
**BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: O CASO DA
CIA NACIONAL DE TECIDOS DE JUTA**

***OBJECTIVE GOOD FAITH IN BUSINESS CONTRACTUS: THE CASE
OF THE NACIONAL JUTE FABRICS CORPORATION***

ANTONIO JORGE PEREIRA JUNIOR

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Professor Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - PPGD - UNIFOR. Professor da Graduação e Pós Graduação Lato Sensu em Direito da UNIFOR.

IVANNA PEQUENO DOS SANTOS

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Especialista em Direitos Humanos Fundamentais pela Universidade Regional do Cariri - URCA. Professora Assistente da Universidade Regional do Cariri. Tem experiência na área de Direito Empresarial, Civil e Ambiental. Atua principalmente nos seguintes temas: Constitucionalização do direito privado e direito das águas. Pesquisadora dos grupos de pesquisa: GEDHUF (URCA/CNPQ) e GEPEDI Ensino e Pesquisa no Direito (UNIFOR/CNPQ).

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo debater o princípio da boa-fé nos contratos empresariais, tendo como referencial o caso da *Cia. Nacional de Tecidos de Juta vs. Cia Paulista de Aniagens*. Nesse contexto, as autoras revisam o conceito boa-fé objetiva e da pós-eficácia das obrigações. A metodologia de abordagem é analítica, empírica e crítica: parte-se da análise de conceitos jurídicos e doutrinários, segue-se

para uma verificação empírica, diante de caso prático, e desenvolve-se, por fim, crítica argumentativa com esteio no direito obrigacional. Têm-se como resultados esperados comprovar que, nos contratos comerciais, devem ser observados os deveres de conduta decorrentes do princípio da boa-fé; não há mitigação dos deveres anexos aos negócios jurídicos, no âmbito empresarial, apenas uma eficácia diferenciada.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé objetiva; Contratos mercantis; O caso de juta; A culpa *post pactum finitum*.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the principle of good faith in business contracts, having as reference the case of the National Jute Fabrics Co. Cia Paulista de Aniagens. In this context, the authors review the concept of objective good faith and post-effectiveness of obligations. The approach methodology is analytical, empirical and critical: it starts with the analysis of legal and doctrinal concepts, it follows for an empirical verification before a practical case and develops, finally, argumentative criticism with a focus on the obligational right. The expected results are to show that in the commercial contracts must be observed the duties of conduct arising from the principle of good faith; There is no mitigation of the duties attached to the legal business in the business sphere, only a differentiated effectiveness.

KEYWORDS: Objective good faith; Mercantile contracts; The jute case; The blame *post pactum finitum*.

INTRODUÇÃO

A interpretação das obrigações decorrentes dos contratos comerciais vem sofrendo mudanças, desde meados do século XX. No que tange ao princípio da boa-fé objetiva, sedimentou-se o entendimento da sua aplicação às relações privadas. Esse princípio adentra o direito positivo brasileiro no corpo da legislação comercial, e

é no domínio das relações privadas que mais se evidencia a necessidade de aprofundamento no estudo dos efeitos da sua incidência.

Este trabalho parte do reconhecimento dos aspectos dinâmicos da relação obrigacional, com direitos e deveres para ambos os contratantes. Os chamados deveres laterais de conduta direcionam a relação contratual a seu adequado adimplemento. A boa-fé apresenta-se como fundamento adequado aos casos de responsabilidade pré e pós-contratual.

A função interpretativa da boa-fé impele à busca da compreensão das cláusulas contratuais que se revelem mais adequadas ao objetivo perseguido pelas partes. Os deveres laterais impostos pela boa-fé vinculam os contratantes a comportamentos que não foram explicitamente negociados. Discute-se, no entanto, a intensidade da aplicação do princípio da boa-fé nas relações contratuais entre empresários.

Dentro desse contexto, o artigo objetiva analisar a boa-fé nos contratos comerciais. Para isso adota-se como referencial o *leading case* entre a Companhia de Tecidos de Juta vs., o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista de Aniagem. O litígio proporcionou uma brilhante batalha entre Carvalho de Mendonça, patrono da Cia. de Tecidos de Juta, e Rui Barbosa, defensor do Conde Álvares Penteado e da Cia de Aniagem. Com a ação discutiu-se o valor comercial do fundo de comércio e a cessão da clientela, associando-os ao princípio da boa-fé.

Assim, inicialmente, pretende-se expor alguns conceitos sobre a boa-fé objetiva e negócios jurídicos. Em seguida, trata-se da interpretação dos contratos empresariais. Apresenta-se, em seguida, o caso conhecido como “*caso de Juta*”, que retrata a trajetória da boa-fé no direito brasileiro. Por fim, analisa-se a cláusula de não-reestabelecimento e a culpa *post pactum finitum*.

2 BOA FÉ OBJETIVA E NEGÓCIOS JURÍDICOS

A boa-fé possui várias significações na ciência jurídica e na formação de seus institutos. Com relevo, já no direito romano, com a atividade criadora dos magistrados, valorizava-se o comportamento ético das partes. Modernamente, a boa-fé é

consagrada na sua manifestação objetiva em vários códigos, como o *BGB* alemão, o Código Civil português, o Código Civil italiano e o Código Civil brasileiro de 2002. A sua concreção consiste, sinteticamente, no dever de consideração para com o *alter* (COUTO E SILVA, 2006, p. 32-33).

Segundo Martins-Costa (1999, p. 412), a boa-fé objetiva qualifica uma norma de comportamento leal, que se reveste de várias formas, não podendo seu conteúdo ser rigidamente fixado, dependendo sempre das circunstâncias do caso. Couto e Silva (2006, p. 33) acrescenta que o referido princípio “*contribui para determinar o que e o como da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação*”. Manifesta-se na relação obrigacional, como máxima objetiva que proporciona o aumento de deveres, além daqueles explicitamente convencionados. Endereça-se a todos os sujeitos do vínculo; pode, inclusive, criar obrigações para o credor, tradicionalmente apenas titular de direitos.

No direito brasileiro, o Código Comercial de 1850 foi a primeira lei a tratar da boa-fé objetiva, relacionando-a com os usos de tráfico. Aduz o artigo 131, § 1º, da Lei 556, de 1850:

Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada pelas seguintes bases: § 1º – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

Nesse sentido, afirma-se que a boa-fé objetiva ingressou no direito brasileiro, no âmbito das relações comerciais. Destarte, tal dispositivo restou, praticamente, sem aplicação; motivado, talvez, pelo espírito liberal da época, que se traduzia em significativo relevo à autonomia dos particulares, contrário, portanto, a tudo que não derivasse da autonomia da vontade.

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916) não fazia menção expressa à boa-fé objetiva, o que não impedia sua vigência no direito obrigacional; pois, conforme Couto e Silva (2006, p. 33), trata-se de proposição jurídica com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os participantes da relação obrigacional e estabelece entre eles elos de cooperação. Quanto a sua acepção

subjetiva, esta já constava em alguns dispositivos, como, por exemplo, nos artigos 490 (posse de boa-fé) e 551 (usucapião)¹.

Assim, apenas em 1990, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), a boa-fé objetiva ganhou respaldo legal, com previsão nos artigos: 4º, inciso III, como princípio geral das relações de consumo; e 51, inciso IV, como vetor interpretativo dos contratos. O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), por sua vez, instituiu a cláusula geral da boa-fé, nos artigos 113 e 422². Com isso, o princípio da boa-fé passou a reger todo o negócio jurídico.

Segundo Junqueira (2014, p. 16), o negócio jurídico consiste em toda declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, observando-se os pressupostos de validade e eficácia impostos pela norma jurídica. Desse modo, o negócio jurídico é um ato que traduz a manifestação de vontade dos indivíduos, tendo como suporte regras jurídicas.

A boa-fé adentra as relações jurídicas como um *standard* de conduta para os indivíduos. Assim, todo o negócio jurídico deve ser norteado pelo princípio da boa-fé objetiva, que tradicionalmente possui três funções: a interpretativa, a supletiva e a corretora. A primeira consiste na própria função de interpretar o contrato, à luz da boa-fé objetiva, nos termos do artigo 422 do Código Civil de 2002; a segunda tem como escopo suprimir lacunas e impor os chamados deveres anexos ou laterais à prestação principal; a terceira função serve como parâmetro para o controle judicial da autonomia privada, nas manifestações de vontade (REBOUÇAS, 2017, p. 66-67).

No que tange aos deveres anexos, não há consenso, quanto à sua nomenclatura. Designações como “deveres laterais”, “deveres fiduciários” e “instrumentais” são constantemente empregados pela doutrina. Todas essas expressões, no entanto, reportam-se, direta ou indiretamente, às denominações alemãs, por ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento. Esses

¹ A boa fé subjetiva denota “a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião, seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc).” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411-412)

² Código Civil de 2002, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Art. 113- “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.”

deveres são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivos da lei, ou da incidência da boa-fé objetiva. São ditos “*deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional*” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 438- 439).

Dentro desse contexto, os deveres anexos ou laterais constituem condutas impostas pela boa-fé objetiva, com a finalidade de auxiliarem a realização de negócios jurídicos. Tais deveres não estão na órbita do contrato, mas são paralelos a este. São impostos, durante o desenvolvimento da relação contratual e de circunstâncias advindas dela, bem como de circunstâncias que antecedem e/ou sucedem o contrato. Esses deveres são tripartidos em deveres de proteção, deveres de esclarecimento e deveres de lealdade (GONTIJO, 2010, p. 129).

No estudo dos direitos anexos deve estar presente a concepção da relação obrigacional complexa, formada por inúmeros deveres: ônus, faculdades, direitos e expectativas. A visão restrita dos direitos principais não mais retrata a realidade da estrutura obrigacional. O vínculo obrigacional deve ser considerado como uma totalidade, um complexo de direitos, integrando a relação não apenas fatos e circunstâncias que decorrem do modelo tipificado na lei, ou que nascem da declaração de vontade, mas, por igual, fatores extra-voluntários (MARTINS-COSTA, 1999, p. 394-395).

Interessa especificamente a esse estudo a aplicação da boa-fé e das suas funções nos contratos empresariais, que são aqueles travados entre sujeitos que ostentam o *status* de empresário, conforme disposição do art. 966 do CC/2002³.

3 A BOA FÉ E NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Como salientado, anteriormente, o princípio da boa-fé é aplicável a toda e qualquer relação obrigacional. Assim, os empresários, bem como as pessoas que eles contratam, devem preocupar-se em pautar seus negócios jurídicos, da forma mais correta possível, sempre com respeito ao direito do próximo. Popp (2004, p. 40-41)

³ Código Civil de 2002 Art. 966 “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.”

aduz que, para a utilização desse princípio nas relações empresariais, devem ser observados, no caso concreto, alguns pressupostos, tais como: a equidade, parâmetros da moral, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Tepedino e Schreiber (2015, p. 43) defendem que a boa-fé não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias, pelo fato de que os *standarts* de comportamento são distintos. É possível estudar as particularidades da boa-fé objetiva, nos diferentes campos normativos nos quais ela atua. Ou seja, dentro de cada uma das categorias obrigacionais (civil, comercial, do consumidor), pode haver circunstâncias específicas que influam no processo interpretativo.

Entretanto, assinala-se que, nas relações empresariais, a aplicação da boa-fé não é mitigada. Questões como o escopo de lucro e o risco contratual fazem parte da lógica do mercado, são fatores que devem ser considerados na interpretação das obrigações mercantis e na incidência da boa-fé objetiva; mas isso não leva à afirmação de que nas obrigações mercantis há, necessariamente, uma mitigação da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, assim como defendida por Lupion (2011, p. 185-195). Dentro desse contexto, manifesta-se Negreiros (2006) no seguinte sentido:

A invocação generalizada e romântica da boa-fé – tentação especialmente difundida em sistemas como o nosso, onde o princípio da boa-fé foi forjado a partir da ideia de proteção ao consumidor – é, no entanto, tão perigosa quanto o é a tentação oposta. Os seja: o argumento de que a boa-fé comporta níveis diversos de intensidade corre o sério risco de tornar o domínio das relações mercantis – cuja importância, também simbólica, é central – num domínio imune, na prática às inovações trazidas pelo conceito de que os contratantes (quaisquer contratantes) têm específicos deveres de lealdade um para o com o outro. É justamente aí, no campo das relações mercantis, tão sensível aos imperativos da globalização e da uniformização das práticas contratuais, que a boa-fé terá uma função verdadeiramente inovadora. Ou não. (NEGREIROS, 2006, p. 154).

Assim, o princípio da boa-fé não é isento de críticas. Ascensão (2005, p. 43) questiona a forma como a boa-fé tem sido desenvolvida: de forma excessiva. “*Se se aplica a todos os setores do direito e em todas as circunstâncias, perde compreensão. Por isso dizemos que a boa-fé, se é tudo, passa a não ser nada. Passa a ser um rótulo com pouca explicabilidade.*”

Em decorrência da flexibilidade das relações empresariais, o princípio da boa-fé deve ser interpretado, de forma mais ampla possível, mas sempre dependente da análise do caso concreto. É influenciado, por exemplo, pela existência de uma relação entre partes empresariais iguais ou desiguais, sendo que entre empresas desiguais pode-se exigir um rigor maior na observância dos deveres anexos.

4 CIA NACIONAL DE JUTA VS CIA PAULISTA DE ANIAGENS

Há um julgamento paradigmático conhecido como “*o caso da juta*”, que retrata a trajetória da boa-fé no direito brasileiro. Trata-se de caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no ano 1914, envolvendo a Companhia Nacional de Tecidos de Juta (CNTJ) e a Companhia Paulista de Aniagens (CPA).

Em síntese, o Conde Álvares Penteado, juntamente com os demais acionistas da Companhia Nacional de Tecidos de Juta alienaram suas respectivas ações ao Dr. Jorge Street e outros. Após um ano da venda, o Conde Álvares Penteado instalou nova fábrica, a Companhia Paulista de Aniagens, com igual atividade comercial exercida pela *Cia.* anterior, e na mesma área geográfica, bairro da Mooca. Além disso, o Conde Álvares Penteado comunicou a sua antiga clientela a instalação e funcionamento da nova fábrica, oferecendo seus serviços.

Sentindo-se lesionada, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta ajuizou ação em face da Companhia Paulista de Aniagens, alegando concorrência desleal e requerendo a restituição de 3.000,00 contos de réis, valor pago a Álvares Penteado pela posição conquistada pela *Cia.* no mercado.⁴ A *Cia.* de Juta baseou-se no entendimento de que a sua alienação incluía a clientela, segundo a escritura de compra e venda, correspondente a 3.000,00 contos de réis. Assim, eventual concorrência por parte da *Cia.* Paulista de Aniagens seria uma violação ao contrato de compra. Considerando:

⁴No momento da constituição da *Cia.* Nacional de Tecidos de Juta pelo Conde Álvares Penteado, mediante a integralização da Fábrica Sant’Ana, peritos avaliaram os bens móveis e imóveis em \$ 7.000,00 contos de réis e em \$ 3.000,00 a posição conquistada no mercado, de modo que o capital social totalizou \$ 10.500.000 mil réis. Foi lavrado escritura pública, com base nesse laudo de avaliação dos bens.

[...] que o ordenamento jurídico brasileiro não continha dispositivo expresso, sobre a possibilidade ou impossibilidade de concorrência do alienante da empresa, bem como o silêncio do contrato a respeito, a questão estava assim posta: tendo o Conde vendido o estabelecimento industrial, estaria 'juridicamente privado de fundar, por si ou por empresa que organizasse, um estabelecimento industrial tendo por fim explorar a fiação e tecelagem de juta e outras fibras têxteis, bem como o comércio de seus productos.'(LUPION, 2011, p. 48).

A ré, a *Cia. Paulista de Aniagens*, contestou, argumentou que a clientela não havia sido objeto do contrato e, portanto, não estava abrangida pelo valor deste. Alegou, também, a liberdade de comércio.

A referida ação foi julgada improcedente, em primeiro grau, pelo juiz de São Paulo. Segundo a sentença, não havia cláusula contratual prevendo questão relativa à clientela, bem como à instalação de indústria com o mesmo objeto e na mesma área geográfica, sendo, assim, lícita a conduta do réu (GONTIJO, 2010, p. 136).

A *Cia. de Juta*, por meio do seu representante legal, J.X. Carvalho de Mendonça, conseguiu a reforma da decisão, em grau de apelação, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que *“no valor pago, a título de prestígio alcançado pela fábrica de Juta San’Ana, estava incluída a freguesia, o que caracterizou cessão da clientela”* (GONTIJO, 2010, p. 136)

Com a reforma da sentença apelada, passou a escoar o prazo para os embargos, e é nessa fase que Rui Barbosa assume o patrocínio da causa. O causídico sustentou que a liberdade de estabelecimento e de comércio, na ausência de cláusula expressa pelas partes, não poderia ser limitada. Argumentou a inexistência, no direito pátrio, de dispositivo legal que autorizasse a restrição e o entendimento de que “fundo de comércio” e clientela são coisas distintas, podendo então cindir-se⁵. Tal ilação decorre da seguinte passagem:

124. Discutindo, na parte antecedente destas razões, a jurisprudência indicada como favorável à teoria que combatemos, deixamos evidenciado que a interdição, ao cedente, de se reestabelecer, nas alienações de casas

⁵ Carvalho de Mendonça obteve a seu favor pareceres de Clóvis Bevilacqua, Gabriel de Resende, Lacerda de Almeida; Brasília Machado, Raul Fernandes, Inglês de Souza, Alfredo Bernardes da Silva, A. J. Pinto Ferraz, João Mendes de Almeida, Estevam de Almeida e Urbano dos Santos. Do outro lado, o seu adversário buscou no estrangeiro, pareceres dos juriconsultos: Rousset, Labori, Lyon-Caen Renault, Vivante, Thaller e Plainol. Lembrando que o assunto era novo em nossos pretórios. (GIL, 1961, p.44).

de comércio, não se verifica, onde não existir cessão da clientela. Outrossim, *pari passo*, mostramos que a cessão da clientela, expressão habitual da renúncia ao direito de se reestabelecer o cedente num comércio igual ao cedido, não emana *ipso jure* da natureza destas cessões, pela regra da obrigação geral da garantia na compra e venda, mas de uma convenção especial entre negociante, que aliena o seu negócio, e o que o adquire. 125. Se a clientela fôsse parte inseparável do *fonds de commerce*, claro está que da cessão da casa de comércio resultaria, necessariamente, a da clientela esta seria, então, cláusula inerente e subentendida nesses contratos [...] Acontece, porém, que a clientela não constitui parte inseparável da exploração comercial (BARBOSA, 1948, p. 135-136).

Em objeção, Carvalho de Mendonça defendeu que o alienante tem a obrigação de fazer boa a coisa vendida ao adquirente, o que acarreta a proibição de se reestabelecer no mesmo ramo, desviando a clientela. Entendimento estruturado, a partir da interpretação do art. 214 e 215 do então Código Comercial de 1850⁶.

Uma das garantias devidas pelo vendedor é fazer boa ao comprador a coisa vendida, e não inquietá-lo na sua posse e domínio (Cod. Commercial, arts. 214 e 215). Conseqüentemente, ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe possa retirar toda ou parte da clientela. Esta turbação por parte do vendedor importaria privar o comprador, no todo ou em parte, da coisa vendida (CARVALHO DE MENDONÇA, 1934, p. 157-158).

Carvalho de Mendonça construiu a defesa, com base na natureza comercial da relação jurídica entre as partes. Rui Barbosa, em seus embargos, apresentou uma nova feição à causa, conferindo-lhe perfil de natureza civil, nos moldes do direito europeu e norte-americano. Quanto à participação de Rui Barbosa, destacam-se alguns pontos curiosos:

⁶ Art. 214 “O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declara expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que por algum título, passa a pertencer a terceiro”.

Art. 215 “Se o comprador for inquietado sobre a posse ou domínio da coisa comprada, o vendedor é obrigado à evicção em juízo, defendendo à sua custa a validade da venda; e se favorecido, não só restituirá o preço com juros e custas do processo, mas poderá ser condenado à composição das perdas e danos consequentes, e até penas criminais, quais no caso couberam. A restituição do preço tem lugar, pois que a coisa vendida se ache depreciada na quantidade ou na qualidade ao tempo da evicção por culpa do comprador ou força maior. Se, porém o comprador auferir proveito da depreciação por ele causada, o vendedor tem direito para reter a parte do preço que foi estimada por arbitradores.”

Articulando e desenvolvendo a defesa, produziu o exímio patrono o famoso trabalho que ora se reimprime e que constitui preciosa dissertação acerca do tópico da cessão de clientela. Escreveu-o em pouco mais de quatro meses, que tanto foi o tempo intermédio entre o dia que recebeu vista dos autos e o em que os restituiu. O prazo regimental vigente era então de dez dias para opositura dos embargos e de cinco para sustentação; prazo que logro dilatar por especial deferência do patrono contrário. Além das alegações escritas, fez a defesa oral do julgamento da Suprema Corte. Embora regimentalmente só dispusesse para isso de quinze minutos improrrogáveis e se cingisse a acentuar os pontos culminantes da controvérsia, falou, assim como o fez o dr. Carvalho de Mendonça, por mais de uma hora (MORATO, 1948, s/p).⁷

Não obstante o voto do Min. Pedro Lessa que segundo Gil (1961, p.45), era talvez o único juiz que compreendeu a hipótese *sub judice*, e dos Ministros Guimarães Natal e Godofredo da Cunha, que o acompanharam⁸, a tese de Rui Barbosa oposta nos embargos foi acolhida, tendo o STF entendido que deveria prevalecer apenas o que estava expresso no contrato. Dessa forma, poderia o alienante se restabelecer, voto do Relator, Min. Oliveira Ribeiro. Assim, em 12 de agosto de 1914, o STF pronunciou-se, nos seguintes termos:

A freguesia de uma fábrica não pode ser objeto do contrato, em vista do disposto no art. 17, do decreto 434, de 4 de julho de 1891. A renúncia ao direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria não se presume. Ela deve ser expressa, ou, pelo menos, resultar de modo inequívoco dos termos do contrato, para que a solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência. (REQUIÃO, 1993, p. 255).

Em que pese o precedente naquele momento assentado, a jurisprudência pátria acabou por enveredar no sentido oposto, pelo caminho defendido por Carvalho de Mendonça, segundo o qual, mesmo na ausência de cláusula expressa no contrato, o alienante tem a obrigação implícita de não fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento. Trata-se de decorrência lógica do princípio da boa-fé⁹

⁷ Prefácio de Francisco Morato à obra: As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais.

⁸ Para Gil (1961, p.45), o voto do Min. Pedro Lessa serviu como uma compensação para Carvalho de Mendonça. No voto o Min. declarou que mais alicerçara a sua convicção em favor de Carvalho de Mendonça, depois que ouviu a oração de Ruy, "eis que, desta, ressalta, a olhos vistos, que o direito amparava o adquirente do fundo de comércio",

⁹ Assim, embora perdesse a questão, Carvalho de Mendonça teve a ventura de verificar, anos depois, que as teses que sustentara estavam certas. (GIL, 1961, p.45).

Nesse sentido, várias decisões contrárias à corrente abraçada pelo Pretório Excelso foram observadas, revendo a nova posição que se formava. Dentro desse contexto, destacam-se os seguintes julgados:

CONCORRÊNCIA DESLEAL – Venda de farmácia- Reestabelecimento do vendedor – Perdas e danos. Faz concorrência desleal o farmacêutico que, vendendo seu estabelecimento em pequena cidade do interior, embora sem a obrigação ou o compromisso de se não estabelecer, adquire, não longe, novo estabelecimento, explorando o mesmo ramo de comércio. (RT 69/70).

CONCORRÊNCIA DESLEAL – CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. A cláusula de proibição, segundo a qual o alienante de estabelecimento comercial se obriga a não se estabelecer com o mesmo ramo de comércio, impede também que ele se associe a terceiro para exercer a antiga profissão no local. A sociedade comercial, embora diversa, na sua constituição original da que adquiriu o estabelecimento comercial, pode demandar, de quem lhe vendeu o fundo de comércio, qualquer direito decorrente da cláusula proibitiva de estabelecimento com o mesmo ramo, porque a garantia é instituída em favor do negócio comercial, que não se alterou nos seus elementos constitutivos, a despeito de serem outros os sócios componentes da firma. Não há transgressão ao princípio da liberdade de comércio na cláusula proibitiva de concorrência, restrita quanto ao espaço e ao objeto, não obstante a falta de limitação no tempo, pois essa falta não traduz prazo indefinido. É desnecessária a cláusula expressa da não concorrência, pois tal obrigação decorre do próprio dever que ao vendedor incube de não perturbar o uso e gozo do estabelecimento comercial pelo comprador. (RT 151/280-1)

CONCORRÊNCIA DESLEAL – VENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – ABERTURA DE NOVO COMÉRCIO – COMPROMISSO EXPRESSO DO VENDEDOR. Ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe fôsse retirar toda ou parte da clientela. Essa turbação por parte do vendedor importaria privar o comprador no todo ou em parte da coisa vendida. Não há, em face do que determina o art. 214 do Cód. Comercial, necessidade de estipulação formal, expressa, pela qual o vendedor se obrigue a não se estabelecer. (RT 167/237).

Como decorrência da jurisprudência acima transcrita, houve a inserção dessa construção jurídica no texto normativo. O Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, de 10/01/2002, prescreveu a proibição da concorrência por parte do alienante do estabelecimento empresarial. Nesse sentido, aduz o art. 1.147: “*Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao aquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.*” Ressalte-se, no entanto, que, em 1950, já constava do Esboço de Anteprojeto do Código Comercial, organizado pelo Des. Florêncio de Abreu, dispositivo semelhante ao trazido pelo Código Civil de 2002, proibindo o alienante de se reestabelecer, pelo prazo de 5 (cinco) anos, em que,

pela localização ou outra circunstância, pudesse desviar a clientela do estabelecimento transferido.

5 CLÁUSULA DE NÃO-REESTABELECIMENTO E A CULPA POST FACTUM FINITUM

Por meio do estabelecimento, a sociedade articula os fatores de produção, quais sejam: capital, mão de obra, insumos e tecnologias. O complexo de bens contidos no estabelecimento empresarial envolve seus elementos corpóreos, sejam móveis ou imóveis, quanto os incorpóreos, *v.g.*, as marcas, patentes, desenho industrial, a insígnia, título do estabelecimento, nome empresarial, o *know-how*, o ponto comercial, dentre outros.

Caracterizam o estabelecimento empresarial a sua natureza de universalidade de fato, isto é, uma reunião de coisas distintas, com individualidade própria, mas fundidas num todo pela vontade de seu titular; e a inexistência de personalidade jurídica.

Ao comprar um estabelecimento empresarial, o adquirente visa a fruir das vantagens da aquisição de *um complexo de bens organizado*, entre eles a clientela já formada e a posição da marca e do ponto no mercado. Essa é uma expectativa justa e é, na maioria das vezes, a motivadora do investimento. Sem esses elementos, o objeto do contrato perde seu valor.

Para Ulhoa (2012, p. 98), ao organizar o estabelecimento, a sociedade empresária agrega um sobrevalor à reunião dos bens corpóreos e incorpóreos. Enquanto esses estão reunidos em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um preço superior à simples soma de cada um deles em separado.

Nesse cenário, a boa-fé não autoriza a concorrência levada a efeito pelo alienante de estabelecimento, pois incluem-se no âmbito da boa-fé “ *as justas expectativas do adquirente, segundo o comportamento correto dos contratantes, valorizados pelos usos e costumes*”. (FÉRES, 2010, p. 148).

Destarte, mesmo se inexistente a disposição do art. 1.147 CC/2002, seria defeso ao alienante fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento, por força

do artigo 422 do Código Civil, que determina a probidade e a boa-fé como princípios diretivos dos contratos. Assim, a obrigação de não concorrência decorre da boa-fé e da probidade (FÉRES, 2010, p. 148). Nesse sentido, aduz Nery Júnior e Nery (2006, 2006, p. 693):

É decorrência da cláusula geral de boa-fé (CC 422), expressão de 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. A venda da farmácia, por exemplo, faz com que todo o estabelecimento empresarial (ponto, aviamento, clientela) seja transferido ao adquirente, tomando-lhe a clientela, o aviamento, etc. Isto porque quem vende o estabelecimento tem o dever de agir (boa-fé objetiva) de conformidade com o que o comprador dele espera: entrega completa do estabelecimento comercial 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 esta a de o alienante não fazer concorrência ao adquirente.

A cláusula do não-reestabelecimento e da boa-fé estendem para um momento posterior os efeitos dos contratos, gerando uma pós-eficácia, a chamada *culpa post pactum finitum*. Esta corresponde à projeção simétrica da *culpa in contrahendo*, só que no período pós-contratual. Desse modo, mesmo extinto o contrato, subsistem alguns deveres para os contratantes (MENEZES CORDEIRO, 2015, p. 625).

A origem da responsabilidade pós-contratual encontra-se na jurisprudência alemã do início do século XX. Rejeitada, inicialmente, foi reconhecida posteriormente, em algumas situações. Nesse sentido, Menezes Cordeiro (1984, p.147-148) ilustra alguns casos em que se verifica a sua ocorrência, mesmo sem a invocação direta da teoria: em 1925, ao decidir sobre uma cessão de créditos, no sentido de que o cedente continuava obrigado a não tolher a condição do cessionário; e, em 1926, em uma sentença, na qual foi decidido que, mesmo expirado um contrato de edição, o titular do direito da publicação fica obrigado a não fazer concorrência ao editor.

Com o objetivo de delinear a teoria da *culpa post pactum finitum*, de forma a permitir o emprego descritivo do termo, Menezes Cordeiro (2015) apresenta uma classificação de algumas figuras que se manifestam também depois de extinta a

obrigação, mas não se confundem com a *culpa post pactum finitum*. Dentro desse contexto, tem-se:

[...] a pós-eficácia aparente – quando a lei associe, de modo expresse, certos deveres à extinção das obrigações – a pós-eficácia virtual – quando uma situação jurídica complexa preveja, desde o início, deveres a observar no seu termo – e a eficácia continuada – quando numa situação também complexa, se extinga o dever de prestar principal, subsistindo os restantes. A verdadeira pós-eficácia – ou pós-eficácia em sentido estrito – coloca-se na área atinente aos deveres acessórios. (MENEZES CORDEIRO, 2015, p. 627).

No Brasil, a *culpa post pactum finitum* foi suscitada, pela primeira vez, em 1988, em acórdão da 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como Relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Compra e venda. *Culpa post pactum finitum*. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escorraçando-a do lugar, para aproveitar-se disto e vender a sua casa para outrem, descumpra uma obrigação secundária do contrato e dá motivo à resolução. Princípio a boa-fé. Preliminar de nulidade rejeitada. (JURISPRUDÊNCIA TJRS, C-CIVEIS, 1997, v. 2, T-11, p. 11-16, RJTJRS, v.133/401).

No entanto, a falta de previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro ocasiona a ausência de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial. Há entendimentos de que o art. 422 do CC/2002 não regulamenta o período pós-contratual. Destarte, discorda-se de tal assertiva. Não há necessidade de uma previsão legal, expressa para o acolhimento da *culpa post pactum finitum* no direito obrigacional brasileiro. A função social do contrato e a boa-fé servem de fundamento para a sua acolhida.

Segundo Menezes Cordeiro (2015, p. 628-629), mesmo extinta a obrigação, podem subsistir os deveres de proteção, informação e lealdade. Nesse caso, em decorrência do dever de proteção, as partes ficam vinculadas, mesmo após a extinção do contrato, não podendo causar danos mútuos às pessoas e aos patrimônios uma da outra. Quanto ao dever de informação, cabe às partes a obrigação de explicar o funcionamento do produto vendido e de prevenir sobre perigos comportados pelo

objeto da transação. Por fim, o dever de lealdade implica em não causar frustração, a diminuição de vantagens ou infligir danos ao outro contratante.

O autor ainda elenca como sub-hipóteses, o dever de fornecer peças sobressalentes, de velar pela assistência técnica da coisa vendida ou cedida, o de não-concorrência e de sigilo, perante as informações obtidas na constância da relação contratual extinta. Todos esses deveres têm por base a boa-fé. *O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu.* (MENEZES CORDEIRO, 2015, p. 629).

CONCLUSÃO

A abordagem da boa-fé objetiva nas relações contratuais formou os pilares de sustentação do presente artigo. Além de outras funções, constatou-se que a boa-fé integra a relação obrigacional, criando deveres para as partes que devem incidir em todo o processo contratual. Não são esses deveres, no entanto, determináveis *a priori*, devendo ser considerados no caso concreto. São deveres de ambas as partes e que contribuem para que o contrato atinja sua real finalidade.

Nas relações mercantis, os deveres de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, não são mitigados, havendo, no entanto, uma eficácia diferenciada, como em qualquer relação obrigacional. É no campo das práticas comerciais que a boa-fé terá uma função verdadeiramente inovadora.

Ficou constatado que as funções da boa-fé têm especial relevância, no tocante à culpa *post pactum finitum*, pois, quando da sua incidência, as consequências nem sempre estão expressas nas leis ou contratos, sendo a boa-fé a única fonte dos deveres oriundos da teoria.

A violação dos deveres de conduta, havida em momento posterior à sua extinção, culpa *post factum finitum*, causando dano às partes, possibilita a reparação pelos prejuízos sofridos. Tal teoria apregoa que, mesmo após a extinção da relação contratual, deve continuar existindo entre os contratantes deveres acessórios, anexos ou laterais de conduta, mesmo que não se encontrem insertos no contrato ou em norma legal. Para ilustrar a aplicação da teoria da culpa *post pactum finitum*, foi

apresentado o caso envolvendo duas grandes indústrias têxteis: a Cia Nacional de Tecidos de Juta vs. A Companhia Paulista de Aniagens. Todavia, tal teoria não constituiu objeto de discussão à época, até mesmo porque sua consagração se deu anos depois.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil: Questões controvertidas**. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

CAVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 2. ed. livro IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.v.4.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v.1.

FERÉS, Marcelo Andrade. A cláusula (legal) de interdição da concorrência no trespasse do estabelecimento comercial. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 137-158, jul./dez. 2010.

GIL, O de Andrade. Comemorações do centenário de Nascimento de José Xavier Carvalho de Mendonça. **Revista da Faculdade de Direito**, v.56, n.1, 1961. Disponível em: <<http://revistas.usp.br>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

GONTIJO, Patrícia Maria Oliva. Boa-fé objetiva: deveres anexos e pós-eficácia das obrigações. **Revista jurídica UNIARAXÁ**. Araxá, v. 14, n.13, p.119-146, 2010.

LUPION, Ricardo. **Boa-fé nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2011.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil. Coleção teses**. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. **Da pós-eficácia das obrigações. Estudos de direito civil**. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1984.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

POPP, Carlyle. Considerações sobre a boa-fé no Direito Civil vigente – efetividade, relações empresariais e pós-modernidade. In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. **Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **O princípio da autonomia privada, a força vinculante dos contratos e sua função sócio econômica**. São Paulo, PUC, 2017. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Núcleo de Pesquisa de Direito Civil, Efetividade do Direito Privado e Liberdades Cíveis, 2017.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.