

A CLÁUSULA (LEGAL) DE INTERDIÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO TRESPASSE DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

MARCELO ANDRADE FÉRES*

SUMÁRIO: 1. Introdução: do estabelecimento empresarial, do seu trespasse e do objeto deste estudo; 2. Alguns comentários gerais sobre a interdição da concorrência na alienação do estabelecimento; 3. O direito brasileiro anterior ao Código Civil de 2002; 4. O tema no Código Civil de 2002; 5. Elementos da cláusula (legal) de interdição da concorrência no trespasse e sua interpretação; 6. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO: DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL, DO SEU TRESPASSE E DO OBJETO DESTA ESTUDO

Nas origens do Direito Comercial, predominavam os comerciantes individuais, sendo reduzido o número de sociedades. Iniciavam atividades mercantis e, conforme suas aptidões político-sociais, ingressavam nas corporações de ofício, onde mantinham intenso contato com seus pares. Para o exercício da vida negocial, o

* Professor na Faculdade de Direito da UFMG

comerciante aglomerava bens que lhe eram necessários. A tal conjunto de bens o Direito atribui o título de estabelecimento (*azienda*). Contudo, em certos episódios, a realidade mercantil, a conveniência econômica, ou mesmo circunstâncias pessoais do comerciante impunham-lhe – assim como até hoje impõem – a transferência do estabelecimento a outro sujeito, fosse este comerciante iniciado ou pessoa que desejasse principiar uma atividade econômica.

Assim, surgiram primeiramente mecanismos sobre a alienação do estabelecimento, nomeadamente na sua modalidade onerosa, ou seja, o *traspasse*¹, para, somente mais tarde, ter lugar o desenvolvimento técnico das sociedades e das operações que as envolvem. A propósito, GIUSEPPE CASTELLI-AVOLIO, citando ALBERTO MARGHIERI, assinala que o estabelecimento foi o primeiro marco miliário do caminho que as energias capitalísticas e do trabalho estavam destinadas a percorrer².

Em resposta aos anseios sociais, o direito estrangeiro cuidou de normatizar a matéria do *traspasse* e seus efeitos obrigacionais. Por exemplo, o Código Civil italiano, de 1942, regula a sucessão empresarial, com especial atenção às conseqüências do *traspasse* sobre contratos (art. 2.558), créditos (art. 2.559) e débitos (art. 2.560).

No Brasil, os efeitos obrigacionais do *traspasse* assumiam, antes do Código Civil de 2002, papel extremamente relevante na praxe empresarial, embora pouco explorado pela doutrina,

¹ Alguns doutrinadores entendem que o *traspasse* constituiria gênero referente a toda e qualquer forma de alienação do estabelecimento, como, por exemplo, a doação, a sucessão *mortis causa* etc. Nesse sentido, encontra-se, entre outras, a lição de ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade: as empresas no direito*. Coimbra: Almedina, 1999. Contudo, para este trabalho, o *traspasse* é compreendido como o contrato pelo qual se transmite, a título oneroso, o estabelecimento empresarial.

² CASTELLI-AVOLIO, Giuseppe. *L'azienda commerciale: nelle teorie e nella pratica del diritto*. Napoli: P. Federico & G. Ardia, 1925, p. XV.

principalmente no que tocava à chamada sucessão de empresas. Essa relevância justificava-se, sobretudo, pelo então contexto de inexistência de normas especiais³.

Competia, assim, à doutrina e à jurisprudência a elaboração das hipóteses, das formas e dos limites dos efeitos obrigacionais da aquisição do estabelecimento (*azienda*). Vale mencionar que, isoladas e insuficientes, existiam, tão-somente, algumas disposições na Lei de Falências (arts. 2º, V e 52, VIII), referentes a direitos dos credores quando da venda do estabelecimento, sem prévia anuência.

Há muito, o legislador pátrio já se apercebia desse vácuo normativo. No anteprojeto do Código de Obrigações (art. 172), da lavra de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, havia a previsão da sucessão empresarial, bem como da distribuição das obrigações do estabelecimento entre alienante e alienatário.

Alguns ramos do direito nacional já tinham alcançado o assunto. A lei trabalhista, ao atribuir a qualidade de empregador à empresa e garantir a preservação dos direitos dos empregados

³ A propósito da importância do tema, antes do Código Civil, vale lembrar Mauro Delphim de Moraes, que assevera: “Um dos negócios mais constantes, nos dias de hoje entre nós, é o *trespasse* do estabelecimento comercial, acompanhado da transferência de seus créditos, débitos e contratos, fato este que corrobora as posições acima expostas. No entanto, embora a prática desses negócios esteja de acordo com o direito moderno, com ressalva apenas à cessão de créditos, em relação à qual há normas de direito positivo e doutrina bem definida, nada existe em nosso direito disciplinando a cessão de débitos, obrigações e contratos, além do que pouco se tem escrito sobre a mesma. Essa falta de legislação, carência de entendimentos doutrinários acarretam problemas, dúvidas, às vezes não solucionadas, na celebração de *trespasse* da *azienda*, acompanhada dos seus débitos, obrigações, contratos; dificultando, inclusive, a realização desse tipo de negócio, obstando por conseqüência a evolução de nosso Direito Comercial.” (MORAES, Mauro Delphim de. *A sucessão nas obrigações aziendais no direito brasileiro*. *Revista de Direito Mercantil*, n. 32, p. 17-18).

(arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho), propiciou, obliquamente, que a jurisprudência sedimentasse a sucessão passiva nos créditos dessa natureza. Por sua vez, a legislação tributária, como corolário das limitações constitucionais ao poder de tributar, de maneira mais precisa, estabelece as hipóteses de responsabilidade do sucessor, em virtude de aquisição de estabelecimento empresarial (art. 133 do Código Tributário Nacional).

Por sua vez, o Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, deu regulamento geral ao fenômeno, dispensando tratamento aos efeitos obrigacionais da aquisição do estabelecimento; ele regulou a repercussão do trespasse sobre contratos (art. 1.148), créditos (art. 1.149) e débitos (art. 1.146), inovando, radicalmente, o ordenamento pátrio. Ainda no cenário do *codex*, merece destaque seu art. 1.147, que impede a concorrência desleal por parte do alienante do estabelecimento, o que é objeto de estudo nas próximas linhas.

2. ALGUNS COMENTÁRIOS GERAIS SOBRE A INTERDIÇÃO DA CONCORRÊNCIA NA ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO

A interdição da concorrência no âmbito do trespasse constitui uma constante no estudo dos negócios sobre o estabelecimento empresarial.

Com efeito, o ordenamento, de modo geral, ao regular contratos bilaterais que importam transmissão de propriedade ou de posse de bens, prevê uma série de garantias, visando assegurar a idoneidade do objeto negociado. A esse respeito, SÍLVIO DE SALVO VENOSA afirma:

“O alienante deve garantir ao adquirente que ele possa usufruir da coisa conforme sua natureza e destinação. Essa obrigação resulta do princípio da boa-fé que deve nortear a conduta dos contratantes. Essa modalidade de garantia, que sucede a entrega da

coisa, assume três diferentes facetas. De plano, deve o transmitente da coisa abster-se de praticar qualquer ato que implique turbação do direito transmitido. Como consequência dessa obrigação, deve também evitar que o adquirente seja turbado no exercício do direito por atos espoliativos emanados de terceiros, decorrentes de causas anteriores à transmissão. Se esse terceiro triunfa, e obtém a coisa para si, o alienante tem a obrigação de indenizar o adquirente pela perda. Finalmente, o alienante deve assegurar a materialidade idônea da coisa, garantindo o adquirente de vícios ocultos⁴.

Entre essas garantias, normalmente, é arrolada a responsabilidade do transmitente pelos vícios redibitórios e pela evicção. Em ambos os casos, a ordem jurídica quer ensejar o pleno gozo da coisa pelo seu adquirente. Na hipótese específica do trespasse, além dessas garantias, costuma-se arrolar a cláusula de interdição da concorrência, por intermédio da qual o alienante do estabelecimento assume a obrigação de não concorrer com o correlato adquirente. Outros preferem associá-la ao princípio da boa-fé.

Trata-se de uma cláusula consuetudinariamente consagrada no contrato de trespasse⁵. Essa avença visa a tutela da clientela, atribuindo um não fazer ao alienante do estabelecimento. A rigor, observe-se, não há uma titularidade sobre a clientela a ser transfe-

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 543.

⁵ Sobre o nascimento da questão da concorrência na França, Jean Hilaire narra interessante julgado da Câmara de Tournelle no século XVII. Observe-se: “*Un arrêt de la Chambre de Tournelle du 10 mai 1692 aborde la question des <pratiques> (clients) sur le plan pénal: ayant acquis son indépendance, le commis d’une mercière s’était installé tout à côté de la boutique de son ancienne patronne, s’efforçait de détourner la clientèle à son profit; les règlements corporatifs n’ayant pas prévu le cas et ne protégeant donc pas la clientèle, la condamnation du commis à s’installer ailleurs était appuyée sur les règlements de police, on parvenait par ce biais à une solution annonçant la future obligation de non-concurrence.*” (HILAIRE, Jean. *Introduction historique au droit commercial*. Paris: PUF, 1986, p. 152-153).

rida; ela não se reduz a um bem, não podendo, conseqüentemente, ser objeto de cessão. Todavia, a vedação de concorrência torna idônea a possibilidade de a clientela permanecer atrelada à *azienda* negociada.

Estudando tal cláusula, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU assinala que variados são os seus fundamentos apontados pela doutrina, como o princípio da boa-fé na execução dos contratos, o princípio da equidade, os usos do comércio, a concorrencial leal, a garantia contra a evicção e o dever de o alienante entregar a coisa alienada e assegurar o gozo pacífico dela⁶. Ao analisar o tema no direito português, em que não há previsão expressa, o citado doutrinador afirma a vigência da cláusula. Ele conclui que, com alguma tradição, entre os portugueses, parece ser preferível fundamentar a interdição da concorrência no dever de o trespassante entregar a coisa alienada e assegurar o seu gozo pacífico.

Na Espanha, em face do silêncio legislativo existente sobre a tutela da concorrência no trepasse do fundo de comércio, JOAQUÍN GARRIGUES, entretanto, prega que a obrigação de o alienante não fazer concorrência ao adquirente se encontra implícita na avença, em razão do princípio da boa-fé, insculpido no art. 1.258 do Código Civil e no art. 57 do Código Comercial, ambos espanhóis. Todavia, o mencionado autor noticia sentença do Tribunal Supremo, de 17 de junho de 1970, cujo conteúdo é contrário à sua doutrina. Em síntese, aquela Corte entendeu que a boa-fé constitui um princípio interpretativo das cláusulas contratuais e, em face da inexistência de pacto sobre concorrência no instrumento firmado pelas partes, não há como ela ser chamada a atuar⁷.

⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999, v. I, p. 262.

⁷ Observem-se os comentários de Joaquín Garrigues à decisão do Tribunal Supremo: “*La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1970 se enfrentó con la posibilidad de considerar la existencia de una prohibición de competir que no había sido impuesta por ninguna cláusula contractual, pero que se pretendía apoyar*”

Em verdade, o raciocínio expendido pelo citado Tribunal partiu de uma premissa equivocada. O princípio da boa-fé não se reduz a um mero elemento interpretativo do contrato. É muito mais do que isso; ocupa-se também da integração de lacunas negociais, sendo idôneo a atuar mesmo no silêncio das partes⁸. A boa-fé objetiva engendra uma série de deveres acessórios ao contrato, independentemente de previsão expressa, como ocorre, por exemplo, com o dever de colaboração e de transparência.

Por sua vez, o ordenamento jurídico alemão também não preconiza, expressamente, a abstenção de concorrência pelo trespassante, valendo lembrar JULIUS von GIERKE, cuja lição é no sentido de que o caso concreto não se resolve pelo índice da

por una de las partes en el principio de buena fe reconocido en el art. 1258 del C. C. El Tribunal Supremo declaró que 'la buena fe tiene un valor exclusivamente interpretativo o lo que es lo mismo, ella sirve para suplir, integrar o corregir el contenido del negocio en función hermenéutica es indudable que, al no haberse convenido la obligación prohibitiva de la concurrencia no es factible aducir una función interpretativa cuando falta la base en que apoyarla...'. Es decir, que en esta sentencia el Tribunal Supremo no admite que la prohibición de competir pueda apoyarse exclusivamente en el principio de buena fe establecido en el art. 1258, si no se pactó en el contrato. Bien es cierto que esta doctrina no puede aplicarse como doctrina jurisprudencial a todas las transmisiones contractuales de empresas. En primer término, porque está contenida en una única sentencia del Tribunal Supremo. Y en segundo lugar, porque el contrato a que se refiere la sentencia no es propiamente una venta de empresa, sino un contrato realizado con ocasión de unas operaciones particulares." (GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Bogotá: Temis, 1987, t. I, p. 192).

⁸ Nesse mesmo sentido, encontra-se a lição de Karl Larenz, que, ao estudar a interpretação dos negócios jurídicos na Alemanha, afirma: "Para a 'interpretação contratual integradora', que então há de ter lugar, são decisivos o contexto global do contrato, um escopo do contrato reconhecido por ambas as partes e a situação de interesses, tal como foi configurada por cada uma das partes. Aqui há que perguntar de novo sobre o que é que, nestas circunstâncias, pode considerar-se como atribuível a cada uma das partes, no sentido de um justo equilíbrio de interesses. Por isso, a lei menciona o princípio da 'boa-fé' (§ 157 do BGB) como pauta da interpretação contratual integradora." (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 423).

responsabilidade por vícios redibitórios, mas, sim, pela interpretação do contrato em particular, de acordo com os costumes⁹.

O Código Civil italiano, em seu art. 2.557, prevê, expressamente, a interdição da concorrência pelo trespassante do estabelecimento. De acordo com o dispositivo mencionado, quem aliena estabelecimento deve abster-se, pelo período de cinco anos, contados da transferência, de iniciar uma nova empresa que, pelo objeto, localização ou outras circunstâncias, seja idônea a desviar a clientela da *azienda* alienada. Observe-se seu inteiro teor:

“Art. 2.557. Quem aliena a *azienda* deve abster-se, pelo período de cinco anos da transferência, de iniciar uma nova empresa que, pelo objeto, localização ou outras circunstâncias, seja idônea a desviar a clientela da *azienda* cedida (2.125, 2.596).

O pacto de abster-se da concorrência em limites mais amplos do que aqueles previstos na parte precedente é válido, desde que não impeça toda e qualquer atividade profissional do alienante. Ele não pode exceder o prazo de 5 anos da transferência.

Se no pacto é indicado um prazo maior ou ele não é previsto, a interdição da concorrência vale pelo período de cinco anos da transferência.

No caso de usufruto ou de aluguel de *azienda*, a interdição da concorrência prevista na primeira parte deste dispositivo vale para o proprietário ou o locador pelo prazo do usufruto ou da locação.

As disposições deste artigo aplicam-se às *aziendas* agrícolas somente para a atividade a ela conexas (2.135), quando em relação a ela seja possível um desvio de clientela”¹⁰.

⁹ GIERKE, Julius von. *Derecho comercial y de la navegación*. Buenos Aires: Argentina, 1957, v. I, p. 129.

¹⁰ O art. 2.557 do Código Civil italiano estabelece: “*Chi aliena l’azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall’iniziare una nuova impresa che per l’oggetto, l’ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell’azienda ceduta (2.125, 2.596). Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell’alienante. Esso non può eccedere la durata*”

Analisando os fundamentos dessa disposição, GIORGIO FERRARI afirma que, há muito, a doutrina italiana abandonou a tese redutora da interdição da concorrência ao esquema da responsabilidade pela evicção. Ele prefere a idéia de ela ser necessária apenas em virtude da periculosidade qualificada da concorrência do alienante do estabelecimento. Ela seria, em sua visão, uma cláusula autônoma, não essencial para a configuração do negócio; seria um efeito normal do negócio, pois as partes objetivam a transmissão do estabelecimento com todas as suas vicissitudes¹¹.

Na Argentina, JORGE OSVALDO ZUNINO lembra que:

“Integridade do fundo não é somente entregá-lo de acordo com o pactuado ou como corresponda à lei; é também permitir ao adquirente seu uso ou exploração segundo seu destino e na forma mais ampla. Já vimos a respeito que é obrigação do vendedor não voltar a se estabelecer com negócio similar no raio de ação do fundo vendido, salvo estipulação em contrário”¹².

Em França, segue-se idêntico caminho. Assim, resta evidente que a cláusula (legal) de interdição da concorrência é uma constante nos ordenamentos em geral, não podendo o brasileiro

di cinque anni dal trasferimento. Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento. Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto. Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse (2.135), quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela.”

¹¹ FERRARI, Giorgio. Azienda (diritto privato). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. IV, p. 708-709, 1959.

¹² Tradução livre de: “Integridad del fondo no es solamente entregarlo de acuerdo con lo pactuado o como corresponda según la ley; es también permitir al adquirente su uso o explotación según su destino y en la forma más amplia. Ya hemos visto al respecto que es obligación del vendedor no volver a establecerse con negocio similar en el radio de acción del fondo vendido, salvo estipulación en contrario”. (ZUNINO, Jorge Osvaldo. *Fondo de comercio*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 267).

disto se dissociar, principalmente porque o Código Civil impõe aos contratantes interpretar e executar a convenção segundo a boa-fé (art. 422).

3. O DIREITO BRASILEIRO ANTERIOR AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Antes da codificação de 2002, não havia norma expressa a respeito da interdição da concorrência a partir do trespasse. A doutrina e a jurisprudência foram as responsáveis pela edificação da cláusula, sempre, claro, atentas aos usos do mercado.

Com respeito àquele contexto, vale comentar, com maiores detalhes, o célebre caso da Companhia de Tecidos de Juta contra o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista de Aniagem. Trata-se de antiga causa que se tornou famosa no foro em geral, não só pelo tema da clientela, mas principalmente pelo brilhantismo dos advogados que patrocinaram as partes. De um lado, desde a primeira instância, defendendo os interesses da autora, Companhia Nacional de Tecidos de Juta, encontrava-se o comerciante CARVALHO DE MENDONÇA. De outra parte, RUI BARBOSA.

Sobre o ingresso de RUI BARBOSA na causa, para defender os interesses do Conde Álvares Penteado e da Companhia Paulista de Aniagem, em sede de embargos, perante o Supremo Tribunal Federal, FRANCISCO MORATO narra algumas curiosidades, *in verbis*:

“Articulando e desenvolvendo a defesa, produziu o exímio patrono o formoso trabalho que ora se reimprime e que constitui preciosa dissertação acerca do tópico jurídico da cessão de clientela.

Escreveu-o em pouco mais de quatro meses, que tanto foi o tempo intermédio entre o dia em que recebeu vista dos autos e o em que os restituiu ao cartório. O prazo regimental vigente era então de dez dias para opositura dos embargos e de cinco para sustentação; prazo que logrou dilatar por especial deferência do patrono contrário.

Além das alegações escritas, fez a defesa oral no ato do julgamento da Suprema Corte. Embora regimentalmente só dispusesse para isso de quinze minutos improrrogáveis e se cingisse a acentuar os pontos culminantes da controvérsia, falou, assim como fez o dr. Carvalho de Mendonça, por mais de uma hora”¹³.

Na espécie, discutiu-se se a cessão da clientela era ou não inerente à cessão do estabelecimento. O Conde Álvares Penteado, acionista esmagadoramente majoritário, ao lado de seus parentes, sócios minoritários, constituíram a Companhia Nacional de Tecidos de Juta e, mais adiante, alienaram suas partes sociais a terceiros.

Após o negócio, o Conde Álvares Penteado procedeu à constituição de nova sociedade, a Companhia Paulista de Ania-gem, cujo objeto era o mesmo daquele explorado pela primeira sociedade.

A Companhia Nacional de Juta promoveu ação contra o Conde e a nova sociedade, buscando haver o ressarcimento de valor, conforme alegado, pago como *avviamento*.

Superadas as várias fases do processo e, após a ampla discussão travada entre as partes nos embargos, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 12 de agosto de 1914, restou assim ementado:

“A freguesia de uma fábrica não pode ser objeto do contrato, em vista do disposto no artigo 17, do decreto n. 434, de 4 de julho de 1.891.

A renúncia do direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria, não se presume. Ela deve ser expressa, ou pelo menos, resultar de modo inequívoco dos termos do contrato para que na solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência”¹⁴.

¹³ Essas observações se encontram no prefácio de Franciso Morato à obra: BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, v. XL, t. I.

¹⁴ BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alie-*

Desse modo, a Suprema Corte decidiu que a cláusula de interdição da concorrência não se encontrava implícita no negócio firmado entre as partes.

Não obstante esse antigo precedente, a jurisprudência e a doutrina sedimentaram-se em sentido contrário. Mesmo na omissão da cláusula no instrumento contratual, entenderam possível, conforme as condições do caso concreto, invocar-se a boa-fé, a fim de evitar a concorrência desleal do alienante. O adquirente do estabelecimento firma o contrato, no mais das vezes, em atenção à clientela. Sem ela, que seguiria o alienante no caso de seu restabelecimento, o objeto do contrato perderia seu valor. Assim, a boa-fé não autoriza, em princípio, a concorrência levada a efeito pelo alienante de estabelecimento. Incluem-se no âmbito da boa-fé as justas expectativas do adquirente, segundo o comportamento correto dos contratantes, valorizado pelos usos e costumes.

4. O TEMA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil, ao contrário da sistemática anterior, preconiza, em regra, a interdição da concorrência por parte do alienante do estabelecimento. Ele prevê, em seu art. 1.147, que, “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subseqüentes à transferência”, de sorte a permitir a plena possibilidade de continuação da empresa (atividade) original sob a titularidade do trespessário. A norma revela medida especial de tutela da clientela, fazendo valer, principalmente, o preço pago pelo *avviamento*.

Caso inexistisse a disposição especial do art. 1.147 do Código Civil, note-se, seria defeso ao alienante fazer concorrência ao adquirente da *azienda*, por força do art. 422 da mesma Lei¹⁵, que estipula a probidade e a boa-fé como princípios diretivos dos contratos.

nações...cit. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, p. 381.

¹⁵ Já há, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 69.960/2002, de autoria

Nessa linha de raciocínio, seguida por vários doutrinadores brasileiros do passado e pelo direito estrangeiro, a obrigação de não concorrência exsurge como uma consequência da aplicação da boa-fé e da probidade ao contrato de trespasse.

Nada obstante, o art. 1.147 do Código de 2002 não é inócuo, pois, por seu intermédio, são reguladas peculiaridades referentes à manifestação da boa-fé e da probidade no trespasse, traduzindo a exigência legal de sua presença na fase pós-contratual, a qual não foi abrangida expressamente pelo aludido art. 422.

A codificação pretende estender, de maneira peculiar, ambos os princípios mencionados para o momento posterior ao negócio. Na espécie, eles devem atuar mesmo após concluído e executado o contrato, para garantia da fruição do estabelecimento pelo adquirente.

Em síntese, a cláusula (legal) de não concorrência traduz, no silêncio das partes, uma obrigação de não fazer do trespasante no momento pós-contratual, constituindo uma manifestação específica dos princípios da probidade e da boa-fé, cujo intuito é assegurar o pleno gozo do estabelecimento pelo trespasário, especialmente no que toca à clientela.

Ao que parece, essa é a índole predominante da cláusula na sistemática do novo *codex*. Não se pode repudiar, entretanto, outras características apontadas pela doutrina, principalmente, estrangeira. Há, como se falou, aqueles que vêm na interdição da concorrência uma garantia própria da compra e venda. De outro lado, alguns preferem entendê-la como o dever de entrega da coisa

do Deputado Ricardo Fiúza, que sugere a modificação do art. 422 do novo Código Civil para: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.”

alienada, ou mesmo o dever de concorrência leal. Em verdade, todas essas idéias se completam para a correta compreensão do conteúdo do art. 1.147 da codificação em vigor.

Permite-se, contudo, o afastamento voluntário da cláusula, pois, em alguns casos, ela é inócua, não gerando qualquer utilidade para o trespasário. Segundo se observou repetidas vezes, essa cláusula é endereçada precipuamente à tutela da clientela pessoal, o que pode inexistir em certos episódios. Portanto, não se mostrando conveniente às partes essa cláusula, elas deverão afastá-la expressamente; o silêncio dos contratantes comunica a interdição de concorrência.

Lembre-se, a esse respeito, da mencionada lição de GIORGIO FERRARI, para quem a interdição da concorrência reveste-se de natureza autônoma em relação ao trespasse¹⁶; para aquele doutrinador, ela constitui uma cláusula não essencial no negócio, o que é perfeitamente correto. O contrato de trespasse tem por objeto a alienação da *azienda*, não sendo imprescindível, para o seu aperfeiçoamento, a proteção da clientela. Por exemplo, em se tratando de clientela de marca ou mesmo de transeuntes, ela aproveita ao adquirente do estabelecimento, independentemente da interdição de concorrência, seja legal ou convencional.

5. ELEMENTOS DA CLÁUSULA (LEGAL) DE INTERDIÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO TRESPASSE E SUA INTERPRETAÇÃO

Se o negócio firmado entre as partes acarretar a *obrigação de o alienante não fazer* concorrência, seja por silêncio, seja por disposição expressa nesse sentido, é recomendável a elaboração da respectiva cláusula de modo completo.

¹⁶ FERRARI, Giorgio. Azienda (diritto privato). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. IV, p. 708, 1959.

A propósito, na cláusula de interdição da concorrência, podem ser apontados os seguintes elementos: a) temporal; b) espacial; c) pessoal; e d) material. O primeiro deles, inclusive pelo disposto no art. 1.147 da codificação, é o temporal; inexistindo autorização expressa, nos 5 (cinco) anos subseqüentes ao trespasse do estabelecimento, o alienante não pode fazer concorrência ao adquirente. Portanto, a avença deve prever o prazo de vigência da obrigação de não fazer. Os contratantes podem estipular o lapso de 1 (um), 2 (dois), 3 (três), 4 (quatro), 5 (cinco) anos ou mais. Contudo, observe-se, caso as partes elejam prazo diverso daquele previsto em lei, deverão elas o fixar expressamente.

O segundo elemento indicado é o espacial; a negociação entabulada deve limitar o âmbito geográfico de eficácia da proibição de concorrência, sempre, lembre-se, visando assegurar a idoneidade do estabelecimento como tal.

Quanto ao elemento pessoal, em princípio, ele diz respeito às partes signatárias do trespasse. Entretanto, conforme os dados do caso concreto, pode mostrar-se conveniente o arrastamento da vedação de concorrência sobre outras pessoas. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de alienação de estabelecimento de sociedade empresária; o instrumento de trespasse pode atribuir aos seus administradores, bem como ao sócio controlador, a obrigação de não fazer concorrência ao trespasário¹⁷. A propósito, G. RIPERT e R. ROBLOT citam diversos arestos franceses, através dos quais a interdição de concorrência alcança terceiros, ainda que não haja

¹⁷ Veja-se, a respeito da extensão da interdição da concorrência, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa é a seguinte: “CONCORRÊNCIA DESLEAL – Oficina gráfica em pequena cidade – Sociedade formada por dois sócios – Desavença entre êstes – Cota de um alienada a terceiro com o objetivo de não ser liquidada a oficina – Nôvo estabelecimento montado pelo ex-sócio nas proximidades do antigo – Circunstâncias que demonstram malícia no negócio – Ação de indenização procedente – Apelação provida. Não é da liberdade de comerciar que nasce a concorrência desleal mas da

cláusula expressa¹⁸. Isso ocorre com herdeiros ou com dirigentes de sociedades, como no exemplo acima.

Ademais, podem ser lembrados os cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens. Se um dos consortes aliena seu estabelecimento empresarial, por óbvio, a vedação de concorrência comunica-se ao outro.

De qualquer sorte, incidindo a cláusula de interdição de concorrência sobre um negócio concreto, deve ela ser interpretada em atenção ao princípio da proporcionalidade, pois se encontram em conflito valores de teor constitucional. Na hipótese, a um só tempo, podem ser assinalados o direito de propriedade, a autonomia privada e a livre iniciativa.

A obrigação de não concorrer deve apenas limitar a livre iniciativa do sujeito que aliena o estabelecimento; não pode ela suprimir totalmente qualquer possibilidade de atuação econômica do interessado, sob pena de ingressar na seara da inconstitucionalidade. A esse respeito, lembre-se a segunda parte do art. 2.557 do Código Civil italiano, que traz, de maneira expressa, alguns parâmetros interpretativos, ao estabelecer:

“(…)

O pacto de abster-se da concorrência em limites mais amplos do que aqueles previstos na parte precedente é válido, desde que não

má-fé alimentada pelo alienante. No caso da alienação do fundo de comércio, o contrato pode ser omissivo quanto à vedação do alienante de regressar ao mesmo ramo, sob as mesmas condições.” (Apelação cível n. 110.957, Relator Heráclides Batalha de Camargo, ac. 02/10/1961. RT 325/226).

¹⁸ Confira: “*Toutefois, le débiteur de la clause de non-concurrence n'est pas toujours le propriétaire du fonds cédé. Il peut s'agir d'un héritier (Cass. com., 10 mars 1982, Bull. cass., 1982, 4, n. 96: fils exploitant seul le fonds), de la seule exploitante du fonds (Cass. com., 4 juillet 1984, D.S., 1984, I. R., 445, obs. SERRA) ou des dirigeants sociaux de la société ayant cédé le fonds (Paris, 30 janvier 1992, D.S., 1993, Somm., 160, obs. SERRA).*” (RIPERT G.; ROBLOT R. *Traité de droit commercial* Paris: LGDJ, 1998, t. 1, p. 545).

impeça toda e qualquer atividade profissional do alienante. Ele não pode exceder o prazo de 5 anos da transferência. (...)”¹⁹.

Comentando a jurisprudência francesa sobre a cláusula de não-concorrência, G. RIPERT e R. ROBLOT escrevem:

“Para apreciar a validade dessas cláusulas, a jurisprudência estabeleceu um compromisso entre a liberdade contratual e a liberdade do comércio. A validade das cláusulas de não restabelecimento está, assim, submetida a duas condições. Em primeiro lugar, ela deve ser limitada no *seu objeto*, o que quer dizer que não pode ser desproporcional (Cass. com., 4 de janeiro de 1994, D.S., 1995, 205, nota de SERRA). A cláusula que proíba o vendedor do fundo de comércio de exercer toda e qualquer atividade é ilícita. Ao vendedor ou ao locador é vedado, em geral, o direito de se restabelecer ou de se interessar direta ou indiretamente por um comércio de mesma natureza (Cass. com., 22 de outubro de 1991, D.S., 1992, *Somm.*, 349; 6 de junho de 1990, *Bull. cass.*, 1990, 4, n. 163). Em seguida, a interdição deve ser *limitada no tempo e no espaço*. As duas restrições podem se acumular, mas é necessário de pelo menos uma. A interdição feita ao vendedor de se restabelecer pode ser perpétua, se ela é limitada a um setor geográfico determinado. Inversamente, ela pode não comportar nenhuma limitação geográfica, se ela é limitada a um período determinado (Cass. civ., 26 de março de 1928, D. 1930, 1, 145, nota de PIC; 18 de junho de 1945, D. 1945, 332; Cass. com., 19 de maio de 1987, D. S., 1988, *Somm.*, 177, obs. SERRA; 30 de outubro de 1989, D.S., 1990. *Somm.*, 332, 2ª espécie)”²⁰ (destaques originais).

¹⁹ A segunda parte do art. 2.557 do *Codice Civile* dispõe: “(...) *Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell’alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento. (...)*”

²⁰ Tradução livre de: “*Pour apprécier la validité de ces clauses, la jurisprudence a établi un compromis entre la liberté contractuelle et la liberté du commerce. La validité des clauses de non-rétablissement est donc soumise à deux conditions. Tout d’abord, elle doit être limitée dans son objet, c’est-à-dire ne pas être disproportionnée (Cass. com., 4 janvier 1994, D.S., 1995, 205, note SERRA). La clause qui interdirait au vendeur du fonds de commerce l’exercice de toute activité est*

A cláusula de não-concorrência deve ser interpretada restritivamente em face de um alienante, que seja titular de pluralidade de estabelecimentos. Suponha-se que um empresário, titular de dois estabelecimentos, cujos pontos correspondentes tenham situação num mesmo município de porte econômico médio, resolva, por dificuldades econômicas, desfazer-se de uma das unidades. Não poderia ele continuar a exploração de sua atividade na outra *azienda*?

A questão merece resposta afirmativa. O empresário pode prosseguir em sua atividade econômica normalmente. Todavia, a boa-fé é o critério determinante da solução de um caso concreto. Por óbvio, que o alienante não poderia enriquecer-se às expensas de outrem, transferindo estabelecimento infrutífero, do qual o adquirente não pudesse colher qualquer utilidade.

Ainda a esse respeito, comporta a lembrança de que o art. 2.557 do Código Civil italiano veda a concorrência mediante “nova empresa”, oferecendo um parâmetro normativo à questão. Portanto, em princípio, o empresário que aliena apenas um dos seus estabelecimentos prossegue normalmente sua vida econômica, sem qualquer impedimento legal.

Nada obsta, a propósito, que o transmitente do estabelecimento se restabeleça em outra localidade distante, sem qualquer interferência sobre a freguesia do estabelecimento originário.

*illicite. Le vendeur ou le louer s'interdit, en règle générale, le droit de se rétablir ou de s'intéresser directement ou indirectement dans un commerce de même nature (Cass. com., 22 octobre 1991, D.S., 1992, Somm., 349; 6 juin 1990, Bull. Cass., 1990, 4, n. 163). Ensuite, l'interdiction doit être limitée dans le temps ou dans l'espace. Les deux restrictions peuvent se cumuler, mais il en faut au moins une. L'interdiction faite au vendeur de se rétablir peut être perpétuelle si elle est limitée à un secteur géographique déterminé. Inversement, elle peut ne comporter aucune limitation géographique si elle est limitée à une durée déterminée (Cass. civ., 26 mars 1928, D. 1930, 1, 145, note PIC; 18 juin 1945, D. 1945, 332; Cass. com., 19 mai 1987, D.S., 1988, Somm., 177, obs. SERRA; 30 octobre 1989, D.S., 1990, Somm., 332, 2e. espèce).” (RIPERT, G.; ROBLOT, R.. *Traité de droit commercial*. Paris: LGDJ, 1998, t. 1, p. 544-545).*

Note-se que a tutela da concorrência é dispensada pela legislação com o intuito de preservar a clientela nas mãos do adquirente do estabelecimento. A norma não significa exatamente a proibição de que o alienante se restabeleça ou exerça qualquer atividade. A preocupação claramente é com a clientela. Não sendo ela tangenciada pelo alienante, incorre o desrespeito à proibição da lei.

Várias outras questões podem se mostrar controvertidas na aplicação do disposto no art. 1.147 do Código Civil. Primeiramente, cumpre indagar qual é o âmbito da concorrência vedada pela norma. O alienante do estabelecimento poderia, por exemplo, ser empregado de um concorrente?

Deve-se responder afirmativamente à indagação. No caso de ele se tornar empregado de uma empresa concorrente, não é ele quem faz a concorrência, mas, sim, o seu empregador. Ele não pode ser titular de uma atividade que desrespeite a cessão de clientela levada a efeito por meio do *trespasse*.

A boa-fé, contudo, seria quebrada se o alienante, ao invés de se limitar a trabalhar para a empresa concorrente, se empenhasse ostensivamente em deslocar a clientela do estabelecimento vendido para o de seu atual empregador.

É interessante observar a questão também em face de uma sociedade de pessoas. Seguindo a jurisprudência francesa citada por G. RIPERT e R. ROBLOT, quando uma tal sociedade aliena seu estabelecimento, os seus sócios não podem fazer concorrência ao adquirente, seja através da constituição de firma individual, seja através da participação, na qualidade de sócio, em outra sociedade²¹.

Outra situação peculiar é a do falido que tem seu estabelecimento alienado no processo de falência; estaria ele impedido

²¹ RIPERT, G.; ROBLOT, R. *Traité de droit commercial*. Paris: LGDJ, 1998, t. 1, p. 544-545.

de concorrer com o adquirente de sua *azienda*, por óbvio, após reabilitado?

Sobre essa questão, na Itália, GIORGIO FERRARI assinala a controvérsia existente, e posiciona-se no sentido de o falido poder fazer concorrência ao arrematante de seu estabelecimento²².

No Brasil, não há dúvida de que o empresário falido, uma vez reabilitado, pode concorrer, a qualquer título, com o adquirente de sua *azienda*, pois, como se viu, a interdição preconizada no art. 1.147 é uma manifestação específica da boa-fé e da probidade na fase pós-contratual, sendo indispensável a voluntariedade da alienação, para que operem seus jurídicos efeitos. Não podem ser impostas limitações à livre iniciativa do empresário, sem a presença de seu consentimento; ao firmar um trespasse, há esse consentimento, ainda que tácito, enquanto, ao ser o empresário expropriado de seus bens, a anuência inexistente. Portanto, o falido, cujo estabelecimento tenha sido alienado forçadamente, não está sujeito à obrigação de não fazer prevista na norma ora analisada.

A propósito, a simples violação da obrigação pelo alienante não constitui crime de concorrência desleal. Em eventual inadimplência, o adquirente poderá promover a execução específica da obrigação por intermédio de ação cominatória, com fixação de multa diária incidente sobre todo o período em que persistir a concorrência proibida.

Por óbvio, se ao lado do desrespeito à interdição de concorrência, alinharem-se outras condutas, poderão elas ser objeto de sancionamento penal, caso se subsumam a um dos tipos objetivos do art. 195 da Lei n. 9.279/96.

Enfim, andou bem o ordenamento pátrio ao prever expressamente a interdição da concorrência quando do trespasse do

²² FERRARI, Giorgio. Azienda (diritto privato). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. IV, p. 709-710, 1959.

estabelecimento empresarial, seguindo as tendências da matéria no âmbito do direito estrangeiro, bem como condicionando a boa-fé na fase pós-contratual da mencionada avença.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999, v. I.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade: as empresas no direito*. Coimbra: Almedina, 1999.

BARBOSA, Rui. As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, v. XL, t. I.

CASTELLI-AVOLIO, Giuseppe. *Lazienda commerciale: nelle teorie e nella pratica del diritto*. Napoli: P. Federico & G. Ardia, 1925.

FERRARI, Giorgio. Azienda (diritto privato). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1959, v. IV.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Bogotá: Temis, 1987, t. I.

GIERKE, Julius von. *Derecho comercial y de la navegación*. Buenos Aires: Argentina, 1957, v. I.

HILAIRE, Jean. *Introduction historique au droit commercial*. Paris: PUF, 1986.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MORAES, Mauro Delphim de. A sucessão nas obrigações azendais no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, n. 32.

RIPERT G.; ROBLOT R. *Traité de droit commercial* Paris: LGDJ, 1998, t. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.

ZUNINO, Jorge Osvaldo. *Fondo de comercio*. Buenos Aires: Astrea, 2000.