

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 32

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2023

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

EDITORES: Sérgio Campinho (Graduação, UERJ, Brasil) e Mauricio Moreira Menezes (Doutor, UERJ, Brasil).

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Doutor, UERJ, Brasil), Ana Frazão (Doutora, UNB, Brasil), António José Avelãs Nunes (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Carmen Tiburcio (Doutora, UERJ, Brasil), Fábio Ulhoa Coelho (Doutor, PUC-SP, Brasil), Jean E. Kalicki (Doutor, Georgetown University Law School, Estados Unidos), John H. Rooney Jr. (Doutor, University of Miami Law School, Estados Unidos), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Luiz Edson Fachin (Doutor, UFPR, Brasil), Marie-Hélène Monsérié-Bon (Doutora, Université Paris 2 Panthéon-Assas, França), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Doutor, USP, Brasil), Peter-Christian Müller-Graff (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha) e Werner Ebke (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto (Doutor, UERJ, Brasil) e Mariana Pinto (Doutora, UERJ, Brasil) – Coordenadores. Guilherme Vinseiro Martins (Doutor, UFMG, Brasil), Leonardo da Silva Sant’Anna (Doutor, FIOCRUZ, Brasil), Livia Ximenes Damasceno (Doutora, Centro Universitário Christus, Brasil), Mariana Campinho (Mestre, Columbia Law School, Estados Unidos), Mariana Pereira (Pós-graduada, UERJ, Brasil), Mauro Teixeira de Faria (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Nicholas Furlan Di Biase (Mestre, UERJ, Brasil) e Rodrigo Cavalcante Moreira (Mestre, UERJ, Brasil).

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Carlos Eduardo Koller (Doutor, PUC-PR, Brasil), Caroline da Rosa Pinheiro (Doutora, UFJF, Brasil), Fabrício de Souza Oliveira (Doutor, UFJF, Brasil), Fernanda Versiani (Doutora, UFMG, Brasil), Filipe Medon (Doutor, UERJ, Brasil), Gerson Branco (Doutor, UFRS, Brasil), Jacques Labrunie (Doutor, PUC-SP, Brasil), Marcelo de Andrade Féres (Doutor, UFMG, Brasil), Marcelo Lauar Leite (Doutor, UFERSA, Brasil), Rafael Vieira de Andrade de Sá (Mestre, FGV-SP, Brasil), Raphaela Magnino Rosa Portilho (Doutora, UERJ, Brasil), Ricardo Villela Mafra Alves da Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Rodrigo da Guia Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Vitor Butruce (Doutor, UERJ, Brasil) e Uinie Caminha (Doutora, UNIFOR, Brasil).

Contato: Av. Rio Branco, nº 151, grupo 801, Centro – Rio de Janeiro-RJ. CEP: 20.040-006. E-mail: rsde@rsde.com.br ou conselho.executivo@rsde.com.br. Telefone (21) 3479-6100.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 32 (janeiro/junho 2023)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)



Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento
pela mesma Licença

A NECESSIDADE DA DELIMITAÇÃO MATERIAL, ESPACIAL E TEMPORAL DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA¹

THE NEED FOR MATERIAL, SPATIAL AND TEMPORAL DELIMITATION OF THE NON-COMPETE CLAUSE

*Marcia Carla Pereira Ribeiro**
*Rodrigo Coppla Mann***

Resumo: O artigo procura evidenciar o papel que a cláusula de não concorrência desempenha nos contratos celebrados entre agentes econômicos, demonstrando a importância da estipulação de limites materiais, espaciais e temporais. De início, objetiva-se realizar uma análise das características e princípios relacionados à cláusula, com destaque para a abordagem do conceito de contratos empresariais e dos seus princípios norteadores. Adiante, busca-se delimitar e sistematizar a disciplina jurídica da cláusula de não concorrência no Brasil, dissertando sobre requisitos de validade e eficácia, natureza

1 Artigo recebido em: 25.01.2023 e aceito em: 24.03.2023.

* Professora titular de Direito Empresarial da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professora titular de Direito Societário da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Pós-Doutora pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - EDESP/FGV. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Pós-Doutora pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná -UFPR). Ex-Procuradora Geral do Estado do Paraná. Ex-diretora de Regulação Econômica da AGEPAR - Agência Reguladora do Paraná. Advogada, árbitra e parecerista. E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

** Pós-graduando no curso de Especialização em Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Graduado em Direito e graduando em Ciências Contábeis na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (GRAED-PUCPR) e do Grupo de Estudos Avançados em Direito Societário da Universidade Presbiteriana Mackenzie (GEADS-MACKSP). Pesquisador na área do Direito Comercial. Advogado. E-mail: rodrigocoppla@gmail.com

jurídica, necessidade de interpretação restritiva e demonstrar a relação com a concorrência desleal. Em seguida, são analisados os limites de sua incidência. Por fim, apresenta-se a conclusão da pesquisa, com especial atenção sobre a importância da obrigação de não concorrência como uma ferramenta fundamental ao exercício da livre iniciativa e concorrência.

Palavras-chave: Contratos empresariais. Livre iniciativa. Livre concorrência. Cláusula de não concorrência. Limites.

Abstract: This article seeks to highlight the role that the non-compete clause plays in contracts between economic agents, demonstrating the importance of stipulating material, spatial and temporal limits. At first, it aims to analyze the characteristics and principles related to the clause, with emphasis on the approach to the concept of business contracts and their guiding principles. Next, it seeks to delimit and systematize the legal discipline of the non-compete clause in Brazil, discussing the requirements of validity and effectiveness, legal nature, the need for restrictive interpretation and demonstrate the relationship with unfair competition. Then, the limits of its incidence are analyzed. Finally, the conclusion of the research is presented, with special attention on the importance of the non-compete obligation as a fundamental tool for the exercise of free initiative and competition.

Keywords: Business contracts. Free initiative. Free competition. Non-compete clause. Limits.

Sumário: Introdução. 1. Características e princípios fundamentais. 1.1. Contratos empresariais. 1.2. Princípios norteadores. 2. Disciplina jurídica da cláusula de não concorrência. 2.1. Conceito, natureza jurídica e acessoriedade. 2.2. Os requisitos de validade e eficácia. 2.3. Interpretação restritiva. 2.4. Iminência de concorrência desleal. 3. Os limites necessários de incidência. 3.1. Limite material. 3.2. Limite espacial. 3.3. Limite temporal. Conclusão.

Introdução.

O dinamismo do mercado, por meio de eventos relevantes (como a desverticalização dos grupos empresariais e a ascensão dos contratos de colaboração), modifica a realidade corporativa, impactando e alterando as relações entre os agentes econômicos. Em um cenário empresarial marcado pela importância da *expertise* técnica e do controle de dados e informações internas, fica evidente a necessidade da determinação de ferramentas que resguardem as informações sigilosas e o *know-how* das empresas.²

Nesse contexto, com a finalidade de garantir a segurança jurídica nas mais diversas operações societárias, a inserção da cláusula de não concorrência (também conhecida como cláusula de *non-competete*) se torna uma prática recorrente no ambiente negocial. Trata-se, sobretudo, de um modelo jurídico muito utilizado em mercados com alto grau de desenvolvimento tecnológico, nos quais o conhecimento desempenha papel tão, ou mais, relevante que a propriedade do capital.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro carece de uma sistematização do tema, o que se revela um problema na medida em que se cria uma lacuna para situações jurídicas abusivas. Dessa forma, faz-se necessário a estipulação de limites materiais, espaciais e temporais da cláusula de não concorrência.

A presente pesquisa busca ilustrar a importância da elaboração e interpretação dessas cláusulas, tendo em vista que disposições genéricas podem gerar dificuldades práticas para todos os envolvidos. Ao não definir exatamente o que se pretende restringir, corre-se o risco de uma flexibilização indesejada da obrigação.

2 O vocábulo empresa é usado em sentido amplo, para fazer referência a qualquer organização técnico-econômica, que desempenha uma atividade produtiva com fins lucrativos e que possui o emprego de capital e do trabalho para a exploração.

Por meio desta cláusula, busca-se o ponto de equilíbrio entre a liberdade de concorrência e a autonomia privada das partes, ao passo em que se torna perfeitamente justificável a opção das partes em incluir cláusulas detalhadas, determinando parâmetros de conduta que visam disciplinar a obrigação de não-competição.

Ainda, tais cláusulas carregam consigo um alto risco à liberdade da atividade empresarial, uma vez que essa ferramenta não pode ser um instrumento utilizado para inviabilizar a concorrência, tampouco o livre exercício profissional.

Requisitos de validade e limitações contratuais dialogam com diferentes aspectos capazes de contribuir para a instituição da cláusula de não concorrência, ao garantir que o compromisso não represente um cerceamento absoluto ao exercício empresarial e/ou laboral.

Portanto, o presente artigo se propõe a demonstrar as restrições contratuais à concorrência, notadamente no tocante à cláusula de não concorrência, bem como apresentar os requisitos dessa cláusula reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, especialmente no que se refere à exigência de um interesse legítimo a ser protegido.

Para isso, além da análise doutrinária, em razão da maior homogeneidade que resulta da especialização, optou-se por utilizar os precedentes da 1ª e 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo,³ além da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, de todo modo, pode ser considerado especializado, à luz do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal.

1. Características e princípios fundamentais.

Os contratos empresariais são imprescindíveis para a prática comercial e se identificam pela busca da lucratividade e a iminente

3 Câmaras que detêm competência acerca da matéria societária (artigos 966 a 1.195 do CC e Lei n. 6.404/76), propriedade industrial, concorrência desleal, além da matéria relativa à Lei n. 11.101/2005, excluídas as questões penais - Resoluções TJSP n. 538/2011 e n. 558/2011.

assunção de riscos. Por isso, faz-se necessário apontar cada uma de suas características e princípios, obedecendo, na exposição, à sequência lógica de inter-relacionamento entre eles.

1.1. Contratos Empresariais.

Perante qualquer atividade empresarial, tem-se a necessidade de adquirir insumos, distribuir produtos, contratar mão-de obra, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias e se submeter a situações que exigem relações com terceiros. Nesta seara, diante dessas ações recíprocas - entre empresas e agentes - tanto o empresário individual, quanto as sociedades empresárias, celebram inúmeros contratos, os quais resultam em relações jurídicas.

Para Fábio Ulhoa Coelho:

Os contratos que o empresário contrai podem estar sujeitos a cinco regimes jurídicos diferentes, no direito brasileiro: administrativo, do trabalho, do consumidor, civil e comercial. Se o empresário contrata com o Poder Público ou concessionária de serviço público, o contrato é administrativo (por exemplo, se o fabricante de móveis vence licitação promovida por Prefeitura, para substituir o mobiliário de uma repartição, o contrato que vier a assinar será desta espécie). Se o outro contratante é empregado, na acepção legal do termo (CLT, art. 3º), o contrato é do trabalho. Se consumidor (ou empresário em situação análoga à de consumidor), a relação contratual está sujeita ao Código de Defesa do Consumidor. Se o contrato é celebrado entre empresários, o regime aplicável é o de direito comercial. Nas demais hipóteses, o contrato é civil, e está regido pelo Código Civil ou por legislação especial.⁴

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*: direito de empresa. Vol. I. 24ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 456.

Como visto alhures, a compreensão do perfil contratual passa pela classificação conforme o sujeito que com ela se relaciona. Uma vez realizada a divisão dos diversos grupos de contratos, nota-se as especificidades de cada um e, assim, a necessidade de um tratamento jurídico peculiar.

A atenção do comercialista recai sobre os contratos interempresariais, isto é, aqueles celebrados entre empresas, objeto de pesquisa do presente estudo. Conceitua-se os contratos empresariais (ou mercantis) como “aqueles cujos contratantes são empresários no exercício de sua atividade profissional”.⁵ Ou ainda, “aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro”.⁶

Tais contratos se enquadram em uma categoria autônoma, ou seja, merecem um tratamento distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista. Diferenciam-se desses, pelo fato de que, enquanto nos contratos empresariais há a busca pelo lucro das partes envolvidas; nos contratos consumeristas, tal busca recai somente sobre uma das partes (a empresa fornecedora) e, nos civis, esse ensejo pode até inexistir (como no caso da doação) ou, caso exista, desenvolve-se de forma esporádica e mitigada no polo que se aproveitará economicamente do evento (por exemplo, na locação).⁷

Das lições de Paula Andrea Forgioni, nota-se a importância de diferenciar as espécies de contratos para impedir a indevida aplicação de princípios de um ramo do direito a outros, comprometendo o

5 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 2ª ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 40-41.

6 FORGIONI, Paula Andrea. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 6ª ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 27-28.

7 *Ibidem*, p. 39.

bom fluxo de relações econômicas.⁸ No mesmo tocante, Marcia Carla P. Ribeiro leciona que, mesmo diante de um disciplinamento jurídico único — o Código Civil —, não restam dúvidas de que aos contratos mercantis o intérprete deverá direcionar especial atenção, aplicando a eles regras de interpretação peculiares.⁹

Nesse mesmo sentido, a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019) reforçou esse tratamento especializado dos contratos empresariais, reconhecendo-os como categoria apartada de negócios jurídicos. O artigo 7º deste dispositivo modificou o artigo 421-A do Código Civil,¹⁰ distinguindo os contratos civis dos empresariais.

Conclui-se, portanto, que os princípios contidos no Código Civil devem aplicar-se ao Direito Empresarial, respeitando suas peculiaridades. Dessa maneira, tem-se a necessidade de relativização do Código Civil e a subsequente adequação à realidade do Direito Empresarial à luz do fomento à livre iniciativa e à economia nacional.

Realizada a exposição do conceito dos contratos empresariais, passa-se agora ao estudo dos princípios norteadores de tais instrumentos jurídicos.

1.2. Princípios norteadores.

Ainda que se defenda a autonomia do Direito Empresarial pe-

8 *Ibidem*, p. 37-38.

9 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BERTOLDI, Marcelo. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 12ª ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 759.

10 Artigo 421-A, do Código Civil: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”

rante o Direito Civil, os princípios gerais aplicáveis ao Direito Contratual são os mesmos, seja para os contratos empresariais seja para os contratos civis e de consumo. Destacam-se os seguintes: o da boa-fé objetiva, o da autonomia da vontade das partes, o da força obrigatória dos contratos e o da função social do contrato.¹¹

Nesse contexto, de início, faz-se necessário apontar as principais considerações sobre o princípio da boa-fé objetiva. Nos contratos de compra e venda de participações societárias, tornou-se recorrente a inclusão de cláusulas que disponham que o acordo deverá ser interpretado conforme tal princípio, o qual determina que as partes, ao celebrarem um contrato, devem agir conforme os padrões éticos (com honestidade e transparência) para que o contrato possa atingir as expectativas.

Conquanto não seja possível - como adverte a doutrina - apresentar definição “apriorista e bem-acabada” do que seja a boa-fé objetiva, esse é o tipo de conceito que “parece mais interessar por sua função do que por sua definição”.¹² De fato, chega-se ao seu conteúdo pela análise das funções que exerce esse verdadeiro “*standard comportamental*”, que é aplicado não somente nas cláusulas de não concorrência, mas, também, nos mais diversos campos do direito.¹³

Sobretudo, há de se preservar a confiança mútua das partes diante do interesse da preservação do princípio da boa-fé objetiva. Para o direito comercial, agir conforme esses ditames significa adotar o comportamento jurídico esperado entre os agentes econômicos nas relações empresariais, sempre em conformidade com a lei.¹⁴

11 NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*: títulos de crédito e contratos empresariais. 11ª ed., vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 98.

12 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 40-44.

13 TERRA, Aline Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. *In: Princípios Contratuais Aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. São Paulo: Foco, 2019, p. 5.

14 Nas lições de Vinícius Klein e Thiago W. Bitencourt, “[...] o princípio da boa-fé objetiva pode

Ana Frazão aduz que, por meio da boa-fé objetiva, os participantes da relação contratual devem se comportar em consonância com os anseios éticos, imputando a lealdade, a cooperação e a coerência para com os sujeitos contratuais.¹⁵

Cumprе salientar, ainda, que o reconhecimento da validade da obrigação de não concorrência também decorre da boa-fé objetiva, razão pela qual se pode afirmar que “a violação da cláusula de não concorrência estabelecida livremente entre as partes vulnera a boa-fé objetiva pós contratual, importando violação positiva dos deveres contratuais”.¹⁶

Juntamente com o princípio da boa-fé objetiva, a existência desta condição de não concorrência, seja como obrigação seja como um dever anexo, decorre de outro princípio basilar do direito: o da autonomia privada das partes (artigo 421 do Código Civil). Paulo Lôbo ressalta que essa autonomia se trata do “poder jurídico conferido pelo direito aos particulares para a autorregulamentação de seus interesses”.¹⁷ Ou ainda, conforme Tereza A. Lopez, ela representa “a liberdade de emitir regras (o contrato faz lei entre as partes) que deverão ser obedecidas pelas partes”.¹⁸

ser entendido como um comando geral que determina que o agente pratique em uma relação contratual atos pautados em valores reconhecidamente sociais e que expressem a ideia de lisura e lealdade” (KLEIN, Vinicius; BITENCOURT, Thiago Wiggers. Boa-fé objetiva e a aplicação no Direito Empresarial. *Revista Percurso Unicuritiba*, Curitiba, v. I, p. 105-136, 2013, p. 120. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/651>. Acesso em: 25 nov. 2022).

15 FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 457.

16 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 1038717-65.2017.8.26.0100. Relator: Desembargador Pereira Calças. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 13 out. 2020.

17 LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil: contratos*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

18 LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

Pode-se afirmar que o princípio da autonomia da vontade das partes se caracteriza como uma das tendências do direito contemporâneo, tendo em vista a nova realidade de globalização econômica.¹⁹ Como um ato de vontade, denota-se que “qualquer contrato deveria ser uma operação absolutamente livre para os contratantes interessados”.²⁰

Com o advento da Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.784/2019), notadamente no artigo 3º, inciso VIII, teve-se a consolidação de tal autonomia, uma vez que os negócios jurídicos empresariais serão “objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública”. Ademais, o artigo 421, parágrafo único do Código Civil, prevê uma excepcionalidade da intervenção do Estado nos contratos, reforçando ainda mais a autonomia das partes.

De uma forma geral, a autonomia privada autoriza que ambos possam estipular relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei.

Adiante, tendo em vista que a cláusula de não concorrência importa nas reduções voluntárias de direitos fundamentais da ordem econômica, quais sejam, a livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV e artigo 170, caput, da Constituição Federal) e a livre concorrência (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal), Paula Andrea Forgioni sustenta a licitude dessa restrição, ou seja, “os negócios privados empresariais podem estabelecer limitações voluntárias à própria liberdade”.²¹

19 TOMAZETTE, Marlon. Revisão Contratual no Código Civil. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A evolução do Direito Empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. Vol. 2, cap. III. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 509.

20 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 32.

21 FORGIONI, Paula Andrea, *Op. Cit.*, p. 298.

Nesta seara, os contratos empresariais denotam, dentro de suas diretrizes, a necessidade de viabilizar a contenção futura da conduta dos agentes econômicos. Para traçar essas contenções, é possível que as empresas, ou outros agentes econômicos, limitem sua liberdade, obrigando-se, por contrato, a compromissos de proibição de determinadas práticas futuras.

Por isso, uma vez que os contratos se comportam como essenciais à coesão social e à economia de mercado, fica evidente que essa autocontenção futura de determinado ato de concorrência é fortemente protegida pelo ordenamento jurídico.

Arelado a isso, deve-se recorrer à força vinculante dos contratos, ao passo que o princípio do *pacta sunt servanda* seja sempre respeitado entre as partes.²² Tal princípio, por sua vez, cumpre um importante papel para o fortalecimento da conservação dos negócios jurídicos empresariais. É nesse sentido o entendimento da Terceira Turma do STJ:

A força obrigatória dos contratos é o contraponto da liberdade contratual. Se o agente é livre para realizar qualquer negócio jurídico dentro da vida civil, deve ser responsável pelos atos praticados, pois os contratos são celebrados para serem cumpridos (*pacta sunt servanda*). A necessidade de efetiva segurança jurídica na circulação de bens impele a ideia de responsabilidade contratual, mas de forma restrita aos limites do contrato. O exercício da liberdade contratual exige a responsabilidade quanto aos efeitos dos pactos celebrados. [...] O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais

22 Paula A. Forgioni leciona que o princípio do *pacta sunt servanda* “mostra-se necessário ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos”. Saliencia também que “a força obrigatória dos contratos viabiliza a existência do mercado, coibindo o oportunismo indesejável das empresas” (FORGIONI, Paula Andrea, *Op. Cit.*, p. 111).

restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.²³

Busca-se, de forma geral, a segurança jurídica do negócio celebrado, uma vez que se houvesse a hipótese dos contratantes em não cumprir o disposto na cláusula, não haveria sentido estabelecer acordos e proposições.²⁴

Por fim, o artigo 421 do Código Civil, de forma expressa, traduz um sobreprincípio ao princípio da autonomia da vontade das partes: o da função social dos contratos empresariais. Acresce-se ao contrato, pois, uma nova função limitadora a ser verificada, somando-se à função econômica perseguida pelas partes contratantes.²⁵

Marcia Carla Pereira Ribeiro leciona que “a invocação da função social dos contratos é comumente associada à ideia de que o contrato deve prestigiar além do interesse das partes no momento em que são firmados e o acesso ao benefício pretendido, podendo exercer uma função redistributiva de bem-estar”.²⁶

Isto é, o princípio da função social do contrato, de certa forma, pressupõe uma limitação à liberdade contratual, exigindo que esta seja exercida com a observância de suas decorrências públicas, sendo certo que a maior parte dos contratos afeta a coletividade. E

23 BRASIL Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n. 1.409.849-PR. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, *Diário de Justiça Eletrônico*, 05 mai. 2016. fls. 6-8.

24 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, vol. III. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48.

25 NEGRÃO, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 99.

26 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Função Social do Contrato Empresarial: função econômica e perspectivas. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Cidade do México, v. 70, p. 177-200, 2021, p. 181.

não é diferente na cláusula de não concorrência: há de se privilegiar a justiça social proveniente do Estado Democrático de Direito.

Logo, pelo fato de se caracterizar como um novo modelo contratual, tanto os órgãos judiciais, quanto os contratantes, possuem o dever de respeitar a função social do contrato em detrimento da atividade econômica.²⁷ Analisando-se tais vertentes aplicadas aos casos concretos, é possível afirmar que a validade da obrigação de não concorrência também tem sido reconhecida com fundamento em tal princípio (artigo 421, parágrafo único e artigo 421-A, do CC).²⁸

Todavia, nesse contexto, urge a seguinte questão: como equilibrar a função social e a função econômica dos contratos? Ou ainda, como obter lucros e cumprir a função principal da atividade empresarial sem, no entanto, deixar de promover o benefício social? Luciano Timm esclarece esse ponto:

Através da análise econômica do direito, podemos promover sim, uma justiça social, de maneira que serão analisados quais os impactos das decisões judiciais numa economia de mercado. Fica evidente que o diálogo entre o Direito e a Economia precisa se tornar cada vez mais frequente, afinal, é necessário para que haja o desenvolvimento econômico do nosso país. Desenvolvimento este, que irá gerar um Estado Social digno e competente para atender à coletividade e promover a justiça social.²⁹

27 Sobre isso, Marcia Carla P. Ribeiro (*Ibidem*, p. 190) aduz que ao lado da função social do contrato e de sua utilização como ferramenta de justiça distributiva, deve-se existir a função econômica dos contratos.

28 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 1005440-15.2018.8.26.0006. Relator: Desembargador Gilson Delgado Miranda. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 21 jan. 2021.

29 TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos

Tal abordagem apenas confirma a busca pelo equilíbrio nas relações negociais, destacando a importância para um ganho de benefícios por ambas as partes. Em suma, o princípio da função social do contrato é “lançado como uma ferramenta de diversificação da responsabilidade pelo bem-estar social”.³⁰

2. Disciplina jurídica da cláusula de não concorrência.

Com o advento da globalização, a concorrência e o desejo de prevalecer sobre os concorrentes se caracterizam como fenômenos comuns no mercado empresarial, até mesmo quando praticada por ex-sócios e ex-funcionários. Diante do surgimento de novos interesses, tornou-se frequente o debate acerca da validade e da abrangência da cláusula de não concorrência, o que pode transferir para terceiros (magistrados ou árbitros) a interpretação de negócios jurídicos e a possibilidade de soluções para as diversas controvérsias.

Sendo assim, perante os potenciais prejuízos advindos da concorrência direta efetuada por um agente que conheça intimamente a empresa com quem concorre, bem como a dificuldade para a comprovação de eventual concorrência desleal, a admissão da obrigação de não concorrência se torna uma ferramenta eficaz para impossibilitar a prática indesejada.

2.1. Conceito, natureza jurídica e acessoriedade.

A concorrência é considerada um pressuposto lógico e essencial do sistema econômico. Dessa forma, compete ao Estado reprimir toda e qualquer manifestação dos agentes econômicos que possam

verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 33, p. 15-31, jul./set. 2006. p. 15-31.

30 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (2021), *Op. Cit.*, p. 179.

colocar em risco as regras da moralidade e lealdade concorrencial. De um lado, tem-se a atividade empresarial na busca incessante pela clientela e, do outro, existe o Direito para reprimir uma série de manifestações empresariais que visam a dominação abusiva do mercado.³¹

Nesse contexto, a cláusula de não concorrência, geralmente utilizada em operações de fusões e aquisições, *joint ventures* e contratos similares, impõe ao vendedor a obrigação de se abster de praticar, direta ou indiretamente, concorrência à empresa-alvo, não podendo, assim, atuar no mesmo mercado relevante do comprador.³² Detentor do *know-how* do negócio que vendeu, assim como conhecedor da clientela e dos fornecedores, o vendedor obteria uma nítida desvantagem comercial perante o comprador, razão pela qual quebraria a finalidade da negociação inicial.

Claramente, o intuito dessa cláusula é impor ao vendedor a obrigação de não praticar atos que possam atrapalhar o progresso da atividade explorada pela compradora. Para Paula Andrea Forgioni, o grande objetivo da cláusula de não concorrência é garantir que o comprador possa ter proveito econômico após a realização do investimento.³³ Inclusive, nos processos de negociação da compra e venda

31 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BERTOLDI, Marcelo, *Op. Cit.*, p. 135.

32 “O ‘mercado relevante’ nunca diz respeito a toda a atividade econômica, mas a segmentos delineados, cujos contornos devem ser pesquisados e estabelecidos para a caracterização da infração da ordem econômica. [...] Para configurar o domínio de mercado por determinados empresários, o primeiro aspecto a precisar é o mercado relevante. Ninguém domina globalmente a economia de um país como o Brasil, por mais poder econômico e político que concentre. Devem-se, então, especificar os limites do ramo de fornecimento de produtos ou serviços em que se manifesta o domínio econômico” (COELHO, Fábio Ulhoa, *Op. Cit.*, p. 320).

33 Ao lecionar sobre a obrigação de não concorrência no contexto do negócio jurídico do trespasse de estabelecimento empresarial, Paula A. Forgioni insere que: “Por meio dela, aquele que aliena fica proibido de oferecer concorrência ao comprador, por determinado período de tempo e/ou em certo mercado. Restringe-se, por vontade das partes, a concorrência entre o vendedor e o comprador, reduzindo-se o risco de retorno não satisfatório do investimento. A justificativa é viabilizar a transferência para o novo proprietário da efetiva capacidade de gerar lucros da organização” (FORGIONI, Paula Andrea, *Op. Cit.*, p. 302). Apesar deste trecho ter

de participações societárias, paga-se um preço pela não concorrência, muitas vezes incluído no valor das próprias ações (ou quotas).³⁴

Há de se diferenciar, ainda, as cláusulas de não concorrência das cláusulas de exclusividade, também recorrentes nos contratos empresariais, notadamente nos contratos de distribuição e representação comercial, onde o fornecedor irá proteger certo mercado para que o distribuidor atue e, como compensação, o distribuidor poderá negociar de forma exclusiva com aquele fornecedor no mercado envolvido na parceria.³⁵

Quanto à natureza jurídica, trata-se, em breve síntese, de uma obrigação de não fazer. Consiste numa prestação negativa, ou seja, numa conduta omissiva.

Como ressalta Orlando Gomes, este tipo de prestação pode ter como objeto abstenções economicamente importantes, como é o caso da proibição de concorrência. Para o autor, “a obrigação de não fazer tem por fim impedir que o devedor pratique ato que teria o direito de realizar se não tivesse se obrigado a abster-se. Importa auto restrição mais enérgica à liberdade pessoal, admitindo-se que não valiam as que ultrapassam as fronteiras da liberdade jurídica.”³⁶

Alexandre Cortez Fernandes reforça que “quando o devedor se compromete a se abster ou se omitir em relação à prestação de

sido elaborado tendo em mente o trespasse de estabelecimento empresarial, a obrigação de não concorrência nos contratos de compra e venda de participações societárias é a mesma, ou seja, o ex-sócio tem condição de estabelecer uma concorrência inapropriada com a antiga sociedade, pois a conhece em sua intimidade. Veremos, no tópico “3.3 - Limites Temporal”, que tais institutos se tratam de fenômenos distintos, mas há de se deixar claro aqui que o objetivo da cláusula de não concorrência nas duas hipóteses é semelhante: proteger a empresa de uma concorrência desleal.

34 FORGIONI, Paula Andrea, *Op. Cit.*, p. 305.

35 BARATA, Rodrigo Rentzsch Sarmento; RAUPP, Daniel Marques. As cláusulas de não competição nos contratos empresariais de longa duração. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 20-38, jul./dez. 2018. p. 24.

36 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19ª ed., rev. e atual. São Paulo, Forense, 2019. p. 38.

determinado fato, o comportamento omissivo do devedor constitui o objeto da relação jurídica”.³⁷ Para ele, essa obrigação pode advir de um pacto estabelecido entre as partes (geralmente por meio de um contrato) ou por força da lei. O autor ilustra que “em caso de pacto, um exemplo convincente é o de eu vender minha empresa a outrem, com o compromisso de não abrir um negócio do mesmo ramo nas vizinhanças, no período de cinco anos”.³⁸

Além disso, a cláusula de não concorrência é, em regra, uma medida acessória ao contrato, uma vez que não nasce e nem subsiste por si mesma, estando sempre atrelada a uma obrigação principal - razão da sua existência. Visando a conferir segurança jurídica ao negócio, a característica acessória pressupõe que tal cláusula esteja atrelada ao objeto material do contrato, isto é, ao negócio principal. Desta forma, se a obrigação principal deixar de existir, a não concorrência (na qualidade de acessória), terá o mesmo fim.³⁹

Por isso, tem-se decidido que não havendo um contrato válido e eficaz, a cláusula de não concorrência não será aplicável, justamente pela sua característica de acessoriedade.⁴⁰

2.2. Os requisitos de validade e eficácia.

Para Fábio Ulhoa Coelho, as limitações contratuais da concor-

37 FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito civil: obrigações*. 2ª ed, rev. e amp. Caxias do Sul: Educ, 2019. p. 102.

38 *Ibidem*, p. 103. E completa: “há limites que devem ser acatados na formulação dessas obrigações de não fazer, sendo consideradas ilícitas as convenções de obrigações negativas, em que se exija sacrifício demasiado do devedor ou que atinjam direitos fundamentais da pessoa humana como no caso de pactuar obrigação de não fazer, em que o devedor suporta indefinidamente certa abstenção”.

39 “O contrato só se torna perfeito e acabado quando o acordo entre as partes se verifica quanto a todas as cláusulas, principais ou acessórias” (GOMES, Orlando, *Op. Cit.*, p. 89).

40 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 1011013-28.2018.8.26.0008. Relator: Desembargador Sérgio Shimura. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 31 jan. 2020.

rência serão válidas se não a eliminarem por completo, o que poderá ser identificado por limites materiais, espaciais e temporais.⁴¹

Partindo disso, é possível afirmar que a validade da cláusula de não concorrência se fundamenta nos princípios da autonomia privada, da livre iniciativa e da livre concorrência, além da necessária “intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (art. 2º, inc. III, da Lei 13.874/2019).

É esse o entendimento do STJ, que considerou que são válidas as cláusulas contratuais de não concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porque adequadas “à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela - valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente.”⁴² Antes mesmo dessa decisão, Pontes de Miranda já defendia que qualquer cláusula contratual que proíba um ex-sócio de exercer a profissão ou de participar do comércio, sem qualquer limite espaço-temporal para o ex-sócio voltar a exercer uma atividade econômica, será contrária ao direito e deverá, assim, ser declarada nula pelo Poder Judiciário, em situações de litígio.⁴³

Ademais, nesse mesmo viés, “a obrigação de não concorrência deve ser diretamente relacionada com a viabilidade do negócio”.⁴⁴ Ou seja, pode-se afirmar que o interesse legítimo a ser protegido, relacionado ao negócio (atividade empresarial), também é considerado um requisito de validade da referida cláusula.⁴⁵

41 COELHO, Fábio Ulhoa, *Op. Cit.*, cap. 7, item 9.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 1.203.109/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, *Diário de Justiça Eletrônico*, 11 mai. 2015.

43 CERQUEIRA, Daniel da Silva Araújo. Limites da cláusula de não concorrência na dissolução parcial de sociedade. *Revista de Direito Empresarial - RDEmp*, Belo Horizonte, ano 11, n. 3, p. 251-261, set./dez. 2014, p. 258 *apud* MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas, propriedade mobiliária*, v. 17. Campinas: Bookseller, 2002. p. 282.

44 BARATA, Rodrigo Rentzsch Sarmento; RAUPP, Daniel Marques, *Op. Cit.*, p. 28.

45 “When faced with transactions or acquisitions that involve the exchange of business secrets, non-compete clauses can be an ideal and legitimate tool. Companies must have the opportunity

Nessa linha, a orientação jurisprudencial pátria sinaliza a legalidade deste instrumento contratual que atua como um aparato jurídico sujeito à “disposição de vontade entre as partes e apto a resguardar os conhecimentos empregados no negócio empresarial, protegendo-o da concorrência desleal que possa vir a sofrer nos casos de retirada de sócio, ou qualquer outra hipótese análoga no âmbito empresarial”.⁴⁶

Em síntese, a adequação da cláusula de não concorrência e o reconhecimento da sua validade e eficácia⁴⁷ dependem do preenchimento de requisitos que evitam o excesso e a disfunção da obrigação.

to protect the know-how they have acquired. So, acquired trade secrets are seen as a legitimate right for the company in order to maintain their competitive level and prevent possible economic damages. This reduces the chances that the company who purchased these trade secrets will (i) damage the economic agent who sold them and (ii) affect the competitive process”. TOBAR, Luis Marin; SAMANIEGO, Daniela Irigoyen. *M&A and Non-Compete Clauses in Ecuadorian Competition Law and Practice*. CPI Columns, Latin America, 2022, p. 4-5. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2022/09/LatAm-Column-September-2022-Full.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2023. Tradução livre: “Diante de transações ou aquisições que envolvam a troca de segredos comerciais, as cláusulas de não concorrência podem ser uma ferramenta ideal e legítima. As empresas devem ter a oportunidade de proteger o *know-how* que adquiriram. Assim, os segredos comerciais adquiridos são vistos como um direito legítimo da empresa a fim de manter seu nível competitivo e prevenir possíveis prejuízos econômicos. Isso reduz as chances de que a empresa que comprou esses segredos comerciais (i) prejudique o agente econômico que os vendeu e (ii) afete o processo competitivo”.

46 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento 2227787-25.2019.8.26.0000. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 jan. 2021.

47 O reconhecimento de validade dessa disposição contratual também se encontra na jurisprudência, a saber: “As cláusulas de não concorrência que trazem limite temporal e até territorial da mesma atividade exercida pelo sócio retirante, não são por si só abusivas, pois têm o intuito de proteger o contratante remanescente de possível concorrência e potencial desvio de clientela promovido por ex-sócio que detém amplo conhecimento do negócio. E sua estipulação insere-se no âmbito da autonomia contratual privada, que permite às partes envolvidas em uma relação jurídica regularem os seus próprios interesses pessoais (art. 421 do CC)” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 1050379-97.2015.8.26.0002. Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 22 mai. 2018).

Vale realçar, por último, que caso o vendedor seja detentor de uma participação societária minoritária, ao redigir essa cláusula, há de se atentar ao nível de ingerência deste indivíduo nos negócios da sociedade-alvo. Isso porque se tal atuação não for acentuada e vertical, não se justifica, em tese, a aplicação da cláusula de não concorrência.⁴⁸

2.3. Interpretação restritiva.

Considerando a já mencionada natureza acessória da cláusula de não concorrência, bem como sua excepcionalidade em relação ao princípio constitucional da livre iniciativa, fica evidente a necessidade de uma interpretação restritiva.⁴⁹ Assim, “impõe-se ao julgador cautela na verificação do ténue limite existente entre a observância da necessária proteção a não concorrência e o respeito aos comandos constitucionais que resguardam a livre iniciativa (art. 170, caput, CF)”.⁵⁰

Dessa forma, nas alienações de participações societárias, o vendedor somente pode ser obrigado a não competir se disposição expressa for estabelecida nesse sentido, uma vez que a cláusula de não concorrência não comporta interpretação extensiva, mas, sim, restritiva.⁵¹

À vista disso, considerando as práticas de mercado, na falta de cláusula contratual expressa, o silêncio da parte acerca da não concorrência não pode ser tomado como concordância. O art. 111 do Código Civil é cristalino ao inserir que “o silêncio importa anuência”

48 BOTREL, Sérgio. *Fusões & Aquisições*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 326.

49 FORGIONI, Paula Andrea, *Op. Cit.*, p. 306.

50 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 2131423-64.2014.8.26.0000. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 25 set. 2014.

51 FORGIONI, Paula Andrea, *Op. Cit.*, p. 307.

somente “quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem”, situação que não ocorre, segundo Paula A. Forgioni, no caso de estipulação de não concorrência na transferência de participações societárias.⁵²

2.4. Iminência de concorrência desleal.

Perante o exposto neste capítulo, a utilização da referida cláusula se configura como ferramenta eficiente para prevenir a concorrência desleal.⁵³ De acordo com Michele Copetti, “uma concorrência passa a ser desleal com o uso de meios fraudulentos, intencionais ou não voltados à captação da clientela de outrem”.⁵⁴ Ou seja, a punição referente à deslealdade na concorrência castiga os meios utilizados, e não sua finalidade. Logo, o desvio de clientela não é punível, mas sim os fatos ilícitos que contribuíram para a conquista de tal propósito.

É nessa mesma toada as lições de Fábio Ulhoa Coelho, o qual recomenda analisar se os meios utilizados para angariar clientes pelo ex-sócio são idôneos ou inidôneos. Só assim, ao avistar e compreender os recursos utilizados para captação de novos consumidores (como, por exemplo, a publicidade e a redução dos preços), será possível identificar se houve ou não deslealdade competitiva.⁵⁵

52 *Ibidem*, p. 305.

53 Mesmo após o término de uma obrigação, persiste o dever de não adotar condutas que possam frustrar o contrato, reduzir as vantagens da contraparte ou até mesmo causar-lhe dano, sendo uma dessas hipóteses, “de grande relevo econômico [...] o dever de não concorrência” (BARATA, Rodrigo Rentzsch Sarmento; RAUPP, Daniel Marques, *Op. Cit.*, p. 33 *apud* MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Porto: Almedina, 2001. p. 629).

54 COPETTI, Michele. *Afinidade entre marcas: uma questão de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144.

55 Para o autor, “não há competição empresarial sem o intuito de conquista de mercado. Desse modo, o elemento fundamental da concorrência, sua essência mesmo, é o intuito de alargar a clientela, em prejuízo de concorrentes dedicados ao mesmo segmento de mercado. O objetivo

Nesse cenário, a simples retirada ou saída de um indivíduo da sociedade, por si só não acarreta uma obrigação de não concorrência, restando à sociedade e aos sócios remanescentes demonstrar, no caso concreto, eventual caracterização da concorrência desleal,⁵⁶ sendo que essa análise tem se mostrado rigorosa, devido à autonomia privada e aos princípios da intervenção mínima do Estado e da continuidade da empresa.⁵⁷

Dinir Salvador Rios da Rocha e Marcelo Galiciano Nunes apontam um exemplo onde os vendedores praticam condutas desleais:

Imagine que uma empresa mundialmente conhecida pela sua marca, no ramo de *fast food*, seja vendida em dado momento. Posteriormente, os vendedores, valendo-se do seu *know-how*, de seus contatos, de seus antigos colaboradores e fornecedores resolvam concorrer com a empresa alienada. Seria uma atitude desleal, sem dúvida. Caso viesse a ocorrer, muito provavelmente o vendedor conseguiria obter uma boa parte do *market share* da empresa que ele fundara e que agora estaria nas mãos do novo proprietário.⁵⁸

imediate do empresário em competição é simplesmente o de cativar consumidores, por meio de recursos (publicidade, melhoria da qualidade, redução do preço etc.) que os motivem a direcionar suas opções no sentido de adquirirem o produto ou serviço que ele, e não outro empresário, fornece. Ora, o efeito necessário da competição é a indissociação entre o benefício de uma empresa e o prejuízo de outra, ou outras. Na concorrência, os empresários objetivam, de modo claro e indistigado, infligir perdas a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos” (COELHO, *Op. Cit.*, cap. 7, item 2).

56 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento 2259482-60.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 20 nov. 2020.

57 PELLEGRINELLI, Eduardo. A Obrigação de Não Concorrência à luz da Jurisprudência. YARSELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *In: Processo Societário IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 314.

58 ROCHA, Dinir Salvador Rios da; NUNES, Marcelo Galiciano. *Term Sheet* e Contrato de Com-

Isto posto, se comprovado que o vendedor das participações societárias praticou concorrência desleal, compete à sociedade prejudicada direito a indenização (cujo valor deverá ser condizente com o potencial lesivo da concorrência não autorizada), a qual será revertida para a sociedade e irá beneficiar não só o novo sócio controlador (mesmo que indiretamente), mas também os demais sócios.⁵⁹

Ainda, apesar do exercício da mesma atividade pelo ex-sócio ser considerado um campo fértil para a concorrência desleal, nos casos em que inexistente uma cláusula de não concorrência, a autonomia privada e a livre concorrência têm se mostrado suficientes para comprovação dos fatos alegados, restando à sociedade conviver com a concorrência do seu ex-sócio.⁶⁰

Análogo a essa mesma situação, não se reconheceu a prática de concorrência desleal pela ex-sócia que, após ter alienado suas quotas por meio de um contrato que não continha limitações de concorrência, manteve relação com clientes concorrendo de forma vertical.⁶¹

Os precedentes supracitados asseveram a dificuldade natural da comprovação da concorrência desleal, notadamente nas situações em que não existem cláusulas de barreira. Em que pese a prevalência de decisões em que a concorrência desleal não foi reconhecida, é

pra e Venda de Ações ou Quotas. In: ROCHA, Dinir Salvador Rios da; QUATTRINI, Larissa Teixeira (Coords.). *Direito societário: fusões, aquisições, reorganizações societárias e due diligence*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95-96.

59 BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017. p. 241.

60 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 1002892-91.2017.8.26.0510. Relator: Desembargador Sérgio Shimura. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 10 jun. 2020.

61 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 2075781-33.2019.8.26.0000. Relator: Desembargador Sérgio Shimura. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 30 ago. 2019.

evidente que a prática ilícita deve ser coibida e é reconhecida pelo Poder Judiciário sempre que devidamente comprovada.⁶²

3. Os limites necessários de incidência.

A matéria da cláusula de não concorrência é balizada por três aspectos que delimitam o seu conteúdo, fixando o alcance de sua incidência: material, espacial e temporal.⁶³

3.1. Limite material.

Os limites materiais dizem respeito ao conteúdo do negócio, isto é, a delimitação da atividade desempenhada pela empresa.⁶⁴ Tais limites devem estar de acordo com o escopo do contrato,⁶⁵ não extrapolando o ramo de atividade explorado pela empresa adquirida.⁶⁶

Se, durante o período da obrigação de não concorrência a sociedade vendida começar a desempenhar atividades diversas daquelas previstas no objeto social no momento da venda da participação societária, evidentemente, não há a possibilidade de considerar a não concorrência como um direito do comprador. Raúl Ventura frisa, em outras palavras, que só haverá previsão de concorrência aquelas ati-

62 PELLEGRINELLI, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 317.

63 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 1.203.109/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, *Diário de Justiça Eletrônico*, 11 mai. 2015.

64 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: do direito de empresa, vol. 13 (arts. 1.052 a 1.195). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 651.

65 NETO, Orlando Celso da Silva; SILVA, Márcia Luisa da. A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo da Prática de Gun Jumping. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 163-188, 1 nov. 2017. p. 177.

66 Conforme a Súmula 4 do CADE: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”.

vidades exercidas pela própria sociedade-alvo e que estejam previstas no objeto social.⁶⁷

Não existindo previsão de obrigação de não concorrência no contrato social, no distrato, no contrato de compra e venda de participação societária ou em qualquer outro instrumento,⁶⁸ decidiu-se que “o que se verifica é a relação próxima dos corréus com o cliente, notadamente porque prestavam serviços em nome da autora no local, mas isso não é suficiente para se concluir que tal proximidade foi determinante para a rescisão do negócio”.⁶⁹

Em função disso, o vendedor deve estar atento para que haja uma descrição pormenorizada das atividades cuja concorrência é interdita. Do contrário, caso a redação do contrato não seja específica quanto as atividades que irão gerar concorrência frente à sociedade-alvo, possíveis alterações (ou ampliações) do objeto social desta última poderão ampliar (e desmistificar) a extensão da interdição concorrencial.⁷⁰

Com efeito, não há dúvidas de que, caso o dono de uma rede de farmácias venda sua participação societária para um terceiro, o vendedor poderá investir, por exemplo, em uma rede de postos de gasolina. Diante desse exemplo, percebe-se que os aspectos materiais se referem ao(s) produto(s) e/ou serviço(s) que figura(m) como objeto do negócio jurídico celebrado entre as partes. Por isso, tem-se decidido pela proibição, por exemplo, da pessoa física exercer sua

67 Texto original: “só será efectivamente concorrente, se além de abrangida no objecto contratual da sociedade protegida, estiver de facto a ser exercida por ela” (VENTURA, Raúl. *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Volume III. Coimbra: Almedina, 2006. p. 58).

68 PELLEGRINELLI, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 315.

69 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 1029672-08.2015.8.26.0100. Relator: Desembargador Azuma Nishi. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 26 nov. 2019.

70 BOTREL, Sérgio, *Op. cit.*, p. 326.

atividade profissional quando vinculada aos concorrentes do antigo empregador.⁷¹

Um bom indicativo para auxiliar na determinação do mercado de atuação das partes envolvidas na compra e venda de participações societárias é verificar o objeto social da empresa, previsto no contrato ou estatuto social. Apesar desses tópicos serem geralmente vastos, comportam-se como bons parâmetros para identificar o ensejo dos sócios no desenvolvimento das atividades empresariais, notadamente acerca do ramo e do tipo da atividade da organização.⁷² Como dito, trata-se de um bom parâmetro, ou seja, ainda que com objetos sociais coincidentes, é importante analisar os segmentos de consumos das sociedades envolvidas.⁷³

Por fim, cumpre salientar que será a substitubilidade da demanda⁷⁴ que determinará se tal produto ou serviço deverá ser abrangido pela obrigação de não concorrência.⁷⁵ Duas sociedades empresárias serão concorrentes entre si se os produtos (ou serviços) que comercializarem puderem ser obtidos, concomitantemente, pelo mesmo nicho de consumidores.

71 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento 2036743-48.2018.8.26.0000. Relator: Desembargador Araldo Telles. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 24 abr. 2018.

72 AGUILERA, Daniel Fortes. BONELLI, Marvio. Cláusulas de não concorrência: enquadramento normativo, potencialidades e requisitos de validade. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 85-121, jan./jun. 2020. p. 100.

73 BARBOSA, Denis Borges. A Doutrina da Concorrência. *In*: BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 253.

74 MARTORANO, Luciana dos Santos. *Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 130-132.

75 Para definir o que seria essa “substitubilidade”, Calixto Salomão Filho salienta que é necessário determinar qual é o mercado que se encontra um agente econômico fabricando um determinado produto “X”. E para se chegar nisso, ele aponta a necessidade de determinar (a) quais produtos o consumidor (demanda) vê como substitutos de “X”; e (b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no mercado de “X” para produzi-lo. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2021. p. 125).

Denis Borges Barbosa explica que haverá competição mesmo se dois produtos/ serviços forem dissimilares, desde que, na proporção pertinente, eles atendam a algum desejo ou necessidade em comum. Tem-se, nessa perspectiva, o emprego dos clássicos exemplos da manteiga e da margarina, do café e da chicória. Faz-se necessário, sobretudo, que a similaridade objetiva seja apreciada diante do consumidor relevante.⁷⁶

Em outras palavras, o que realmente interessa é a intercambiabilidade da procura, a qual é diagnosticada pelo teste da “elasticidade cruzada da demanda”.⁷⁷ Assim, caso haja o aumento do preço de um determinado produto, o suposto comprador, de forma imediata, vai trocá-lo por outro, preferindo este na sua próxima compra?

Tal substitubilidade entre os produtos deve ser razoável, ou melhor, não pode ser resultado do abuso de uma posição dominante⁷⁸ de certo agente: se este detém o monopólio de um produto X e o oferece ao mercado por um preço muito elevado, o consumidor vai acabar comprando o produto Y. E nem por isso os produtos serão concorrentes, tendo em vista que a substituição não é razoável - em condições de concorrência, o comprador jamais pensaria em trocar X por Y; logo, não pertencem ao mesmo mercado relevante.⁷⁹

76 BARBOSA, Denis Borges, *Op. Cit.*, p. 252.

77 A elasticidade cruzada da demanda demonstra a variação da quantidade de um bem diante da mudança no preço de um outro bem substituto. Por exemplo, de quanto seria o aumento na quantidade demandada de margarina se houvesse um aumento no preço da manteiga.

78 Segundo o art. 36, §2º, da Lei 12.529/2011, uma determinada empresa ou grupo de empresas estará em posição dominante quando ela “for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”.

79 MARINHO, Bernadete de Lourdes; CORREIA, Germano Manuel; AMATO, Lucas Fucci. *Gestão estratégica de fornecedores e contratos: uma visão integrada*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295.

3.2. Limite Espacial.

De outra banda, o limite espacial serve para evitar divergências quanto à extensão territorial da obrigação de não fazer.⁸⁰ Impõe-se um alcance geográfico, de tal modo que o impedimento à concorrência fique circunscrito a uma região, justamente aquela área em que se dá o desempenho da atividade da sociedade vendida.

Deve-se explicitar na cláusula contratual que a não concorrência irá se restringir à área em que poderia, em concreto, haver uma disputa de mercado ou de clientela, ou seja, em áreas em que um dos concorrentes já esteja estabelecido.⁸¹ Logo, pode-se dizer que não é válida a cláusula que imponha a não concorrência fora da área geográfica que sofra influência das sociedades concorrentes.⁸²

Não haverá concorrência, por exemplo, na hipótese do desligamento de um sócio que atue exclusivamente na região norte do Brasil e passe a exercer atividades idênticas daquelas no sul do país, tendo em vista que a distância e os diferentes custos de transação envolvidos nesses mercados não coincidem.⁸³

80 "A delimitação espacial da proibição de competição também deve constar do instrumento contratual, de maneira a evitar divergências quanto à extensão territorial da obrigação de não fazer" (BOTREL, Sérgio, *Op. Cit.*, p. 326).

81 Nessa esteira, Luciana dos Santos Martorano expõe que "o aspecto espacial será definido com base no raio de incidência de comercialização dos(s) produto(s) e/ou serviço(s), sendo determinado pela menor área geográfica na qual uma sociedade monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que tal aumento implicasse desvio da demanda para outro produto substituto ou para outra região" (MARTORANO, Luciana dos Santos, *Op. Cit.*, p. 132).

82 NERY JR., Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos: prejudicialidade externa entre processos. In: NERY JR., Nelson. *Soluções práticas de direito*, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 8. Além da impossibilidade de impor a não concorrência fora da área geográfica ora estabelecida, já se decidiu, também, pela invalidade desta disposição contratual diante da inexistência de limitações espaciais no contrato (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento 2101924-25.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Azuma Nishi. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 11 ago. 2020).

83 Nesse raciocínio, conclui que "a delimitação do mercado relevante geográfico é primordial

Nesse mesmo diapasão, Daniel Fortes Aguilera e Marvio Bonelli trazem outro exemplo, desta vez em regiões próximas umas das outras:

Pensando sob o ponto de vista geográfico, realmente não será merecedora de tutela a cláusula que, por exemplo, proíba o antigo diretor de uma cervejaria brasileira de atuar em cargo semelhante em uma companhia do mesmo setor, porém cuja atuação esteja restrita a um país vizinho. Sem dúvida, o conhecimento e *know-how* que tal profissional carrega é valioso, mas a simples inexistência de competição concreta entre as sociedades naquele território impede que se imponha uma restrição ao profissional, até em razão da ausência de qualquer prejuízo à companhia brasileira. Vale ressaltar que a conclusão poderá ser diferente caso seja demonstrado, no caso concreto, que a companhia brasileira tenha traçado planos efetivos e concretos de expansão, nos anos seguintes, de sua produção para países vizinhos.⁸⁴

Tal cláusula deve abarcar precisamente a sua área de atuação, ou seja, delimitar de forma exata o “mercado relevante geográfico”⁸⁵ que, conforme o item 1.6.2, do Anexo V, da Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica),⁸⁶ “compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente ho-

para definir onde o ex-sócio estará impedido de atuar. Ou seja, é a delimitação espacial que define a área de eficácia da cláusula de não concorrência, fora da qual ela não é oponível ao ex-sócio” (CERQUEIRA, *Op. Cit.*, p. 254).

84 AGUILERA, Daniel Fortes. BONELLI, Marvio, *Op. Cit.*, p. 97.

85 NETO, Orlando Celso da Silva; SILVA, Márcia Luisa da, *Op. Cit.*, p. 176.

86 Órgão responsável pela repressão a condutas anticompetitivas.

mogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços”.⁸⁷

Lucia Heleno Salgado e Silva, conselheira relatora no Ato de Concentração do CADE 27/95, por meio do seu voto, define que, para fins concorrenciais, tal conceito é definido como “o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e procura de produtos/serviços, no qual as condições de concorrência são substancialmente distintas das prevalecentes em territórios vizinhos”.⁸⁸

Sendo assim, o “mercado relevante geográfico” se caracteriza pela área em que o agente econômico abrange as suas atividades, o que depende, por exemplo: (i) dos hábitos dos consumidores (escolhas entre comprar produtos próximos à residência ou pela internet); (ii) dos custos de distribuição, de barreiras à entrada, como os elevados gastos de marketing para entrar em um mercado já dominado por marcas famosas; e (iii) dos incentivos governamentais e das circunstâncias macroeconômicas de determinado local.⁸⁹

Percebe-se que a definição do mercado relevante se comporta como um estágio inicial a fim de verificar com qual produto ou serviço as pessoas estão lidando e, sobretudo, quais agentes econômicos estão nesse mercado, como produtores, distribuidores e até consumidores. Requer-se um estudo caso a caso, que permitirá às autoridades

87 E ainda, nessa mesma Resolução, “a definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada, após uma pequena, mas substancial elevação dos preços praticados, fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada”.

88 BARBOSA, Denis Borges, *Op. Cit.*, p. 254 *apud* Ato de Concentração n. 27/95 (Requerente: K & 5 Aquisições Ltda. - atual denominação: KOLYNOS do Brasil Ltda), relatado pela Conselheira Lucia Heleno Salgado e Silva, publicado no Diário Oficial da União de 12 set. 1996, localizado na página 13 da Seção I.

89 MARINHO, Bernadete de Lourdes; CORREIA, Germano Manuel; AMATO, Lucas Fucci, *Op. Cit.*, p. 295.

detectar as características gerais de um determinado mercado, para que, assim, haja uma macro compreensão da área de atuação das partes envolvidas no negócio.⁹⁰

Portanto, em que pese a tarefa de identificar e conceituar o mercado relevante seja uma missão extremamente complexa e distante de ser uma metodologia infalível e absoluta (como bem pondera Ana Frazão),⁹¹ fica evidente que a defesa de concorrência pode ser estabelecida desde que contenha uma limitação espacial que não ultrapasse o mercado relevante da operação principal objeto do contrato, sendo capaz de restringir a uma determinada região, município, estado ou até mesmo país.

Na mesma esteira, ao tratar sobre o famoso caso de *Nutricia/de Rooij and Nutricia/ZuidHollandse Conservenfabriek*,⁹² Luis Marin Tobar e Daniela Irigoyen Samaniego salientam parte do entendimento proveniente da decisão da Comissão das Comunidades Europeias, a qual decidiu, em outras palavras, que a “aplicação da cláusula inibidora de concorrência deve ser limitada à área onde o vendedor ofereceu os referidos produtos ou serviços antes da realização da operação”.⁹³ E ainda, que “esse âmbito geográfico pode ser alargado

90 BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira (Coord. e Org.). GABAN, Eduardo Molan; MIELE, Aluísio de Freitas; SILVA, Breno Fraga Miranda e (Orgs.). *Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação*. São Paulo: Singular, 2019, p. 45 a 56.

91 FRAZÃO, Ana, *Op. Cit.*, p. 140.

92 Trata-se de um caso que discutiu sobre a incidência da cláusula de não concorrência em um acordo de venda de duas subsidiárias da NV Verenigde Bedrijven Nutricia (“Nutricia”), quais sejam: a Remia BV (“Remia” ou “New Remia”) para a Drs. de Rooij e a Luycks Producten BV (“Luycks”) para a Zuid Hollandse Conservenfabriek BV (“Zuid”). O inteiro teor da decisão judicial, prolatada em dezembro de 1983, está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31983D0670&from=ES>. Acesso em: 06 jan. 2023.

93 Tradução livre do original, em inglês: “the application of a clause inhibiting competition must be limited to the area where the seller offered the referred products or services before the transaction took place” (TOBAR, Luis Marin; SAMANIEGO, Daniela Irigoyen, *Op. Cit.*, p. 4).

aos territórios onde o vendedor tinha planejado entrar no momento da concretização da transação, desde que já tenham sido efetuados investimentos para este fim”.⁹⁴

3.3. Limite temporal.

O aspecto temporal também se comporta como um dos requisitos da cláusula de não concorrência, que não pode ser indefinida,⁹⁵ tampouco eterna. As partes têm o dever⁹⁶ de estipular um prazo determinado ao longo do qual a obrigação produzirá efeitos, para, de um lado, garantir a proteção do fundo de comércio e, de outro, a livre iniciativa de quem se submete aos seus efeitos.⁹⁷

Apesar da compra e venda de participação societária se caracterizar como um instituto divergente da alienação de estabelecimento empresarial,⁹⁸ utiliza-se, por analogia, o prazo de 5 (cinco) anos do

94 Tradução livre do original, em inglês: “this geographical scope can be expanded to those territories where the seller had planned to enter at the time of carrying out the transaction, as long as investment’s have already been made to that end” (*Ibidem.*, p. 4).

95 Já se decidiu, inclusive, pela invalidade da cláusula de não concorrência devido à inexistência de prazo (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento 2094009-22.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Azuma Nishi. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 23 nov. 2020).

96 Possuem esse dever, pois o dever de abster-se tem prazo definido. A obrigação negativa “pode ser instantânea ou duradoura. Será instantânea quando o devedor se compromete a uma inatividade momentânea, como, por exemplo, não comparecer a uma determinada hasta pública. Porém, normalmente, a obrigação negativa exige alguma permanência no tempo, de modo que o devedor se comprometa a manter inalterável certo estado de coisas que se comprometeu a não modificar” (FERNANDES, Alexandre Cortez, *Op. Cit.*, p. 103). E é justamente essa segunda hipótese que justifica a necessidade de imposição dos limites temporais nas cláusulas de não concorrência.

97 AGUILERA, Daniel Fortes. BONELLI, Marvio, *Op. Cit.*, p. 94.

98 VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. *Direito Empresarial*. 10ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020. p. 46. Vale ressaltar, ainda, que o instrumento jurídico utilizado para cada uma das situações também se difere: “O contrato de trespasse é diferente da cessão de quotas, pois, nesta, o objeto do negócio é a própria participação societária. No trespasse, ope-

art. 1.147 do Código Civil,⁹⁹ fator que não exclui as discussões e controvérsias da aplicação de tal regramento à compra e venda de ações (ou quotas).¹⁰⁰

Isso porque a doutrina entende que esse período é o suficiente para que o empresário (comprador) consolide a universalidade dos elementos necessários (como o *know-how* e a captação de clientes) para atingir a capacidade lucrativa desejada no momento da compra. Nesse lapso temporal, pressupõe-se a cessação da periculosidade de atuação do vendedor.¹⁰¹

E é nessa mesma linha o entendimento do CADE que, por meio da Súmula n. 5, concluiu que: “É lícita a estipulação de cláusula

ra-se a alteração da titularidade do estabelecimento, enquanto na cessão de quotas não há mudança na sua titularidade" (FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael; VIANNA, Rodrigo (Orgs.). *Sociedades empresárias*: série direito empresarial. 2ª ed., v. 01. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010. p. 64).

99 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento 0000422-82.2017.8.26.0000. Relator: Desembargador Carlos Dias Motta. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 08 fev. 2018. Entretanto, é necessário deixar claro que se trata de um tema controverso na jurisprudência. Já se decidiu, também, que o dispositivo legal previsto no art. 1.147 do Código Civil (referente ao contrato de *trespasse*) não se aplica ao contrato de cessão de quotas (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 1020679-97.2019.8.26.0564. Relator: Desembargador Araldo Telles. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 24 fev. 2021) e (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 1020995-55.2016.8.26.0196. Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 15 jul. 2020). Mesmo assim, pelo fato de grande parte da doutrina entender que o período de 5 anos é o ideal para que o comprador faça valer o investimento realizado na compra da respectiva participação societária, é muito recorrente a utilização desse lapso temporal também nos contratos de cessão de quotas.

100 BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik, *Op. Cit.*, p. 235.

101 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula de não concorrência na alienação de participação societária: exame de seus requisitos de validade e ineficácia superveniente. *Civilistica.com (Revista Eletrônica de Direito Civil)*, a. 9, n. 2. Rio de Janeiro, 2020, p. 32. Disponível em: <http://civilistica.com/clausula-de-nao-concorrenca/>. Acesso em: 07 dez. 2022 *apud* GRECHI, Frederico Price. 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. MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (Orgs.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 335.

de não concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo do comércio”.¹⁰² Para Ivo Waisberg, essa limitação temporal advinda do direito concorrencial traz uma “presunção *juris tantum* de que vedações de não concorrência superior a cinco anos são ilegais”.¹⁰³ De fato, Adriano Ferriani e Giovanni Ettore Nanni enfatizam que “à luz do entendimento consolidado em outros países, considera-se o período máximo de cinco anos como razoável para tal atribuição”.¹⁰⁴

A respeito desse lapso temporal para a vigência da cláusula de não concorrência, o CADE decidiu que esse período também é viável “para que o vendedor se distancie do mercado, dos seus clientes e mesmo da sua antiga empresa, de forma que uma eventual reentrada seja na prática uma entrada de novo”.¹⁰⁵

Outrossim, é nessa mesma diretriz o voto do Renault de Freitas Castro (ex-Conselheiro do CADE) relativo ao Ato de Concentração n. 0109/1996, que concluiu que tal prazo é o ideal para que uma em-

102 Segundo Marcus Elidius Michelli de Almeida, o prazo contido na norma (de 5 anos, previsto no art. 1.147 do Código Civil e na Súmula n. 5 do CADE) é válido somente nos casos de omissão contratual, podendo as partes acordar livremente de maneira diversa, reduzindo o lapso temporal. (FERRIANI, NANNI, *Op. Cit.*, p. 31 *apud* ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *In*: PRUX, Oscar Ivan; HENTZ, Luiz Antonio Soares; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*: da sociedade: do estabelecimento e dos institutos complementares (arts. 1.088 a 1.195), vol. 10. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 277).

103 WAISBERG, Ivo. Arts. 1.142 a 1.195. *In*: NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1530.

104 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 30.

105 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 163/97 (Requerentes: Praxair Comércio e Participações Ltda./Rollmaster Indústria Ltda.). Relator: Conselheiro Marcelo Calliari. Brasília, *Diário Oficial da União*, 10 dez. 1998. n.237-E, de acordo com a Ata da 104ª Sessão Ordinária de Distribuição do CADE realizada em 02 de dezembro de 1998. Ainda nesta decisão, o relator afirmou que “a admissão de cláusulas de não concorrência tem por efeito valorizar o negócio e estimular a realização de transações, já que o comprador tem segurança de que não vai ver o seu investimento desvalorizado e mesmo seus resultados ameaçados pelo retorno imediato do vendedor ao mesmo negócio, subtraindo-lhe imagem e clientela”.

presa estreante absorva os conhecimentos necessários ao bom desempenho no mercado.

Destaca-se, pois oportuno, inserir que o prazo em referência admite redução ou majoração, dependendo do tempo necessário às estratégias mercadológicas. Cabe à parte provar que o limite até então estipulado não condiz com a realidade da situação. Por isso, já se decidiu pela proibição de atuar no mesmo ramo por 02 (dois)¹⁰⁶ e por 20 (vinte)¹⁰⁷ anos após o encerramento das atividades.

Acerca dessa possibilidade de majoração temporal, Luis Marin Tobar e Daniela Irigoyen Samaniego citam Javier Aguilar Álvarez de Alba, o qual defende que as cláusulas de não concorrência “com duração superior a cinco anos só poderão ser válidas quando os ativos da operação estiverem relacionados a atividades de Pesquisa e Desenvolvimento, ou a setores que exijam grandes investimentos e envolvam longos prazos de retorno”.¹⁰⁸

Desse modo, o fundamento para a não competição entre as partes de uma operação pode ser razoável, considerando a necessidade de se garantir, por um determinado período, a mesma relação existente anteriormente entre os agentes econômicos. Tal como a jurisprudência do CADE¹⁰⁹ relata, existe um “tempo necessário para a

106 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação 2056338-33.2018.8.26.0000. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 30 mai. 2018.

107 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento 2203971-14-2019.8.26.0000. Relator: Desembargador Cesar Ciampolini. São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 dez. 2019.

108 Tradução livre. No original: “non-compete clauses with a duration greater than five years may only be valid when the assets subject to the transaction are related to Research and Development activities, or to sectors which require large investments and involve long return periods” (TOBAR, Luis Marin; SAMANIEGO, Daniela Irigoyen, *Op. Cit.*, p. 3 *apud* ÁLVAREZ DE ALBA, Javier Aguilar. *La libre Competencia*. Mexico D.F: Oxford, 2000. p. 100).

109 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.013792/2007-30 (Requerentes: Assai Comercial Importadora Ltda./Companhia Brasileira de Distribuição - CDB). Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, *Diário Oficial*

transferência dos negócios e do *know-how* para a empresa estreante, assim como a proteção dos investimentos necessários para que essa empresa se torne um concorrente independente”.

A partir da racionalidade econômica do negócio entre as partes, fica evidente, portanto, a necessidade de uma delimitação temporal justa, adequada e não abusiva da cláusula de não concorrência. Ainda que o prazo de cinco anos do art. 1.147 do Código Civil sirva como referência aos atores envolvidos na operação societária, torna-se imprescindível a análise do caso concreto, ao passo que a autonomia privada do Direito Contratual sirva como um mecanismo para garantir a segurança e o retorno do investimento realizado pelo comprador.

Conclusão.

É evidente a licitude da cláusula de não concorrência na ordem jurídica brasileira. Apesar de inexistir norma específica positivando um dever genérico de não concorrência, existem diversas disposições normativas que indicam a licitude das cláusulas anticoncorrenciais. De fato, o estudo dos precedentes demonstrou que o Poder Judiciário se inclina no sentido de reconhecer a validade deste dispositivo.

Simplesmente não há mais cabimento para que se defenda a antijuricidade desta ferramenta, entendimento que se revelaria divergente da realidade negocial contemporânea. Tampouco se pode aceitar cláusulas amplas e irrestritas, que acabam por restringir demasiadamente o exercício da atividade empresarial. Justamente por isso, ratificou-se a necessidade da fixação de barreiras normativas que limitem a incidência deste tipo de obrigação, as quais se comportam como primordiais à manutenção de sua eficácia.

da União, 11 set. 2008. n. 176, Seção I, páginas 51, 52 e 53, de acordo com a Ata da 512ª Sessão Ordinária de Distribuição do CADE realizada em 10 de setembro de 2008.

Em um primeiro momento, buscou-se detalhar um dos instrumentos jurídicos que comportam a cláusula de não concorrência: os contratos empresariais. Por meio de um estudo conceitual, revelou-se que tais contratos se enquadram em uma categoria autônoma, isto é, em uma prateleira divergente dos contratos do direito civil.

Após, demonstrou-se os princípios constitucionais e infra-constitucionais que serviram de base para compreender o contexto em que se insere a cláusula de não concorrência, uma vez que tais princípios não exprimem valores absolutos e não garantem direitos ilimitados, devendo sempre serem interpretados de acordo com o caso concreto.

Adiante, analisou-se a disciplina jurídica da cláusula de não concorrência, com a finalidade de ilustrar a sua estrutura e o seu funcionamento no mundo empresarial.

Após, fez-se necessário ilustrar cada uma de suas limitações (materiais, espaciais e temporais), com a indicação de fundamentos que justificam sua existência, bem como a análise dos posicionamentos jurídicos que reconhecem, em maior ou menor escala, a sua incidência.

Por fim, que a obrigação imposta na cláusula possui eficácia pós-contratual e resguarda o estipulante para além da conclusão do contrato, servindo tanto para fins impeditivos (obrigação de não fazer), quanto para fins indenizatórios (perdas e danos), nos casos de não-cumprimento da parte obrigada. Justamente por se tratar de uma obrigação futura, compete às partes esclarecer no contrato a extensão dessas limitações, isto é, se parentes em linha reta e/ou colateral dos vendedores, por exemplo, cônjuge/companheiro, pais e filhos, irmão fazer parte desses deveres estipulados.

O eventual descumprimento da obrigação se traduz no surgimento de uma responsabilidade pós-contratual (*culpa post pactum finitum*). Logo, a não concorrência, que incide de forma ulterior à extinção do contrato, depreende-se como uma condição fundamental para proteção de interesses legítimos e para a garantia da satisfação das partes contratantes.

