

Inexecução contratual positiva, pós-eficácia contratual dos deveres anexos (laterais) e a violação da proibição de concorrência no contrato de trespasse e em outros negócios empresariais / Positive contractual non-performance, post-contractual duties and the violation of the prohibition of competition in the contract of trespass and on other business deals.

Por Frederico Price Grechi ¹

Resumo

O presente artigo busca investigar, no contexto da boa-fé objetiva, a proibição de concorrência acessória (ancilar) no âmbito do contrato de trespasse (compra e venda do estabelecimento empresarial), positivada no artigo 1.147 do Código Civil de 2002.

Procura analisar ainda a proibição de concorrência acessória em outros negócios empresariais, como na cisão parcial do contrato de sociedade, no contrato de franquia (franchising), no contrato de cooperação empresarial (joint venture) e, por fim, no contrato de shopping center.

Na abordagem de tais análises emprega o chamado método civil-constitucional, compreendido como um sistema que promove, ao lado da observância da lei, outros componentes culturais axiológicos, como a justiça social e a solidariedade, que devem atuar na efetivação do valor supremo da dignidade da pessoa humana.

Palavras chave: Boa-fé objetiva. Contrato de trespasse. Contrato de shopping center. Direito civil constitucional. Dignidade da pessoa humana.

Abstract

¹ Advogado e Professor. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor convidado da Pós-Graduação *Lato Sensu* do CEPED-UERJ (Direito Imobiliário, Direito da Propriedade Intelectual, Direito da Empresa), Professor contratado da Graduação da UERJ (Prática Forense Civil, ano 2005), Professor convidado da Pós-Graduação *Lato Sensu* da UNESA – Universidade Estácio de Sá (Direito Imobiliário). Professor convidado do L.L.M. Corporativo do IBMEC-RJ.

This paper investigates , in the context of objective good faith , the prohibition of ancillary competition (ancillary) under the trespass contract (purchase and sale of business property) , positively valued in article 1147 of the Civil Code of 2002 .

It also seeks to analyze the non-compete clause ancillary to other business deals, such as partial demerger of Association, in the franchise agreement (franchising), the business cooperation contract (joint venture) and, finally, in the shopping center contract.

In such analyzes approach employs the so-called civil -constitutional method, understood as a system that promotes beside the observance of the law, axiological other cultural components, such as social justice and solidarity, which must act in the realization of the supreme value of the dignity of human person.

Keywords: Objective Good Faith. Trespass of contract. Shopping mall contract. Civil law constitutional. Human dignity.

1. Introdução:

Na vigência do Código Civil de 1916, o saudoso Prof. Orlando Gomes² desenvolveu primoroso estudo intitulado “inexecução contratual positiva”, a partir da obra seminal de Hermann Staub³, realçando no cenário acadêmico brasileiro uma nova modalidade de inadimplemento, o cumprimento defeituoso de obrigação positiva (comissiva).

Rendo, pois, a minha homenagem ao culto mestre baiano e humanista Orlando Gomes⁴ por meio destas singelas reflexões nas quais me proponho a investigar, no contexto da inexecução contratual positiva e da pós-eficácia contratual dos deveres anexos (laterais), a

² *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª ed. São Paulo: R.T., 1980, p. 157-167.

³ *Die positiven Vertragsverletzungen, und ihre Rechtsfolgen*. In: Festschrift für dem XXVI. Deutschen Juristentag. Berlin: J. Guttentag, 1902, p. 30. Na Alemanha, Hermann Staub foi seguido por Franz Wieacker (*El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. 2. ed. Madrid: Civitas, 1986. Tradução de: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB) que adotou a locução “inexecução contratual positiva”, ao passo que Hedemann (*Tratado de Derecho Civil*. vol. III, ‘Derecho de Obligaciones’, p. 157) optou pela expressão “violação positiva do crédito” *apud* Orlando Gomes, *Op. Cit.*, p. 157, e Jorge Cesa Ferreira da Silva. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴ Penso que o perfil humanista do Professor Orlando Gomes é revelado, especialmente, na obra *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

proibição de concorrência acessória (ancilar) no âmbito do contrato de trespasse (compra e venda do estabelecimento empresarial), positivada, atualmente, no artigo 1.147 do Código Civil de 2002.

Em seguida, analisaremos a proibição de concorrência acessória em outros negócios empresariais, como na cisão parcial do contrato de sociedade, no contrato de franquia (*franchising*), no contrato de cooperação empresarial (*joint venture*) e, por fim, no contrato de locação em *shopping center*.

Para tanto, empregaremos o método civil-constitucional⁵, que consiste na compreensão de um sistema fundado nos valores presentes no ordenamento jurídico vigente a privilegiar a função dos institutos jurídicos ao invés dos esquemas meramente formais vazios da *fattispecie* isoladamente considerados em si mesmos, e que promove, ao lado do primado da lei, outros componentes culturais axiológicos, como a justiça social e a solidariedade⁶, que devem atuar na efetivação do valor supremo da dignidade da pessoa humana⁷.

1. Inexecução contratual positiva: breve notícia histórica no Direito comparado e a sua evolução no Direito brasileiro.

Conforme salientado alhures, tributa-se a Hermann Staub, advogado em Berlin, a identificação, a partir da sua prática forense, de uma importante lacuna do Código Civil alemão (*BGB*), logo após a sua vigência. Staub constatou a insuficiência das normas relativas à impossibilidade imputável ao devedor (§§ 275 e segs.) ou à mora deste (§§ 284 e segs.) no que concerne a um conjunto de situações de incumprimento, notadamente o de cumprimento

⁵ Cf. Pietro Perlingieri. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156.

⁶ Note-se que a expressão “solidariedade” alberga dos valores da lealdade, boa-fé e o respeito à confiança. Nesse sentido é a lição de Francesco Santoro Passarelli, *Doctrinas Generales de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1964, p. 76.

⁷ Cf. Pietro Perlingieri, *Op. Cit.*, p. 49: “(...) há de incidir no direito civil contribuindo, em sede interpretativa, para individuar o conteúdo específico que, concretamente, devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: da equidade à lealdade (*correttezza*), do estado de necessidade à lesão (*stato di bisogno*) e à causa não imputável, da diligência à boa-fé, etc. (...) Na valoração das cláusulas, negociais ou não, com o objetivo de controlar se são ou não, dignas de proteção (*meritevolezza*) por parte do ordenamento, os valores constitucionais – entre eles, primeiramente, o respeito da igual dignidade – têm papel decisivo.” A propósito da metodologia civil-constitucional no Brasil, veja-se, por todos, Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

defeituoso, que derivam da circunstância comum de ocorrerem à luz de um comportamento positivo (comissivo) do devedor, ou seja, num *facere*.⁸

Na obra de Staub⁹ é possível identificar cinco grandes grupos de situações que ensejariam a violação positiva do contrato: (i) o descumprimento de obrigação negativa; (ii) o negligente cumprimento de deveres de prestação; (iii) o mau cumprimento de obrigações duradouras, pondo em risco os fins do contrato; (iv) o descumprimento de deveres laterais; (v) a recusa antecipada do devedor de cumprir o devido.

Para os fins aqui pretendidos, nos interessa a situação jurídica do primeiro grupo, o descumprimento de obrigação negativa. O exemplo indicado por Staub para ilustrar a situação correspondente ao primeiro grupo é o do fabricante que se obriga a não vender determinado produto a outro comerciante da região e, rompendo sua solene promessa, o entrega, também, a um concorrente, fazendo o que devia omitir¹⁰.

A parcela mais recente da doutrina alemã acolheu substancialmente a categoria da violação positiva do contrato para alocá-la residualmente no âmbito geral do inadimplemento, isto é, diferenciando a violação positiva do contrato das hipóteses legais que dizem respeito à impossibilidade, à mora e aos vícios individualmente regulados¹¹. O descumprimento de deveres laterais também caracteriza hipótese de quebra positiva do contrato¹².

⁸ A respeito da digressão histórica do instituto na Alemanha, introduzido a partir das lições de Staub, a divergência doutrinária acerca da sua aceitação e, por fim, a sua aplicação revitalizada na elaboração moderna da figura dos contratos com eficácia de proteção para terceiros, remetemos ao jurista português Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 976, nota (1).

⁹ *Apud* Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Op. Cit.*, p. 217-218.

¹⁰ *Apud* Orlando Gomes, *Op. Cit.*, p. 158. Confira-se, ainda, Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Op. Cit.*, p. 218: “O descumprimento de obrigações negativas (não fazer) está referido logo ao início do texto, sendo ainda apresentado pelo autor como o primeiro exemplo concretizador da figura: o comerciante obriga-se contratualmente a não revender, na França, as lâmpadas adquiridas. Contudo, o faz. Segundo STAUB, especialmente em face do § 241 BGB, que estabelece textualmente que a obrigação pode consistir em uma omissão, o caso configura inequivocamente inadimplemento. No entanto, para o autor, o regramento do inadimplemento de obrigações negativas estaria, no BGB, legalmente resumido aos casos em que a mora se transformaria em inadimplemento absoluto, após a não-observância do prazo estabelecido pelo credor para o cumprimento do devedor moroso (§326 BGB). Restariam a descoberto, no seu entender, as hipóteses de direito inadimplemento de obrigações negativas. Nota 359: Cf. STAUB, *op. cit.*, p. 96-97. O §326 dispõe sobre o estabelecimento de prazo ao devedor em mora para que cumpra, sob pena de transformar-se, sua mora, em impossibilidade”.

¹¹ *Apud* Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Op. Cit.*, p. 223-224: “Procedida esta primeira lapidação, costuma [doutrina] então citar os seguintes casos: (1) mau cumprimento dos deveres de prestação [schlechtleistung; schlechte Erfüllung einer Hauptleistungspflicht], gerando danos distintos dos causados pela mora ou pela impossibilidade; (2) descumprimento dos deveres laterais; (3) recusa antecipada do devedor em cumprir a obrigação [Erfüllungsverweigerung]. Agora estes casos compartilhados, a doutrina ainda lembra outros já elencados por STAUB, tais como (4) o descumprimento de obrigações negativas, ou (5) o não-cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo. Como se percebe, não há grande discrepância entre as referências de STAUB e os desenvolvimentos doutrinários posteriores. Contudo, é inegável que os

Em Portugal, tanto a doutrina (v.g. Antonio Menezes Cordeiro¹³ e Mario Júlio Almeida Costa¹⁴) como a sua codificação civil¹⁵ recepcionaram o instituto da inexecução contratual positiva no caso de o crédito ser violado por um cumprimento defeituoso ou imperfeito. Nesse sentido, Mário Júlio de Almeida Costa¹⁶ ensina que:

*“(...) o dano não resulta aqui da omissão ou do atraso do cumprimento, antes dos vícios ou deficiências da prestação efectuada – que, portanto, se realiza, embora não como se impunha”. (...) estamos em face, relativamente às outras duas formas mais vulgares de infracção do dever de prestar, de um conceito residual, que abrange a execução defeituosa e a violação de deveres acessórios ou laterais. Acrescenta-se à sua própria configuração, como elemento individualizante, a tipicidade dos danos causados ao credor, visto que ele os não sofreria se o devedor de todo não houvesse efectuado a prestação; dito de maneira diversa, o incumprimento definitivo ou a mora, em si mesmos, não seriam susceptíveis de produzir tais danos. Na verdade, tratando-se de danos derivados da falta de cumprimento perfeito e não de danos específicos ocasionados pelo cumprimento defeituoso, a situação reconduz-se a incumprimento definitivo ou mora”.*¹⁷

estudos posteriores aclararam as hipóteses, facilitando a compreensão do tema. Por isso, vale analisar cada um desses grupos”.

¹² Ainda que não sejam facilmente diferenciados e a possibilidade de serem agrupadas da mesma forma, tenha-se presente a necessária distinção conceitual entre o mau (ruim) cumprimento de deveres de prestação e o descumprimento de deveres laterais. Cf. Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Op. Cit.*, p. 228, estes, por sua vez, “*podem ser separados em dois grupos, conforme a proximidade com os deveres de prestação. Inicialmente, a doutrina reservou a expressão ‘deveres laterais’, somente àqueles casos que nada teriam com realização da prestação (deveres de proteção de STOLL). Ao lado desses deveres laterais, aqueles relacionados com o ‘melhor adimplemento’, como na hipótese do dever do vendedor de aconselhar o comprador da máquina em relação ao seu melhor uso e sobre as condições e circunstâncias do reparo, ou do locador de um conjunto de lojas de não alugar a loja contígua a um concorrente do primeiro locador”.*

¹³ *Da Modernização do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 101.

¹⁴ *Op. Cit.*, p. 975-979.

¹⁵ Esta terceira modalidade de violação de crédito está prevista no art.799º, n.1º. Veja-se, também, a disciplina a propósito de certos contratos, como a venda de bens onerados (arts. 905º e segs.) ou de coisas defeituosas (arts. 913º e segs.), a doação (art. 957º), a locação (arts. 1032º e segs.), o comodato (art. 1134º) e a empreitada (arts. 1218º e segs.).

¹⁶ *Op. Cit.*, p. 975-979: “*Mas saliente-se que essa inexactidão do cumprimento se traduz num defeito ou vício da prestação que não envolve uma sua falta de identidade ou quantidade”.*

¹⁷ *Op. Cit.*, p. 977: “*Consideramos alguns exemplos: o vendedor que entrega animais doentes que contagiam os outros que o comprador tem nos seus estábulos; o comerciante que fornece gêneros deteriorados que o cliente consome com prejuízo para a saúde ou se vê forçado a inutilizar; o contabilista que organiza, no prazo estabelecido ou até antes do decurso deste, um balanço errado da empresa, levando a gerência a tomar decisões ineficazes ou ruinosas; o operário que efectua uma reparação em determinado prédio, mas que, ao sair, danifica um móvel ou, por descuido, lança uma ponta de cigarro que provoca incidência; a pessoa a quem se empresta um livro e que não informa, ao devolvê-lo, que o mesmo esteve nas mãos de um doente com escarlatina, contagiando-se o comodante”.*

No Brasil, embora com algumas ressalvas ao conceito elaborado por Staub, o Professor Orlando Gomes¹⁸ enunciou que as violações negativas do crédito ocorrem quando “*o devedor não faz o que deveria fazer, não age como deveria agir; ou não cumpre a obrigação totalmente, ou não cumpre pontualmente, ou cumpre defeituosamente*”; ao passo que a violação (inexecução) contratual positiva consiste no incumprimento de obrigação secundária¹⁹ pelo devedor decorrente de um comportamento comissivo (positivo), o qual ele não deveria fazer, agindo quando caberia omitir-se. Neste caso, a conduta comissiva (positiva) do devedor cria um óbice ao cumprimento da obrigação (prestação) principal, restando caracterizado o inadimplemento (cumprimento defeituoso) em razão deste comportamento²⁰.

¹⁸ *Op. Cit.*, p. 157-157. Na vigência do Código Civil de 1916, o inadimplemento pelo devedor da obrigação (prestação) principal era verificado por três modos: (i) a inexecução voluntária; (ii) o cumprimento tardio; (iii) o cumprimento defeituoso. CC/1916, Art. 955. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados (art. 1.058); Art. 956. Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1.058). Parágrafo único. Se a prestação, por causa da mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos; Art. 957. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito, ou força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria, ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada (art. 1.058); Art. 960. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor. Não havendo prazo assinado, começa ela desde a interpelação, notificação, ou protesto; Art. 961. Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se abster; Art. 962. Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar; Art. 963. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre em mora; Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos; Art. 1.057. Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça. Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa; Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957.

¹⁹ *Op. Cit.*, p. 159: “*Mas nas relações obrigacionais que têm como núcleo uma obrigação positiva, e contêm dever de omissão secundário, a infração desse dever não pode ser considerada, a rigor, inexecução, visto que esta se caracteriza pelo inadimplemento da obrigação nuclear. Não se identificam, positivamente, as duas infrações, quer no modo por que se consumam, quer nas conseqüências sobre a própria estrutura do vínculo. A infração de um dever de omissão secundário, sempre cometida por uma ação, pode não implicar a ruptura do vínculo, enquanto o inadimplemento da obrigação nuclear determina necessariamente a incidência na mora e, ordinariamente, a extinção do contrato. Nada impede, com efeito, que as partes estipulem multa como corretivo a infrações contratuais positivas, evitando, por esse modo, que sejam causa determinante do rompimento do vínculo. Para a inexecução propriamente dita do contrato, poderão, quando muito, estipular cláusula penal, liquidando, previamente, o dano proveniente de eventual inadimplemento da obrigação nuclear*”.

²⁰ *Op. Cit.*, p. 162: “*Não procedem os reparos, senão em parte. Realmente, a violação positiva do crédito, expressão que prefere a violação positiva do contrato, somente se configura quando o devedor transgredir dever de omissão secundário. Não se justifica sua extensão aos casos em que verdadeiramente há omissão. No exemplo dado por Enneccerus do comodatário de um livro que o deixa em mãos de um doente de escarlatina, que contamina o comodante, não há infração positiva, senão omissão das medidas de diligência que deveriam ser observadas. Razão não há, por fim, para se preferir a expressão ‘mau cumprimento’ proposta por Zitelman. Não cabem, por fim, no conceito de infração contratual positiva a recusa antecipada do cumprimento da obrigação, admitida por Staub, e os atos que não tenham relação direta com o contrato e sua execução. Assim, o furto praticado por um artesão na casa onde está a trabalhar não constitui, segundo Von Tuhr, transgressão positiva, mas ato ilícito cometido durante a execução do contrato, e não em sua execução. Reparos e restrições ao conceito elaborado por Staub não inutilizam seu esforço para definir uma categoria na teoria da inexecução*”.

Por seu turno, Jorge Cesa Ferreira da Silva²¹ propôs a tese de que a violação positiva do contrato é uma categoria específica do gênero inadimplemento (inexecução), que não constitui impossibilidade (inadimplemento absoluto) ou mora (inadimplemento relativo)²², sendo esta última o aspecto temporal do cumprimento da obrigação.

Para tanto, utiliza o conceito da relação jurídica complexa, segundo o qual ‘diversas obrigações paralelas interagem por meio de um conjunto de relações internas, de sorte que o inadimplemento de uma pode gerar o de todo o contrato’ e do princípio da boa-fé, que preside a relação obrigacional e auxilia na definição dos deveres laterais e das diversas hipóteses de incumprimento²³.

A delimitação da definição da violação positiva do contrato proposta por Jorge Cesa Ferreira da Silva considera as particularidades das normas sobre vícios²⁴ e mora²⁵ no direito brasileiro, enunciada nos seguintes termos: “*pode-se definir a violação positiva do contrato*

contratual, que abrange casos nos quais o comportamento culposos não implica mora, nem determina impossibilidade de cumprimento”.

²¹ *Op. Cit.*, p. 265: “A análise da conformação das figuras tradicionais do inadimplemento no direito brasileiro, juntamente com a comparação entre as hipóteses de violação positiva do contrato sugeridas pela doutrina alemã, demonstram a viabilidade da admissão da figura no ordenamento nacional. Com efeito, apesar da amplitude e flexibilidade que caracterizam os conceitos básicos do inadimplemento no direito brasileiro, há ainda um amplo espaço não preenchido ao lado do inadimplemento absoluto e da mora, espaço passível de preenchimento por meio da violação positiva do contrato. No entanto, esse espaço não parece ser tão amplo quanto o assumido, na Alemanha, pelos seguidores de STAUB. (...) Não é acaso é comum a sugestão da seguinte definição pela doutrina alemã: violação positiva do contrato é todo descumprimento da obrigação que não configure impossibilidade ou mora”.

²² Cf. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 696-697: “Ocorre inadimplemento absoluto quando a obrigação deixa definitivamente de ser cumprida pelo devedor, em oposição à mora, hipótese de não cumprimento da obrigação na forma, lugar ou tempo devidos (CC, art. 394). Para que haja mora, todavia, é preciso que seja possível o cumprimento, ainda que tardio, da obrigação. Deixando de sê-lo, a mora não tem lugar: o devedor tornar-se absolutamente inadimplente”.

²³ Cf. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, in Prefácio da obra *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*.

²⁴ *Op. Cit.*, p. 245: “Ocorre que a existência de regras gerais a respeito dos vícios justifica certo afastamento da aplicação da violação positiva do contrato, tendo em vista a regulação específica. Tal poderia dar-se, exemplificadamente, no caso das maçãs adquiridas com bichos ou da forragem vendida com grãos envenenados, na medida em que, teoricamente, geram a incidência, conforme o caso, dos artigos 1.101 do Código Civil [1916], 210 do Código Comercial ou 18 do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, a decantação de casos como esses dá conta do erro da visualização exclusiva de vícios. Ao lado deles, pode-se constatar também o descumprimento de deveres laterais, motivadores claros da aplicação da violação positiva do contrato.

²⁵ Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Cf. Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Op. Cit.*, p. 266: “Por sua vez, apesar do fato de que o núcleo conceitual da mora também entre nós se limite ao fator ‘tempo’, sua conceituação legal no Código Civil permite, com um maior grau de facilidade, a visualização de que, mesmo no chamado ‘mau cumprimento’, pode ser a ela vinculado, desde que viável o cumprimento (de deveres de prestação) posterior”.

como o inadimplemento decorrente do descumprimento culposo²⁶ de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação”²⁷.

Tenha-se presente que relevante parcela da doutrina brasileira²⁸ e da jurisprudência²⁹ houveram por bem acolher esta terceira via (espécie) de inadimplemento contratual, a chamada violação positiva da obrigação ou do contrato³⁰.

Sem embargo, tem-se discutido, mais recentemente, a efetiva utilidade da violação positiva do contrato como uma terceira espécie de inadimplemento, notadamente em virtude da ampliação da concepção sobre o adimplemento que pressupõe, além do cumprimento da

²⁶ Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputáveis ao devedor, não incorre este em mora. A propósito, confira-se o comentário de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código Civil Comentado*. 7ª ed. São Paulo: R.T., 2009, p. 504: “A mora não se caracteriza pela simples falta do pagamento – lado objetivo; necessário é que ocorra o elemento subjetivo, que é a culpa do devedor (RT 182/263)”.

²⁷ *Op. Cit.*, p. 268. O conceito delimitado contempla o descumprimento de deveres laterais ou acessórios, os quais não se confundem com a conduta exigida quanto à identidade ou quantidade da prestação principal, o que daria ensejo, se insuficiente, ao inadimplemento parcial, ou seja, quando a prestação é parcialmente entregue. Nesse sentido, confira-se Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4ª ed. São Paulo: R.T., 2004, p. 126.

²⁸ Cite-se, entre outros, Araken de Assis, *Op. Cit.*, p. 125-129; Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Op. Cit.*, p. 698-699; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 484-486; José Roberto de Castro Neves, *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2008, p. 353-354.

²⁹ A título de ilustração, confira-se o seguinte julgado: “Recurso ordinário do reclamante, quebra da boa-fé objetiva. Violação positiva do contrato. O conteúdo contratual é composto por pelo menos duas espécies de deveres, os deveres de prestação e os deveres de proteção. Os primeiros dizem respeito à prestação que caracteriza o tipo contratual, constituindo, no contrato de trabalho, a prestação de serviços, pelo empregado, e a paga de salário, pelo empregados. Os segundos dizem respeito a deveres de conduta, dentre eles os deveres de proteção à legítima confiança, de não defraudar imotivadamente a confiança, sob pena de violação positiva do contrato. Hipótese em que o Banco, ao declarar que não mais editaria propostas semelhantes, induziu os seus empregados – e, particularmente, o reclamante – a aderir ao PAI – 50” (TRT, 4ª Região, Relator Juiz Ricardo Martins Costa, julgado em 06.09.2006). O julgado é comentado por José Roberto de Castro Neves, *Op. Cit.*, p. 353-354: “Cite-se um caso examinado pelo Tribunal do Trabalho do Rio Grande do Sul. O sucedido foi o seguinte: um Banco informou aos seus empregados acerca da existência de um plano de aposentadoria incentivada e disse ainda que não haveria um plano semelhante no futuro. Diante disso, alguns funcionários aderiram ao plano, nas condições indicadas pelo Banco. Contudo, tempos depois, foi editado outro plano de aposentadoria incentivada, contudo em bases mais favoráveis e incentivos maiores ao empregado, se comparado com o primeiro plano. O Tribunal julgou que havia a quebra positiva do contrato”.

³⁰ CC, Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Op. Cit.*, p. 497: “A violação positiva é o descumprimento da obrigação, que não seja caracterizado pela impossibilidade do cumprimento da obrigação (inadimplemento absoluto), bem pelo atraso no cumprimento da obrigação (mora). Em certa medida, o CC 394, ao definir mora como o não cumprimento no tempo (mora stricto sensu), lugar e forma convencionados ou previstos pela lei, alargou o conceito para abarcar, também, a violação positiva da obrigação (mora lato sensu). (...) Para que se dê a violação positiva da obrigação são necessários os seguintes elementos: (a) que tenha havido a prestação (visão aparente de que tenha havido adimplemento); (b) que o cumprimento da prestação tenha sido defeituoso (desconformidade com o prestado e o que deveria sê-lo); (c) que não haja regulamentação do cumprimento pelas regras sobre vícios; (d) que existam danos típicos (não comuns às hipóteses de mora e impossibilidade)”.

prestação principal, a efetivação dos deveres anexos (laterais) com vistas ao atendimento satisfatório do escopo da relação em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias concretas³¹.

É indubitável que a noção contemporânea do vínculo obrigacional - e, portanto, o cumprimento (adimplemento) da prestação -, importou a superação da sua perspectiva estática, bem como a sua investigação apenas sob o prisma estrutural.

Todavia, isso não retira a utilidade metodológica das 03 (três) modalidades de inadimplemento (absoluto, relativo ou mora, defeituoso) da prestação, mormente porque as suas conseqüências jurídicas também não são estáticas e dependerão das circunstâncias do caso concreto³², tais como: a) o comportamento das partes, de terceiros e os seus respectivos interesses; b) a natureza do bem jurídico traduzido na prestação (essencial ou não; fungível ou infungível; patrimonial ou extrapatrimonial etc.); c) a duração do vínculo contratual; d) os aspectos qualitativos e quantitativos das perturbações das prestações (principal, acessória, anexas) etc.

De fato, é preciso considerar a obrigação como um processo dinâmico e também funcional³³, permitindo, além do cumprimento da prestação principal, a visualização na relação contratual também dos interesses do credor, do devedor e de terceiros³⁴, a partir de

³¹ Conforme se infere da recente lição de Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 90 e 218: “O alargamento do objeto da obrigação impõe a superação da tradicional concepção acerca do adimplemento, segundo a qual este se perfaz com o cumprimento da prestação principal. (...) Sob tal perspectiva, amplia-se o conceito de adimplemento, uma vez que para sua configuração não se faz mais suficiente apenas o comportamento dirigido à execução da prestação principal, bem como de todos os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. A exigência do cumprimento de novos deveres de conduta expande a noção de adimplemento, de tal sorte que o devedor terá que observar outros tantos deveres para que seja considerado, enfim, adimplente”.

³² Tome-se como exemplo o comportamento abusivo do locatário (artigo 187 do CC) que já houver utilizado a faculdade de emenda da mora (inadimplemento relativo) por duas vezes nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação (artigo 62 da Lei n. 8.245/91), transformando-se a mora em inadimplemento absoluto.

³³ Acerca da perspectiva dinâmica e funcional das obrigações, consulte-se Pietro Perlingieri, *Op. Cit.*, p. 207: “A pretensa separação – adquirida ou a ser adquirida -, normativa e conceitual, entre a relação obrigacional e as suas *fattispecie* constitutivas funda-se em uma concepção atomística que atribui, quando muito, ao fato constitutivo o papel de um mero e ocasional fato causativo, relevante exclusivamente como fonte da relação e não já como título, sua razão justificadora, e ininfluente na sua função e no seu regulamento. Esse enfoque tende a reduzir a noção de relação a uma idêntica e achatada ligação (*relazione*) entre centros de interesse ou situações subjetivas, sem que se evidencie o perfil funcional, normativo-regulamentar da relação. Na realidade, é preciso apresentar o fenômeno em uma visão procedimental que, ‘superando o esquema fato-relação onde o fato faz as vezes da causa, e a relação, do efeito’, concentre a própria atenção ‘na tríade relação-fato-relação’ de maneira que, especificamente, a relação obrigacional ou a situação inicial façam as vezes de ‘*prius fato*, condicionando a sua estrutura’.

³⁴ Cf. Pietro Perlingieri, *Op. Cit.*, p. 207: “A estreita aproximação entre a teoria da relação e aquela da sua fonte, em uma superação de qualquer tendência orientada a separar uma da outra, pode explicar os modos e os tempo da dinâmica da obrigação, recolhendo no movimento as suas vicissitudes simples e complexas nas quais se substancia, em uma sucessão de atos previsíveis e imprevisíveis, das partes interessadas ou de terceiros, voltados

uma perspectiva relacional como exigência dos substratos axiológicos da justiça social e da solidariedade³⁵ (CF, v.g. arts. 1º, III; 3º, I, II, IV; 5º, XXII, XXIII; 170; 225; CC, v.g. arts. 113; 187; 421; 422; 475; 1.228 e 2.035).

Nesse novo cenário, a noção de adimplemento (cumprimento) pode ser analisada nos seguintes aspectos: (i) o dever de prestar (no que se inclui a análise do ato, ou do conjunto de atos, que corporifica a prestação); (ii) a satisfação dos interesses do credor; (iii) a liberação e tutela do devedor³⁶; (iv) a tutela de interesses de terceiros não-contratantes³⁷.

Deveras, a utilidade da quebra positiva do contrato como uma terceira espécie do inadimplemento assume especial relevo na fase pós-obrigacional ou contratual³⁸, ou seja, no

ou não à atuação da relação. Vicissitudes que representam a vida da obrigação e que a ela, por sua vez, são estritamente conexas também na estrutura”.

³⁵ Cf. Pietro Perlingieri, *Op. Cit.*, p. 208: “A estrutura da *fattispecie* produtora de uma vicissitude modificativa ou extintiva dependerá da ordem de interesses da preexistente relação obrigacional e – (...) A perspectiva relacional diz respeito à própria concepção do direito moderno chamado a romper esquemas e conceitos individualistas para acentuar a atenção naqueles mais idôneos para exprimir exigências de socialidade e de solidariedade”.

³⁶ Cf. Jorge Cesa Ferreira da Silva. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. São Paulo: R.T., 2007, p. 42: *Por fim, o pagamento pode ser compreendido de modo simples e de modo complexo, conforme a perspectiva de análise da relação obrigacional utilizada. Do ponto de vista simples, o pagamento é a realização da prestação, observados todos os seus requisitos concretos, pelo devedor. Em outras palavras, é simplesmente o cumprimento do ato de prestado devido, conforme o devido. Do ponto de vista complexo, no entanto, outros elementos entram em questão, como os chamados deveres de conduta, que se subjetivam ativamente não só no credor, mas também no devedor. O devedor também é titular ativo do respeito ao seu patrimônio, ao seu corpo, aos seus segredos negociais etc. Nesse âmbito, o pagamento deve ser entendido como a realização de todos os interesses envolvidos na relação e emanadas do vínculo (...) Como bem descreveu Antunes Varela, o pagamento pode ser analisado em um tríptico aspecto: o dever de prestar (no que se inclui a análise do ato, ou do conjunto de atos, que corporifica a prestação), a satisfação dos interesses do credor e a liberação do devedor (op. cit., p. 9). Isso porque a fase de execução da obrigação possui eficácias que o devedor não execute a prestação e o credor fique satisfeito, ou que a prestação seja corretamente executada, mas que o devedor não se libere, ou ainda que a prestação seja executada, o credor fique satisfeito, o devedor se libere mas, nada obstante, nasce uma nova relação obrigacional. (...) O que por ora importa registrar é exatamente a impossibilidade de uma visão unitária do pagamento, ou seja, uma noção que se limite a concebê-lo por meio de um único elemento unificador, exemplificativamente o ato de realizar a prestação, ou o ato que satisfaz o credor, ou ainda o ato que libera o devedor”.*

³⁷ Ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual, presentes estão os interesses extracontratuais socialmente relevantes que se inferem do contrato ou que acabam sendo atingidos por ele, tais como a livre concorrência, os consumidores, o meio-ambiente, as relações de trabalho. Cf. Gustavo Tepedino, *Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In *A parte geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XXXII.

³⁸ CC, Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Enunciado nº. 25 da I Jornada do STJ: “O CC 422 não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual ou pós-contratual”. Enunciado nº. 26 da I Jornada do STJ: “A cláusula geral contida no CC 422 impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”. Enunciado nº. 170 da III Jornada do STJ: “A boa-fé objetiva de ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

caso de incumprimento (defeituoso) das prestações secundárias e anexas (laterais) derivadas do contrato, ainda que já executado.

Nesse sentido, cite-se, por exemplo, a violação de um dever anexo (lateral) de cooperação³⁹ que impõe à parte um comportamento omissivo⁴⁰ com vistas a atingir, a um só tempo, o bom resultado da finalidade (objetiva) sócio-econômica da relação contratual⁴¹ e assegurar a satisfação do interesse (objetivo) do credor⁴².

Passamos, então, a analisar mais detidamente os chamados deveres anexas (laterais) como fonte de direito e obrigações derivadas da boa-fé objetiva, os quais impõem um comportamento aos contratantes de agir com correção, lealdade e segundo os usos e costumes⁴³.

2. Os deveres anexas (laterais) e a sua pós-eficácia contratual.

Na lição de Clóvis do Couto Silva⁴⁴, a relação (vínculo) obrigacional é definida como uma ordem de cooperação em que o credor e o devedor não ocupam posições antagônicas, prevalecendo a finalidade a qual se dirige a relação dinâmica.

Dos negócios jurídicos se inferem obrigações complexas, somando-se às obrigações (prestações) principais os chamados deveres secundários, anexas ou laterais, abrangendo toda a relação jurídica em sua dinâmica, seja prévia à formação do negócio, seja durante o curso ou o desenvolvimento da relação negocial, e, ainda, em certas hipóteses, seja, também, posteriormente ao adimplemento (cumprimento) da prestação principal do contrato.

Tais deveres anexas traduzem preponderantemente um “fazer” ou “não fazer” como as declarações de ciência, atos de indicação e comunicações, e, também, às vezes, um “dar”.

³⁹ Enunciado nº. 24 da I Jornada do STJ: “*Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no CC 422, a violação dos deveres anexas constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa*”.

⁴⁰ CC, Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster. O credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo ao culpado perdas e danos (CC 251 caput). Em caso de urgência o credor pode desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial (CC 251 par. ún.).

⁴¹ CC, Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Enunciado nº. 166 da III Jornada do STJ: “*A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do CC 421*”.

⁴² Enunciado nº. 363 da IV Jornada do STJ: “*Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação*”.

⁴³ Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: R.T., 2000, p. 437-454.

⁴⁴ *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 8.

Estes deveres anexos poderão consistir em deveres de cooperação com vistas à realização da própria prestação principal⁴⁵. Eles podem nascer em momentos distintos do processo negocial, quais sejam, na fase que precede à formação do contrato (pré-contratual), na fase da celebração do contrato até a execução (cumprimento) da prestação principal, e, por fim, na fase posterior ao seu adimplemento (pós-contratual)⁴⁶.

Na fase pré-contratual, tais deveres que incidem ao lado do dever jurídico principal não terão caráter acessório a este, já que esse dever principal não existe nessa fase do contrato⁴⁷. Portanto, eles acabam por assumir o papel principal na regulação da conduta dos contratantes, haja vista que serão os próprios que definirão as exigências de comportamento de cada um em relação ao contrato. Antes da celebração do contrato, a boa-fé objetiva é revelada nos seguintes deveres anexos: (i) dever de informação⁴⁸; (ii) dever de lealdade ou correção⁴⁹; (iii) deveres de proteção e de cuidado⁵⁰; (iv) deveres de sigilo ou segredo⁵¹.

Na execução do contrato, a lealdade de comportamento acarreta deveres acessórios à prestação principal e, na fase pós-contratual, ensina Mauricio Jorge Mota⁵² que, com o término do contrato, surgem deveres *post pactum finitum*, como de guarda de documentos, fornecimento de material de reposição ou informações sobre os negócios realizados.

⁴⁵ A título de ilustração, cite-se o caso em que um empresário celebra contrato com outro empresário, que atua no ramo de exportação, a entrega de uma mercadoria em outro país. A obrigação principal consiste na mercadoria. Não obstante, a obtenção de licença para exportação configura nesse caso um dever anexo, pois o correto adimplemento da obrigação principal pressupõe a sua execução conforme a legislação pertinente à matéria. O exemplo é substancialmente aquele citado por Clóvis do Couto e Silva, *Op. Cit.*, p. 118.

⁴⁶ Cf. Rogério Ferraz Donnini. *Responsabilidade pós-contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 143.

⁴⁷ Cf. Regis Fichtner Pereira, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88.

⁴⁸ A informação é necessária para que as partes interessadas em contratar possam efetivar o negócio em vista. Daí porque as partes têm o dever de prestar as informações que sejam juridicamente exigíveis em conformidade com cada tipo contratual e as circunstâncias do caso que possibilitará aferir a extensão das legítimas expectativas geradas para as partes. Cf. Regis Fichtner Pereira, *Op. Cit.*, p. 92.

⁴⁹ No tocante ao dever de lealdade e correção, diz respeito ao efetivo interesse no objeto do contrato e que tenham condições legais e econômicas para suportar os termos do negócio pretendido. Cf. Regis Fichtner Pereira, *Op. Cit.*, p. 93-94.

⁵⁰ Já os deveres de proteção e de cuidado impõem para as partes, durante as negociações preparatórias, que as mesmas tomem determinadas medidas de segurança para evitar danos ao outro ou ao seu patrimônio.

⁵¹ A deliberação da contratação ou não e a fixação do seu conteúdo exigem que as partes transmitam informações que estarão resguardadas pelo dever de sigilo ou segredo, de modo que não poderão ser usadas para finalidades outras.

⁵² *A Pós-Eficácia das Obrigações*. In Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 196.

Adimplida a prestação principal, os deveres laterais (anexos) impostos pela boa-fé objetiva serão aqueles que visam realizar o próprio fim do contrato⁵³.

A pós-eficácia das obrigações nas quais se inserem os deveres anexos comporta a seguinte classificação: (i) aparente⁵⁴; (ii) virtual⁵⁵; (iii) continuada⁵⁶; (iv) *stricto sensu*⁵⁷.

Na fase pós-contratual, exsurtem os deveres laterais (anexos)⁵⁸ que podem ser alocados em 4 (quatro) categorias: (i) de informação⁵⁹; (ii) sigilo⁶⁰; (iii) de proteção⁶¹; (iv) de cooperação⁶².

Efetivada a obrigação (prestação) principal, opera-se, a rigor, o adimplemento contratual, com a conseqüente satisfação (objetiva) do credor e a liberação do devedor,

⁵³ Cf. Mauricio Jorge Mota, *Op. Cit.*, p. 222: “O vínculo obrigacional compreende, ou pode compreender, a prestação principal, prestações secundárias e deveres acessórios: a primeira relaciona-se com a atividade dominante exigida ao devedor; as segundas redundam em atuações legais ou convencionais que, funcionalmente, servem à prestação principal e que, noutras circunstâncias, poderiam integrar prestações autônomas; os terceiros derivam, direta ou indiretamente, da boa-fé e integram as adstrições necessárias à boa realização da prestação e à proteção das partes. (...) A pós-eficácia das obrigações insere-se no âmbito dos deveres acessórios de lealdade, de preservação do escopo da obrigação extinta”.

⁵⁴ A pós-eficácia aparente das obrigações é representada por aqueles efeitos que são cominados, expressa e especificamente, por norma jurídica que tem o fato extintivo por previsão. Dessa forma, consiste a pós-eficácia aparente num efeito (atual) do próprio fato extintivo, o qual se afirma como constitutivo de novas situações.

⁵⁵ A pós-eficácia virtual constitui deveres que surgem em relações jurídicas que contém obrigações complexas, as quais somente serão executadas no momento imediato ao término do contrato.

⁵⁶ A pós-eficácia continuidade são aquelas obrigações complexas que subsistem após o cumprimento da prestação principal e que guardam relação ínsita a esta.

⁵⁷ A pós-eficácia das obrigações constitui um dever acessório de conduta, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do término da relação contratual, omitam toda conduta mediante a qual a outra parte se veria despojada ou essencialmente reduzidas as vantagens oferecidas pelo contrato. Esses deveres acessórios se consubstancializam primordialmente em deveres de reserva quanto ao contrato concluído, dever de sigilo dos fatos conhecidos em função da participação na relação contratual e deveres de garantia da fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído.

⁵⁸ Cf. Enéas Costa Garcia, *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 231-241.

⁵⁹ O dever de informação, após o adimplemento da prestação principal, pode implicar à parte a necessidade de acompanhar e instruir a contraparte a respeito do uso correto dos bens envolvidos no contrato, até, de certo modo, fornecer alguma tipo de treinamento.

⁶⁰ O sigilo não alberga apenas a esfera íntima da vida privada da parte, mas, também, todos os fatos da vida privada que são conhecidos por força da relação contratual, inclusive aqueles de cunho preponderantemente patrimonial, como os segredos industriais e comerciais e as invenções.

⁶¹ A proteção, como dever anexo, consiste no cuidado que a parte deve ter com relação à pessoa da contraparte e os seus bens.

⁶² O dever anexo de cooperação impõe à parte um comportamento com vistas a atingir o bom resultado da relação contratual.

restaurando-lhes a liberdade negocial. Contudo, a pós-eficácia da obrigação cria um dever lateral (acessório) de conduta unitária de probidade e lealdade⁶³, com vistas à tutelar a garantia da fruição do bom resultado da finalidade (objetiva) sócio-econômica da relação contratual e assegurar interesse (objetivo) do credor.

Nesse sentido, a determinação desse dever lateral (acessório) pode ser inferida, inicialmente, da base (objetiva) do negócio jurídico entabulado pelas partes que significa as circunstâncias e o estado geral das coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato subsista⁶⁴, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes interpretadas conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (artigos 112, 113, 187, 421 e 422 do CC), como regulação dotada de sentido.

Em segundo, este dever lateral (acessório) também será determinado de acordo com os interesses (objetivo) do credor e do devedor que são delineados à luz das legítimas expectativas criadas para as partes resultantes da noção de correspondência entre as suas prestações e dos dados objetivos fornecidos pelo contrato (tipicidade), segundo a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁶⁵:

“(...) do próprio sinalagma, em que existem prestações corresponsivas em equivalência, podendo ser objetivamente estabelecido que interesse a prestação prometida iria satisfazer, de acordo com a sua natureza e experiência comum. Os dados a considerar, portanto, são de duas ordens: os elementos ‘objetivos’, fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação, e o elemento ‘subjetivo’, que reside na necessidade de o credor receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa e a tipicidade do contrato. Não se trata dos motivos ou desejos que, eventualmente, animavam, mas da expectativa resultante dos dados objetivos fornecidos pelo contrato, por isso legítima. (...) Para a avaliação, não será considerada apenas a quantidade ou a qualidade do cumprimento imperfeito ou moroso, com o que ele passará do grau simples inadimplemento para o nível de resolução. A consideração deve ser compreensiva da globalidade do contrato, nas fases genética e funcional, atendendo a cláusulas, prestações, expectativas e comportamento”.

⁶³ Cf. Mauricio Jorge Mota, *Op. Cit.*, p. 239.

⁶⁴ Cf. Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 166-170. No Brasil, confirma-se Mauricio Jorge Mota, *Op. Cit.*, p. 228-230: “Constitui a base objetiva do negócio jurídico, por exemplo, na compra e venda de um estabelecimento, o uso regular da coisa segundo sua utilidade e a livre disposição da mesma (a finalidade ínsita do contrato). (...) Um contrato não pode subsistir como regulação datada de sentido quando: a) a relação de equivalência entre as prestação e contraprestação que nele se pressupõe, se tenha destruído em tal medida que não se possa falar em prestação e contraprestação; b) a finalidade objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, tenha resultado inalcançável, ainda quando a prestação do devedor seja possível”.

⁶⁵ *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 130, 130 e 134.

Os deveres anexos (laterais) de cooperação pressupõem que as partes (credor e devedor) não pratiquem atos ulteriores capazes de frustrar as finalidades materializadas no contrato, acarretando-lhes a imposição de um comportamento (omissivo) probo e leal⁶⁶ a fim de que sejam alcançados os objetivos convencionados (v.g. dever de não concorrência, de sigilo)⁶⁷.

Na hipótese de incumprimento do dever anexo (lateral) de cooperação, que deverá ser apreciado consoante às circunstâncias concretas do caso, de acordo com os critérios objetivos à luz da boa-fé⁶⁸, poderá o credor, além de socorrer-se da tutela específica (obrigação inadimplida ou cumprida de modo imperfeito)⁶⁹ e da tutela ressarcitória⁷⁰, postular a resolução da prestação principal, se a sua falta impossibilitar ou tornar extraordinariamente difícil a prestação principal, ou se determinar à perda do interesse do credor em recebê-la (artigo 461, §1º, do CPC)⁷¹.

⁶⁶ Cf. Mauricio Jorge Mota, *Op. Cit.*, p. 230: “O padrão de conduta exigível depois do término da relação obrigacional é o do *bônus pater famílias*, entendido como o homem razoável em toda a sua dimensão. Homem razoável é aquele que não só age com toda diligência devida e oportuna, mas, também, baseado nos juízos de experiência e razoabilidade intersubjetiva”.

⁶⁷ Cf. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Op. Cit.*, p. 484.

⁶⁸ Cf. Mário Júlio, *Op. Cit.*, p. 978-979 “Claro que, se a execução defeituosa produz-se tão-só os danos resultantes da falta de cumprimento perfeito, são aplicáveis as disposições relativas à impossibilidade parcial ou, podendo ainda remover-se a imperfeição, à mora parcial do devedor, desde que se verifiquem os restantes requisitos. O problema apenas adquire autonomia, como se observou, quando ocorram danos típicos. E, na hipótese, o devedor responde por esses danos, exista ou não, simultaneamente, impossibilidade ou mora, sempre que a imperfeição da prestação lhe seja imputável. (...) Importa salientar que o vício ou defeito da prestação terá de ser apreciado, no âmbito das várias situações concretas, segundo critérios objectivos à luz da boa fé.”

⁶⁹ CC, Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido. CPC, Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 7ª ed. São Paulo: R.T., 2008, p. 454-456.

⁷⁰ CPC, Art. 461. §2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). Por oportuno, cabe acrescentar que o juiz poderá impor multa diária ao réu (devedor), independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento da prestação contida no preceito, podendo, ainda, determinar as medidas necessárias de apoio à efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (CPC, artigo 461, §§4º e 5º).

⁷¹ Orlando Gomes sugere, inicialmente, a estipulação de cláusula penal para inibir a infração contratual positiva, *Op. Cit.*, p. 159: “A infração de um dever de omissão secundário, sempre cometida por uma ação, pode não implicar a ruptura do vínculo, enquanto o inadimplemento da obrigação nuclear determina necessariamente a incidência na mora e, ordinariamente, a extinção do contrato. Nada impede, com efeito, que as partes estipulem multa como corretivo a infrações contratuais positivas, evitando, por esse modo, que sejam causa determinante do rompimento do vínculo. Para a inexecução propriamente dita do contrato, poderão, quando muito, estipular

Pois bem. Estabelecidas as premissas acima consubstanciadas na relevância e utilidade da inexecução contratual positiva para o direito brasileiro e a possibilidade de sua correlação com os deveres anexos (acessórios) de cooperação que subsistem após a efetivação da prestação (pós-eficácia da obrigação) principal, passamos ao exame da proibição de concorrência acessória (ancilar) no âmbito do contrato de venda do estabelecimento empresarial (trespasse) que reflete o alargamento do conceito tradicional do *iter negotii* e a observância dos deveres contratuais anexos (laterais) decorrentes da boa-fé objetiva que seguem válidos mesmo após o cumprimento da prestação principal, restando, atualmente, positivada no artigo 1.147 do Código Civil vigente⁷².

3. A proibição de concorrência acessória no contrato de trespasse.

O estabelecimento empresarial pode ser objeto unitário de negócios jurídicos, translativo ou constitutivo, *inter vivos* ou *mortis causa*, em consonância com a sua natureza jurídica (artigo 1.143 do CC)⁷³.

cláusula penal, liquidando, previamente, o dano proveniente de eventual inadimplemento da obrigação nuclear". O pedido de resolução do contrato por inexecução contratual positiva também é ventilado por Orlando Gomes, *Direito das Obrigações*, 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 206: "De regra, a inexecução contratual positiva consistente na criação de obstáculo ao cumprimento da obrigação pelo próprio devedor pode ser compreendida no conceito de inexecução culposa. Mas, sem dúvida, a violação positiva do crédito é admissível entre os modos de inexecução do contrato, convindo distingui-la nas obrigações positivas e negativas. Naquelas, a infração de dever secundário não constitui inexecução propriamente dita. Em alguns casos, autoriza, porém, o pedido de resolução do contrato, apresentando-se como especial modalidade de inadimplemento". Para lançar mão do pleito de resolução contratual, adverte Araken de Assis, *Op. Cit.*, p. 129, que "se ostenta necessário que, na defeituosidade, se espelhe a inutilidade contemplada no art. 395, parágrafo único, do CC-02! Então, a hipótese de aproxima da regra exarada quanto ao inadimplemento relativo. Mas se revela imprescindível, como recorda Luigi Mosco, a conexão do dever acessório violado à obrigação principal, posicionada, destarte, bilateralmente".

⁷² CC, Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subseqüentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato. Cf. José Roberto de Castro Neves, *Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro*, In Revista Trimestral de Direito Civil. Pio de Janeiro: Padma, n. 12, 2002, pp. 205-218.

⁷³ A respeito da natureza jurídica do estabelecimento empresarial, entendemos que as concepções das universalidades de fato (v.g. José Edwaldo Tavares Borba; Sérgio Campinho; Modesto Carvalhosa; Vera Helena de Mello Franco) e de direito (v.g. Marcelo M. Bertoldi; Marcello Pietro Iacomini) devem ser conciliadas numa universidade mista ou *sui generis* que dependerá dos elementos que compõem determinada *azienda*. Registramos a posição de Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XVII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 367, que entende que não tem relevância a discussão se a natureza jurídica do estabelecimento empresarial (fundo de empresa) é uma universalidade de fato ou de direito; deve ser encarada como universalidade e nada mais. Essa conjugação das universalidades de fato e de direito também é defendida por Cássio Machado Cavalli. *Relatório das alterações introduzidas pelo Novo Código Civil na parte atinente ao Direito da Empresa*. In TIMM, Luciano Benetti (coord.) et. Al. *Direito da Empresa e Contratos: estudos dos impactos no novo Código Civil*. Porto Alegre: IOB, 2004, p. 89-93.

Os negócios jurídicos relativos ao estabelecimento empresarial podem ser elencados nas seguintes categoriais: (i) negócios jurídicos de alienação, *inter vivos*, a título oneroso (cessão ou trespasse, permuta, conferência em sociedade, dação em pagamento) ou a título gratuito; (ii) negócios de alienação *mortis causa* (sucessão legítima ou testamentária); (iii) negócios de gestão para fim de desfrute (arrendamento, usufruto, comodato, constituição de dote) ou de garantia (penhor)⁷⁴. Interessa-nos aqui a primeira categoria, mais especificamente o negócio jurídico de cessão ou trespasse do estabelecimento empresarial. Trespasse significa etimologicamente transmissão, transferência e alienação⁷⁵. A doutrina clássica de Waldemar Ferreira⁷⁶ assim definia os seus contornos:

“Trepasso é o ato de trespassar, passar além, passar a outrem, dar, ceder, alheiar, a título oneroso ou gratuito. Também se diz traspasso. As duas figuras são correntes na vida mercantil. Quando se diz que certo comerciante trespassou seu estabelecimento, o que se afirma é que este foi transferido”.

Oscar Barreto Filho⁷⁷ dispensou tratamento mais restrito ao negócio jurídico de trespasse, excluindo a transmissão do estabelecimento a título gratuito, sob o argumento de que o trespasse refere-se especificamente à transferência do estabelecimento que se opera por efeito de venda ou cessão. Sustenta o autor que preferível empregar o termo cessão, visto que a venda se refere à transferência do domínio das coisas corpóreas (artigo 1.222 do CC/1916).

A doutrina majoritária mais recente (v.g. Modesto Carvalhosa⁷⁸; Fábio Ulhoa Coelho⁷⁹) entende por trespasse como sendo o ato negocial de venda do estabelecimento⁸⁰. Tenha presente que a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005) empregou

⁷⁴ Cf. Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial – Fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 206.

⁷⁵ A expressão trespasse é tradicionalmente empregada pela doutrina portuguesa para designar a transferência do estabelecimento empresarial a título oneroso (v.g. Barbosa Magalhães, António Menezes Cordeiro, Fernando de Gravato Morais, Miguel J. A. Pupo Correia).

⁷⁶ *Instituições de Direito Comercial*. 2º Vol. 1º Tomo. São Paulo: Saraiva, 1952, § 134, p. 207.

⁷⁷ *Op. Cit.*, p. 208.

⁷⁸ *Comentários ao Código Civil*. Vol. 13, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 636.

⁷⁹ *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

⁸⁰ No Brasil, os empresários passaram a empregar a locução “passa-se o ponto” para designar o trespasse (cessão) do estabelecimento empresarial. Cf. Modesto Carvalhosa, *Op. Cit.*, p. 636; Fábio Ulhoa Coelho, *Op. Cit.*, p. 116.

a expressão trespasse no inciso VII, do artigo 50, como uma das modalidades de recuperação para designar a venda do estabelecimento empresarial; portanto, negócio jurídico oneroso⁸¹.

Forçoso é concluir que o trespasse do estabelecimento consiste na sua transferência (venda) a título oneroso. Trata-se, destarte, o contrato de trespasse de um negócio jurídico oneroso, sinalagmático, comutativo e documentado (escrito)⁸².

No contrato de trespasse, o alienante ou vendedor do estabelecimento é denominado trespasante, enquanto o adquirente ou comprador chama-se trespasário.

O contrato de trespasse (cessão) tem por objeto (finalidade) a transmissão do estabelecimento empresarial, que dada a sua natureza de universalidade, os seus elementos (fatores de produção) podem compreender bens corpóreos (materiais) e incorpóreos (imateriais), relações jurídicas (contratos de trabalho e de serviços etc.) e créditos.

Para a caracterização do trespasse, faz-se necessário que o estabelecimento seja alienado como um todo unitário, albergando os elementos que compõe a sua universalidade. Sem embargo, é possível que algum ou alguns desses elementos sejam especificamente subtraídos, com o consentimento do adquirente, de maneira que, ainda assim, restará configurado o trespasse, desde que mantida a estabilidade da organização do estabelecimento e se mantenha apto ao exercício da atividade empresarial⁸³.

Embora a primeira vista o legislador tenha feito referência ao contrato de cessão do estabelecimento (artigo 1.444 do CC/02) e à disciplina de alguns direitos e deveres, podendo levar à conclusão de que se cuida de um contrato típico ou nominado, decerto que o trespasse encerra múltiplas obrigações de dar, de fazer e de não fazer em razão da sua perspectiva unitária que conjuga uma universalidade que não pode ser realizada pelo alienante (trespasante) em favor do adquirente (trespasário) por meras prestações de dar⁸⁴.

Razão pela qual, contrato de trespasse pode ser classificado como um contrato misto pelo fato de resultar da fusão de dois ou mais contratos, ou de partes de contratos distintos, ou

⁸¹ Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138.

⁸² Cf. Modesto Carvalhosa, *Op. Cit.*, p. 636.

⁸³ E. Santos Júnior, *Sobre o Trespasse e a Cessão de Exploração do Estabelecimento Comercial*. In Ascensão, José de Oliveira (Org.). *As operações comerciais*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 415.

⁸⁴ Não obstante a pluralidade de bens considerados, opera-se o trespasse do estabelecimento por meio de um único contrato, desde que nele sejam observadas todas as formalidades peculiares a cada um desses bens. Nada obsta, porém, que o trespasse do estabelecimento efetue-se mediante a celebração de vários contratos representativos de cada bem e direito componente, desde que visem a um mesmo fim. Cf. Oscar Barreto Filho, *Op. Cit.*, p. 211.

da participação num contrato de aspectos próprios de outro ou outros. Pode, ainda, o contrato de trespasse ser incluído na categoria dos contratos mistos de modalidade múltipla, vista que a ele se agremiam diversos tipos contratuais que o unificam, isto é, uma das partes obriga-se a várias prestações principais, próprias de outras tantas categoriais de contratos, e a outra parte promete uma remuneração global. Em síntese, o contrato de trespasse é um contrato misto múltiplo.

No tocante à base negocial do contrato de trespasse, a satisfação do interesse (objetivo) do vendedor (trespasante) estará no recebimento do preço ajustado (contraprestação), enquanto a satisfação do interesse (objetivo) do comprador (trespasário) residirá na aquisição do complexo organizado dos fatores de produção, o estabelecimento (prestação).

No contrato de trespasse, é possível identificar 02 (dois) perfis de interesses finalísticos (intrínsecos e extrínsecos) para razoável e adequada avaliação da subsistência dos interesses envolvidos na manutenção do vínculo negocial correspondente à operação de transferência do estabelecimento empresarial em caso de inexecução pelo devedor (vendedor) das obrigações acessórias e anexas (laterais) à prestação principal.

O primeiro perfil de interesse finalístico (intrínseco) repousa nos legítimos interesses dos contratantes revelados à luz do fim sócio-econômico da tipicidade contratual que corresponde à transferência (livre disposição para venda) do estabelecimento empresarial pelo devedor (vendedor) e a sua aquisição e exploração como objeto unitário pelo credor (adquirente), ou seja, dos elementos idôneos e coordenados com vistas ao desenvolvimento da atividade empresarial, que, em sua unidade, lhe confere um sobrevalor, denominado aviamento, do qual decorre, também, a capacidade (maior ou menor) de atração da clientela⁸⁵.

O segundo perfil de interesse finalístico (extrínseco) do contrato de trespasse está revelado nos interesses externos (terceiros), seja imediata ou mediamente, quando esta modalidade⁸⁶ de circulação do estabelecimento empresarial, por exemplo, constituir meio de recuperação judicial⁸⁷, concretizando, em última análise, o princípio da preservação da

⁸⁵ Giovanni E. Colombo. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell'Economia*. Volume Terzo. (L'Azienda e il Mercato). Diretto da Francesco Galgano. Padova: Cedam, 1979, pp. 171-172: “L'acquirente normalmente se attende dal negozio (e l'alienante non ignore tale aspettativa, cui anzi ricollega, nei caso di alienazione onerosa, la richiesta di un più elevato corrispettivo) il subingresso nella titolarità di un strumento idóneo all'esercizio dell'impresa, e conseguentemente l'acquisto – sendo l'espressione più comumente usata, anche se giuridicamente impropria – della clientela dell'azienda cedutagli”.

⁸⁶ A outra modalidade seria, por exemplo, o arrendamento.

⁸⁷ Lei n. 11.101/2005, Artigo 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: (...) VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados.

empresa (v.g. trabalhadores, credores, consumidores)⁸⁸, ou for submetido à apreciação, prévia ou repressiva à infração da ordem econômica, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (v.g. interesses da coletividade, dos consumidores, do mercado).⁸⁹.

No contrato de trespasse, o vendedor (devedor) e o adquirente (credor) assumem deveres principais e secundários que decorrem do processo negocial, segundo a boa-fé objetiva (artigos 113, 187 e 422 do CC)⁹⁰ e a sua função sócio-conômica (artigo 421 do CC)⁹¹.

A proibição de concorrência acessória (ancilar) ao contrato de trespasse⁹², atualmente positivada no artigo 1.147 do Código Civil⁹³, é expressão de um dever lateral (anexo) de

⁸⁸ Lei n. 11.101/2005, Artigo 47: A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

⁸⁹ Lei n. 8.884/94, Art. 1º. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei; Art. 7º. Compete ao Plenário do CADE: (...) I – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica [artigos 20 e 21] e aplicar as penalidades previstas na lei [20 a 27]; (...) XII – apreciar os atos e condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso. Na apreciação da validade da proibição de concorrência, o CADE buscará a preservação do equilíbrio do mercado, coibindo a possibilidade de um impacto negativo, como o exercício abusivo de posição dominante por limitar ou impedir o acesso de novas empresas à determinado mercado relevante. A título de ilustração do controle exercido pelo CADE quanto ao pacto de não-concorrência, confira-se a seguinte decisão: “Cláusula de não-concorrência. Limites temporais e geográficos. Critério. São admissíveis em geral, as cláusulas de não-concorrência com prazo não superior a 5 (cinco) anos. Em termos especiais, embora as cláusulas devam, em geral, guardar consonância com a dimensão geográfica do mercado relevante, admissível é a ampliação do âmbito territorial da restrição quando o prazo de vigência do preceito contratual seja reduzido, quando seja diminuta a participação do mercado resultante da operação ou quando não existam barreiras significativas à entrada de novos agentes no mercado relevante”. (Ato de concentração n.º 08012.002266/99-46, de 13 de outubro de 1999, Requerentes: Hebdo Mag Brasil Holding Ltda. e Editora Balcão Ltda., DOU de 23/12/1999).

⁹⁰ No tocante aos deveres anexos ou laterais da fase pré-contratual do trespasse, cite-se a exibição pelo vendedor ao comprador dos livros contábeis do estabelecimento empresarial; por conseguinte, o comprador assume perante o vendedor o dever de sigilo. O dever de sigilo também alcança o sigilo técnico (patentes) e o sigilo comercial (relação dos nomes dos clientes). Na fase pós-contratual do trespasse, pode-se dizer que o vendedor deverá transmitir, além dos elementos que compõem o estabelecimento, também as informações e os dados que incrementam as relações com os fornecedores e clientes (v.g. endereços de correspondência dos fornecedores, empregados, clientes e, se existentes, os apontamentos sobre o comportamento comercial deles). Além disso, o vendedor tem o dever de confirmar, se indagado pelos clientes e fornecedores, que transferira o estabelecimento. Em determinadas situações, será necessário que o vendedor subscreva comunicados aos clientes e aos fornecedores com vistas a introduzir o comprador. Isso não quer dizer que o vendedor está obrigado a recomendar os clientes que contratam com o comprador ou, ainda, a fazer publicidade em favor dele. Não obstante, o comprador poderá ajustar com o vendedor que o assista na fase inicial da atividade do estabelecimento empresarial alienado. Cf. Giovanni E. Colombo, *Op. Cit.*, p. 222.

⁹¹ Giovanni, E. Colombo, *Op. Cit.*, p. 221. O autor italiano indica como fundamento de tais deveres os artigos 1374 e 1375 do Código Civil italiano. O primeiro dispositivo versa sobre a integração do contrato e o segundo refere-se à execução do contrato consoante a boa-fé objetiva.

⁹² No Direito norte-americano, Charles R. McManis, *Intellectual Property Competition*. 5th ed. St. Paul: West Group Publishing, 2004, p. 81. No Direito alemão, Karsten Schmidt, *Derecho Comercial*. Trad. para o espanhol da 3ª edição alemã por Federico W. G. Werner. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 145-146, 155; e Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 118.

cooperação na sua fase pós-contratual para salvaguardar a legítima expectativa do adquirente (credor)⁹⁴ e o resultado sócio-econômico normalmente querido com a celebração do contrato de trespasse (artigos 421 e 422 do CC), estabelecendo uma restrição em desfavor do vendedor (titular do aviamento subjetivo) que assegurará a esperada capacidade lucrativa do estabelecimento (aviamento objetivo)⁹⁵.

Esta proibição de concorrência deverá ser acessória (ancilar) e auxiliar a consecução (escopo) do contrato de trespasse traduzido⁹⁶, em última instância, na tutela (proteção) do aviamento (*goodwill*)⁹⁷ do negócio (estabelecimento empresarial) adquirido pelo credor. Do contrário, essa proibição importaria uma injustificada restrição à livre concorrência (artigo 170, IV, da CF) por si só (*per se*) considerada ilegal ou abusiva⁹⁸.

Na França, Jacques Azema, *Le Droit français de la concurrence*. Paris: PUF, Thémis, 1981, p. 57-58; Maria-Stéphane Payet. *Droit de la Concurrence et Droit de la Consommation*. Paris: Dalloz, 2001, p. 75. Na Itália, Giannantonio Guglielmetti e Giovanni Guglielmetti. *Verbete Concorrenza*. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale. Ristampa 1, Torino: Editrice Torinese, 1995, p. 309; Giuseppe Maria Berruti, *La concorrenza sleale nel mercato*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 12. Em Portugal, José de Oliveira Ascensão, *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 597.

⁹³ Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Op. Cit.*, p. 891-892: “É decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva (CC 422), expressão da função social do contrato e da base do negócio jurídico (CC 421), a circunstância que impede o alienante do estabelecimento de exercer concorrência ao adquirente, prevalecendo-se de sua anterior atividade empresária no referido estabelecimento. (...) Isto porque quem vende estabelecimento tem o dever de agir (boa-fé objetiva) de conformidade com o que o comprador dele espera: entrega completa do estabelecimento empresarial, com o dever de não lhe fazer concorrência. A norma do CC 1147 caput está em conformidade com as do CC 421 e 422. O contrato de compra e venda do estabelecimento (trespasse) não se encerra com a entrega do estabelecimento e com o pagamento do preço respectivo, pois desse contrato decorre a pós-eficácia de as partes terem de respeitar as decorrências naturais do trespasse, entre as quais, está a de o alienante não fazer concorrência ao adquirente.”

⁹⁴ A proibição de concorrência no artigo 1.147 do Código Civil é uma norma dispositiva imperativa negativa que, portanto, será aplicada supletiva e coativamente à vontade das partes se não convencionarem de forma diversa o comando de não fazer (proibição) nela estatuído.

⁹⁵ Nesse sentido, Francesco Galgano, *Diritto Privato*. 11ª ed. Milano: Cedam, 2001, p. 497-498; Aldo Fiale, *Diritto Commerciale*. IX Edizione. Napoli: Esselibri-Simone, 1994, p. 79.

⁹⁶ “Cláusula de não-concorrência. Submissão à regra da razão. Critério de legitimidade. As cláusulas de não concorrência são lícitas somente na medida em que são auxiliares e necessárias para a realização do negócio. Devem elas, contudo, terem abrangência limitada em termos de prazo e área geográfica, não excedendo o que razoavelmente necessário para esse fim”. (Ato de Concentração n. 08012.007618/98-88, de 06.10.1999; Requerentes: Lord Industrial Ltda. e Proquitec Ind. e Prod. Quím. S.A.; DOU de 10/11/1999).

⁹⁷ Trata-se do aviamento (objetivo), segundo Robert W. Emerson, *Business Law*. 4 th. ed. New York: Barron’s Business Review Series, 2004, p. 633: “goodwill the special favor or advantage enjoyed by a particular business because of its reputation for skill or judgment; hence, the capitalized value of the excess of estimated future profits over the rate of return on capital considered normal for that kind of business industry”.

⁹⁸ A rigor, não se admite uma restrição “vazia” (*naked restraints*) à competição de negócios, ou seja, quando esta limitação seja o próprio objeto do negócio. Cf. Eleonar M. Fox, Lawrence A. Sullivan e Rudolph J. R. Peritz. U. S. *Antitrust in Global Context. Cases and Materials*. 2 nd. St. Paul: Thomson West Publishing, 2004, p. 18.

Além da acessoriedade da proibição de concorrência⁹⁹, também devem estar presentes, a rigor cumulativamente¹⁰⁰, os limites material, territorial (espacial) e temporal¹⁰¹.

O elemento material corresponde à atividade desenvolvida no estabelecimento considerado em seu todo unitário, isto é, na universalidade dos elementos componentes consubstanciados nos fatores de produção organizados, necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial. Por isso, o vendedor (devedor) fica proibido de fazer concorrência que consista no exercício da mesma ou de similar atividade desenvolvida no estabelecimento alienado no fornecimento de produtos e/ou serviços idênticos, complementares ou sucedâneos¹⁰², destinados à satisfação das necessidades de um determinado segmento mercadológico.

O elemento territorial ou espacial importa ao vendedor (devedor) não concorrer no local (praça) de operação do estabelecimento empresarial alienado. O vendedor (devedor) também não poderá iniciar uma nova empresa concorrente em praça diversa que seja idônea para afetar o aviamento objetivo do estabelecimento alienado¹⁰³. Por outro lado, o vendedor (devedor) poderá legitimamente prosseguir com atividade empresarial idêntica ou similar que antes da alienação do estabelecimento já desenvolvia em empresa diversa, desde que seja dado conhecimento ao comprador (credor) da sua existência. Sem embargo, a proibição de não fazer concorrência do vendedor (devedor) por meio de um estabelecimento anterior à alienação poderá ser objeto de ajuste expresso com adquirente (credor)¹⁰⁴. Outra questão relevante é

⁹⁹ Toda a restrição à livre concorrência deve ser sempre justificada com vistas a não prejudicar os interesses da coletividade e não constituir uma desrazoável restrição à liberdade negocial do devedor (vendedor) sem proveito para o bom resultado sócio-econômico do contrato de trespasse e para a legítima expectativa do credor (comprador). Isto porque a proibição de concorrência não é posta no interesse de terceiro ou mesmo no interesse geral da coletividade, mas, sim, em favor do credor (comprador). Cf. Maria-Stéphane Payet, *Op. Cit.*, p. 76-78. Por isso mesmo é que a proibição de concorrência pode ser derogada pelas partes que poderão estipular limites menores daqueles previstos no artigo 1.147 do Código Civil ou até mesmo excluir totalmente esse dever acessório. Cf. Aldo Fiale, *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁰⁰ Esses elementos não são, pois, alternativos, mas, sim, cumulativos. Nesse sentido, Giovanni E. Colombo, *Op. Cit.*, p. 204; Modesto Carvalhosa, *Op. Cit.*, p. 651. Em sentido contrário, Fábio Ulhoa Coelho, *Op. Cit.*, p. 123.

¹⁰¹ Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Op. Cit.*, p. 892: “A norma estabelece, como quarentena, o prazo de 5 (cinco) anos, dentro do qual o alienante fica impedido de fazer concorrência ao adquirente. A regra impõe ao alienante o dever de não fazer concorrência, de sorte que pode ser no mesmo ramo de atividade ou em ramo semelhante, bem como dentro da praça ou até fora dela, dependendo das circunstâncias da situação concreta”.

¹⁰² Cf. Giovanni E. Colombo, *Op. Cit.*, p. 204

¹⁰³ Cf. Giovanni E. Colombo, *Op. Cit.*, p. 200.

¹⁰⁴ Cf. Dario Latella. *Il Divieto di Concorrenza dell'Alienante*. In Fabrizio Guerrera (coord.) *I Trasferimenti di Azienda*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 488.

saber se a determinação da extensão dos elementos material e do territorial (espacial) deve ter em conta apenas a efetiva atividade do estabelecimento alienado ou também a sua potencial expansão, a qual se pode aferir a partir de um prévio programa existente ou que corresponde a uma atividade virtualmente relacionada à atividade do estabelecimento. Para Giovanni E. Colombo¹⁰⁵ essa controvérsia deve ser enfrentada com temperamento e dependerá das circunstâncias concretas do caso. Assim, por exemplo, se pouco antes da venda do estabelecimento pretendia-se lançar uma campanha publicitária de novos produtos em outra localidade, o vendedor (devedor) não poderá produzir ou vender produtos concorrentes na mesma zona alcançada pelo lançamento publicitário, no qual o custo possivelmente o comprador (credor) acabou por suportar. Além da campanha publicitária, o vendedor (devedor) também estará sujeito à proibição de concorrência na hipótese de existência de estudos técnicos de novos produtos com vistas a buscar novos mercados em locais diversos da atividade produtiva do estabelecimento alienado.

Quanto ao elemento temporal, a proibição de concorrência do vendedor (devedor) é fixada, *ab initio*, pelo prazo de 05 (cinco) anos subseqüentes à transferência do estabelecimento. Trata-se de um prazo *standard* tradicionalmente definido como uma consolidação da clientela, pois, nesse período, o comprador (credor) tende a constituir uma nova relação de confiança entre a empresa e a clientela¹⁰⁶. O limite temporal também pode ser justificado como o período no qual o empresário (comprador) consolida a universalidade dos elementos (*know-how*, segredo de negócio, marca etc.) que compõem o estabelecimento para atingir a capacidade lucrativa esperada. Nesse período de 05 (cinco) anos, presume-se a cessação da periculosidade da atuação do vendedor (devedor). Para Mario Casanova¹⁰⁷ não seria suficiente a mera suspensão da atividade do empresário vendedor (devedor) durante esse período, sendo, pois, necessária a sua dissolução para cessar efetivamente a possibilidade de perigo de concorrência ilícita. Já Eros Roberto Grau e Paula Forgioni¹⁰⁸ sustentam que, salvo expressa disposição no contrato de trespasse, o vendedor (devedor) poderá praticar atos preparatórios para o exercício de sua atuação concorrencial, como a construção de uma nova

¹⁰⁵ *Op. Cit.*, 204-205.

¹⁰⁶ Dario Latella, *Op. Cit.*, p. 490-491.

¹⁰⁷ *Apud* Dario Latella, *Op. Cit.*, p. 491.

¹⁰⁸ *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 297-298.

fábrica apta à produção de produtos ou a prestação de serviços iguais ou afins da atividade desenvolvida no estabelecimento alienado.

4. Aplicação extensiva e integrativa da proibição de concorrência acessória no contrato de trespasse a outros negócios empresariais.

A proibição de concorrência acessória no contrato de trespasse, positivada no artigo 1.147 do Código Civil, contém um imperativo hipotético, de tal sorte que os seus elementos (material, territorial, temporal, acessoriedade) também valerão sempre que verificadas as situações de fato nela prevista¹⁰⁹ ou poderão ser aplicados às situações valoráveis como equivalentes, isto é, que contém uma correspondência com o fato-tipo¹¹⁰.

Embora a aplicação da proibição de concorrência acessória (ancilar) já tenha sido admitida pela doutrina e pelo legislador em algumas situações jurídicas que revelam hipóteses valoráveis conforme o fato-tipo do contrato de trespasse é preciso estabelecer um tratamento metodológico adequado na medida em que, como se verá a seguir, ela comporta aplicação por meio de 02 (dois) métodos (técnicas) distintos, os quais, por sua vez, geram conseqüências específicas.

O primeiro método é o da aplicação com resultado extensivo por meio da técnica de interpretação teleológica (artigo 5º da LICC) que corresponde diretamente ao fundamento da razão da norma (*ratio legis*) de proibição de concorrência, isto é, os objetivos pretendidos pelo legislador com a sua edição e, indiretamente, a coerência normativa-material do sistema considerado, o caso concreto (*ratio iuris*)¹¹¹. Na interpretação teleológica com efeito extensivo, o domínio de aplicação do sentido da norma é ampliado para albergar um caso (situação), ainda que as circunstâncias nele existentes não pertençam ao fato-tipo conceitual

¹⁰⁹ Giorgio del Vecchio, *Lições de Filosofia do Direito*. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 389.

¹¹⁰ Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 100: “A previsão do legislador raro é de um fato ou evento particular único, mas sim de uma ‘espécie de fato’, ou um ‘fato-tipo’, ao qual poderão corresponder, com maior ou menor rigor múltiplos fatos concretos. Quando, na experiência social, se verifica uma correspondência razoável entre um fato particular e o fato tipo F (se F é, C deve ser), previsto na norma, o responsável por aquele fato particular (em geral, o agente, ou o autor daquilo que resultou de seu ato) goza ou suporta as conseqüências predeterminadas no dispositivo ou preceito”.

¹¹¹ A. Castanheira Neves, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 152-153

previsto expressamente (pelo menos ao núcleo da hipótese normativa)¹¹². O sentido da norma (regra) é apreendido através da sua recondução a pelo menos um princípio, porquanto o comportamento descrito e valorado na norma é meio de realização do princípio que lhe é conexo¹¹³. Sendo assim, uma vez identificado o princípio realizado na regra, afigura-se, também, possível estender a sua aplicação a uma determinada situação jurídica não prevista na sua moldura. Isto porque o princípio pode desempenhar um papel de unificação dessas situações jurídicas, e faz incidir na espécie a regra que realiza o seu valor¹¹⁴. Portanto, naqueles negócios empresariais que guardarem uma correspondência mediata com o contrato de trespasse, isto é, que importem a transferência indireta do estabelecimento empresarial resultando na geração de um sobrevalor esperado pelo credor (comprador), aplicar-se-á extensivamente a proibição de concorrência, positivada no artigo 1.147 do Código Civil, porquanto ela se presumirá querida e, portanto, implícita à regulação contratual (artigos 113, 421 e 422 do CC), salvo se as partes expressamente ajustarem de forma diversa (primeira parte do artigo 1.147 do CC) ou não corresponder às suas intenções (artigo 112 do CC).

O segundo método (técnica) de aplicação da proibição de concorrência consiste no emprego da analogia (artigo 4º da LICC), que é entendida pela transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal, ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese, não regulada por lei, semelhante àquela¹¹⁵. Acerca da distinção entre a interpretação extensiva e a analogia, ensina José de Oliveira Ascensão¹¹⁶:

¹¹² No Direito brasileiro, confira-se a recente e elucidativa lição de Vitor Frederico Kümpel, *Introdução ao Estado do Direito. Lei de Introdução ao Código Civil e Hermenêutica Jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009, p. 174-176: “(...) A adaptação da norma à sua realidade social é exatamente o que prescreve o art. 5º da LICC ao estatuir: ‘Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.’ a) Fins sociais – toda lei visa a uma finalidade social, ou seja, visa a sua correta aplicação a um determinado caso. O aplicar poderá, com base no fim social: 1º) decidir se um determinado caso não deverá ser regido por uma determinada lei porque não atende à sua finalidade social; 2º) aplicar uma determinada norma a uma hipótese não contemplada por ela, para atender a um fim social. b) bem comum – (...) é que impele o ser humano a um ideal de justiça, visando à coordenação dos bens dos indivíduos segundo um princípio ético, a própria ordem jurídica. (...) Interpretação extensiva ou ampliativa é o procedimento hermenêutico que apresenta como resultado o aumento do conteúdo da norma jurídica interpretanda, de forma a possibilitar a sua aplicação à situação não expressamente prevista no texto, porém implicitamente prevista. A possibilidade de realizar a interpretação extensiva depende do tipo de norma a ser interpretada. As normas dispositivas [é o caso do artigo 1.147 do Código Civil], por exemplo, por serem supletivas, têm caráter extensivo”.

¹¹³ Pietro Perlingieri. *Manuale di Diritto Civile*. 2ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 10.

¹¹⁴ Humberto Ávila. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 78.

¹¹⁵ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gullbenkian, 1997, p. 541: “A integração da lacuna da lei, por via de um princípio ínsito na lei, funda-se em que a situação de facto não regulada expressamente na lei é aquela a que o princípio (igualmente) se refere, sem que aqui intervenha um princípio contrário”.

“Em princípio, a distinção dos dois processos é muito simples. A interpretação dirige-se à determinação das regras, trabalhando sobre a fonte. Pelo contrário, para haver integração tem de se partir da verificação de que não há nenhuma regra, conclusão esta que pressupõe uma tarefa de interpretação das fontes, como vimos. O critério pode ser delineado com precisão, o que não quer dizer que na prática não surjam problemas da maior complexidade. A interpretação extensiva pressupõe que dada hipótese, não estando compreendida na letra da lei, o está todavia no seu espírito: há uma regra, visto que o espírito é que é o decisivo. Quando há lacuna, porém a hipótese não está compreendida nem na letra nem no espírito de nenhum dos preceitos vigentes. (...) Mas mesmo no plano das construções jurídicas é mais correta a distinção entre interpretação extensiva e analogia, apesar das dificuldades de aplicação que dissemos já que se suscitam quando em concreto desejamos saber se estamos perante uma ou outra situação. O critério é em si seguro. Num caso estamos ainda a extrair a regra, implícita num texto imperfeito; no outro nada encontramos implícito, porque há uma lacuna”.

Tendo em vista a ausência de uma norma (regra) geral sobre a convenção de não concorrência no Direito brasileiro, a exemplo do artigo 2596 do *Codice Civile* italiano¹¹⁷, os elementos (material, territorial, temporal, acessoriedade) da norma do artigo 1.147 do Código Civil poderão ser aplicados, por analogia, àqueles negócios jurídicos empresariais nos quais a proibição de concorrência não é presumida como querida pelo comprador (credor). Por isso, é necessária a previsão expressa da proibição de concorrência no contrato ajustado pelas partes.

À luz dos critérios propostos anteriormente, passamos, então, a examinar a aplicação extensiva (interpretação teleológica) e integrativa (analogia) dos elementos da proibição de concorrência acessória, positivada no artigo 1.147 do Código Civil brasileiro, em alguns negócios jurídicos empresariais.

4.1. Aplicação da proibição de concorrência acessória na cisão parcial de sociedade.

Na Itália, o debate doutrinário sobre a aplicação extensiva da cláusula (implícita) de não concorrência na cisão parcial da sociedade está concentrado basicamente em 02 (duas) correntes. A primeira corrente sustenta a posição de que a cisão constitui mera situação modificativa dos atos constitutivos das sociedades participantes e, por conseguinte, não

¹¹⁶ *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 349-351.

¹¹⁷ *Codice Civile*, Art. 2596. Limiti contrattali della concorrenza. – 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 no può eccedere la durata di cinque anni [2125, 2557]. Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un período superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio.

implicaria a transferência dos bens e das relações jurídicas da sociedade cindida à sociedade beneficiária. A segunda corrente defende a orientação de que o momento translativo seja coexistencial à hipótese da alienação do estabelecimento, sem embargo de não excluir o fato da modificação estatutária.¹¹⁸ A partir do acolhimento das razões da segunda corrente, restaria justificado, *prima facie*, a aplicação extensiva da proibição de concorrência do artigo 2557 do *Codice Civile* italiano em face da sociedade cindida e em vantagem da sociedade beneficiada¹¹⁹. Contudo, recentemente a questão foi reexaminada e colocada no âmbito de uma reconstrução da hipótese que valoriza a diferença entre as regras relativas à organização da atividade mais do que a transferência do patrimônio, afastando, pois, o recurso à aplicação extensiva da proibição de concorrência implícita à operação da cisão societária.

Em Portugal, Fernando de Gravato Morais¹²⁰ informa que parcela da doutrina caracteriza a cisão como um *trespasse*, baseando-se na noção ampla e flexível do negócio, independentemente, portanto, da causa do ato translativo. Outro segmento doutrinário diferencia tais operações (*v.g.* cisão) do *trespasse*, pelo fato de tratar-se de uma transmissão a título universal, ou seja, os direitos e obrigações transferem-se em globo, em conjunto, sem necessidade de preenchimento dos requisitos exigíveis para cada ato. O patrimônio passa de uma sociedade para outra, mantendo na esfera jurídica da sociedade adquirente a mesma fisionomia. A segunda orientação é a que prevalece, afastando, portanto a possibilidade de aplicação extensiva da proibição de concorrência acessória.

No Brasil, o artigo 229 da Lei das S/A caracteriza a cisão como uma operação através da qual a sociedade anônima transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se a versão for parcial.

Alex Prandini Jr.¹²¹ defende que a cisão parcial tem pontos de contato com o contrato de *trespasse*. Enquanto a venda o estabelecimento empresarial propõe-se ao fim da substituição de ativos – bens por dinheiro – através da celebração do contrato de *trespasse*, a finalidade da cisão parcial é, similarmente, o de permitir a realocação de riquezas, por meio da organização societária. Assim, tanto um quanto outro acolhem em si o escopo de transferências de

¹¹⁸ Dario Latella, *Op. Cit.*, p. 480.

¹¹⁹ Dario Latella, *Op. Cit.*, p. 481.

¹²⁰ *Alienação e oneração de estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina, 2005, p.124.

¹²¹ *Trespasse e Cisão Parcial – Similitudes*. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Reorganização Societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 378-380.

riquezas. Por outro lado, sabe-se que o patrimônio vertido na cisão parcial implica a transferência de patrimônio funcional destinado à consecução de uma atividade econômica, aproximando-se do trespasse, que é caracterizado pela alienação de bens constitutivos do estabelecimento empresarial. Nesse passo, o trespasse e a cisão podem, em princípio, classificarem-se como movimentos concentradores, sempre que o cessionário, para quem a parcela do patrimônio deságua, seja um ente de polarização. Conclui, então, afirmando que:

“(…) muito embora em suas estruturas jurídicas, o trespasse e cisão parcial repercutem inexoravelmente nos mesmos ramos do direito obrigacional e contratual, no que tange à substituição das posições jurídicas do alienante / empresa cindida por adquirente e empresa resultante da cisão, respectivamente, ocorrendo o mesmo quanto aos contratos de trabalho; no direito societário e registrário, por trazerem reflexos na estrutura patrimonial das sociedades, exigindo-se assim a devida publicidade de tais atos; no direito econômico e concorrencial, quando acarretarem em atos de concentração que impactem nos princípios de política econômica. Por conta disso, resta evidente que, do ponto de vista prático, ressalvadas as nuances abordadas no parágrafo precedente, tanto cisão parcial como trespasse podem fazer as vezes de um do outro, sendo certo que escolha duma ou doutra via variará em razão das situações de fato que permearem a atividade de determinada empresa”.¹²²

Por tais razões, afigura-se possível a aplicação extensiva da proibição de concorrência, positivada no artigo 1.147 do Código Civil, na operação de cisão parcial da empresa, haja vista esta corresponder, indiretamente, ao contrato de trespasse, isto é, à venda do estabelecimento como um todo unitário, ou, ainda que seja subtraído algum ou alguns de seus elementos, desde que mantida a estabilidade organizacional do estabelecimento, e este, por sua vez, se mantenha apto ao exercício da atividade empresarial. A proibição de concorrência é compreendida como implícita à cisão, isto é, presumir-se-á querida pela parte.

Em caso de a cisão da empresa não corresponder, indiretamente, ao contrato de trespasse, recorrendo-se à analogia, admite-se aplicação integrativa da proibição de concorrência, desde que expressamente prevista e com a finalidade de assegurar à consecução sócio-econômica da operação societária e as legítimas expectativas das partes.

4.2. Aplicação da proibição de concorrência acessória no contrato de franquia (*franchising*).

¹²² *Op. Cit.*, p. 382.

No Direito português, a fixação de uma proibição de concorrência no contrato de franquia é defendida por relevante parcela da doutrina, com as necessárias adaptações, a aplicação analógica do artigo 9º do Decreto-Lei n. 178/86, relativo ao contrato de agência, desde que preenchidos os seguintes requisitos: (i) necessidade de documento escrito a prever essa obrigação; (ii) limitação da liberdade do franqueado unicamente no que toca a atividades concorrentes com a do franqueador; (iii) duração máxima de dois anos após a cessão do contrato; (iv) circunscrição da obrigação à zona confiada ao franqueado; (v) compensação do franqueado (artigo 13º, alínea “g”, do Decreto-Lei n. 178/86). Em sentido contrário, Maria de Fátima Ribeiro¹²³ sustenta que, por se tratar o contrato de franquia de um contrato de adesão, deve ser considerada abusiva a proibição de concorrência. Pondera a autora que o mecanismo mais adequado para resolver, no âmbito da concorrência, estes eventuais conflitos entre o franqueador e o franqueado seria o recurso às normas que proíbem e sancionam a concorrência desleal¹²⁴.

No Direito da Concorrência da Comunidade Européia, L. Miguel Pestana de Vasconcelos¹²⁵ noticia que o Tribunal de Justiça reconheceu, num conjunto de decisões, que algumas restrições acessórias (*ancillary*) necessárias à viabilidade de uma transação não restringem, por si só, a concorrência; especialmente aquelas necessárias para induzir o investimento. Relativamente à atividade do franqueado, este poderá ficar vinculado a não concorrer com o outro membro da rede franqueada, incluindo o franqueador, no período da vigência do contrato ou mesmo na fase pós-contratual, mas aqui no período de tempo máximo de um ano, no território onde explorou a franquia (art. 3º, n. 1, alínea “c”, do Regulamento n. 4087/88). Posteriormente, em 1999, o Regulamento n. 2790 estabeleceu no artigo 5º, alínea “b”, que a cláusula de não concorrência só pode dizer respeito a bens e serviços que concorram com os bens e serviços contratuais; deve ser limitada às instalações e terrenos a partir dos quais o franqueado operou durante o período do contrato e ser indispensável para proteger o saber-fazer transferido pelo franqueador, desde que o período de vigência dessa proibição de concorrência seja limitado a um período de um ano após o termo de acordo; esta

¹²³ *O Contrato de Franquia*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 287-296.

¹²⁴ No Brasil, a concorrência desleal específica está prevista no elenco do artigo 195 da Lei n. 9.279/96 (“LPI”). A concorrência desleal inespecífica encontra guarida na cláusula geral do artigo 209 da LPI. A Lei n. 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) também prevê a coibição e repressão eficiente de todos os abusivos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (artigo 4º, VI).

¹²⁵ *O Contrato de Franquia (Franchising)*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 142, 147-149.

obrigação não prejudica a possibilidade de impor uma restrição ilimitada no tempo à utilização e divulgação do saber-fazer que não seja ainda do domínio público, nos termos do mesmo preceito¹²⁶.

No Brasil, a proibição de concorrência contida no contrato de franquia poderá se sujeitar ao controle do CADE (artigo 54 da Lei n. 8.884/94)¹²⁷. No direito brasileiro, o contrato de franquia empresarial (franchising) é regulado pela Lei n. 8.955/94, que a define como o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício (art. 2º).

Ana Cláudia Redecker¹²⁸ ressalta a incidência da boa-fé objetiva no contrato de franquia, enfatizando a necessária observância dos seus respectivos deveres acessórios na fase pós-contratual (culpa *post factum finitum*). Pontifica a autora que, sob o influxo do dever acessório da lealdade, o franqueado estaria proibido de praticar atividade concorrente à do franqueador utilizando o *know-how* dele adquirido, após a extinção do contrato.

Sucedo que a Lei de Franquia, no seu artigo 3º, inciso XIV, alíneas “a” e “b”, exige que seja expressamente disciplinada a situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, no tocante¹²⁹: (i) ao know-how ou segredo de indústria a venha ter acesso em função da franquia; (ii) à implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador¹³⁰.

¹²⁶ Maria de Fátima Ribeiro. *Op. Cit.*, p. 296.

¹²⁷ Ato de Concentração n. 100/96, Conselheiro relator Ruy Afonso de Santa Cruz Lima, julgamento de 24.03.1999, Diário Oficial da União de 14.04.1999: “*Contrato de franquia. Obrigatoriedade de apresentação ao Cade nos termos do art. 54 da Lei n. 8.884/94. Reconhecimento. Os contratos de franquia, bem como os de administração, consultoria ou qualquer outro entre fornecedores, devem ser submetidos ao Cade nos termos do artigo 54 da Lei de Concorrência*”.

¹²⁸ *Franquia Empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 99-106.

¹²⁹ Consulte-se, por todos, Jorge Lobo, *Contrato de Franchising*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 98: “*O contrato de franquia deve ser escrito e respeitar o Direito Nacional e o Código de Auto-Regulamentação. O contrato deve refletir os interesses dos membros da rede de franquia, protegendo os direitos de propriedade industrial ou intelectual do franqueador e manter a identidade e reputação próprias da rede de franquia. Deve, ainda, definir os direitos, as respectivos obrigações e responsabilidades das partes. Os pontos essenciais são: (...) 5.13 – a cláusula de não-concorrência; (...); 5.15 – as cláusulas de confidencialidade e sigilo; (...)*”.

¹³⁰ A propósito dos deveres de proibição de concorrência e de confidencialidade (segredo de negócio) após a extinção do contrato, confira-se a ementa do seguinte julgado do extinto Tribunal de Alçada Cível de São Paulo: “*Cautelar. Medida inominada. Contrato de franquia. Cláusula de confidencialidade e de concorrência. Impossibilidade do franqueado continuar no mesmo local com o mesmo ramo de atividade do franqueador. Não*

Em virtude da opção legislativa da Lei de Franquia, que parece acertadamente considerar a situação de vulnerabilidade do franqueado e a sua limitação na liberdade de fixação (discussão ou modificação) do conteúdo do contrato - que, em regra, é de adesão¹³¹ -, a proibição de concorrência acessória ao contrato de franquia deverá ser expressamente ajustada entre o franqueador e o franqueado, não sendo, pois, razoável presumi-la como querida¹³². Já quanto aos elementos (material, territorial, temporal, acessoriedade) da proibição de concorrência, positivados no artigo 1.147 do Código Civil, estes poderão ser aplicados, por analogia, para regular a extensão da cláusula contratual que disporá sobre a implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador na medida em que permitirá melhor justificar e controlar os seus limites em favor do próprio franqueado.

4.3. Aplicação proibição de concorrência acessória no contrato de cooperação empresarial (*joint venture*).

Os contratos de *joint venture* ou cooperação empresarial tem como característica essencial à realização de um projeto comum, empreendimento (aventura específica), cuja duração pode ser curta ou longa. Trata-se de um simples contrato de parceria ou cooperação que no momento da sua celebração não existe *affectio societatis*. Além da execução do projeto, há, entre outras, previsões como aportes para a realização do empreendimento, a partilha dos lucros ou prejuízos, o controle e a participação na gestão¹³³.

Essa cooperação empresarial pode ocorrer em diversos mercados, como de exploração de recursos naturais, a realização de projetos industriais e, mais comumente, na aplicação de investimentos. De acordo com o ensinamento de Maristela Basso¹³⁴, o fator tempo é

colidência com a disciplina legal do instituto. Inexistência de abuso do franqueador constatável em sede de liminar. Medida cassada. Recurso provido” (1ºTAC/SP, 7ª Câmara, Agravo de Instrumento n. 1.249.327-9, Relator Juiz Ariovaldo Santini Teodoro, julgamento de 09.03.2004).

¹³¹ CC, Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹³² Com relação ao elemento temporal, o prazo de cinco anos previsto no artigo 1.147 do Código Civil é um *standard* que pode ser aplicado por analogia ao contrato de franquia, não obstante seja possível a estipulação de um prazo superior, desde que justificado pelas circunstâncias do caso concreto.

¹³³ Maristela Basso. *Joint ventures. Manual prático das associações empresariais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 39-41.

¹³⁴ *Op. Cit.*, p. 39-41.

extremamente importante para a escolha da forma da *joint venture* mais adequada como o modo de contribuição dos *co-ventures* (participantes) para o empreendimento. Na *joint venture*, os projetos, como de implantação de uma indústria, requerem investimentos em bens do ativo fixo (construção e equipamentos) de amortização a longo prazo. Já os projetos de investimentos de capital durante curto espaço de tempo e de sua recuperação, acrescida de lucros, costumam ser por um breve período.

No contrato de cooperação empresarial (*joint venture*) os participantes têm o dever de lealdade uns para com os outros, porém, relativamente a operações não abrangidas pelo ajuste, podem ser competidores entre si. É nesse dever de lealdade que incide a aplicação extensiva da proibição de concorrência ao contrato de *joint venture*, com vistas a assegurar a sua realização e proteção das legítimas expectativas dos participantes do empreendimento.

Na Comunidade Européia, são admitidas como ancilares (auxiliares) as cláusulas de proibição de concorrência estabelecidas entre sócios com empreendimento comum e tratando-se de *joint venture* o seu período de vigência será correspondente ao prazo contratual (casos Sanofi/Sterling e British/TAT), podendo, em certos casos, ultrapassar a vigência do empreendimento comum (caso Thomson/Pilkington)¹³⁵.

A partir do Aviso n. 188/5 de 2001 da Comissão Européia de Concorrência, tem-se exigido a justificação do limite temporal da cláusula de não concorrência no contrato de *joint venture* até e superior a cinco anos, bem como foi desconsiderada a natureza acessória (ancilar) daquelas cláusulas restritivas da concorrência por período superior à duração da cooperação empresarial¹³⁶.

No Direito brasileiro, o CADE (artigo 54 da Lei n. 8.884/94) já decidiu que o elemento temporal da cláusula de não concorrência no contrato de *joint venture* poderá corresponder ao tempo de duração para a execução do projeto (empreendimento) ou prazo inferior se assim dispuserem os participantes¹³⁷.

¹³⁵ Apud Pedro Paulo Salles Cristofaro, *As Cláusulas de Raio em Shopping Center e a Proteção à Livre Concorrência*. Revista IBRAC, vol. 10, n. 3, 2001, p. 93.

¹³⁶ Cf. Richard Wish, *Competition law*, Fourth ed. Great Britain: Bath Press, 2001, p. 783: “Where a joint venture is established, the Commission considers that, as a general rule, non-competition clauses can be justified for periods of up five years, although where the period is for longer than three years this will have to be justified; clauses that extend beyond the life-time of the joint venture will never be regarded as ancillary”.

¹³⁷ Ato de Concentração n. 08012.004804/98-54, Conselheiro relator Marcelo Procópio Calliari., Diário Oficial da União de 14.01.1999 (Requerentes: Lucent Technologies International Inc. e Telessis Sistemas em Telecomunicações Ltda.): “Cláusula de não-concorrência. Ato de concentração. Legitimidade *prima facie*. Reconhecimento. Necessidade de limitação temporal. Cláusula de não-concorrência. Joint venture. Vigência por dez anos ou pelo prazo de duração da joint venture. Admissibilidade: As cláusulas de não concorrência em atos

Razão pela qual, permite-se a aplicação, por analogia, da proibição de concorrência aos participantes da *joint venture*, devendo o seu prazo de duração ser razoavelmente delimitado com vistas à consecução da finalidade da operação.

4.4. Aplicação da proibição de concorrência acessória no contrato de locação em *shopping center*.

O *shopping center*¹³⁸ constitui verdadeiro centro global de interesses, econômica e juridicamente distinto das empresas neles estabelecidas, de modo que o centro comercial configura, em si mesmo, objeto de proteção do direito concorrencial, não apenas em relação a terceiros, mas também nas relações entre os próprios empresários com estabelecimentos nele localizados.

A propósito das restrições à concorrência estipuladas nos regimentos internos dos centros comerciais (*shopping centers*), que estabelecem uma proibição de que o lojista constitua ou mantenha filial de sua empresa, ou uma outra empresa congênere ou similar nas redondezas, sustenta Gladston Mamede¹³⁹ que tais proibições consistem em mais um abuso injustificável do empreendedor que contraria diversas normas jurídicas (artigos 1º, IV, 170, IV, da CF).

No entanto, para Fábio Konder Comparato¹⁴⁰ as regras de concorrência, estabelecidas nos regimentos internos dos centros comerciais, correspondem a uma limitação convencional indireta de concorrência, isto é, uma obrigação acessória em contrato que não tem por objeto principal a regulação da concorrência. Além dos limites estabelecidos nas áreas do próprio centro comercial, ajusta-se um limite externo em relação ao centro como um todo. Tais

de concentração em geral são aceitáveis na medida em que constituam um fator importante ou mesmo necessário para dar suporte ou mesmo viabilizar a realização da própria transação principal, da qual sejam apenas auxiliares, devendo, entretanto, ter duração limitada. (...). Nesse sentido, quanto ao prazo previsto, dado que a duração da operação é de 10 anos, considero razoável a fixação de um prazo equivalente para a cláusula de não-concorrência. Como dito acima, seria um enorme desestímulo à confiança à constituição de joint ventures se uma das participantes pudesse, durante sua existência, adquirir conhecimentos da outra e competir contra o negócio de ambas”.

¹³⁸ Lei n. 8.245/91, Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

¹³⁹ *Contrato de locação em Shopping Center. abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 109-110.

¹⁴⁰ *As cláusulas de não-concorrência nos “Shopping Centers”*. In Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Malheiros, jan./mar., 1995, n. 97, p. 23-28.

limitações constituem um efeito natural do contrato com vistas à colaboração das partes e não competição entre elas. Com efeito, a legitimidade da cláusula de não-concorrência depende dos limites precisos de objeto, de tempo e de espaço, tendo em vista o princípio da liberdade de concorrência albergado no artigo 170 da Constituição Federal.

Tratando-se de *shopping center*, a cláusula de não-concorrência é estipulada com vistas, em última análise, à proteção da clientela do centro comercial, de modo a coibir todas as modalidades de comércio e serviços localizados no centro empresarial. Não basta, porém, que se defina o objeto dessa obrigação de não concorrer. No dizer do referido autor¹⁴¹:

“(…) Importa, ainda, que ela seja limitada no tempo, ou no espaço, (...). Estas duas podem ser cumuladas, mas é indispensável que exista pelo menos uma. Quando a causa da interdição de concorrência refere-se à pessoa do empresário, é normal que se estabeleça uma limitação no tempo, pois, a clientela pessoal tende a dispersar no curso dos anos. Mas se a razão de ser da estipulação é a concorrência especial entre estabelecimentos, o que importa é a fixação de uma distância mínima de separação entre eles, a prevalecer sem limitação de tempo”.

Ao discorrer acerca desse limite especial da proibição de concorrência no *shopping center*, Pedro Paulo Salles Cristofaro¹⁴² adota a expressão “cláusula de raio” e assenta que esta seria válida na medida em que esteja adstrita aos limites necessários para atingir os fins legítimos do contrato de *shopping center*, os quais se revelam na preservação do empreendimento e dos interesses entre seus participantes, na manutenção da força atrativa do *tenant mix* e na coibição do desvio de clientela resultante dos esforços comuns. No que tange aos critérios para a fixação da distância da cláusula de raio, leciona o citado autor que:

“O raio propriamente dito em que a concorrência estaria proibida deverá ser limitado ao estritamente necessário para que o poder de atração da loja localizada no interior do shopping não seja aviltado. A distância cabível, naturalmente, dependerá de diversos fatores, que fazem parte dos próprios estudos de viabilidade para a composição do *tenant mix*. Em um ‘shopping de vizinhança’, o raio de proteção será menor; em um shopping regional, que visa a atender a toda sorte de clientes, o raio poderá ser maior. No interior, em que o deslocamento entre grandes distâncias se faz em curto espaço de tempo, o raio poderá ser maior do que nos grandes centros, marcados por engarrafamentos, etc.”

¹⁴¹ *Op. Cit.*, p. 28. Veja-se, ainda, Fábio Ulhoa Coelho, *Op. Cit.*, p. 243: “Outro exemplo de cláusula restritiva de concorrência inserida nos contratos de locação de loja em shopping center, pela qual o locatário se compromete a não se estabelecer nas cercanias do complexo, de forma a se afastar a concorrência autofágica (Comparato, 1995). De fato, há entre o empreender do shopping e os locatários nele estabelecidos um determinado grau de parceria, que justifica e pressupõe a limitação”.

¹⁴² *Op. Cit.*, 95-97.

A propósito, dos limites da proibição de concorrência (“cláusula de raio”) no contrato de locação em *shopping center*, adverte Luiz Gastão Paes de Barros Leães¹⁴³ que a imposição ao lojista de uma “*abstenção permanente de se estabelecer em outro local, nas proximidades do shopping, sem apontar qualquer limite temporal, fere profunda e gravemente o direito de o lojista exercer livremente a atividade econômica, a todos garantido pela Lei Maior da República, pois implicaria na renúncia definitiva ao exercício de um direito irrenunciável, ainda que relativamente a uma restrita localidade*”.

Por sua vez, Pedro Paulo Salles Cristofaro¹⁴⁴ entende ser legítima a proibição de concorrência (“cláusula de raio”) acessória ao contrato de locação em *shopping center*, a qual deve vigorar pelo prazo da locação¹⁴⁵, ressalvando, contudo, que na sua apreciação deverá ser observada a razoabilidade dos seus demais limites (material, territorial, temporal), bem como as condições específicas de um determinado mercado¹⁴⁶.

Destarte, conclui-se ser possível a aplicação, por analogia, da proibição de concorrência, positiva no artigo 1.147 do Código Civil, no contrato de locação em *shopping center*, desde que dela não resulte impactos concorrenciais negativos em determinado mercado relevante¹⁴⁷.

Essas são as considerações que tenho a fazer acerca do tema proposto.

¹⁴³ *Convenção impediante de novo estabelecimento*. In Pareceres. São Paulo: Singular, 2004, p. 696.

¹⁴⁴ *Op. Cit.*, p. 100.

¹⁴⁵ O prazo da proibição de concorrência sugerido pelo autor assemelha-se à hipótese do parágrafo único do artigo 1.147 do Código Civil, *verbis*: “*No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato*”.

¹⁴⁶ No mesmo sentido é a opinião de João Augusto Basilio, *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 139, que também sustenta que a cláusula de não concorrência (cláusula de raio) deve conter em sua redação os limites material (objeto), territorial (espaço) e temporal, sob pena de configurar infração à ordem econômica.

¹⁴⁷ A cláusula de raio em shopping center já foi submetida à apreciação do CADE, no processo administrativo n. 08012.009991/98-82 (representante: Participações Morro Vermelho Ltda.; representadas: Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda), sendo relator o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeifer. Transcrevemos algumas passagens da ementa da decisão: “*Processo administrativo. Conduta: imposição de cláusula de exclusividade nos contrato de locação do shopping center iguatemi, nos quais os lojistas ficariam impedidos de instalar-se em determinados shopping centers da cidade de São Paulo. Fixação de mercado relevante em processo administrativos para apuração de infração contra a ordem econômica: necessidade de se levar em consideração os efeitos da conduta. Mercado relevante fixado. Shopping centers de alto padrão nas regiões da zona oeste, norte da zona sul e oeste da zona central da cidade de São Paulo. Poder de mercado: indeferido a partir do caráter diferenciado do shopping center iguatemi, de sua capacidade de impor preço de locação superior aos demais e de sua parcela de participação no mercado relevante. Efeitos anticoncorrenciais da cláusula de exclusividade caracterizados. Afastada a alegação da razoabilidade da restrição da concorrência. Infração à ordem econômica caracterizada, segundo o art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21, incisos IV e V da Lei 8.884/94. Aplicação de multa equivalente a 1% do faturamento bruto do condomínio shopping center Iguatemi da cidade de São Paulo. Observância do disposto no art. 11 da Lei n. 9.021/95. Determinação de imediata cessação da infração*”.

5. Referências bibliográficas.

Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

Ascensão, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002.

Assis, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4ª ed. São Paulo: R.T., 2004.

Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Azema, Jacques *Le Droit français de la concurrence*. Paris: PUF, Thémis, 1981.

Barreto Filho, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial – Fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

Basilio, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Basso, Maristela. *Joint ventures. Manual prático das associações empresariais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Berruti, Giuseppe Maria. *La concorrenza sleale nel mercato*. Milano: Giuffrè, 2002.

Carvalhosa, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 13, São Paulo: Saraiva, 2003.

Cavalli, Cássio Machado. *Relatório das alterações introduzidas pelo Novo Código Civil na parte atinente ao Direito da Empresa*. In TIMM, Luciano Benetti (coord.) et. Al. *Direito da Empresa e Contratos: estudos dos impactos no novo Código Civil*. Porto Alegre: IOB, 2004.

Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Colombo, Giovanni E. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell'Economia*. Volume Terzo. (L'Azienda e il Mercato). Diretto da Francesco Galgano. Padova: Cedam, 1979.

Comparato, Fábio Konder. *As cláusulas de não-concorrência nos "Shopping Centers"*. In Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Malheiros, jan./mar., 1995, n. 97.

Cordeiro, Antonio Menezes. *Da Modernização do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

Costa, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: R.T., 2000.

Cristofaro, Pedro Paulo Salles. *As Cláusulas de Raio em Shopping Center e a Proteção à Livre Concorrência*. Revista IBRAC, vol. 10, n. 3, 2001.

Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Farias, Cristiano Chaves de, Rosenvald, Nelson. *Direito das Obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Ferreira, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. 2º Vol. 1º Tomo. São Paulo: Saraiva, 1952.

Fiale, Aldo. *Diritto Commerciale*. IX Edizione. Napoli: Esselibri-Simone, 1994.

Galgano, Francesco. *Diritto Privato*. 11ª ed. Milano: Cedam, 2001.

Garcia, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

Gomes, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª ed. São Paulo: R.T., 1980.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Direito das Obrigações*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Grau, Eros Roberto e Forgioni, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Guglielmetti, Giannantonio e Guglielmetti, Giovanni. *Verbete Concorrenza*. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale. Ristampa 1, Torino: Editrice Torinese, 1995.

Kümpel, Vitor Frederico. *Introdução ao Estado do Direito. Lei de Introdução ao Código Civil e Hermenêutica Jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.

Latella, Dario. *Il Divieto di Concorrenza dell'Alienante*. In Fabrizio Guerrera (coord.) I Trasferimenti di Azienda. Milano: Giuffrè, 2000.

Larenz, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

_____. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gullbenkian, 1997.

Leães, Luiz Gastão Paes de Barros. *Convenção impediante de novo estabelecimento*. In Pareceres. São Paulo: Singular, 2004.

Lobo, Jorge. *Contrato de Franchising*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Mamede, Gladston. *Contrato de locação em Shopping Center. abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 7ª ed. São Paulo: R.T., 2008.

McManis, Charles R. *Intellectual Property Competition*. 5th ed. St. Paul: West Group Publishing, 2004.

Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XVII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

Morais, Fernando de Gravato. *Alienação e oneração de estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina, 2005.

Mota, Mauricio Jorge. *A Pós-Eficácia das Obrigações*. In Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Nery Junior, Nelson, Nery, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Comentado*. 7ª ed. São Paulo: R.T., 2009.

Neves, A. Castanheira. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

Neves, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2008.
_____. *Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro*, In Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, n. 12, 2002.

Passareli, Francesco Santoro. *Doctrinas Generales de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1964.

Payet, Maria-Stéphane. *Droit de la Concurrence et Droit de la Consommation*. Paris: Dalloz, 2001.

Perlingieri, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Manuale di Diritto Civile*. 2ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

Pereira, Regis Fichtner. *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Prandini Junior, Alex. *Trespasse e Cisão Parcial – Similitudes*. In Castro, Rodrigo R. Monteiro de; Aragão, Leandro Santos de (Coord.). *Reorganização Societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Reale, Miguel *Lições preliminares de direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Redecker, Ana Cláudia. *Franquia Empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

Ribeiro, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia*. Coimbra: Almedina, 2001.

Santos Júnior, E. Santos. *Sobre o Trespasse e a Cessão de Exploração do Estabelecimento Comercial*. In Ascensão, José de Oliveira (Org.). *As operações comerciais*. Coimbra: Almedina, 1998.

Silva, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. São Paulo: R.T., 2007.

Silva, Clóvis do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

Schmidt, Karsten. *Derecho Comercial*. Trad, para o espanhol da 3ª edição alemã por Federico W. G. Werner. Buenos Aires: Astrea, 1997.

Tepedino, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In *A parte geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Barboza, Heloisa Helena, Moraes, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Terra, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Vasconcelos, L. Miguel Pestana de. *O Contrato de Franquia (Franchising)*. Coimbra: Almedina, 2000.

Vecchio, Giorgio del. *Lições de Filosofia do Direito*. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

Wish, Richard. *Competition law*, Fourth ed. Great Britain: Bath Press, 2001.