevendo uma feliz expressão de MENEZES CORDEIRO, “o Direito não obriga as pessoas, em momento prévio, abdicar de direitos só para prevenir colisões”. Será, então, admissível impor uma limitação prévia ao trespasante pela mera potencialidade de conflito de direitos? Talvez seja útil recorrer a alguns exemplos para auxiliar a resposta. O trespasante de um navio, que contém uma larga frota, não pode voltar a navegar? Um proprietário de uma cadeia de hipermercados que trespasa uma loja, deverá ser forçado a cessar a sua atividade? O trespasante uma loja de roupa num centro comercial, não poderá abrir outra loja – inclusivamente de roupa – no mesmo centro comercial? Estes parecem ser exemplos de casos em que, pese embora o exercício simultâneo do direito a concorrer de ambos os sujeitos a concorrer, não existe um verdadeiro conflito de direitos que implique (e justifique) a supressão de outro, inexistindo fundamento para que se deva exigir um comportamento que não imponha um sacrifício irrazoável de um dos interesses¹⁴⁴: o conflito será meramente aparente. Potencialmente apresentam-se como conflituantes mas, todavia, em concreto verifica-se que o seu exercício pode não significar a impossibilidade da afirmação simultânea de ambos. Deste modo, só perante as circunstâncias concretas que o caso apresente será possível formular um juízo de (i)licitude da atividade concorrencial, sob pena de manifesta arbitrariedade¹⁴⁵.

Esta exposição é útil para reforçar o argumento de que a possível existência de uma suposta obrigação de não concorrência não encontra fundamento de que o contrato do trespasse não pode encerrar um “uso” que se manifeste contra as orientações fundamentais em matéria de liberdade de concorrência. Aliás, aceita-se a ideia geral de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS que “na integração do contrato é lícito presumir que, naquilo que as partes não estipularam, quiseram que vigorasse o que é típico, o que é

¹⁴⁴ Aliás, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, p. 273, afirma que esta pretensão configuraria um caso de abuso. *In casu*, este abuso traduzir-se-ia no “desequilíbrio no exercício de posições jurídicas” que, como explica A. MENEZES CORDEIRO, pode consistir numa desproporção grave entre o benefício do titular exercente [trespasário] e o sacrifício por ele imposto a outrem” («Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas», in *ROA*, Vol. II, 2005, disponível e consultado em: <http://www.oa.pt>).

¹⁴⁵ Também neste sentido, cfr. posição de NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 795. Ademais, esta construção teórica, assente num pensamento casuístico, gera uma incerteza jurídica que não se compadece com as exigências de proteção e afirmação de direitos constitucionalmente protegidos. A fixação apriorística de “limites” à atividade do trespasante, revelam-se inaptos e desajustados a encontrar uma situação “justa” porque, tal como configurados pela doutrina, implicam a supressão total da liberdade a concorrer. Importa reter a ideia de A. MENEZES CORDEIRO de que “para dirimir conflitos de direitos se imponha sempre uma prévia sindicância do conflito, à luz do sistema” («Da colisão de direitos», p. 47).

usual, o que é esperável, o que é costume”¹⁴⁶. Porém, esta conceção assenta num juízo presuntivo: realidade subjacente a um concreto de trespasse pode variar para outro. E, como se sabe, a tipicidade social não é compatível com individualidade¹⁴⁷.

A opinião da *implicitude* parece surgir como um resquício histórico, não só por motivos políticos¹⁴⁸, mas também pelo próprio comércio, que se caracterizava por um comércio local (“de bairro”), em que os estabelecimentos não eram dissociáveis da pessoa do comerciante. O comércio e o mercado evoluíram, caracterizando-se pela *despessoalização* e pela *desmaterialização* da atividade mercantil¹⁴⁹. Na minha opinião, estes são elementos bastantes para questionar esse “uso”¹⁵⁰. Será que se deve considerar *esperável* que um comerciante que trespasse o seu estabelecimento comercial virtual esteja vinculado a não concorrer? Será *esperável* que um comerciante que trespasse um navio de cruzeiro esteja vinculado a não concorrer? Poderá considerar-se que o restabelecimento do comerciante no mercado choca com os usos comerciais e com a ética no comércio, ainda assim? As justificações materiais estão ao nível do “dever-ser”, não do “ser”: a pedra de toque está no comportamento em geral, naquilo que se esperaria de todos os comerciantes em todos os contratos de trespasse. Uma tipicidade social não pode admitir desvios em função de situações que apelam a soluções diferentes em casos concretos.

Assim sendo, qualquer limitação à liberdade de concorrer do trespasante¹⁵¹ deverá revestir carácter voluntário, devendo ser precedida de uma convenção específica nesse sentido. É este o corolário máximo e afirmação do negócio jurídico enquanto instrumento de excelência para regulação de interesses, traduzindo uma limitação voluntária à liberdade do transmitente de estabelecimento comercial – admissível nos termos do art. 405.º do CC, conquanto seja respeitado o núcleo essencial da liberdade de concorrência: o direito a concorrer.

2.1.3. O segundo passo no processo de determinar a conformidade da vinculação a não concorrer consiste em traçar os limites a esta convenção. Este será um processo em

¹⁴⁶ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 64.

¹⁴⁷ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 62.

¹⁴⁸ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, p. 272.

¹⁴⁹ Cfr. *supra* 1.3. da PARTE I).

¹⁵⁰ Ao que pude cuidar, pelos contratos de trespasse que examinei, raros foram aqueles que previam uma cláusula de não concorrência.

¹⁵¹ Que não decorra de um comando normativo, naturalmente.

que a “lei das partes” está sujeita às regras legais imperativas que delimitam e condicionam a autonomia dos sujeitos contratuais para regular o conteúdo da convenção de não concorrência. Parte dessas limitações resulta dos preceitos e princípios constitucionais em causa, que foram tratados *supra*. Outras, como já se expôs, encontramos em lugares paralelos no nosso ordenamento jurídico. É nesta fase que se exige uma argumentação sistemática chamando todo o Direito Privado a depor.

Porventura, as limitações mais imediatas colocam-se a um nível *formal*. O ordenamento jurídico português revela uma preocupação especial em acautelar a posição dos sujeitos contratuais que voluntariamente limitam os seus direitos. Esta orientação explica-se pelas razões tradicionalmente apontadas para as exigências de forma escrita: solenidade, reflexão e prova¹⁵². Acompanhando de perto a posição de NUNO AURELLANO, diria que o exemplo paradigmático é a cláusula de não concorrência inserta em contrato de trabalho (ou no acordo de revogação deste), como preceituado na al. a), do n.º 2 do art. 136.º do CT. Outra referência será o n.º 1 do art. 9.º do RJCA que estipula que a obrigação de não concorrência assumida pelo agente deve constar de documento escrito.

Talvez as maiores limitações se registem ao nível do conteúdo *material* dessas cláusulas. Este tipo de convenções têm por objeto a prestação de um facto negativo, que será a “*não concorrência*”. A doutrina é unânime em afirmar que esta proibição não pode proceder em termos absolutos, devendo respeitar limites de natureza *temporal, espacial, subjetiva e objetiva*¹⁵³, que se afirmam, no fundo, como limites de ordem pública. Esta opinião visa, por um lado, proteger o trespasante do abuso de estipulação comercial por parte do trespasário e, por outro, garantir a intangibilidade do núcleo essencial do direito (*rectius*, liberdade) a concorrer.

De forma a possibilitar que o adquirente possa desenvolver e consolidar a sua atividade comercial, explorando diligentemente os elementos funcionais e organizacionais do novo estabelecimento, bem como conservar a clientela existente, a doutrina nacional

¹⁵² A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, 4.ª ed. (refor. e atual.), 2014, pp. 172-173.

¹⁵³ Embora o façam a propósito da problemática da obrigação *implícita* de não concorrência. Por esta razão, atribuem ao aplicador do direito a tarefa de determinar os limites à vinculação a não concorrer, numa ponderação casuística. No código civil italiano existe uma limitação legal aos pactos de concorrência, prevista no art. 2596.º, que dispõe: “Il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto (2725). Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni (2125, 2557)”.

não hesita em recomendar uma restrição *geográfica* à atividade do trespasante¹⁵⁴. Recuperando o raciocínio acima exposto, em função das diferentes características dos estabelecimentos comerciais, bem como da distinta projeção no mercado, é impossível fixar *a priori* um critério único que condense todas as realidades de estabelecimentos comerciais existentes. Todavia, a estipulação prévia de uma zona geográfica em que o trespasante não poderá desenvolver a sua atividade parece ser admissível¹⁵⁵.

Mas mais do que saber “onde” o trespasante não pode exercer a sua atividade comercial, mais importante será saber até “quando” poderá ficar inibido de concorrer. O limite *temporal* prende-se essencialmente com a necessidade de permitir ao trespasário consolidar os valores empresariais do estabelecimento comercial na sua esfera jurídica. É um critério de surge intimamente ligado à limitação geográfica e, à sua semelhança, não reúne consenso de solução. Todavia, no nosso ordenamento jurídico temos duas referências normativas a este propósito, que impõem uma duração máxima de 2 anos¹⁵⁶⁻¹⁵⁷. O limite temporal é aquele que mais confronta com o *direito a concorrer*, pois veda o exercício da atividade comercial durante algum tempo. Porém, desde que seja acordada uma atribuição pecuniária que, de algum modo, compense os rendimentos que o trespasante iria deixar de auferir durante o período de inibição, parece ser uma limitação que não contende com os imperativos da ordem pública¹⁵⁸.

Por último, convirá abordar os limites *subjetivos* e *objetivos* da convenção de não concorrência, que condicionam mais intensamente o respetivo conteúdo. Considerando as orientações do nosso ordenamento jurídico em matéria de liberdade a concorrer, não parece ser admissível que se condicione a possibilidade de concorrência do trespasante inibindo-o de exercer uma atividade que não seja *objetivamente* concorrente¹⁵⁹, tendo em

¹⁵⁴ Para um melhor enquadramento dos demais AA. que defendem a plena afirmação destes limites, v. NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...», pp. 791 e ss.

¹⁵⁵ V., por exemplo, a situação do agente.

¹⁵⁶ O n.º 2 do art. 136.º do CT. De igual modo, o n.º 2 do art. 9.º do DL 178/86, dispõe que “a obrigação de não concorrência só pode ser convencionada por um período máximo de dois anos e circunscreve-se à zona ou ao círculo de clientes confiado ao agente”, destacando-se a imposição, simultânea de dois critérios: temporal e espacial.

¹⁵⁷ Como pertinentemente salienta NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...», p. 766-783. O A. tem o mérito de propor uma sustentada ferramenta jurídica de interpretação sistemática que a doutrina parece ignorar.

¹⁵⁸ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, p. 272.

¹⁵⁹ Neste sentido, citando ainda a opinião de J. VIEIRA GOMES, v. NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...» p. 792. Embora estas considerações sejam feitas a propósito do contrato de trabalho, os argumentos aí expostos valem efetivamente para esta discussão.

conta o resultado das suas prestações no mercado e a forma como podem influenciar o comportamento económico do consumidor. Logo, se a nova atividade do transmitente do estabelecimento comercial não atingir o exercício normal do comércio do trespasário – designadamente por estar inserida noutra ramo de atividade –, não deve ser procedente a pretensão de limitar a liberdade a concorrer do trespasante. Atendendo ao princípio da relatividade dos contratos, os limites *subjetivos* fixam-se no âmbito da relação trespasante-trespasário¹⁶⁰.

Qualquer estipulação que estenda os limites objetivos aqui propostos deve ter-se por nula, devendo ser reduzida em harmonia com as regras gerais, sob pena de restringir o conteúdo essencial do direito fundamental de concorrer: a liberdade a concorrer. Em termos simples: o trespasante pode não concorrer, mas não pode renunciar absolutamente do direito a concorrer. Todo este raciocínio vale mesmo que o trespasante tenha anuído nesse sentido, ou recebido uma compensação financeira: a limitação voluntária de direitos está, ela própria, *limitada* ao núcleo essencial de um direito, que não pode ser derogado.

Em jeito de conclusão, é mister alertar para a necessidade de uma visão integrada destas limitações: todas concorrem para a validade da convenção de não concorrência. Cumpridas e afirmadas as preocupações normativas em assegurar a liberdade constitucional de concorrer, conclui-se que um contrato de trespasse pode consagrar uma vinculação *autónoma* a não concorrer.

2.2. A VINCULAÇÃO HETERÓNOMA

2.2.1. A CLÁUSULA GERAL DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

A liberdade constitucional de concorrência, enquanto comando normativo e principal fundamental do ordenamento jurídico, tem aplicação imediata entre os particulares. Assim, as diretrizes provindas de uma fonte normativa superior deverão sempre conformar o labor interpretativo na tarefa de determinar os termos em que o

¹⁶⁰ Para uma crítica à extensão subjetiva da convenção de trespasse a terceiros, cfr. a opinião acertada de NUNO AURELIANO, «A obrigação de não concorrência do trespasante...» pp. 789-790.

trespasante pode concorrer. No ordenamento jurídico português encontramos a concretização infraconstitucional das orientações em matéria de concorrência, prevista no art. 317.º do CPI, que consagra a cláusula geral de concorrência desleal. Será, pois, uma disposição central na discussão sobre a concorrência do trespasante, assumindo-se como uma potencial fonte normativa que possa condicionar o exercício da sua atividade comercial.

O art. 317º do CPI estabelece a base legal para qualificar uma conduta como um ato de concorrência desleal. Para efeito, serão qualificados como desleais os atos de concorrência, que sejam contrários às normas e usos honestos, de qualquer ramo de atividade económica. O art. 317º procede ainda a uma enumeração exemplificativa de condutas que são consideradas como atos de concorrência desleal, independentemente de valoração do ato¹⁶¹, desde que se assumam como atos de concorrência.

Os elementos presentes na cláusula geral merecem uma análise mais cuidada. O ato de concorrência haverá que ser um ato juridicamente relevante e suscetível de distorcer o comportamento económico da clientela, ou atribuir injustificadamente uma posição vantajosa no mercado em detrimento dos outros concorrentes. Existem vários tipos de atos de concorrência¹⁶², mas em princípio só deverão ser considerados aqueles que tenham a potencialidade de afetar os interesses que o instituto da concorrência desleal visa proteger: os concorrentes, os consumidores e o regular funcionamento do mercado. Deste modo, seguindo a classificação proposta por OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁶³ podemos dividir os atos de concorrência em função dos interesses atingidos. Quando estejam em causa os *interesses de concorrentes*, poderemos ter: atos de agressão, aproveitamento de elementos empresariais alheios, de confusão e violação de sinais distintivos. Os atos lesivos dos *interesses dos consumidores* comportam, entre outros, os atos de indução em erro. Por último, teremos atos que atinjam o *interesse coletivo* no regular funcionamento do

¹⁶¹ Também no sentido de admitir a desnecessidade de valoração prévia pela cláusula geral, A. MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, 2000, p. 94. Neste sentido, a valoração só se justificaria quando estivessem em causa atos de concorrência desleal que não vissem o seu tipo legal previsto no elenco do art. 317º, nº 1 do CPI. Contra: PATRÍCIO PAÚL, *Breve análise do regime da concorrência desleal no novo Código da Propriedade Industrial*, 2003, disponível em <http://www.oa.pt>.

¹⁶² P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 57, explica que se tratam de *tipos representativos*, e servem para “exprimir exemplos, modelos de comportamento (...) e podem servir como critério de comparação com casos semelhantes”.

¹⁶³ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, 2002, pp. 413-414. Este não será o local ideal para desenvolver cada tipo concorrência desleal pelo que se remete para o seu estudo nas pp. 417-640.

mercado¹⁶⁴. Aliás, esta própria arrumação e classificação operada pela doutrina encontra correspondência nas várias alíneas no art. n.º 1 do art. 317º, vejamos: a al. a) atos de *confusão*; na al. b) atos de *agressão*; na al. c) atos de *aproveitamento* de elementos empresariais alheios; e as últimas al. representam casos de indução em erro praticados contra o consumidor. O art. 318º, relativo aos segredos de negócio, consagra a proteção contra atos de *agressão* e *aproveitamento* deste tipo de elementos empresariais.

A deslealdade do ato manifesta-se na violação das normas (jurídicas¹⁶⁵) e (ou) usos honestos da atividade. A meu ver, estes dois subcritérios de aferição da deslealdade não são cumulativos: parecem, salvo melhor opinião, *gradativos*, no sentido em que a cláusula geral apela, primeiramente, à procura de uma solução numa norma, dentro do sistema legal vigente¹⁶⁶ e, na falta, indagar a existência de usos do setor de atividade em questão, submetendo-os em seguida uma avaliação à luz das práticas “ideais”¹⁶⁷ – visto que não pode ser admissível um uso ilegal para qualificar como “honesto” uma determinada prática –, sendo que esta solução já surge fora do sistema jurídico. A ideia de gradação encontra a sua razão de ser no facto de as regras do ramo de atividade e de determinados códigos de conduta assentarem e codificarem as boas práticas deste setor em questão (*autorregulação*). Só na falta de regulação específica se deve atender aos usos, mas este é um processo em si mesmo também valorativo, visto que uma vez determinados aqueles que

¹⁶⁴ Não obstante, este tipo de atos não serão abordados neste trabalho por duas razões: a sua análise extravasa o âmbito deste estudo, e a sua definição enquanto “atos de concorrência desleal” não é líquida, sendo que muitos autores não hesitam em reconduzir este tipo de situações à alçada do Direito da Concorrência. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, p. 414, não ignorando esta consideração, não deixa de apontar práticas que ainda assim podem ser consideradas como atos de concorrência desleal, como o boicote ou o *dumping*. O Direito da Concorrência não se confunde com a disciplina da Concorrência Desleal: enquanto aquela visa promover a concorrência, combatendo as suas restrições à concorrência, e os abusos resultantes da sua falta, a concorrência visa reprimir os excessos da liberdade de concorrência, conforme esclarece P. SOUSA E SILVA, *Direito Industrial*, pp. 318-319. Por esta razão, a disciplina do Direito da Concorrência não será tida em conta para efeitos da presente dissertação.

¹⁶⁵ Acompanhando a posição de A. MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado...*, p. 57.

¹⁶⁶ Atinente a um setor de atividade em particular ou à atuação em geral dos agentes do comércio, como é, designadamente, o caso das normas respeitantes às práticas comerciais desleais perante consumidores. Ao considerar que a referência do proémio do art. 317º a “normas” se refere a normas jurídicas, afastou-me da posição que defende tratar-se “normalidade social”.

¹⁶⁷ A. MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado...*, pp. 76-77, aproxima os usos honestos ao conceito de bons costumes (que por sua vez, apela à moral social), o que me parece ser defensável. A insigne privatista expõe na sua dissertação que esta solução é a mais adequada aos agentes que se movam no comércio e se relacionem enquanto estranhos, uma vez que não existe nenhuma relação de proximidade especial, circunstância oposta que legitimaria a aplicação da boa-fé. Porém, como se verá, poderá existir situações em que exista a aproximação de esferas jurídicas em função de contactos negociais anteriores. Neste sentido, a bitola pela qual a “honestidade” do ato deve ser avaliada pode ser diferente em função do *status* dos dois intervenientes, sendo que a boa-fé tenderá a ser mais exigente nesse juízo, em razão da referida *relação especial* entre concorrentes.

são considerados pelos homens do meio como “usos honestos”, devem ser apreciados à luz de um padrão de conduta ideal que o comerciante médio deveria adotar¹⁶⁸, correspondendo a um mínimo de convicção ética social sobre determinada prática. O ramo de atividade económica reforça a necessidade de apreciação casuística e setorial destas normas e usos honestos do setor de atividade, salvo se não houver normas que se devam considerar comuns e que se devam aplicar por igual a todos os setores de atividade, naturalmente.

A conceção e valoração dos atos de concorrência desleal previstos no art. 317º, n.º1 ainda faz depender a efetivação do instituto da lesão de interesses dos concorrentes, direta ou reflexamente; conseqüentemente, a lesão de outros interesses que não os de concorrentes, não permite a aplicação do instituto da concorrência desleal. Se o intuito de conferir proteção aos interesses dos concorrentes é mais óbvia, importa analisar com mais detalhe e em particular os atos de concorrência desleal que, ainda que lesivos dos concorrentes acabam por ter reflexos nos interesses dos consumidores.

O entendimento de que a concorrência visa também proteger os interesses dos consumidores está espelhado nas al. d), e) e f) do art. 317º, n.º 1 do CPI. Estas condutas constituem atos de concorrência desleal contra o consumidor¹⁶⁹, mas ainda assim o legislador optou por enquadrá-las no âmbito da proteção conferida pelo art. 317º. A explicação reside no facto de não ser admissível que um operador económico garanta uma posição vantajosa no mercado (em relação outro concorrente) à custa do consumidor. Deste modo, a deslealdade exercida contra o concorrente é indireta: a falsidade ou artifício empregue influenciou a liberdade de escolha do consumidor, distorcendo o seu comportamento económico genuíno, em detrimento de outros agentes comerciais no mercado. Uma evidência de que a norma não é destinada a proteger diretamente os consumidores está no plano das soluções de reação, pois não lhes é reconhecido qualquer fundamento de tutela individual no âmbito do regime jurídico da concorrência desleal previsto no CPI. Assim, chega-se à conclusão que, pese embora a tipificação de casos

¹⁶⁸ Ou, na formulação negativa de MARIO ROTONDI (*apud*, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, p. 158) aquelas condutas que seguramente não serão qualificadas como desleais. Na verdade esta acaba por ser a solução mais fácil de entender: é mais simples dizer que uma conduta choca a consciência ética de um comerciante, do que determinar e apreender a honestidade de um uso em concreto – assim como o seu respetivo conteúdo.

¹⁶⁹ Seguindo a classificação proposta por J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, pp. 413-414.

como concorrência desleal por atos contra consumidores no n.º 1 do art. 317.º, a proteção dos interesses, a posição de relevo que lhes é conferida é meramente reflexa, porque os destinatários diretos da proteção legal são os concorrentes¹⁷⁰. É em conformidade com os (e pelos) interesses dos concorrentes que aquelas práticas sejam consideradas desleais.

Apesar da tipificação destes três atos de concorrência desleal, o caráter não taxativo de atos desleais permite indagar se não será possível qualificar outras condutas que ainda assim, por serem praticadas contra os consumidores, possam ser reconduzidas à previsão do proémio do art. 317.º e por isso consideradas como práticas de concorrência desleal. OLIVEIRA ASCENSÃO, na classificação que propõe para os tipos de concorrência desleal por lesão de interesses de consumidores, aponta a categoria de “outros atos contra consumidores”, que compreende as “vendas em bola de neve”, atos de “exploração de preferências ideológicas ou fraquezas dos destinatários” e ainda os “métodos publicitários importunos”¹⁷¹. Estes atos que o ilustre Professor enumera, são elementos normativos integrantes do DL 57/2008, que transpôs para o ordenamento português a Diretiva 2005/29/(CE) relativa às práticas comerciais desleais. As “vendas em bola de neve” são consideradas práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância nos termos do art. 8º, al. r); a “exploração de fraquezas dos destinatários” faz parte do próprio conceito de vulnerabilidade do consumidor e que, por essa condição, faz com que qualquer prática comercial suscetível de distorcer substancialmente o seu comportamento económico seja qualificada de “desleal”, tal como previsto no art. 6.º, al. a); e os “métodos publicitários oportunos” são subsumíveis às previsões relativas às práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância, conforme dispõe o art. 12.º do ora referido DL 57/2008.

Se nas al. d), e) e f) do art. 317.º do CPI os destinatários da proteção legal são os concorrentes, sendo que os consumidores beneficiam de uma proteção reflexa, já no diploma das práticas comerciais desleais, acontece o inverso: o âmbito primordial de proteção incide sobre os consumidores, ainda que as proibições aí constantes acabem por acautelar a posição dos concorrentes de práticas especialmente nocivas, *rectius*, desleais de outros intervenientes no mercado. Neste sentido, a discussão passará sempre por

¹⁷⁰ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, p. 515.

¹⁷¹ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, pp. 547-562.

determinar as condutas que ainda assim sejam suscetíveis de afetar (indireta e reflexamente) o interesse dos concorrentes, devendo entender-se que as restantes condutas presentes no DL 57/2008 não poderão constituir um tipo de concorrência desleal. Deve ser demonstrado em que medida uma determinada norma de direito do consumo, que proíba determinadas práticas contra consumidores, está ao serviço dos interesses dos concorrentes, acautelando a sua posição no mercado. Com efeito, a violação das normas constantes do DL 57/2008 determina, pois, a ilicitude concorrencial dos atos; mas poderá considerar-se esta concorrência ilícita concorrência desleal?

A resposta – e o ponto de partida – estará sempre no proémio do art. 317.º do CPI. Sem necessidade de voltar a analisá-lo, verifica-se que os elementos estão cumpridos: houve um ato de concorrência¹⁷², contrário às normas (do DL 57/2008 que neste caso incorporam os usos honestos e ideais, já valorados previamente pelo legislador comunitário), de um setor de atividade – ainda que estas normas tenham uma vocação geral e, pela sua própria natureza, são comuns a todos os setores de atividade económica, de modo a assegurar a confiança dos consumidores no mercado. Trata-se, por isso, de conceber uma regulação da concorrência desleal dentro do sistema jurídico (mas fora do regime legal de concorrência desleal)¹⁷³, e que, neste caso, se justifica, sendo que existem dois interesses em causa que carecem ser protegidos: os consumidores, e os concorrentes.

Este pequeno excuro sobre o Direito da Concorrência Desleal, visando mais do que expor a necessidade de uma perspetiva integrada de diferentes complexos normativos¹⁷⁴ que protejam os intervenientes no mercado de igual modo, propõe um entendimento mais abrangente da cláusula geral de concorrência desleal, demonstrando que existem realidades que, de um modo ou outro, merecem a tutela desencadeada por

¹⁷² Será inegável que a violação de normas de direito do consumo confere uma posição vantajosa e injustificada no mercado, causando grave prejuízo aos concorrentes, especialmente quando essa violação é repetitiva, v. A. MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado...*, p. 57.

¹⁷³ Prevendo expressamente esta possibilidade, bem como assegurando a possibilidade de ressarcimento pelos danos sofridos, cfr. o art. 209.º do CPI Brasileiro: “Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”.

¹⁷⁴ Reforçando os objetivos de harmonização comunitária nesta matéria – pela Diretiva 2005/29/(CE) – a Lei de Concorrência Desleal alemã (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) e a Lei de Concorrência Desleal espanhola (*Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*), transpuseram as orientações comunitárias diretamente para o seu corpo normativo, conferindo aos consumidores uma identidade de proteção, promovendo a unidade com o direito do consumo.

este instituto. Em tema da concorrência do trespasante a maior parte da doutrina coloca o foco da questão no “desvio da clientela”. Nos termos expostos supra, este “desvio”, corresponde à distorção do comportamento económico dos consumidores. A meu ver, a doutrina tem fundamento. As práticas comerciais que afetavam os consumidores atingiam, reflexamente, os interesses dos trespasários, obtendo assim uma vantagem injustificada no mercado, fazendo diminuir o valor do próprio estabelecimento. O principal e imediato indicador da potencialidade lesiva de um ato de concorrência do trespasante reside na possibilidade de este afetar especialmente o comportamento económico dos consumidores, criando um risco *anormal* para o exercício da atividade comercial, não relevando o elemento que tenha potenciado o risco lesivo.

A possibilidade de uma interferência especialmente lesiva justifica um dever especial de concorrência leal, que assim proteja o *status* pessoal e patrimonial do trespasante. O sistema normativo do instituto da concorrência desleal tem, por isso, a utilidade de desenhar as balizas parametrizadoras para uma abstenção de concorrência, vinculando o trespasante (*heteronomamente*) a não concorrer com o trespasário, uma vez verificadas certas circunstâncias que assim o determinem, sempre sob a égide do paradigma da concorrência leal numa situação perfeitamente contextualizada. Nesta sequência, chega-se à óbvia conclusão de que mesmo não havendo sido convencionalizada nenhuma obrigação que impeça o trespasante de concorrer, é possível que este encontre a sua liberdade constitucional de concorrência algo condicionada pelos ditames da concorrência leal. Vê a sua liberdade mitigada em função da relação contratual, mas não limitada pelo contrato: é nisto que consiste a *heterovinculação* do trespasante.

A prática comercial é um ato dirigido ao mercado, isto é, aos comerciantes em geral e ao trespasário em especial. Dir-se-á *especial* em função da relação contratual que os une, que consistiu na transmissão direta de um estabelecimento comercial. Por essa razão não poderão ser considerados “estranhos”, que se tratem indiferenciadamente no comércio. Não que se defenda que o mero e simples contacto social entre ambos seja fundamental para uma obrigação *extra*-contrato, mas esta circunstância poderá ser essencial para aferir da “honestidade” do ato de concorrência do trespasante. O intérprete e o aplicador do Direito não podem ser insensíveis à especial vulnerabilidade

do trespasário à atuação do trespasante que, tendo consciência dos interesses patrimoniais e dos valores do estabelecimento que transmitiu, pode escolher exercer a sua atividade comercial de forma (aparentemente) leal mas violando o concreto dever específico de proteção que lhe era exigido naquelas circunstâncias, perante aquele comerciante em especial.

Note-se que com o (ora proposto) alargamento do âmbito de aplicação da cláusula geral de concorrência desleal – e por isso abarcando o maior número de atividades, tipificadas ou não, suscetíveis de configurar um ilícito concorrencial –, se reforça, por um lado, a concorrência leal, que deve ser promovida; e, por outro, restringe o número de potenciais condutas do trespasante que poderiam ser consideradas admissíveis mas que, por influência de outros segmentos normativos exteriores ao CPI, devem ser reprimidas por atentarem contra os interesses dos destinatários da norma de proteção resultante do art. 317.º.

2.2.1.1. O estudo da cláusula geral de concorrência desleal prevista no proémio do art. 317.º, n.º 1 do CPI enquanto *norma de proteção*, tem sido, entre nós, aprofundado por ADELAIDE MENEZES LEITÃO¹⁷⁵. As normas de proteção, embora protegendo interesses particulares, caracterizam-se por não atribuir aos destinatários a titularidade de um direitos subjetivo, ou por tutelar simultaneamente interesses públicos e privados. Neste sentido, será pacífica a qualificação do art. 317.º como uma norma de proteção contra a concorrência desleal. Não atribui a um comerciante o direito a haver uma concorrência leal por parte dos outros concorrentes, ou um direito a que não existam práticas comerciais desleais. Ainda, dir-se-á que protege os interesses do mercado e dos particulares em simultâneo¹⁷⁶, uma vez que lesados os interesses (dos concorrentes e dos consumidores), ou perante a potencialidade de dano, todo o equilíbrio no sistema económico falha. De igual modo, se um agente ganha uma posição de vantagem injusta, por não ser leal, mesmo sem lesar efetivamente ninguém, a deslealdade do ato restringe a

¹⁷⁵ Primeiro em *Estudo de Direito Privado*, pp. 153 e ss. e depois, posteriormente, na sua tese de doutoramento *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais, passim*, apresentada à Faculdade de Direito de Lisboa no ano de 2008, disponível e consultada em: <http://repositorio.ul.pt>.

¹⁷⁶ Ressalvando-se os casos em que as condutas atinjam, tão-só, o regular funcionamento do mercado, situação em que apenas o *interesse coletivo* é atacado.

possibilidade futura de vantagens dos outros concorrentes¹⁷⁷. O Direito não pode proteger uma liberdade que exceda os limites razoáveis ao seu exercício, especialmente se isso significa um sacrifício injustificado de um interesse de igual natureza.

O estudo deste tipo de normas desenvolveu-se a propósito do tema da responsabilidade civil delitual por ilícitos cometidos sem a violação de um direito subjetivo; porém, o raciocínio não se deve deslocar para o resultado, mas focar-se na ação, na conduta ilícita. A responsabilidade por violação da norma de proteção é independente da lesão efetiva do interesse¹⁷⁸.

Deve assumir-se, sem reservas, que deste círculo de destinatários que a norma visa proteger de ilícitos concorrenciais, há um sujeito que carece de especial proteção das práticas comerciais menos honestas do trespasante: o adquirente do “seu” estabelecimento comercial, o trespasário. Com efeito, não deve surpreender a ideia de que uma atuação do trespasante dirigida ao comércio em geral possa afetar de maneira especial o trespasário. É em razão destes laços entre os dois sujeitos do contrato de trespasse que se justifica um enquadramento especial da “honestidade” das práticas do trespasante. É, necessariamente, um juízo de valor casuístico, mas que tem o mérito de ponderar as circunstâncias do caso concreto. No caso objeto deste estudo, impõe-se uma valoração específica que se deve fazer por referência à relação contratual que aproximou as duas esferas jurídicas, configurando uma *relação especial* no âmbito do tráfego comercial. Com base nesta consideração, é mister analisar a atividade concorrencial no âmbito da relação especial entre trespasante e trespasário, contextualizada pelas diretrizes em matéria de concorrência (des)leal.

2.2.1.2. A cláusula geral de concorrência desleal não visa limitar a concorrência, mas sim promovê-la. É assegurado aos intervenientes no mercado que qualquer conduta que ultrapasse os parâmetros estatuídos no art. 317.º do CPI será punida. Pois bem, é esta disposição que garante a lealdade na luta mercantil, fazendo impender sobre cada destinatário da norma um dever geral de não concorrência desleal, ou, se se preferir evitar a dupla negativa, um *dever geral de concorrência leal*. No polo oposto não existe um direito

¹⁷⁷ A. MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado...*, p. 154.

¹⁷⁸ A. MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado...*, p. 155.

subjetivo à concorrência leal, o que se explica pela qualificação da cláusula geral como norma de proteção.

O dever geral de concorrência leal consiste num comando imperativo legal que, traduzindo as preocupações do ordenamento jurídico em matéria de concorrência, proíbe um comerciante de desequilibrar a balança que equilibra as posições jurídicas de todos os intervenientes no comércio, concorrentes entre si. Deste modo, o ilícito concorrencial ocorre quando esse dever não é observado, isto é, quando exista uma prática contrária às regras e usos honestos do comércio. Tal como exposto *supra*, o ilícito pode provir de uma prática contra o mercado; porém, como se perceberá, é mais relevante analisar a perspectiva de um concorrente que vê o seu interesse sacrificado pela aquisição injusta de uma posição vantajosa no mercado, em resultado da violação desse dever. Em particular, será necessário determinar se o transmitente de estabelecimento comercial contribuiu de forma especial para a lesão de um interesse específico do adquirente, que se encontre tutelado pela norma de proteção.

A atividade comercial é, por natureza, uma atividade de ingerência em esferas alheias, indiferenciadas e porventura anónimas, pelo que não se exigirá um cuidado reforçado na prática concorrencial, pautado pelo zelo normalmente exigido a um comerciante diligente. Porém, a anterior relação contratual entre os dois sujeitos contratuais do trespasse apela uma consideração especial pela situação pessoal e patrimonial do trespasário. Isto é, exige-se ao trespasante um *dever especial de proteção*, porque, precisamente, tem noção dos elementos empresariais do trespasário e sabe como este poderá desenvolver a sua atividade; do outro lado, deve ter-se em consideração a confiança gerada pelo contrato ao trespasário, facilmente frustrada por uma conduta que faça “letra morta” do contrato. Deste modo, é possível concluir pela existência de um *dever especial de concorrência leal* no contexto da relação intersubjetiva de trespasário e trespasante, marcado por uma maior exigência quanto à lealdade da conduta, orientado à finalidade última da proteção dos fins do negócio do trespasse, acautelando os especiais riscos lesivos da ingerência do trespasante na esfera do trespasário.

Mais do que um dever geral de segurança no tráfego, os deveres de proteção emergem de uma relação pessoal anterior que, por inspiração das pautas axiológicas do

sistema, justifica uma maior intensidade nos deveres. Como nos explica CLAUS-WILHELM CANARIS, essa maior intensidade nos deveres emerge de uma “responsabilidade acrescida na participação no tráfico jurídico-negocial, apresentando as particularidades de uma natureza especificamente acrescida, mas sem que, porém, de responsabilidade contratual se trate”¹⁷⁹. Entendo que a relação de facto estabelecida pelo contrato trespasse pode consubstanciar uma fonte de deveres especiais¹⁸⁰ atinentes à conservação da situação patrimonial de ambos os sujeitos, representando uma vinculação acrescida àquela prevista no contrato, materializando, deste modo, as exigências de lealdade da concorrência no âmbito de uma relação obrigacional. Em face do exposto, deve concluir-se que do dever geral de concorrência leal, se extrai um *dever especial de concorrência leal* do trespasante.

2.2.2. OS DEVERES ACESSÓRIOS

O contacto negocial marca o início de uma relação intersubjetiva complexa que não se esgota na relação de prestação configurada no contrato. Porém, a relação jurídica resultante do contrato de trespasse não exprime na totalidade a pluralidade de situações jurídicas que efetivamente se situam na sua periferia. Com efeito, tem sido estudado pela doutrina que o vínculo que une os contratantes tem uma natureza muito mais complexa que o programa de prestações do contrato pode indiciar¹⁸¹. A este propósito, deve fazer-se a distinção entre vínculo prestacional e vínculo obrigacional: enquanto no primeiro o nexó sinalagmático acordado entre as partes vem previsto (expressa ou tacitamente) no contrato, o vínculo obrigacional é mais amplo e a vinculação não se restringe, nem tão-pouco resulta, necessariamente, do acordo negocial¹⁸². De facto, está hoje sedimentado o

¹⁷⁹ *Apud*, J. BAPTISTA MACHADO, «A cláusula do razoável», pp. 615 e ss.

¹⁸⁰ Também neste sentido, M. A. CARNEIRO DA FRADA, «Contrato e deveres de protecção», p. 266.

¹⁸¹ KARL LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, (trad. Jaime Santos Briz), 1958, pp. 18 e ss.

¹⁸² Também fazendo a distinção, mas procedendo a uma classificação assente na diferença entre *conceção ampla* e *conceção restrita* do conceito de relação obrigacional, por referência ao respetivo conteúdo, N. M. PINTO DE OLIVEIRA, «Inexigibilidade Judicial do Cumprimento de Deveres Acessório de Conduta?», in *Scientia Iuridica*, n.º 293, 2002, p. 295.

entendimento de que as partes podem encontrar-se vinculadas por deveres que são exteriores ao negócio jurídico, o que estende o respetivo âmbito de vinculação¹⁸³.

O vínculo obrigacional materializa, pois, um nexó contratual que faz gravitar na sua órbita situações jurídicas quase-contratuais. Como já foi referido, a relação intersubjetiva com vista à celebração de um contrato aproxima duas esferas jurídicas, fazendo cair o anonimato e a indiferenciação de uma indistinta relação social, sem quaisquer laços específicos entre os sujeitos. Dito de um modo mais simples: as partes deixam de ser estranhas entre si, o que explica a essência dos reconhecidos (e ditos) *deveres acessórios de conduta*, que suplementam o programa de prestações que as partes configuraram. É em razão desta ligação especial que o Direito faz por reconhecer a existência de situações jurídicas atinentes ao negócio que estão funcionalmente interligadas ao escopo fundamental prosseguido pelas prestações principais do contrato¹⁸⁴, visando a proteção da integridade pessoal e patrimonial dos sujeitos contratuais. Como afirma MENEZES CORDEIRO¹⁸⁵, estes deveres resultam de exigências determinadas pelo sistema jurídico e que visam o cumprimento efetivo do fim do negócio, presentes em situações anteriores, contemporâneas, ou posteriores ao cumprimento do contrato, consoante a circunstância que o caso exija em concreto. Se “os deveres integrados na relação de prestação querem, no comum dos casos, alterar a situação jurídica dos bens, os deveres integrados na relação de proteção visam conservar a atual situação jurídica dos bens dos sujeitos da relação obrigacional”¹⁸⁶.

Neste âmbito, é conveniente clarificar a distinção entre deveres acessórios e deveres secundários, que por vezes não surge vincada pelos textos doutriniais. A meu ver, os deveres acessórios distinguem-se dos deveres secundários em razão de dois critérios: *finalidade e fundamento*. Os deveres acessórios visam a integridade do fim negócio, podendo promover a proteção pessoal ou patrimonial da outra parte, em função do contrato celebrado; por outro lado, os deveres secundários visam assegurar ou o cumprimento

¹⁸³ V., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, pp. 319 e ss.; C. A. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, pp. 301 e ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, p. 80, embora afirme que esta formulação é meramente descritiva.

¹⁸⁴ A. MENEZES CORDEIRO, «O cumprimento e o não cumprimento das obrigações – Violação positiva do contrato» in *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, 1987, p. 123.

¹⁸⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, pp. 498 e ss.

¹⁸⁶ N. M. PINTO DE OLIVEIRA, «Inexigibilidade Judicial do Cumprimento de Deveres Acessório de Conduta?», p. 295

pontual do contrato, suprindo as insuficiências da satisfação do interesse do credor, ou, ao invés, a substituição da prestação em falta por uma indemnização sucedânea¹⁸⁷. Os deveres secundários fundamentam-se no contrato, ao passo que os deveres acessórios decorrem da lei. É certo que podem coexistir, ou até sobrepor-se – designadamente se o dever acessório encontrar fundamento igualmente no contrato – conquanto sejam respeitados os cânones hermenêuticos, o que torna a sua distinção mais difícil. Não será de excluir, portanto, a integração de deveres acessórios no conteúdo negocial *ex vi* art. 239.º do CC. Porém, o papel dos deveres acessórios sai reforçado, precisamente, por acautelar a integridade do negócio, bem como o *status* patrimonial ou pessoal em situações em que não seja possível extrair um dever secundário ou acessório da relação contratual. É, pois, uma solução preconizada para acautelar realidades que escapam ao rígido formalismo do contrato e que merecem a tutela do Direito, na manifestação de uma ideia de justiça material, insurgindo-se contra as situações de cumprimento vazio de utilidade para o credor de determinada prestação.

Uma das principais dificuldades que o tema dos deveres acessórios encerra prende-se com a tarefa de determinação do dever em si, bem como do seu âmbito de interferência na relação contratual. Nos termos expostos *supra*¹⁸⁸, pese embora as construções teóricas da doutrina sobre a obrigação de não concorrência do trespasante assentem em pressupostos diferentes e em justificações variadas, todas implicam uma extensão do sinalagma contratual, com base em elementos não previstos no contrato, mas que (suposta e implicitamente) dele constam, ou que deveriam constar fosse pela natureza do objeto do contrato, fosse pela vontade inicial das partes, fosse pelas exigências do sistema jurídico. Isto é, seguindo uma destas teorias, verifica-se que a afirmação do princípio da autonomia privada apareceria algo mitigado por, afinal, uma das partes ficar adstrita a um comportamento ao qual não se obrigou. A tarefa está, pois, em analisar a admissibilidade dos fundamentos apontados para este fenómeno de *heterovinculação*.

2.2.2.1. Os deveres acessórios intervêm sempre que perante uma situação concreta se exija uma prestação ou uma conduta específica não prevista no contrato. Esta consideração não pode deixar de suscitar a dúvida sobre a respetiva integração na relação

¹⁸⁷ C. A. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, pp. 337-356.

¹⁸⁸ Cfr. 2.2.2. da PARTE I.

contratual das partes, ou, pelo contrário, se coexistem próximas do contrato sem nunca fazer parte do seu conteúdo.

Pese embora o dever acessório aplicável ao caso concreto tenha uma fonte normativa legal – como acontece com o dever de concorrência leal –, isso não significa que deixe de estar inserido num contexto intersubjetivo especialmente individualizado e particularizado, pelo que não será adequado falar numa completa exteriorização ao negócio. A relação próxima entre os sujeitos contratuais justifica, por isto, um enquadramento sistemático do negócio em causa, mas sem que as possíveis soluções normativas decorrentes desse processo façam reconduzir os deveres acessórios ao seu conteúdo. Destarte, é concebível uma *relação obrigacional independente de deveres de prestação*, mas não independente do contrato. A ideia de uma relação obrigacional sem deveres de prestação se relaciona com uma conceção de *descontratualização* dos deveres acessórios¹⁸⁹. Embora o contrato seja um pressuposto constitutivo do dever acessório, não se assume como a sua fonte fundamentadora. Repita-se que são imposições, de conduta ou de prestação, impostas às partes.

Na senda de dogmatização dos deveres acessórios é possível distinguir-se entre “deveres acessórios legais específicos” e “deveres acessórios legais gerais”, em função da fonte normativa de onde emanam¹⁹⁰. Os deveres específicos têm a óbvia vantagem de determinar com relativa precisão o conteúdo do dever acessório, ao passo que os deveres legais gerais carecem de concretização pela cláusula geral que os prescreve. A admissibilidade de deveres acessórios legais gerais não deve causar estranheza: ainda que dirigido a um número indistinto e não particularizado de indivíduos, o comando normativo concretiza-se na esfera de cada destinatário¹⁹¹.

2.2.2.2. O art. 762.º, n.º 2 do CC impõe a boa-fé na execução das obrigações a que um devedor se encontre vinculado. O preceituado neste artigo sujeita a execução de uma qualquer prestação emergente da relação obrigacional ao crivo da boa-fé, operando a uma extensão do âmbito de vinculação das partes. Esta disposição legal estende as exigências da boa-fé aos deveres acessórios de conduta, enquanto concretização do

¹⁸⁹ M. A. CARNEIRO DA FRADA, «Contrato e deveres de protecção», p. 93.

¹⁹⁰ A. MENEZES CORDEIRO, «O cumprimento e o não cumprimento das obrigações», p. 123.

¹⁹¹ É o pensamento subjacente às normas de protecção.

vínculo obrigacional¹⁹². Mas mais do que este efeito, o art. 762.º, n.º 2 parece ter também função de fundamentação da exigência dos deveres acessórios: se estes visam assegurar a integridade do cumprimento das prestações, a boa-fé que exige ao cumprimento das obrigações pode fundamentar a determinação de deveres acessórios de que se imponham às partes, funcionalmente orientados à realização integral das prestações primárias e secundárias acordadas num contrato. Com efeito, parece que o disposto no art. 762.º, n.º 2 chama a si uma ideia de retidão de conduta que deve estar sempre presente (i) no modo de exercício do direito acessório, e (ii) também no seu conteúdo, (iii) que deve expressar as preocupações do ordenamento jurídico na proteção da integridade do programa de prestações gizado no contrato.

Adaptando esta ideia ao caso em estudo, será necessário interiorizar as orientações axiológicas do ordenamento jurídico em matéria de concorrência para que se retire as diretrizes que vão concretizar e nortear a aplicação da boa-fé neste caso, assim como a determinação do comportamento que, primeiramente, deva ser considerado (objetivamente) *de boa-fé*, e por outro lado, considerado legítimo por ser *conforme à boa-fé*. Dito de outro modo, a boa-fé desempenha um papel essencial nos destinos dos deveres acessórios de conduta ao permitir determiná-los e, posteriormente, sindicá-los à sua observância pela conformidade com aquele princípio. O êxito da resolução do problema da concorrência do trespasante depende, então, de uma perspetiva integrada do dever especial de concorrência leal quando articulado com o princípio da boa-fé na execução de prestações incluídas no nexo obrigacional que une trespasante e trespasário. Reforça-se a importância do contributo da cláusula geral de concorrência desleal para a determinação do dever acessório que possa limitar a atividade concorrencial ao trespasante, vinculando-o a uma conduta não prevista no acordo negocial.

O art. 762.º, n.º 2, ao remeter para a boa-fé, não fornece qualquer critério normativo de solução para uma solução concreta¹⁹³: apenas lança as balizas parametrizadoras sobre as quais o raciocínio deve assentar e se deve conformar, isto é,

¹⁹² A boa-fé é utilizada no contexto do presente estudo na sua aceção *objetiva*, isto é, enquanto padrão de retidão de conduta.

¹⁹³ Neste sentido, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, p. 1190. Noutra momento (p. 1257), o A. afirma ainda que “nunca se poderá, pois, perguntar em abstrato, por uma solução imposta pela boa-fé: apenas perante uma ordem jurídica precisa e face ao caso concreto, aflorará a resposta. E se, em rigor, este fenómeno ocorre face ao indagar de qualquer regra, ele mais se acentuará em proposições indeterminadas”.

afirma-se como um critério normativo de *conformidade* para sindicar as soluções normativas (ou criativas) determinadas por parte do intérprete ou do aplicador do Direito. Aproveitando este raciocínio ao caso sob análise, conclui-se que a boa-fé pode desempenhar um papel relevante no juízo de valoração da lealdade do ato de concorrência, nos termos do art. 317.º do CPI, que delimita positivamente o dever acessório de concorrência leal que impende sobre o trespasante. Todavia, por oposição, verifica-se que a boa-fé pode também auxiliar na delimitação negativa do dever especial de concorrência leal, afastando o juízo de desconformidade da conduta concorrencial perante a ordem jurídica, mas também ao excluir a aplicação de um dever acessório que, de algum modo, limite o exercício da liberdade de concorrência do sujeito contratual. Com efeito, o juízo de lealdade (*rectius*, de *boa-fé*) da conduta pode afastar a responsabilidade do trespasante.

Parece-me que no ordenamento jurídico português a base legal para a extensão dos deveres contratuais resulta da articulação do já referido art. 762.º, n.º 2 com o art. 239.º, ambos do CC¹⁹⁴. Porém, afasto-me da opção metodológica de aproximar a regra da integração dos negócios jurídicos ao fundamento da admissibilidade dos deveres acessórios¹⁹⁵. Esclarecido que a obrigação de não concorrência do trespasante não faz parte do conteúdo natural do contrato de trespasse (cfr. *supra*, apenas do âmbito eventual, porque dependente de regulação das partes), a metodologia mais adequada deve passar por saber: se a lacuna deve ser integrada e se há, por isso, lugar a uma interpretação complementadora de acordo com as exigências da boa-fé; se há espaço para uma integração de acordo com a boa-fé que se ajuste ao fim do contrato; se a solução encontrada é a mais coerente com as orientações axiológicas do ordenamento jurídico português. O que quero dizer é que não basta que se admita a existência e a efetividade dos deveres acessórios decorrentes de boa-fé para que seja determinada uma solução para

¹⁹⁴ C. A. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, p. 307.

¹⁹⁵ Assumindo a posição contrária: C. A. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, pp. 307, 355. Em sentido convergente, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, p. 511, também considerando que os deveres acessórios advêm da interpretação e integração da lei. O A. defende que os art. 9.º e 10.º do CC operam “articulada e conjuntamente”, sendo que só através da interpretação da lei e das pautas axiológicas que enformam a nossa ordem jurídica se poderá integrar o negócio segundo os ditames da boa-fé (239.º). São essas coordenadas axiológicas que determinam o conteúdo e alcance dos deveres acessórios que visam determinar a integralidade das prestações das partes. Deste modo, como o próprio autor afirma, “complementam e delimitam o pretendido pelas partes”, pelo que estas complementações legais serão interpretadas e integradas em função contrato, encorpando a “dimensão axiológica heterónoma do Direito” (cfr. p. 512) que se expressa no interesse da integralidade do fim do negócio.

a ausência de regulação. Exige-se, por ora, que exista uma necessidade de integração do negócio jurídico pelos comandos axiológicos da boa-fé. Aliás, é certo que o critério de integração do art. 239.º remete, designadamente, para a boa-fé, admitindo-se que seja norma que fundamente a integração dos deveres acessórios no conteúdo contratual. É certo que a boa-fé se assume como um critério fundamental para auxiliar na determinação do conteúdo dos deveres acessórios¹⁹⁶, mas não pode legitimar a substituição da vontade das partes, pelo que deverá conhecer o seu limite no mínimo de correspondência com as declarações dos sujeitos contratuais. Numa palavra: os deveres acessórios podem fazer, ou não, parte do conteúdo do contrato. A construção legal dos deveres acessórios assenta no art. 762.º, devidamente articulado com art 9.º e 10.º, todos do CC. A aplicação do 239.º é outra questão, e só deve ser efetivada nos casos em que é possível a integração do negócio jurídico. Nos casos em que não seja possível (como este), reconhece-se a sua função de crivo de adequação material ao conteúdo do negócio de acordo com a vontade hipotética das partes, os usos, e a boa-fé¹⁹⁷.

Em função do contrato em causa, verifica-se que, para a integralidade do fim do negócio, alcançado pelo cumprimento das prestações previstas no acordo negocial do trespasse, se exige uma abstenção de conduta especialmente perigosa à atividade do trespasante, que se afigure idónea fazer diminuir os valores do estabelecimento que adquiriu, pelo exercício de uma concorrência desleal que lhe seja especialmente lesiva. Nestes termos, o dever especial de concorrência leal é apto a fundamentar o dever acessório de concorrência leal que vincula os sujeitos contratuais. O dever acessório de concorrência leal consubstancia, pois, um comando específico de adoção de um comportamento concorrencial conforme às regras e usos honestos do comércio que, no contexto de uma relação obrigacional, vise assegurar uma proteção reforçada ao cumprimento das prestações contratuais, impondo e promovendo o desenvolvimento de uma atividade que não condicione especialmente o exercício do comércio. O trespasante deve, por isso, adotar um comportamento probo, honesto e leal perante o comércio, e especialmente perante o trespasário, abstendo-se de praticar atos de agressão, de confusão ou apropriação de elementos que caracterizam e compõem o estabelecimento

¹⁹⁶ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, pp. 322 e 510 e ss.

¹⁹⁷ C. A. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, p. 344.

comercial que trespasou. É, então, com base na cláusula geral de concorrência desleal que se encontram os elementos constitutivos do dever acessório e que devem motivar o concorrente a adotar uma postura *de boa-fé* no exercício da sua atividade quando os seus atos, potencialmente, sejam suscetíveis de intervir na esfera de negociação do trespasário.

Repare-se que o juízo de boa-fé é mais exigente porque tem por referência todos as circunstâncias do caso e não apenas aos códigos deontológicos de um setor de atividade, como resulta da cláusula geral dos bons costumes. Se os bons costumes são mais indicados para sindicar os usos honestos, porque de índole mais geral, entendo que a boa-fé se adequa com maior propriedade ao processo de sindicância da prática concorrencial do trespasante, permitindo uma valoração mais intensa da deslealdade da conduta. Mais do que isso, a boa-fé permite juízos mais justos, porque pode variar em função do tempo e das circunstâncias que vão influenciando no conteúdo da relação obrigacional; ao invés, os bons costumes apelam a uma moral dominante, que se aplica tendencialmente de forma igual a casos semelhantes e têm por referência um “comerciante médio”¹⁹⁸. Esta opção não é despicienda, porque pode conduzir a valorações diferentes sobre a mesma situação.

Rematando esta ideia, verifica-se que existe fundamento reforçado para uma proteção acrescida à posição do trespasário, determinadas por deveres de proteção acessórios ao contrato de trespasse, apoiados nas exigências da boa-fé no cumprimento das obrigações.

2.2.2.3. O dever de não concorrência do trespasante é um dever acessório que, pela sua natureza, se impõe após o cumprimento das prestações principais e secundárias previstas no programa contratual. Perante a deslealdade da conduta, restará ao trespasário acionar os mecanismos adequados a ressarcir o dano provocado.

¹⁹⁸ É este o importante ensinamento de M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, 1997, cuja posição se segue de perto. Com efeito, “o princípio da boa-fé requer ordinariamente que entre os sujeitos exista uma *relação especial, particular*, para que seja chamado a aplicar-se. Assim, não deveria identificar-se a boa-fé pura e simplesmente com os padrões de conduta genericamente exigíveis pela ordem jurídica, sob pena de descaracterização dela. A boa-fé exprime um *parâmetro qualificado de conduta* reclamado em certas circunstâncias pelos sujeitos, a saber, essencialmente no âmbito de *relacionamentos específicos* entre eles. Fora desse contexto de uma relação intersubjectiva, a ordem jurídica *apenas exige dos membros a necessidade de adopção de uma conduta que não seja danosa para as posições alheias que ela protege; não exige a boa-fé, contenta-se apenas com a não perturbação e a não lesão de esferas alheias*” (p. 53).

A responsabilidade civil no período pós-negocial tem sido tratada como a projeção simétrica da *culpa in contrabendo*¹⁹⁹. Inversamente, a *culpa post pactum finitum* corresponderia a situações de responsabilidade por violação de deveres que vinculam as partes e são impermeáveis à natureza extintiva do cumprimento das prestações. Esta construção justifica-se por exigências da boa-fé, procurando salvaguardar-se a confiança e a materialidade das situações em jogo. MENEZES CORDEIRO distingue quatro situações de eficácia pós-contratual das obrigações: a pós-eficácia *aparente*; a pós-eficácia *virtual*; a pós-eficácia *continuada*; e a *pós-eficácia em sentido estrito*²⁰⁰. Como refere o insigne Professor, a pós-eficácia *stricto sensu* assume-se, em bom rigor técnico, como a única situação de verdadeira pós-eficácia. Esta posição assenta na perspetiva e na construção de deveres acessórios que eu venho seguindo, como deveres que se impõem às partes, que resultam das exigências do ordenamento jurídico para salvaguardar os efeitos pessoais e patrimoniais criados pelo contrato, de acordo com o fim negocial em torno qual as partes gizaram as suas prestações²⁰¹.

Em face do exposto, percebe-se que é a “pós-eficácia *stricto sensu*” que corresponde à situação em análise na presente dissertação. A expressão *culpa post pactum finitum* deve compreender, pois, todas as situações atinentes a deveres acessórios cujos efeitos se imponham no período pós-contratual. A *culpa* diz respeito à violação dos referidos deveres acessórios impostos às partes para o período temporal em que estes se justifiquem. No caso do dever de concorrência leal que vincula o trespasante, compreende-se que este período se situe na fase imediatamente posterior ao cumprimento, porque corresponde à janela temporal que é comumente referida para que um trespasário se consiga estabelecer e encarregar o desenvolvimento da sua atividade.

¹⁹⁹ Sobre a *culpa post pactum finitum*, v. A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, p. 625.

²⁰⁰ Para um desenvolvimento destas teorias, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Livro II, Tomo IV, p. 84 e ss.

²⁰¹ Também parece ser esta a opinião de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Livro II, Tomo IV, pp. 89-90, quando refere que “a Ordem Jurídica prescreve-os para obviar a que, sob um formalismo aparentemente conforme o Direito, o sentido das obrigações seja desvirtuado por cumprimentos vazios ou outras fórmulas chicaneiras ou a que, a coberto da obrigação, sejam infligidos danos às partes”. Ainda que não se integrem no conteúdo do negócio, os deveres acessórios não deixam de ter por referência o contrato e as obrigações daí decorrentes: são autónomos mas não independentes.

O reconhecimento da eficácia pós-contratual dos deveres acessórios de conduta toca num aspeto fundamental: saber até que ponto o contrato se encontra pontual e integralmente cumprido²⁰². Temos duas hipóteses alternativas: se considerarmos que estes deveres acessórios integram o programa prestacional²⁰³, então há incumprimento contratual, pois o contrato ainda não cessou e ainda existem atos que são devidos; ao invés, se os deveres acessórios são independentes do contrato, ainda que com ele coincidam, não podemos falar em incumprimento contratual (ou cumprimento inexato²⁰⁴), sem prejuízo das respetivas defesas de que o lesado eventualmente beneficiaria.

No caso do trespasse, por tudo o que foi exposto *supra*, designadamente pela conceção de “deveres acessórios” que venho seguindo, parece-me que não podemos falar em incumprimento contratual quando abordamos a conduta concorrencial do trespasante após a cessação do contrato. O contrato fica pontualmente cumprido com a efetivação das prestações acordadas no programa contratual. Assim, não se pode exigir qualquer tipo de pretensão que vise o cumprimento, ou a substituição do comportamento “devido” por uma decisão judicial – a execução específica – até porque neste caso o que se iria requerer seria uma prestação de facto pessoal, na modalidade de *non facere*; de igual modo se deverão excluir do âmbito de defesa os remédios sinalagmáticos. Parece-me que fundamentar qualquer pretensão de cumprimento do contrato nesta situação, pressuporia uma extensão inadmissível do sinalagma genético e do sinalagma funcional, consubstanciando um atropelo ao princípio *pacta sunt servanda*. Numa palavra, tratar-se-ia de uma inaceitável hipertrofia do contrato. Deste modo, diria que qualquer discussão do incumprimento do dever acessório de concorrência leal está no domínio da

²⁰² A. MENEZES CORDEIRO aborda a questão do cumprimento das obrigações afirmando que os deveres acessórios correspondem a uma situação em que não se pode afirmar a paradigmática natureza extintiva do cumprimento (*Tratado de Direito Civil Português*, Livro II, Tomo IV, p. 60), sendo que podem subsistir posteriormente ao cumprimento.

²⁰³ Que parece ser a opinião de C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 126, onde é citado A. PINTO MONTEIRO também nesse sentido.

²⁰⁴ Contra: A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Livro II, Tomo IV, p. 200. O cumprimento inexato surge, com maior propriedade, a propósito do incumprimento de deveres secundários coexistentes com o dever principal, em que é possível falar de cumprimento defeituoso, pelo não cumprimento pontual do programa de prestações. No caso dos deveres acessórios, constata-se que estes não são devidos em função do contrato, pelo que o raciocínio do cumprimento defeituoso ou da violação positiva do contrato não lhes é aplicável.

*paracontratualidade*²⁰⁵, pelo que se deve separar definitivamente do debate relativo ao conteúdo típico do contrato de trespasse.

Neste sentido, torna-se imperativo determinar as soluções à disposição do trespasante para remediar o incumprimento do dever de concorrência leal do trespasante. Afastada a tese do incumprimento contratual, reservada aos deveres principais e secundários²⁰⁶, questiona-se sobre a exigibilidade judicial dos deveres acessórios. NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA²⁰⁷ põe em confronto as teses da inexigibilidade e da exigibilidade judicial dos deveres acessórios de conduta, indicando como argumentos principais da primeira tese: (i) a incompatibilidade do cumprimento específico coercivo com a essência dos deveres de conduta e (ii) a indeterminação do conteúdo dos deveres em causa. Porém, critica a tese da inexigibilidade, pugnando pela possibilidade de propor uma ação autónoma de cumprimento de deveres que não hajam que ser cumpridos espontaneamente²⁰⁸. Ademais, acrescenta que é possível propor uma ação de abstenção de carácter preventivo, bem como todas as providências adequadas a acautelar situações em que o perigo para a sua pessoa ou património esteja suficientemente concretizado ou seja previsível a sua consumação; ou, ainda, uma ação negatória²⁰⁹ – ainda que sem aplicação a este caso, porque o trespasário não pode ousar

²⁰⁵ O tema (e a expressão sugestiva) da *paracontratualidade* foi introduzido por A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VII, p. 629 e ss., e reporta-se a situações que, pese embora escapem ao conteúdo contratual, são suscetíveis de gerar responsabilidade para uma das partes, sendo que, tendencialmente, essa imputação seria a nível contratual. Todavia, não alinho por este pensamento, por haver situações que em nada respeitam ao cumprimento pontual negócio, uma vez que o dever acessório pode não fazer parte do conteúdo do contrato, pelo que qualquer pretensão será de natureza indemnizatória, não de cumprimento. É esta a corrente seguida na Alemanha conforme notícia o A. (*Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, p. 513).

²⁰⁶ Atendendo à dupla vertente de deveres secundários, verifica-se que só os deveres coexistentes com o dever principal podem fundamentar a fonte de exigibilidade do cumprimento, uma vez que os deveres secundários de indemnização (sejam sucedâneos ou substitutivos do dever principal), por definição, não podem ser objeto de pretensões de cumprimento, atendendo à consequência jurídica de substituir o dever primário. Ademais, como refere N. M. PINTO DE OLIVEIRA («Deveres de Protecção em Relações Obrigacionais», in *Scientia Iuridica*, n.º 297, 2003, 498-499), no direito alemão os “efeitos da opção do credor pela indemnização substitutiva da prestação devem considerar-se análogos aos efeitos da resolução do contrato”.

²⁰⁷ N. M. PINTO DE OLIVEIRA, «Deveres de Protecção em Relações Obrigacionais», pp. 298-303.

²⁰⁸ Aderindo à tese de exigibilidade do cumprimento, cfr. M. BRITO BASTOS, «Deveres acessórios de informação – Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador», in *Revista de Direito das Sociedades Comerciais*, n.º 1/2, 2013, p. 271, nota 222. O autor critica ainda o argumento da indeterminabilidade dos deveres, explicando que a “indeterminação dos enunciados normativos que prescrevem deveres acessórios de conduta (...), ou mesmo dos princípios que influem no respetivo preenchimento, não equivale à indeterminação dos concretos deveres acessórios determinados pelo ordenamento: esses correspondem à projeção na esfera de um sujeito, dos efeitos produzidos pela aplicação desses parâmetros gerais e abstratos a um caso concreto”.

²⁰⁹ N. M. PINTO DE OLIVEIRA, «Deveres de Protecção em Relações Obrigacionais», pp. 300-301.

exigir uma pretensão que passe por negar a liberdade de concorrência do trespasante, por força de um direito “seu” a uma concorrência leal.

O dever de concorrência leal é um dever especial – porque se coloca no âmbito de uma relação intersubjetiva particular –, mas a sua natureza tem um caráter geral, por, precisamente, ser extraído de uma cláusula geral, por si indeterminada. Neste sentido, ainda que seja possível a determinação de um dever de concorrência leal, já mais difícil se torna determinar o seu conteúdo que, por natureza, *se vai concretizando (rectius, determinando)* no exercício da atividade. É um dever à espera de melhor concretização. Razão bastante e pela qual, não posso alinhar pela tese da exigibilidade dos deveres acessórios.

O conteúdo do dever leal de concorrência, enquanto expressão da cláusula geral de concorrência desleal, é amplo o suficiente para abarcar todas as realidades suscetíveis de configurar um caso de concorrência desleal. Só quando cumpridos os pressupostos de aplicação previstos nos parâmetros definidos pelo art. 317.º do CPI, teremos a concretização do comportamento que, em função das circunstâncias do caso, era exigível ao trespasante em função das regras e usos honestos do comércio. Antes disso, ressalvando os casos em que é possível prever a verosímil deslealdade da prática comercial, não será possível discernir da violação do dever, muito menos o conteúdo do dever que se haveria de exigir em juízo. Essa conduta é espontânea e não existem critérios seguros para determinar com segurança o *exato* dever de proteção. A boa-fé representa um mero subsídio interpretativo na tarefa da determinação o conteúdo do dever acessório, controlando se determinada prática é censurável por ser contrária às regras e usos honestos do comércio; mas, para tal, é preciso um juízo de *facto* sobre a violação do dever de lealdade na concorrência em momento, necessariamente, prévio.

Afastada a hipótese de exigir o cumprimento desses deveres, deve igualmente ser afastada a possibilidade de recorrer a outras defesas que só se justificam com base no sinalagma das prestações como é o caso da resolução do contrato, ou da exceção de não cumprimento. Assim, bem se compreende a independência do dever de prestar para o dever de indemnizar. A *culpa post pactum finitum* fundamentada na violação do dever de

concorrência leal apenas deverá conferir o direito ao ressarcimento do dano por meio de indemnização.

2.2.2.3.1. A doutrina tradicionalmente opta por sistematizar modelos de imputação de danos em função dos blocos normativos previstos no Código Civil, consoante esses casos correspondam a situações *obligacionais* ou, pelo contrário, *extraobligacionais*²¹⁰. A referência à fonte, porém, não deve ser decisiva, e poderá, por vezes, ser insuficiente para determinar o regime aplicável. Como explica PEDRO MÚRIAS, é necessário ter em consideração os critérios da “relatividade ou absolutidade do direito violado” e, ainda, a “preexistência de uma relação jurídica entre o lesado e o lesante”²¹¹.

As soluções normativas potencialmente aplicáveis variam e dependem, por isso, dos elementos que o caso oferece. Para que o trespasante possa ser responsabilizado pelo ressarcimento do dano que causou ao trespasário no âmbito do exercício da sua atividade comercial, exige-se que resulte de um ilícito concorrencial, isto é, uma violação do dever de concorrência leal²¹². Dir-se-á que é a violação deste dever que constitui a obrigação de ressarcir o dano motivado por uma concorrência não admitida pelo Direito.

Em tema de concorrência desleal no contexto de uma relação obrigacional, por maior coerência e propriedade terminológica, deve ser utilizado o conceito de *dever especial de concorrência leal*, por oposição dever geral de concorrência leal²¹³. É um dever que se situa no “perímetro”²¹⁴ do contrato, sedimentando os deveres acessórios de conduta que emergem dos laços de proximidade entre as esferas jurídicas dos contratantes. A concorrência do trespasante é um dos casos em que “as ofensas produziram-se em quadros de relacionamento de feição negocial que foram operacionalizados pela liberdade

²¹⁰ A terminologia varia de autor para autor, determinando-se, no entanto, que as expressões (contrapostas) mais utilizadas alternam entre “*obligacional-extraobligacional*”, “*contratual-delitual*” ou *aquiliana*. Eu opto por utilizar as expressões contrapostas “*obligacional*” e “*extraobligacional*” por pensar que vincam com maior propriedade as diferenças de natureza jurídica. Se a responsabilidade *obligacional* é mais abrangente por tratar situações que não se resumem exclusivamente ao contrato (v. distinção entre vínculo prestacional e obrigacional, feita em 2.2.2), a expressão *extraobligacional* é ampla bastante para, residualmente, enquadrar no seu modelo de imputação de danos todas as condutas que não tenham caráter obrigacional.

²¹¹ PEDRO MÚRIAS, «A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil», *in* RFDUL, Vol. XXXVII (separata), 1996, p. 174.

²¹² Do âmbito desta análise e das considerações subsequentes, exclui-se, assim, a violação da obrigação contratual de não concorrência, que importa a responsabilidade obrigacional do trespasante, seguindo o regime dos art. 798.º e ss. do CC.

²¹³ Que mais se justifica no âmbito do tráfego jurídico indiferenciado e anónimo.

²¹⁴ A expressão é de C. A. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, p. 407.

geral de ação mas repercutiram-se em bens jurídicos exteriores à teleologia obrigacional²¹⁵.

A propósito destas situações, vem-se notando uma tendência doutrinária para ensaiar construções alternativas e outras vias de articular elementos obrigacionais e extraobrigacionais no sentido de determinar a natureza e o regime aplicável ao processo de ressarcimento de danos provocados pela inobservância de deveres extraobrigacionais²¹⁶. Como alerta RUI ATAÍDE²¹⁷, na discussão sobre a natureza da responsabilidade civil não se deve descurar a distinção entre natureza e regime da responsabilidade. Uma coisa será a fonte *in casu* que desencadeie a aplicação do instituto da responsabilidade civil, outra o respetivo regime aplicável.

Já ficou demonstrado que o art. 317.º do CPI é uma norma que absorve as orientações axiológicas constitucionais do nosso ordenamento jurídico e que, por essa *ratio*, funciona como uma norma de conflitos perante a aparente colisão de direitos entre trespasante e trespasário, exigindo, por um lado, que exista concorrência e, por outro, que a concorrência se pautar pela lealdade. Mas, pese embora a “essência jurídica híbrida”²¹⁸ do dever de concorrência leal, nem por isso se deve retirar a natureza extraobrigacional à fonte de indemnizar que, como se defende, assenta na violação de uma norma de proteção²¹⁹.

2.2.2.3.2. Assim se entende que a violação deste dever legal de carácter genérico, transformado em dever especial pelo contexto contratual do trespasse, é suscetível de consubstanciar um *delito especial*, isto é, uma situação de responsabilidade delitual no contexto de relações especiais²²⁰. O ilícito concorrencial do trespasante surge como um

²¹⁵ RUI ATAÍDE, «Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta», *in* F. LOUREIRO BASTOS (org.), *Estudos Comemorativos dos vinte anos da Faculdade de Direito de Bissau*, 2010, p. 509.

²¹⁶ Entre os percursores de uma “terceira via” da responsabilidade civil, isto é, de um segmento normativo intermédio entre os dois modelos de imputação, encontra-se CLAUS-WILHELM CANARIS que formulou a teoria unitária dos deveres de proteção. Para maiores desenvolvimentos, v. J. BAPTISTA MACHADO, «A cláusula do razoável», pp. 579 e ss, 615 e ss.

²¹⁷ RUI ATAÍDE, «Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta», pp. 520-521.

²¹⁸ A expressão feliz pertence a RUI ATAÍDE, «Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta», p. 551.

²¹⁹ Pelo exposto, não se trata de uma feição absolutamente pura, mas entre os dois modelos de imputação de danos, é inegável que o ilícito concorrencial chama a si uma fonte *extra*-contrato.

²²⁰ RUI ATAÍDE, «Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta», p. 548. Com efeito, o A. dá notícia de que a expressão *delito especial* provém da Alemanha, correspondendo a situações de responsabilidade “quase contratual”, que decorriam da infração de deveres de cuidado impostos ao comportamento de determinadas pessoas em algumas situações, independentes da existência de relações obrigacionais. Por esta razão, refere o A., estes

delito “protegido por esquemas vinculativos de tipo obrigacional, característico de situações relacionais”²²¹. Atenta a indelével marca obrigacional na natureza extraobrigacional da responsabilidade pelo delito de concorrência desleal, seria metodologicamente incorreto e desajustado aplicar em bloco as regras determinadas para a violação de normas de proteção, previstas nos art 483.º e seguintes. Neste sentido, está aberto o caminho para uma *terceira via* da responsabilidade se insurgir perante a *summa divisio*.

O *tertium genus* da responsabilidade civil traduz uma construção doutrinária sensível às circunstâncias do caso concreto. O ilícito concorrencial não tem natureza puramente extraobrigacional, pelo que, como se antevê, não haverá lugar à aplicação em bruto da sua disciplina. Com efeito, assiste-se a um concurso de títulos de imputação²²², pelo que só em concreto será possível determinar o regime aplicável que necessariamente resultará da combinação de um e outro regime, reconhecendo-se, ainda, a possibilidade de o lesado invocar as normas que melhor lhe permitam fazer valer a sua pretensão em juízo²²³.

Propondo um regime aplicável ao delito especial de concorrência desleal do trespasante, diria que se enformará a partir do modelo de imputação de danos extraobrigacional, uma vez que a natureza *prima facie* do ilícito concorrencial não é contratual, o que influencia o respetivo regime jurídico. É pois a especialidade deste dever que, sem descaracterizar a sua natureza extraobrigacional, vai temperar a aplicação *tout court* das disposições constantes dos art 483.º e ss. do CC. Neste ponto, o aspeto mais relevante e desafiante será em tema de ónus da prova. Porém, é já uma temática da responsabilidade civil por delitos especiais decorrentes de uma norma de proteção que extravasa o âmbito deste estudo, pelo que fica apenas a menção à recente corrente doutrinal neste aspeto concreto.

Nesta matéria, como propõe MENEZES CORDEIRO, deve estar presente uma visão integrada dos elementos constitutivos da responsabilidade civil. Como o ilustre Professor

“deveres no tráfego contratuais” correspondem a concretizações do Direito Delitual especial, não do Direito Delitual geral dos §§ 823 e seguintes do Código Civil alemão.

²²¹ RUI ATAÍDE, «Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta», p. 553.

²²² Neste sentido, A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das Sociedades Comerciais*, 1997, pp. 491-492; v. ainda RUI ATAÍDE, «Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta», p. 553, nota 65, referindo as opiniões convergentes de VAZ SERRA, M. TEIXEIRA DE SOUSA, L. MENEZES LEITÃO e C. A. MOTA PINTO.

²²³ É a designada “teoria da ação híbrida”, nos termos formulados por VAZ SERRA, *apud* RUI ATAÍDE, p. 553.

bem afirma, “na presença da ilicitude por violação de normas de proteção, a culpa assume uma forma mais aderente à própria ilicitude e a causalidade é moldada sobre o escopo da norma violada”²²⁴. Com efeito, é também o entendimento de ADELAIDE MENEZES LEITÃO, que nestes casos “a prova da ilicitude se confunde com a prova da culpa”²²⁵, sendo que quanto ao nexo de causalidade entre o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos do comércio e o resultado (*silicet*, dano concorrencial), propõe facilitações ao nível da prova, que podem passar por provas *prima facie*, ou presunções de causalidade – o que merece a minha concordância, em função da dificuldade em reconstituir o processo causal.

A aplicação do regime extraobrigacional traz ainda outras soluções, designadamente ao alargar o âmbito dos danos ressarcíveis, salvaguardando-se a possibilidade de indemnização por danos puramente patrimoniais. Seguindo de perto a lição de ADELAIDE MENEZES LEITÃO nesta matéria²²⁶, verifica-se que o ilícito por concorrência desleal pode desencadear danos que resultam da violação de deveres que não significam a violação de posições jurídicas absolutas, e que, por esse motivo, não se encontram abrangidos pela primeira cláusula delitual prevista no art. 483.º, n.º 1 do CC. Neste sentido, corrigindo-se as insuficiências do direito delitual, defende-se que o dever especial de concorrência leal consagrado no art. 317.º do CPI pode assumir uma função de fundamentação da responsabilidade do trespasante pela lesão de interesses patrimoniais²²⁷.

Como refere NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA²²⁸, tradicionalmente são apontados três argumentos que obstam à aplicação do princípio da não ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais: a inclusão da liberdade entre os princípios estruturantes do sistema jurídico; a “notoriedade social típica” dos direitos absolutos;

²²⁴ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VII, 2014, p. 453.

²²⁵ A. MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, pp. 652-653. A propósito, convém dar nota de uma solução semelhante em direito comparado: o art. 2600.º do Código Civil italiano faz presumir a culpa do concorrente.

²²⁶ Pertence à A. a obra de referência nesta matéria, desenvolvendo com profundidade a problemática da indemnização por danos puramente patrimoniais em consequência da violação de normas de protecção. Sem prejuízo das considerações (muito) superficialmente tecidas na presente investigação, remete-se o estudo para a sua *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*.

²²⁷ N. M. PINTO DE OLIVEIRA, «Deveres de Protecção em Relações Obrigacionais», p. 520; cfr. A. MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado...*, pp. 153 e ss.

²²⁸ N. M. PINTO DE OLIVEIRA, «Deveres de Protecção em Relações Obrigacionais», pp. 520-521.

impossibilidade de circunscrever o círculo de credores da obrigação de indemnizar. Porém, juntamente com a doutrina mais recente²²⁹, entendo que a *relação especial* entre trespasário e trespasante é suficiente para rebater as objeções levantadas ao princípio da proteção delitual do património *stricto sensu*. Em resultado das negociações estabelecidas entre ambos, materializou-se uma situação jurídica muito particular e individualizada que se pauta pelo conhecimento mútuo, por si contrastante com o tratamento indiferenciado do tráfego jurídico em geral: aos olhos do trespasante a posição jurídica do trespasário no mercado é notória, pelo que não a pode desconhecer. Não há como negar que o potencial ilícito concorrencial ocorrerá numa relação e num contexto individualizado, delimitando-se, com precisão, o lesante e o lesado. Assim, se o trespasante praticar algum ato de concorrência que se afirme contrário aos usos honestos do comércio, então a violação indireta de direitos absolutos, com reflexos diretos em interesses patrimoniais do trespasário, habilita-o credor de uma indemnização por danos puramente patrimoniais. Desta forma, cai o argumento que pugna pela impossibilidade de circunscrever com segurança jurídica o círculo de credores²³⁰.

Não seria razoável admitir que o lesado devesse suportar o sacrifício dos seus interesses patrimoniais por incompatibilidade com a liberdade genérica de concorrer: são valores conflituantes mas que se equivalem²³¹, pelo que um não pode ceder infundadamente pelo outro. O art. 317.º do CPI, ao estabelecer o dever especial concorrência leal, soluciona o potencial conflito e compõe a questão do exercício de direitos. Assim, em resultado da proteção legal acrescida que acautela a posição do trespasante, torna-se imperativo o reconhecimento da ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais.

2.2.3. O ABUSO DE DIREITO

²²⁹ N. M. PINTO DE OLIVEIRA, «Deveres de Protecção em Relações Obrigacionais», pp. 520-521 que menciona J. SINDE MONTEIRO, M. A. CARNEIRO DA FRADA e J. BAPTISTA MACHADO, que alinham neste sentido.

²³⁰ Naturalmente que não se deverá esquecer que um ato de concorrência pode não ter como destinatário direto o trespasante. Neste caso, os destinatários da norma de proteção violada pelo ilícito concorrencial terão, também eles, direito a indemnização conquanto assim desejem demandar o comerciante. Neste sentido, admitindo expressamente a possibilidade de se responsabilizar o lesante por danos puramente patrimoniais, v. A. MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado...*, pp. 153 e ss.

²³¹ N. M. PINTO DE OLIVEIRA, «Deveres de Protecção em Relações Obrigacionais», pp. 520-521.

O instituto do abuso do direito não fixa, *ex ante*, um limite à concorrência do trespasante, apenas traça o caráter abusivo de uma conduta concorrencial. Encontramos a base legal deste instituto no art. 334.º do CC, que considera ilícito o exercício de um direito ou posição jurídica²³², quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pelos ditames da boa-fé objetiva, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. Nestes termos, exige-se, como pressuposto de aplicação, o exercício de um direito subjetivo ou de uma posição jurídica.

Como referido *supra*, a liberdade de concorrer não é um direito absoluto, encontra-se limitado por uma norma de proteção e vetores axiológicos do sistema jurídico que não permitem a sua afirmação plena. Pese embora o instituto do abuso do direito esteja pensado para o exercício inadmissível de direitos subjetivos ou posições jurídicas, a doutrina portuguesa discute se o abuso do direito pode ser aplicado a liberdades genéricas. CARNEIRO DA FRADA rejeita esta hipótese, argumentando que o interesse ínsito às normas de proteção tem caráter *genérico*, e não *específico* como acontece com os direitos subjetivos. O Autor sustenta a sua tese defendendo, que para haver “abuso de direito é imprescindível haver um direito de que se abuse”, pelo que não será possível sindicar um comportamento decorrente do mero exercício de uma liberdade²³³. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, por outro lado, admite a possibilidade de o abuso do direito poder ser subsidiariamente aplicado às liberdades genéricas, que sejam limitadas por normas de proteção “no quadro da existência de *lex specialis* derrotatória da liberdade genérica”²³⁴. Esta posição ressalva os casos em que uma conduta observa a norma de proteção, mas é considerada abusiva pelo desrespeito das exigências do sistema jurídico²³⁵. Essencial é que exista uma posição jurídica determinada por normas de conduta (como aquela que se

²³² Alargando o conceito de “direito” a outras posições jurídicas, v. A. MENEZES CORDEIRO, «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas».

²³³ M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via»...*, pp. 61-63.

²³⁴ A. MENEZES LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, p. 539.

²³⁵ Imagine-se a hipótese de um trespasante contactar um fornecedor que, de momento, se encontra vinculado a fornecer o trespasante – em regime de não exclusividade –, e lhe oferece um melhor preço pelos seus serviços. Numa economia de mercado e de livre concorrência, não pode ser censurada a tentativa de o trespasante obter para si os serviços de qualidade de uma pessoa com quem já mantinha relações comerciais e considerava essencial ao sucesso do seu estabelecimento comercial, designadamente pela preferência junto dos consumidores. “De outro modo, poderíamos transformar a sociedade num colete-de-forças, que prejudicasse as iniciativas individuais necessárias para dar corpo à liberdade e para possibilitar a inovação e o progresso” (A. MENEZES CORDEIRO, «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas»).

retira do art. 317.º do CPI *a contrario*) cujo exercício produz um resultado não tolerado pelo sistema jurídico.

Tendo em conta o contexto relacional específico em que a potencial situação de abuso se poderia desenrolar, a aplicação do instituto apela à boa-fé, não tanto à exigência do mínimo ético, ligado ao conceito de bons costumes. Esta consideração, a meu ver, permite a aplicação do instituto do abuso do direito, puramente objetivo, que não carece da verificação de qualquer elemento subjetivo par desencadear a sua aplicação, como seja a contrariedade a uma moral social dominante dos comerciantes.

“O abuso do direito e a boa-fé a ele subjacente representam, assim, sempre uma válvula do sistema: permitem corrigir soluções que, de outro modo, se apresentariam contrárias a vetores elementares”²³⁶. Além do art. 317.º do CPI, é, por isto, admissível conceber um outro limite à liberdade geral de concorrer, materializando um duplo controlo à concorrência do trespasante: anda que não houvesse “concorrência desleal”, haveria “concorrência abusiva”. Não se trata de limitar a concorrência do trespasante, mas sim a atividade comercial daquele quando, verificados critérios específicos, seja considerada *abusiva* em face de circunstâncias concretas. “O exercício do direito que contradite o sistema, embora conforme com normas jurídicas, é disfuncional”²³⁷. Neste sentido, o abuso do direito pode ter uma relevância muito importante, ainda que subsidiária e residual, evitando resultados desadequados em situações em que não se encontra justificação para estabelecer uma tutela imediata.

A ilicitude do comportamento abusivo traz consequências ao nível da responsabilidade civil por danos causados. Tal como afirma ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “a admissibilidade do abuso do direito como instituto de consequências indemnizatórias implica um alargamento do direito delitual para comportamentos contrários aos bons costumes e à boa-fé”. No juízo da responsabilidade delitual por concorrência abusiva, ao abrigo de da liberdade genérica de concorrer, é essencial que exista um resultado desconforme ao direito e que se materialize num dano. Importa esclarecer que os dois institutos são diferentes, embora possam ser de aplicação cumulativa: certo é que os respetivos requisitos são de verificação isolada e independente. O exemplo prático está na

²³⁶ A. MENEZES CORDEIRO, «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas».

²³⁷ A. MENEZES CORDEIRO, «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas».

demonstração de elementos subjetivos, como o dolo ou a negligência, que não relevam para a aplicação do abuso do direito – objetivo –, mas é essencial para acionar o regime da responsabilidade civil. Rematando este raciocínio, dir-se-á que tanto pode haver responsabilidade civil (e conseqüente obrigação de indenizar) por abuso do direito, como não: a resposta depende sempre da verificação, em concreto, dos pressupostos da responsabilidade civil. Do meu ponto de vista, só haverá obrigação de indenizar se estiverem reunidos os pressupostos da responsabilidade civil delitual – não sendo, também, de excluir a compensação por danos puramente patrimoniais²³⁸.

²³⁸ Neste sentido, M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via»...*, pp. 62-63.

TESE

O trespasse é o contrato pelo qual se procede à transmissão unitária de um estabelecimento comercial. Atendendo à multiplicidade de realidades que podem consubstanciar um “estabelecimento comercial”, os termos do contrato são essenciais para conformar o estabelecimento na esfera jurídica do novo destinatário. Assim, definidas as prestações principais e secundárias, é possível recortar o âmbito da vinculação negocial que une os contratantes, e que o cumprimento pontual do programa de prestações faz cessar. É certo que, ao abrigo da autonomia privada, as partes podem convencionar que o trespasante fique impedido de concorrer com o trespasário. Caso não o façam, deverá entender-se que não quiseram estipular restrições à concorrência do trespasante, ou, no limite, que existe uma lacuna negocial que não carece de integração. Não colhem, por isso, as teorias que defendem uma *implicitude* de não concorrência se tal não resultar do sinalagma contratual.

Esta consideração não importa a conclusão de que o trespasário fique desprotegido face à atuação do trespasante. Com efeito, ainda que a liberdade genérica de concorrer seja um valor constitucionalmente garantido, nem por isso está isenta de limitações no seu exercício. Uma vez que o seu exercício pressupõe a interação com outros agentes no mercado, é necessário articular e equilibrar as suas posições jurídicas. Concretizando as orientações axiológico-normativas constitucionais em matéria de concorrência, o art. 317.º do CPI surge como uma norma de resolução de conflitos concorrenciais, determinando que serão consideradas *desleais* as condutas concorrenciais que sejam contrárias às regras e usos honestos do comércio. Este é um dever geral que cumpre a todos os intervenientes no comércio assegurar.

Neste sentido, a proibição da concorrência desleal é suficiente para afirmar que o trespasante está vinculado ao dever de concorrência leal, que deve adotar como princípio de conduta no âmbito do exercício da sua atividade comercial. Porém, só quando cumpridos os pressupostos de aplicação previstos nos parâmetros definidos pelo art. 317.º do CPI, teremos a concretização do comportamento que, em função das circunstâncias do caso, era exigível ao trespasante em função das regras e usos honestos do comércio.

O contacto negocial motivado pelo trespasse choca com a vocação geral daquela norma, pelo que se exige uma adaptação ao contexto subjetivo particular em que a concorrência do trespasante ao trespasário se coloca. Com efeito, o trespasse fez cair o anonimato entre os dois e promoveu consideração especial pela contraparte. Por conseguinte, a aproximação das duas esferas faz recrudescer a potencialidade lesiva da conduta concorrencial, razão pela qual justifica uma proteção acrescida dos interesses pessoais e (sobretudo) patrimoniais do trespasário que resultaram da celebração do contrato. Esta é uma preocupação que entronca na necessidade de evitar situações de cumprimento formal, mas sem a utilidade material que se exige – e que está subjacente – ao cumprimento pontual do contrato.

Esta motivação apela à aplicação deveres acessórios, destinados à conservação do laço obrigacional que une os sujeitos contratuais. Os deveres acessórios são uma construção legal de vínculos que não foram previstos no sinalagma contratual, mas cujo cumprimento e observância se revelam essenciais para alcançar o cumprimento efetivo do contrato e a realização do respetivo fim, pelo que se impõem às partes, independentemente da sua vontade.

A admissibilidade legal dos deveres acessórios radica no art. 762.º, n.º 2 do CC, que chama a si uma ideia de retidão de conduta que deve estar sempre presente no modo de exercício do direito acessório e também no seu conteúdo, que deve expressar as preocupações do ordenamento jurídico na proteção da integridade do programa de prestações gizado no contrato. É nesta vinculação que se traduz o papel da boa-fé no cumprimento das obrigações, que transporta para a relação obrigacional as orientações do ordenamento jurídico em matéria de concorrência, esclarecendo qual o comportamento “de boa-fé” a adotar num caso concreto. Por estas razões, os deveres acessórios decorrentes da boa-fé são essenciais para fundamentar a vinculação do trespasante a não concorrer com o adquirente de estabelecimento comercial: representam uma válvula de escape do sistema jurídico para reagir ao cumprimento meramente formal, apelando a um juízo concreto para aferir da validade de determinada conduta concorrencial. É, então, com base na cláusula geral de concorrência desleal que se encontram os elementos constitutivos do dever acessório e que devem motivar o concorrente a adotar uma

postura *de boa-fé* no exercício da sua atividade quando os seus atos, potencialmente, sejam suscetíveis de intervir na esfera de negociação do trespasário.

O dever acessório de concorrência leal consubstancia, pois, um comando específico de adoção de um comportamento concorrencial conforme às regras e usos honestos do comércio que, no contexto de uma relação obrigacional, vise assegurar uma proteção reforçada ao cumprimento das prestações contratuais, impondo e promovendo o desenvolvimento de uma atividade que não condicione especialmente o exercício do comércio. O trespasante deve, por isso, adotar um comportamento probo, honesto e leal perante o comércio, e especialmente perante o trespasário, abstenendo-se de praticar atos de agressão, de confusão ou apropriação de elementos que caracterizam e compõem o estabelecimento comercial que trespasou.

Nestes termos, a violação do dever acessório de concorrência leal é idóneo a fundamentar: (i) um delito especial por ilícito concorrencial e, a título subsidiário, (ii) uma situação de abuso do direito. Ainda que um ato, em abstrato (*silicet*, perante o mercado), não seja considerado desleal, este pode ser *desleal* (ou *abusivo*) num determinado contexto intersubjetivo. A verificação do ilícito concorrencial e conseqüente provocação de um dano na esfera do trespasário faz nascer a obrigação de indemnizar, admitindo-se, ainda, a compensação por danos puramente patrimoniais.

Chegado a este ponto, cumpre responder à pergunta formulada inicialmente: *pode o trespasante concorrer com o trespasário após a transmissão do estabelecimento comercial?*

Em face de todo o exposto, defendo que não existe uma obrigação de não concorrência, quando tal não seja previsto pelo contrato. Não obstante, encontro no ordenamento jurídico limites à concorrência do trespasante, que lhe são impostos em função do caso concreto, atendendo ao específico contexto da relação obrigacional. Neste sentido, a minha tese fundamenta-se na existência de um *dever especial de concorrência leal* por parte do trespasante, que, em certas circunstâncias, poderá determinar a abstenção de uma concreta prática concorrencial, em virtude do especial risco lesivo que representa para o trespasário. De outro modo, a liberdade de concorrer deve estar sempre assegurada e não pode ser arbitrariamente limitada.

BIBLIOGRAFIA

- **ABREU**, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9.^a ed., Almedina, 2014.
 - «Empresas Virtuais», in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. IV, Almedina, 2003.
- **ALMEIDA**, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos II*, 2.^a ed., Almedina, 2011.
- **ANDRADE**, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Almedina, 2012.
- **ANTUNES**, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, (3.^a reimp.), Almedina, 2014.
- **ASCARELLI**, TULLIO, *Lezioni di Diritto Commerciale*, 2.^a ed. (rev. e amp.), Giuffrè, 1955.
- **ASCENSÃO**, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Concorrência Desleal*, Almedina, 2002.
 - *Direito Comercial*, Vol. I, AAFDL, 1994.
- **ATAÍDE**, RUI, «Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta», in F. LOUREIRO BASTOS (org.), *Estudos Comemorativos dos vinte anos da Faculdade de Direito de Bissau*, [s.n.], 2010.
- **AURELIANO**, NUNO, «A obrigação de não concorrência do trespasante de estabelecimento comercial no direito português», in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. IV, Almedina, 2003.
- **BASTOS**, MIGUEL BRITO, «Deveres acessórios de informação – Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador», in *Revista de Direito das Sociedades Comerciais*, n.º 1/2, Almedina, 2013.
- **CANOTILHO**, JOSÉ JOAQUIM GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed. (rev.), Coimbra Editora, 2007.

- CARVALHO, ORLANDO DE, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial – O problema da empresa como objecto de negócios*, Atlântida, 1967.
- CENDRIER, GASTON, *Le fonds de commerce*, 4ª ed., [s.n.], 1926.
- COELHO, FÁBIO ULHOA, *Manual de Direito Comercial*, 18ª ed. (rev. e atual.), Editora Saraiva, 2007.
- COLOMBO, GIOVANNI, «L'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante», in FRANCESCO GALGANO, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Vol. III, Cedam, 1979.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, 4ª ed. (refor. e atual.), Almedina, 2014.
 - *Tratado de Direito Civil*, Vol. VII, Almedina, 2014.
 - *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2014.
 - *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, 4ª ed. (refor. e atual.), Almedina, 2012.
 - *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, 2ª ed. (rev. e atual.), Almedina, 2012.
 - *Direito Comercial*, 3ª ed. (rev., atual. e aument.), Almedina, 2012.
 - *Tratado de Direito Civil Português*, Livro II, Tomo IV, Almedina, 2010.
 - «Da colisão de direitos», in *O Direito*, 137.º, I, Almedina, 2005.
 - «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas», in *ROA*, Vol. II, 2005, disponível e consultado em: <http://www.oa.pt>.
 - *Da responsabilidade civil dos administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, 1997.
 - *Da boa fé no Direito Civil* (reimp.), Almedina, 1997.
 - «O cumprimento e o não cumprimento das obrigações – Violação positiva do contrato» in *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, Almedina, 1987.
- CORREIA, MIGUEL PUPO, *Direito Comercial*, 12ª ed. (rev. e atual.), Ediforum, 2011.

- COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA, *Direito das obrigações*, 12.^a ed. (rev. e atual.), Almedina, 2014.
- COTTINO, GASTONE, *Diritto Commerciale*, Vol. I, Cedam, 1976.
- CRORIE, BENEDITA MAC, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, 2005.
- DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, 2000.
- ESCARRA, JEAN, *Cours de Droit Commercial*, 10^a ed., Librairie du Recueil Sirey, 1952.
- FERREIRA, WALDEMAR, *Instituições de Direito Comercial*, Vol. II, 1952.
- FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade CiviR*, Almedina, 1997.
 - «Contrato e deveres de protecção» in *BFDUC*, Vol. XXXVIII (separata), [s.n.], 1994.
- GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 7^a ed., [s.n.], 1979.
 - *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. I, *Revista de Derecho Mercantil*, 1963.
- GIERKE, JULIUS VON, *Derecho comercial y de la navegación*, (trad. Juan M. Semon), Tipográfica Editora Argentina, 1957.
- GOMES, FÁTIMA, *Manual de Direito Comercial*, Universidade Católica Editora, 2012.
- GRAZIANI, AUGUSTO/MINERVINI, GUSTAVO, *Manuale di Diritto Commerciale*, Morano Editore, 1979.
- HEINSHEIMER, KARL, *Derecho Mercantil*, (trad. Agustín Vicente Gella, segundo a terceira edição alemã), Labor, 1933.
- JÚNIOR, EDUARDO SANTOS, «Sobre o trespasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial», in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As operações comerciais*, Almedina, 1988.

- **LARENZ**, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a ed. (trad. José Lamego), Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
 - *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, (trad. Jaime Santos Briz), Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- **LEITÃO**, ADELAIDE MENEZES, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito de Lisboa no ano de 2008, disponível e consultada em: <http://repositorio.ul.pt>.
- *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Almedina, 2000.
- **LEITÃO**, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 11.^a ed., Almedina, 2014.
- **MACHADO**, JOÃO BAPTISTA, «A cláusula do razoável», in *Obra dispersa*, Vol. I, Scientia Iuridica, 1991.
- **MAGALHÃES**, BARBOSA DE, *Do estabelecimento comercial – Estudo de Direito Privado*, [s.n.], 1951.
- **MARTINS**, JOÃO ZENHA, «Interpretação conforme com a Constituição», in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Almedina, 2003.
- **MENDES**, EVARISTO, Anotação ao art. 61.º, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., Tomo I, Coimbra Editora, 2010.
- **MESSINEO**, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, 9.^a ed. (rev. e atual.), Giuffrè, 1957.
- **MORAIS**, FERNANDO DE GRAVATO, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Almedina, 2005.
- **MÚRIAS**, PEDRO, «A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil», in *RFDUL*, Vol. XXXVII (separata), [s.n.], 1996.

- **OLAVO**, FERNANDO, *Direito Comercial*, Vol. I, 2ª edição, Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, 1970.
- **OLIVEIRA**, NUNO MANUEL PINTO DE, «Deveres de Protecção em Relações Obrigacionais», in *Scientia Iuridica*, n.º 297, 2003.
 - «Inexigibilidade Judicial do Cumprimento de Deveres Acessório de Conduta?», in *Scientia Iuridica*, n.º 293, 2002.
- **PAÚL**, PATRÍCIO, *Breve análise do regime da concorrência desleal no novo Código da Propriedade Industrial*, 2003, disponível em <http://www.oa.pt>.
- **PEREIRA**, MARIA DE LURDES/MÚRIAS, PEDRO, «Sobre o conceito e a extensão do sinalagma», in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, PAULA COSTA E SILVA, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, 2008.
- **PINTO**, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (2.ª reimpressão), Coimbra Editora, 2012.
 - *Cessão da posição contratual* (reimp.), Almedina, 1982.
- **REGO**, MARGARIDA LIMA, *Contrato de Seguro e Terceiros. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2010.
- **REI**, MARIA RAQUEL, *Da Expectativa Jurídica*, disponível e consultada em: www.estig.ipbeja.pt.
- **RIPERT**, GEORGES/ROBLOT, RENÉ, *Traité de Droit Commercial*, 18ª ed., Tomo I, Vol. I, LGDJ, 2001.
- **ROJO**, ÁNGEL, «El establecimiento mercantil», in AURELIO MENÉNDEZ (dir.) e M. L. APARICIO GONZÁLEZ (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4ª ed., Editorial Arazandi, 2006.
- **SILVA**, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial*, Coimbra Editora, 2011.
- **SOLÁ CAÑIZARES**, FELIPE DE, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Tomo II, Montaner Y Simón, 1962.

- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Introdução ao Direito*, Almedina, 2013
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, Coimbra Editora, 2000.
 - *Das universalidades – Estudo de direito privado*, [s.n.], 1940.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria geral do direito civil*, 7ª ed., Almedina, 2012.
 - *Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, 2011.
 - *Contratos atípicos*, 2ª ed., Almedina, 2009.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

I. Delimitação do objeto	1
II. Considerações iniciais e sequência	2

PARTE I - A negociação do estabelecimento comercial

1. O estabelecimento comercial.	
1.1. Determinação do estabelecimento comercial.....	4
1.2. Elementos do estabelecimento comercial.....	5
1.3. O estabelecimento comercial do século XXI.	7
1.4. Natureza jurídica – síntese crítica.....	9
2. O contrato de trespasse.	
2.1. Generalidades.....	11
2.2. O “típico” trespasse.....	14
2.2.1. As obrigações das partes	17
2.2.2. <i>Em especial:</i> a obrigação de não concorrência do trespasante.....	19
2.2.2.1. A orientação portuguesa.....	19
2.2.2.2. O entendimento dominante e as soluções legais no direito comparado.....	21
3. A obrigação de não concorrência.....	24

PARTE II - Estudo de Direito Privado sobre a concorrência do trespasante

1. Enquadramento da liberdade de concorrer	29
2. O fundamento da vinculação a não concorrer.....	32
2.1. Vinculação autónoma	
2.1.1. Sobre a lacuna de regulação.....	33
2.1.2. Sobre a axiologia na concorrência.....	35
2.1.3. Sobre a limitação voluntária do direito a concorrer.....	40

2.2. Vinculação heterónoma	
2.2.1. A cláusula geral de concorrência desleal.....	43
2.2.1.1. Sobre as normas de proteção.....	50
2.2.1.2. Sobre o dever especial de concorrência leal.....	51
2.2.2. Os deveres acessórios de conduta.....	53
2.2.2.1. <i>Idem.</i> Sobre a relação obrigacional sem deveres de prestação.....	55
2.2.2.2. Sobre a boa-fé objetiva como critério de conduta.....	56
2.2.2.3. Sobre a <i>culpa post pactum finitum</i>	60
2.2.2.3.1. Fundamento e natureza jurídica.....	65
2.2.2.3.2. Responsabilidade civil por delitos especiais....	66
2.2.3. O abuso de direito.....	69
TESE.....	73