

Cláusula de não concorrência na alienação de participação societária: exame de seus requisitos de validade e ineficácia superveniente

Adriano FERRIANI*

Giovanni Ettore NANNI**

RESUMO: Trata-se de extrato de parecer elaborado em disputa arbitral na qual se discutiu a validade de cláusula de não concorrência pactuada em contrato de aquisição de participação societária. São analisados os requisitos de validade de referida convenção, assim como a hipótese de sua ineficácia superveniente.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula de não concorrência; aquisição de participação societária; direito comercial; direito civil; Código Civil; contrato; ineficácia de negócio jurídico.

SUMÁRIO: 1. Considerações sobre a livre concorrência e a limitação à concorrência; – 1.1. A livre concorrência; – 1.2. A concorrência desleal; – 1.3. O propósito primordial da limitação à concorrência de preservar a clientela; – 2. A disciplina jurídica da cláusula de não concorrência; – 2.1. Noção; – 2.2. A vedação à concorrência na alienação de estabelecimento comercial e o seu desígnio de garantir a clientela e o investimento; – 2.3. A cláusula de não concorrência como ato de autonomia privada e sua eficácia pós-contratual; – 2.4. O âmbito da cláusula de não concorrência e a aplicação do artigo 1.147 do Código Civil às alienações de controle acionário; – 2.5. Os requisitos de validade da cláusula de não concorrência; – 2.5.1. Limitação material: mesma atividade objeto da alienação; – 2.5.2. Limitação temporal: prazo de 5 anos; – 2.5.3. Limitação territorial: área de atuação da empresa alienada; – 2.5.4. Acessoriedade; – 2.5.5. Legítimo interesse do beneficiário. 2.5.6. Remuneração; – 2.6. A invalidade da cláusula de não concorrência; – 3. Ineficácia superveniente do negócio jurídico; – 3.1. Ineficácia da cláusula de não concorrência pela perda de sua causa; – 3.2. Ineficácia da cláusula de não concorrência pela perda de seu legítimo interesse; – 3.3. Ineficácia da cláusula de não concorrência pela falta de remuneração.

TITLE: *Non-Compete Clause in Share Purchase Agreements: Analysis of the Requirements for Its Validity and Supervenient Ineffectiveness*

ABSTRACT: *This is an excerpt from a legal opinion issued in an arbitral proceeding in which the legal nature of a non-compete clause inserted in a share purchase agreement is discussed. It analyses the requirements for the validity of a covenant not to compete and the hypothesis for its supervenient ineffectiveness.*

KEYWORDS: *Non-compete clause; share purchase agreement; commercial law; civil law; civil code; contract law; supervenient ineffectiveness.*

* Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação Lato Sensu na PUC/SP. Presidente da Comissão de Direito Privado do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Advogado em São Paulo.

** Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação Stricto Sensu na PUC/SP. Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar. Advogado em São Paulo.

1. Considerações sobre a livre concorrência e a limitação à concorrência

1.1. A livre concorrência

1. A livre concorrência é uma premissa relevante em uma economia de mercado, sendo objeto de tutela jurídica. É conectada às noções de livre iniciativa e de repressão ao abuso do poder econômico.

2. Vale ressaltar que o tema – que não é objeto do presente Parecer – consagra longo período de evolução histórica, desde sistemas monopolistas coloniais até o período de industrialização e sua internacionalização, passando pelo mercantilismo, liberalismo econômico e a implementação de políticas públicas.¹

3. A tutela da concorrência e a repressão aos abusos do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o qual devem guardar necessária coerência. É por esse motivo que se tem observado, ao longo da história econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente ao tema. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de cunho doutrinário e ideológico e muito mais as preocupações com as metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos.²

4. Mas é a partir do liberalismo econômico que a necessidade de uma disciplina específica da concorrência no mercado apresenta-se como problema à espera de solução jurídica. Posto o princípio da liberdade de acesso ao mercado, mister se fazia impedir que esta liberdade degenerasse em licença, com prejuízo da própria concorrência. Se o jogo era doravante livre, necessário se fazia, para que esta liberdade perdurasse, que as regras do jogo fossem respeitadas.³

¹ Acerca da evolução histórica na matéria, conferir: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27-35; FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37-84. Ver também: LIBERTINI, Mario. *Diritto della concorrenza dell'unione europea*. Milano: Giuffrè, 2014, p. 2-35.

² NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2, p. 121.

³ COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 914.

5. Nesse cenário, especialmente no domínio do Direito Comercial, é que se projeta a evolução da defesa da concorrência. Entretanto, no âmbito constitucional a matéria igualmente conquista salvaguarda.⁴

6. A Constituição Federal de 1988 é, em termos de textos constitucionais históricos brasileiros, a que promoveu de maneira mais acentuada um sistema econômico marcado pela livre iniciativa, lei do mercado e livre concorrência.

7. A livre concorrência é um dos princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme previsto no artigo 170, inciso IV, da Carta Magna.

8. Assim, consoante a Constituição Federal, todos estão livres para empreender, em competitividade com os concorrentes, nos termos limitados pelas leis que regem a conduta dos diversos atores do processo de produção e consumo.⁵

9. O fim almejado é um ambiente de competição sadia, leal, em que as empresas e os demais agentes concorrem em busca da clientela, objetivando a lucratividade.

10. É também perquirida a tutela dos consumidores, visto que a competição no mercado propicia necessário ambiente de livre concorrência, evitando a concentração.

11. A tutela do consumidor é princípio da ordem econômica, consagrado no inciso IV, do artigo 170, da Constituição Federal. A proteção justifica-se na medida em que a prática de concorrência desleal atinge, diretamente, os direitos dos consumidores, em razão da competitividade exercida de maneira abusiva.

12. A defesa da concorrência é, nesse sentido, o “instrumento que termina por beneficiar os consumidores”.⁶

⁴ Sobre o curso histórico no Brasil: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 85-125.

⁵ Fato, aliás, há muito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal: “A livre concorrência, como toda liberdade, não é irrestrita; o seu exercício encontra limites nos preceitos legais que a regulam e nos direitos dos outros concorrentes, pressupondo um exercício leal e honesto do direito próprio, expressivo da propriedade profissional: excedidos estes limites, surge a concorrência desleal, que nenhum preceito define e nem poderia fazê-lo, tal a variedade de atos que podem constituirlos” (STF, RE 5.232-SP, 2.^a T., j. 09.12.1947, v.u., rel. Min. Edgard Costa, DJ 11.10.1949, p. 3.262, RT 184/914).

⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 944.

13. Daí decorre que toda forma de regulação tem como ponto central promover a competitividade honesta, evitando-se o abuso do poder econômico, a eliminação da concorrência e a majoração abusiva dos lucros, exigindo-se a intervenção do Estado para assegurar essas premissas.

14. Assim, o Estado, no uso de seu poder de polícia, restringe a liberdade de ação econômica dos particulares, consoante disciplinado pela Constituição Federal, no artigo 174. No mais das vezes, é a legislação infraconstitucional que cria mecanismos e regras para repressão do abuso do poder econômico, a fim de impedir a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal).

15. A intervenção do Estado nas assim denominadas práticas anticoncorrenciais é acontecimento relativamente recente no Brasil. O processo iniciou-se no começo da década de 90, com o fenômeno da privatização e desregulação da economia como parte da estratégia brasileira para participar mais intensamente do processo de globalização. Favorecia, então, a denominada economia de mercado.⁷

16. No Brasil, contudo, o regime do Estado anteriormente à década de 90 recebia críticas, pois, embora o regimento jurídico da concorrência estivesse bem disciplinado, “o Estado-empresário, que, por fazer o que não sabe fazer, deixa de fazer o que deveria fazer, perturbando a economia nacional, por excesso de planejamento e escassez de resultados”.⁸

17. Se, por um lado, a economia de mercado, dada a concepção de eficiência máxima dos entes participantes do modelo econômico, afastava a regulação do Estado, por outro viés exigiu do Ente Estatal maior participação no contexto de prevenção e punição por práticas anticoncorrenciais.

18. Trata-se de dirigismo econômico,⁹ que tem por finalidade a defesa do capitalismo de seus próprios concorrentes, mas que não pode se desviar da manutenção e da preservação da liberdade de iniciativa e de competição. Tudo para garantia da eficiência

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 866.

⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Disciplina jurídica da concorrência – repressão ao abuso do poder econômico. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 960.

⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Disciplina jurídica da concorrência – repressão ao abuso do poder econômico. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 959.

econômica e da instituição de sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal).

19. A livre iniciativa, recepcionada pela Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso IV, como fundamento do Estado Democrático de Direito, pode ser concebida sob dois aspectos: o positivo e o negativo. O positivo diz respeito à garantia do livre exercício da atividade econômica, com acesso ao mercado de forma independente e autônoma. O aspecto negativo diz respeito à atividade monopolizada pelo Estado apenas em caráter excepcional, a ser exercida conforme disposto no artigo 173 da Constituição Federal.¹⁰

20. Os monopólios públicos são exceções à livre iniciativa, previstos pelos artigos 177 e 21, inciso XXIII, da Constituição Federal.

21. Há, ainda, monopólios privados, de caráter temporário, relacionados aos inventes e sinais industriais, assegurados no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

22. Ao lado dessas restrições de ordem legal, há a convenção das partes, que são admitidas, desde que preencham “especialíssimas condições de validade”.¹¹ São, entre outras, as cláusulas de não concorrência. Nesse tema, vale também citar as cláusulas de exclusividade e de opção.¹²

23. Para resguardo dos interesses que a Constituição Federal pretendeu preservar, portanto, as limitações à livre concorrência e à livre iniciativa devem ser vistas como excepcionais, apenas recepcionadas pelo Direito quando obedecidos rigorosos critérios, a serem expostos adiante no que concerne à cláusula de não concorrência.

1.2. A concorrência desleal

24. O tema em análise tem estreita ligação com o da concorrência desleal, que pressupõe os ditames da livre iniciativa e da livre concorrência.

¹⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 898.

¹¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Convenção impeditiva de novo estabelecimento. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004, v. 1, p. 688.

¹² DUVAL, Hermano. *Concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 41-52.

25. Contemporânea presença no mercado de uma pluralidade de operadores econômicos em competição entre eles para responder à demanda de bens e serviços provenientes da coletividade, com conseqüente fracionamento da oferta entre mais empresas, nenhuma das quais esteja singularmente em grau de condicionar o preço das mercadorias vendidas. Plena mobilidade dos fatores produtivos que asseguram a pronta adequação da produção às demandas do mercado. Correspondente plena mobilidade da demanda por parte dos consumidores, livres para orientar as próprias escolhas em relação aos produtos mais convenientes em qualidade e preço. Ausência de obstáculos ao ingresso de novos operadores em todos os setores da produção e da distribuição, e também de acordos entre as empresas operantes que distorcem a liberdade de competição econômica.¹³ É este, consoante Gian Franco Campobasso,¹⁴ o modelo ideal de funcionamento do mercado teorizado pelos economistas: a chamada *concorrência perfeita*. Modelo ideal e perfeito na medida em que a concorrência provoca uma geral e progressiva redução seja dos custos de produção seja dos preços de venda; somente armas que as empresas individualmente dispõem para conquistar a clientela e sobreviver em uma situação na qual a oferta global e os preços não são por elas condicionáveis nem condicionados. Modelo perfeito também enquanto se assegura a “natural” eliminação do mercado das empresas menos competitivas, estimula o progresso tecnológico e o incremento da eficiência produtiva das empresas, determina a mais racional utilização dos limitados recursos e o alcance do grau mais elevado possível de bem-estar econômico e social.

26. Porém, como adverte Campobasso¹⁵, “[t]utto molto bello, ma con un ‘piccolo’ difetto. La concorrenza perfetta è appunto solo un modello ideale e teorico. La realtà è diversa e spesso radicalmente diversa. Nei settori strategici della produzione (materie prime fondamentali, macchinari, manufatti ad alta tecnologia), la linea di tendenza è verso un regime di mercato sempre più lontano dalla concorrenza perfetta e ciò per il concomitante operare di situazioni oggettive e soggettive che ostacolano o comprimono la libertà di iniziativa economica di ciascun soggetto. Ed invero, la non omogenea distribuzione territoriale delle risorse naturali, gli ingenti investimenti di capitali richiesti dalla moderna produzione industriale di massa, la scarsa mobilità della mano d’opera, l’impossibilità in certi settori di produrre a costi competitivi se non si raggiungono dimensioni imprenditoriali cospicue, sono tutti fattori che, per un verso,

¹³ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale*: v. 1: diritto dell’impresa. 7. ed. Torino: UTET Giuridica, 2016, p. 219.

¹⁴ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale*: v. 1: diritto dell’impresa. 7. ed. Torino: UTET Giuridica, 2016, p. 219-220.

¹⁵ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale*: v. 1: diritto dell’impresa. 7. ed. Torino: UTET Giuridica, 2016, p. 220.

limitano vistosamente la libertà di accesso al mercato di nuovi operatori e, per altro verso, spingono le imprese già operante ad accrescere le proprie dimensioni, a concentrarsi ed a collegarsi”.

27. Visto que não impera a *concorrência perfeita* é que se faz imperiosa a sua regulação. É tema que muito evoluiu no cenário ocidental, mormente depois da Segunda Guerra Mundial.

28. Não que inexistisse proteção a respeito da concorrência desleal anteriormente, porém o tratamento dado à matéria era muito incipiente.

29. Na metade do século passado, Gama Cerqueira¹⁶ enfatizou que o Brasil não possuía uma noção legal ou doutrinária do que se convencionou denominar concorrência desleal, como não se achavam também fixados os princípios gerais de sua repressão.

30. Destaca ainda que, naquele curso histórico, a doutrina não havia investigado convenientemente esse ramo do Direito, que era, até então, obra de escassa jurisprudência, autorizando o frequente recurso às fontes de direito estrangeiro.¹⁷

31. Ocorre que, no âmbito europeu, a realidade não é muito distinta. Destaca Francesco Scirè¹⁸ que: *“La concorrenza sleale – può essere affermato con sufficiente margine di tranquillità – è, tra gli istituti giuridici di moderna formazione, uno di quelli più recenti sia nel suo manifestarsi fenomenico sia, e consequentemente, nell’attuazione di una disciplina legislativa: la regolamentazione normativa, ove presente (la Francia, come è noto, utilizza ancora gli schemi dell’art. 1382 del codice napoleonico), appartiene ovunque alla storia di quest’ultimo secolo”.*

32. Nota-se, assim, que o avanço doutrinário, assim como jurisprudencial, a respeito da matéria consubstancia tema em constante debate.¹⁹

¹⁶ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 361-362.

¹⁷ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 362-364.

¹⁸ SCIRÈ, Francesco. *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1975, p. 1.

¹⁹ Sobre a evolução do tema: GHIDINI, Gustavo. Della concorrenza sleale: artt. 2598-2601. In: SCHLESINGER, Piero (Dir.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 3-36.

33. De toda forma, remanesce assente a dificuldade na precisão da noção de concorrência desleal, uma vez que é compreendida em concepções muito diferentes, assim como as suas formas e classificação.

34. Martinho Garcez Neto²⁰ explica que a tendência, a princípio, era de agrupar os fatos da concorrência desleal consoante o seu objeto: nomes, emblemas, marcas etc. No entanto, nota-se grande diversidade de critério entre os autores.

35. Assim, expõe²¹, entre outros, a visão de Allart, que sugere a seguinte classificação: 1) os fatos provocadores de confusão entre os estabelecimentos; 2) idem, entre mercadorias; 3) fatos causadores de desvio de clientela; fatos de concorrência atentatórios de contratos realizados. Também cita a posição de D'Avila Lima, segundo o qual o sistema mais comumente adotado procura condensar as formas de concorrência desleal, reduzindo-as às categorias: *a)* quando se provoca confusão ou troca entre o próprio estabelecimento ou produto e o estabelecimento ou produto de outrem, mediante a confusão, causal ou intencionada, e modernamente tão fácil, de todos aqueles meios – nomes, etiquetas, emblemas, marcas, formas e invólucros do produto – destinados a tutelar e garantir aos olhos do consumidor a identidade de uma coisa ou pessoa; *b)* quando se procura impor as próprias mercadorias e estabelecimento, atribuindo-lhes títulos de evidência legitimamente adquiridos e privativos de outro concorrente; *c)* quando ainda por outros meios se tenta desviar a clientela de outrem, mediante a apropriação de um segredo de fabrico, suborno de artífices, alarde de recompensas que não possuem, supressão do nome ou etiqueta dos competidores etc.; *d)* e, finalmente, na hipótese de violação de um contrato, por força do qual se estipulou renúncia à concorrência.

36. Gama Cerqueira²² propõe classificação que não destoa da anterior: *a)* meios tendentes a criar confusão entre *estabelecimentos* comerciais e industriais ou entre *produtos* e *artigos* postos no comércio, aos quais se equiparam os *serviços* oferecidos por uma empresa ou estabelecimento; *b)* meios tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios (denegrimento); *c)* aliciamento e suborno de empregados; *d)* divulgação ou exploração de *segredos de fábrica* e divulgação ou utilização de segredos de negócio; *e)* violação de contratos.

²⁰ GARCEZ NETO, Martinho. Concorrência desleal. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 10, [s.d.], p. 276.

²¹ GARCEZ NETO, Martinho. Concorrência desleal. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 10, [s.d.], p. 276.

²² CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 376.

37. Com arrimo em tais considerações, é possível identificar que o caso em análise se inscreve – caso houvesse caracterizado ato de concorrência desleal no evento em tela, o que não foi relatado na consulta – na hipótese acima ventilada de *violação de contrato*,²³ uma vez que decorre de negócio jurídico no qual se convencionou a não concorrência, sendo necessário examinar a validade e a eficácia de tal ajuste.

38. Mas tal visão não é imune ao debate. Se de um lado autores defendem que a violação de cláusulas contratuais dessa natureza tem o condão de importar ato de concorrência desleal,²⁴ por outro, consoante Modesto Carvalhosa, não se pode confundir a concorrência desleal com a concorrência proibida por dispositivo contratual. Nesse último caso, apenas se insere no ordenamento jurídico mecanismo adicional de proteção do empresário à clientela, mediante a proibição convencional da concorrência pura e simples, independentemente de ato culposo ou doloso do agente.²⁵

39. Não se pretende averiguar as situações que caracterizam a concorrência desleal, uma vez que não é objeto do debate travado no procedimento arbitral em curso, sendo pertinente apenas observar que a sua coibição tem como fonte a lei ou a convenção entre as partes interessadas.

40. Assim, a promoção da concorrência honesta e repressão à concorrência desleal pode se dar sob duas formas.

41. Em primeiro lugar, reprime-se a concorrência desleal sob o ponto de vista dos interesses privados²⁶ ou, como conceitua Fábio Konder Comparato, reprimem-se “atos individuais de concorrência desleal”,²⁷ por exemplo, “proibição do restabelecimento do comerciante que trespassa o seu fundo de comércio, em condições de desviar a clientela do

²³ No mesmo sentido, citando a hipótese decorrente de cláusula contratual comum quando da realização de contrato de compra e venda de estabelecimento comercial, que prevê a proibição de o vendedor restabelecer-se no mesmo ramo de atividade, consultar: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 148.

²⁴ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 148; CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 384.

²⁵ 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. 650.

²⁶ Nesse sentido, estabelece o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011:

“Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência Desleal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais*: direito empresarial: direito societário, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 919.

estabelecimento cedido”.²⁸ Tutelam-se, nessa esfera, os interesses do empresário em sua clientela e o seu fundo de comércio.

42. Há outra forma de repressão à concorrência desleal que interessa aos diferentes integrantes da ordem econômica e à coletividade. São os denominados “atos coletivos de concorrência desleal”.²⁹ Tem por finalidade a proteção às estruturas da livre concorrência, como forma de amparo ao direito coletivo. Em tal caso particular, tem-se a defesa da individualidade apenas de maneira indireta, mediata, mas não irrelevante.³⁰

43. Em outras palavras, a lei pugna pela concorrência leal, assim como podem as partes estipular avença no sentido de inibir a competição, cuja violação de uma ou de outra daria ensejo à concorrência desleal.

44. No que se refere ao Direito Comercial propriamente dito, subsistem, na acepção de Hernani Estrella,³¹ as chamadas *incompatibilidades e restrições de comerciar*, consubstanciadas nas vedações consignadas em diferentes leis, regulamentos, estatutos e até em convenções privadas, em virtude das quais certas pessoas são impedidas de comerciar.

45. Entre tais convenções privadas inscreve-se a cláusula de não concorrência ou de não-restabelecimento.

46. Explícite-se, contudo, que a afirmação de Waldemar Ferreira³² não pode ser ignorada, pois no pacto de não restabelecimento não é a concorrência desleal que se veda, mas a concorrência.

47. Além disso, vige atualmente no Brasil o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que é regulado pela Lei nº 12.529/2011, que assim dispõe no artigo 1º:

“Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica,

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência Desleal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 920.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência Desleal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 921.

³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 948.

³¹ ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973, p. 147.

³² FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial: sétimo volume: o estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 375.

orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

48. O controle concorrencial é exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (“CADE”) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, entidades que compõem o SBDC.

49. Ambas as formas de repressão, a que representa o direito difuso da coletividade e a que representa o interesse dos particulares não são realidades paralelas que jamais se encontram. Ao contrário, têm um ponto em comum e para o qual convergem, tendo o ordenamento jurídico brasileiro atribuído não só ao CADE, mas também ao Poder Judiciário, o relevante papel de decidir a respeito do *enforcement* privado das leis antitruste, tenham cunho de natureza individual ou coletivo.³³

50. E o ideal comum entre as duas esferas é a proteção última de interesses constitucionais da livre iniciativa e concorrência como princípios norteadores da ordem econômica nacional, embora nas ações privadas particulares o que se busca por meio da aplicação concreta das leis antitruste seja a identificação do ato ilícito e seu dano efetivo.³⁴

51. Justifica-se, dessa maneira, que o interesse individual seja tratado mediante parâmetros distintos dos interesses coletivos, sem prejuízo da “contribuição positiva que a ação individual possa representar para o sistema de defesa da concorrência, *‘lato sensu’*”.³⁵

1.3. O propósito primordial da limitação à concorrência de preservar a clientela

³³ NUSDEO, Fábio. O público e o privado na tutela da livre concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013, v. 2, p. 1200.

³⁴ NUSDEO, Fábio. O público e o privado na tutela da livre concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013, v. 2, p. 1204.

³⁵ NUSDEO, Fábio. O público e o privado na tutela da livre concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013, v. 2, p. 1205.

52. A limitação à livre concorrência, seja ela legal ou voluntária, que dá ensejo, quando violada, à concorrência desleal, atende a uma variada sorte de fundamentos, porém o mais relevante é a tradicional noção de *clientela*.

53. Cliente é pessoa que mantém com o estabelecimento comercial relações contínuas para a aquisição de bens ou de serviços. Clientela é o conjunto dessas pessoas.³⁶ Representa a aptidão a ter número de clientes, exprimível em probabilidade de os ter.³⁷

54. Consoante explica Tullio Ascarelli,³⁸ em uma das aulas ministradas na Faculdade de Direito de Porto Alegre em outubro de 1944, toda a concorrência é, em última análise, uma luta pela conquista da clientela e, por isso, dentro de certos limites, constitui também uma luta para a conquista da clientela alheia.

55. Nesse contexto, é importante averiguar qual concorrência é leal e qual não é, caracterizando, nesta última alternativa, transgressão da lei ou do contrato.

56. Sob a denominação genérica de *concorrência desleal*, costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de lhes causar prejuízos. Deve-se observar que esses atos são igualmente condenáveis quando praticados pelo comerciante ou industrial para conservar e defender a sua clientela, em face de outros competidores que lhe disputem por meios leais ou desleais.³⁹

57. Toda luta de concorrência econômica, no comércio e na indústria, como ocorre também em outras profissões, desenrola-se em torno da *clientela*, esforçando-se uns para formar a própria freguesia, atraindo para si a alheia, ao passo que outros porfiam em conservar e aumentar a clientela adquirida. A conquista da clientela é sempre feita à custa dos concorrentes mais fracos ou menos hábeis.⁴⁰

³⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 309.

³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 15, p. 362.

³⁸ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947, p. 191.

³⁹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 366.

⁴⁰ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 366-367.

58. Comumente designada como freguesia no passado, detém papel econômico muito relevante. Consoante escreve Waldemar Ferreira,⁴¹ em palavras ainda atuais, tem a freguesia importância considerável no mundo dos negócios. Dela vive o comerciante. É ela a alma do estabelecimento. Ela é quem compra. É ela quem paga e propaga os produtos ou artigos adquiridos. Para ela, por isso, são dirigidos todos os esforços, todo o carinho do comerciante e de seus prepostos. Passa a freguesia, destarte, a constituir o elemento primordial do estabelecimento.

59. Entretanto, a clientela não é objeto de alienação. Como averba Ascarelli:⁴² “Antes de mais nada, confesso que pelo próprio fato de manterem, os clientes, a liberdade de comprar onde quiserem, não me parece possa a clientela ser de qualquer forma objeto de direito. A liberdade de escolha por parte do consumidor é, realmente, uma liberdade básica e que deve ficar fundamental”.

60. Por isso, complementa Ascarelli:⁴³ “Na realidade, a clientela é apenas um elemento de fato: o que o direito pode fazer é tão só disciplinar os meios tendentes a atraí-la e conservá-la, afigurando-se-me absurdo cogitar de uma disciplina que sujeitasse diretamente a clientela”.

61. Conquanto se trate de matéria muito debatida a respeito da impossibilidade de a clientela ser objeto de cessão ou transmissão, não será objeto de abordagem no presente Parecer.

62. Consoante Waldirio Bulgarelli,⁴⁴ a proteção que a lei dispensa à clientela, visando conservá-la como fator que é do aviamento, não é direta, já que se trata apenas de uma situação, de um valor, só se podendo alcançá-la indiretamente, ou por meio de obrigação de quem arrendar ou de quem usufruir, de explorar efetivamente o estabelecimento sob o mesmo título, mantendo portanto a sua unidade, ou então proibindo a quem cede o estabelecimento de concorrer com o cessionário, o que poria em risco para este aquela clientela cedida junto com o estabelecimento.

⁴¹ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial: sétimo volume: o estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 233-234.

⁴² ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947, p. 206.

⁴³ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947, p. 207.

⁴⁴ BULGARELLI, Waldirio. Estabelecimento comercial. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 33, p. 382.

63. É inadmissível que a clientela seja conquistada por meio de práticas desleais. Daí que a concorrência desleal é reprimida pelo ordenamento jurídico, a fim de assegurar a aplicação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, violado quando da adoção de práticas espúrias pelo agente econômico a fim de amealhar a clientela legitimamente conquistada por seu concorrente. Como se verifica, a repressão à concorrência desleal tem como finalidade a tutela do direito do empresário à clientela.⁴⁵

64. Assim, logo que se esboçou o direito relativo ao fundo de comércio e se aprimorou a tutela da chamada propriedade industrial (bens imateriais), percebeu-se que, no final, a proteção jurídica se dirigia efetivamente para a clientela. A concorrência feita com processos desonestos, violando os preceitos da boa-fé e da lealdade que devem ser inerentes ao comércio, era sempre dirigida, direta ou indiretamente, para a conquista da clientela alheia.⁴⁶

65. É por isso que se reprime a concorrência, tanto no âmbito legal quanto no contratual, a fim de tutelar a clientela, evitando que a competição ultrapasse as raias da lealdade.

2. A disciplina jurídica da cláusula de não concorrência

2.1. Noção

66. Hipótese particular que merece atenção no que tange ao propósito primordial da limitação à concorrência diz respeito à alienação de estabelecimento comercial, o que implica restrições ao alienante, mormente a vedação à competição no mesmo mercado objeto do negócio jurídico, desde que objetivamente limitado, mormente no tempo e no espaço.

67. Cuida-se da cláusula de não concorrência, também denominada como cláusula de não-restabelecimento ou cláusula de interdição de concorrência,⁴⁷ que consubstancia um ajuste inserido em negócio jurídico de venda de estabelecimento comercial, bem como de

⁴⁵ 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. 649.

⁴⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 316.

⁴⁷ A respeito da nomenclatura, consultar: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 148; 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; CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 384). No âmbito do presente Parecer é referida por sua terminologia mais comum, a saber, cláusula de não concorrência.

alienação de ações de uma companhia, assim também, mais genericamente, de cessão de controle acionário, por meio do qual o alienante assume a obrigação de se abster de competir com o adquirente, naquele mesmo ramo específico objeto da operação, por determinado período de tempo e em delimitada região.

68. Consiste em pacto em que, pela obrigação de não concorrência contraída pelo alienante, busca-se assegurar ao adquirente a manutenção e, na medida do possível, a fidelização da clientela cativa da empresa transferida, assim como a geração de resultados econômicos favoráveis para obter o retorno do investimento realizado.

69. É tema de longa tradição no cenário jurídico pátrio, cuja evolução histórica não é aqui reproduzida por apego à síntese.⁴⁸ De toda forma, vale a menção à épica disputa judicial travada em São Paulo pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta contra o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista de Aniagem. A lide, iniciada em 1913, foi marcada pelo debate entre José Xavier Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa perante o Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade ou não de exercício de atividade em função de alienação de ações.⁴⁹

70. Inclui-se entre as ditas *convenções lícitas*, no contexto das *convenções de não concorrência*.

71. Segundo Rubens Requião,⁵⁰ na competição pela conquista da clientela muitos empresários procuram criar condições que impeçam o livre jogo da concorrência. Para isso usam de vários meios que, não configurando propriamente concorrência desleal, podem levar à destruição da concorrência, constituindo os trustes e instituindo os monopólios, ou apenas se limitam a preservar a sua própria existência. Daí ser possível estudá-las como *convenções lícitas e ilícitas*, visando à destruição ou à preservação da clientela.

72. Quando a atividade empresarial objetiva a destruição de empresas concorrentes, para dominação da clientela e dos mercados e subseqüente imposição de preços mais

⁴⁸ Sobre a evolução histórica no tema, consultar: BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 247-251; GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Cláusula de não-concorrência ou de não-restabelecimento. Evolução histórica, função econômica e análise jurídica. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 274-281.

⁴⁹ Acerca do assunto, ver: PAES, Paulo Roberto Tavares. *Da concorrência do alienante do estabelecimento comercial*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 19-33; DUVAL, Hermano. *Concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 237-246; REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 322-323.

⁵⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 320.

elevados, o Poder Público interfere para combater os excessos do domínio econômico. Arma-se, então, o Estado, de lei repressiva ao abuso do poder econômico, que nos Estados Unidos é conhecido por *Sherman Act*. São as convenções ilícitas.⁵¹

73. De outro lado, existem algumas convenções formuladas entre empresários que são admitidas pela doutrina e pela jurisprudência. Visam elas, todavia, e é verdade, não à destruição da clientela, mas, ao contrário, à sua preservação. Entre as convenções lícitas mais comuns, é possível citar a cláusula de não-restabelecimento em caso de venda de fundo de comércio.⁵²

74. Há controvérsia na doutrina e na jurisprudência quanto à subsistência da restrição de não concorrência quando não convencionada em hipóteses de alienação de estabelecimento ou de participação societária. No entanto, não se trata do objeto da consulta, motivo pelo qual não será abordado.

75. Hodiernamente, no Brasil, o tema é retratado no artigo 1.147, *caput*, do Código Civil pátrio:

“Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

76. Entretanto, no passado não havia previsão legal a esse respeito. Mesmo assim, tal pacto é utilizado com assiduidade, sendo objeto de convenção desde há muito tempo.

77. A hipótese verifica-se, com relativa frequência, nas vendas de estabelecimentos comerciais ou industriais, obrigando-se o vendedor a não se estabelecer de novo com o mesmo gênero de comércio ou indústria. É a chamada cláusula de interdição de concorrência. O comprador não visa apenas à aquisição do estabelecimento com as suas mercadorias e outros elementos materiais que o compõem, mas, principalmente, à sua freguesia, a qual, com toda a probabilidade, se manteria fiel ao antigo proprietário, se voltasse a se estabelecer com o mesmo negócio ou indústria. Como a clientela não pode ser objeto de venda ou cessão, o adquirente do estabelecimento procura garanti-la, fazendo incluir no contrato a referida cláusula, pela qual o vendedor, obrigando-se a não fazer concorrência ao comprador, renuncia, implicitamente, à clientela que formou. A mesma

⁵¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 320.

⁵² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 322.

obrigação pode ser assumida por um empregado em benefício do empregador, ou por um sócio, em favor dos sócios remanescentes.⁵³

78. Ainda que não convencionada tal restrição à concorrência, a doutrina, a despeito de posições contrárias,⁵⁴ majoritariamente a considerou como inerente ou implícita⁵⁵ à alienação do estabelecimento.

79. Segundo Waldemar Ferreira,⁵⁶ a cláusula de não se restabelecer o comprador é implícita no contrato de compra e venda. Ele somente pode estabelecer-se reservando-se, expressamente, tal faculdade. Ao vender o estabelecimento, o comerciante, independentemente de ajuste, restringe sua liberdade de comércio ou indústria, tanto quanto seja de mister para que o vendedor tranquilamente o explore.

80. No sistema vigente antes do advento do Código Civil de 2002, disserta Hernani Estrella acerca da venda do estabelecimento, prática negocial antiquíssima, mas nem por isto menos atual, expressa, na maioria dos casos, por *cedência*, *cessão* ou *trespasse*, que surgiu e fez carreira, muito antes que existisse qualquer norma legislativa específica, mesmo naqueles países da mais adiantada cultura. Impôs-se à aceitação de todos por sua indiscutida utilidade; tornou-se operação comum, por meio da qual se opera a transferência do fundo de comércio. Rege-se esse contrato, na falta de lei especial, pelas regras gerais da compra e venda. Porém, em vista da natureza do objeto que, neste caso, é o estabelecimento, apresenta singularidades que precisam ser consideradas.⁵⁷

81. Particularmente à matéria em exame, é necessário atender, antes de mais nada, ao que as partes hajam convencionado, para verificar a amplitude dos respectivos direitos e correlatas obrigações. Mas, se não foram suficientemente explícitas, se há de entender abrangidos pela venda do fundo de comércio todos os bens corpóreos e incorpóreos, nele incorporados. Disto resulta, para o transmitente, além das obrigações conaturais à compra e venda, aquele que envolve verdadeiro pacto (explícito ou implícito), restritivo do direito ao exercício do comércio.⁵⁸

⁵³ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 384-385.

⁵⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 322.

⁵⁵ Nesse sentido, entre outros: ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947, p. 204; MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v. 6, parte 2, p. 158; BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 252.

⁵⁶ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial: sétimo volume: o estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 360.

⁵⁷ ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973, p. 265.

⁵⁸ ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973, p. 266.

82. Na mesma linha de raciocínio, os autores franceses clássicos mencionam tal restrição no âmbito do contrato de compra e venda. Segundo Aubry e Rau,⁵⁹ o vendedor tem a obrigação de garantir a posse pacífica da coisa alienada, no que se inclui abrir um estabelecimento: “*L’obligation de garantir la paisible possession de la chose vendue emporte, en premier lieu, pour le vendeur et ses héritiers, celle de s’abstenir de tout acte ou réclamation qui tendrait à inquiéter l’acheteur, ou à le priver de partie des avantages sur lesquels il pouvait compter, d’après la destination de cette chose et l’état dans lequel elle se trouvait au moment de la vente. C’est ainsi que le vendeur d’un fonds de commerce ne peut, du moins à une époque rapprochée de la vente, ouvrir dans le voisinage un établissement de même nature*”.

83. É o que os doutrinadores aludiam a uma obrigação de garantia, de não ser lícito ao vendedor montar outro estabelecimento congênere, inquietando ao comprador, com desviar-lhe a freguesia, que constitui elemento do fundo de comércio vendido.⁶⁰

84. Ou seja, uma das garantias devidas pelo vendedor é fazer boa ao comprador a coisa vendida, e não o inquietar na sua posse e domínio. Consequentemente, ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe possa retirar toda ou parte da clientela. Esta turbção por parte do vendedor importaria privar o comprador, no todo ou em parte, da coisa vendida.⁶¹

85. Adicione-se que a cláusula de não concorrência, uma vez que encerra uma restrição aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, sua interpretação há de ser restritiva.⁶²

2.2. A vedação à concorrência na alienação de estabelecimento comercial e o seu desígnio de garantir a clientela e o investimento

⁵⁹ AUBRY, Charles; RAU, Charles Frédéric. *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1907, v. 5, p. 76.

⁶⁰ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*: sétimo volume: o estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 360.

⁶¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v. 6, parte 2, p. 158.

⁶² GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Cláusula de não-concorrência ou de não-restabelecimento. Evolução histórica, função econômica e análise jurídica. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 291-292; FÉRES, Marcelo Andrade. A cláusula (legal) de interdição da concorrência no trespasse do estabelecimento comercial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 101, p. 137-158, jul./dez. 2010, p. 154; CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: teoria geral da empresa*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1004.

86. Nas palavras de Carvalho de Mendonça,⁶³ adquirindo um estabelecimento comercial, que visa o comprador senão a situação próspera desta organização, que somente a freguesia mantém e valoriza? A clientela é o elemento principal do estabelecimento mercantil, elemento essencial, preponderante e único, característico, a sua alma.

87. A clientela consubstancia, portanto, elemento primordial na alienação do estabelecimento comercial, haja vista a sua força motriz na propagação e geração econômica na atividade empresarial. Ontem e hoje, sempre é o ponto central no tema.

88. Nesse sentido, afirmam Lyon Caen e Renault:⁶⁴ “*L’achalandage est l’élément essentiel pour qu’il y ait vente de fonds de commerce*”. A propósito desse tema, agregue-se, à guisa de ilustração, que os franceses utilizam os termos *achalandage* para designar o conjunto de compradores (*chalandes*) ligados ao estabelecimento em razão de considerações objetivas (vizinhança, comodidade etc.) e *clientèle* para nomear a reunião de pessoas (*clients*) atraídas pela confiança nas qualidades pessoais do titular do estabelecimento.⁶⁵

89. A alienação do estabelecimento, segundo Luiz da Cunha Gonçalves,⁶⁶ deve incorporar a *chave* (*avviamento* para os italianos) e a *clientela* (embora subsista controvérsia quanto à possibilidade de alienação da clientela, predominando a posição acerca da impossibilidade⁶⁷), isto é, a esperança de lucros futuros, fundada principalmente no renome, na tabuleta, na situação local e, sobretudo, na clientela ou freguesia. Este elemento não tem vida autônoma, porque não se pode conceber, nem existir separado do estabelecimento.

90. A clientela não é um bem imaterial, objeto autônomo de direito; é uma situação de fato, à qual se atribui um valor econômico, muitas vezes relevante, que é protegido indiretamente pela lei. Essa situação de fato decorre dos fatores do aviamento, sobre o qual

⁶³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v. 6, parte 2, p. 158-159.

⁶⁴ LYON-CAEN, Ch.; RENAULT, L. *Traité de droit commercial*. 3. ed. Paris: F. Pichon, 1899, v. 3, p. 180.

⁶⁵ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 180.

⁶⁶ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*. São Paulo: Companhia Graphico – Editora Monteiro Lobato, [s.d.], p. 137.

⁶⁷ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 241-242; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 15, p. 362-364.

também influi. O estabelecimento existe em função da clientela, que, em última análise, constitui uma condição da atividade empresarial.⁶⁸

91. Não é o conjunto de clientes em si que é objeto da transferência, nem o interesse do novo sujeito em relação à clientela pode ser protegido diretamente. A tutela jurídica do adquirente se verifica de modo indireto, por meio de prestações e de abstenções do alienante.⁶⁹

92. Oscar Barreto Filho⁷⁰ explica que a chamada “cessão de clientela”, inerente à alienação do estabelecimento comercial, em última análise, resolve-se em vários tipos de obrigações do alienante, a saber: (i) obrigações de *dare*, que se referem à transmissão dos bens que constituem fatores de clientela; (ii) obrigações de *facere*, que consistem na apresentação do novo titular aos clientes (por meio da publicidade, da cessão da insígnia e do título da casa), na autorização ao adquirente para designar-se como sucessor, na comunicação dos dados relativos à exploração (fichários, endereços de clientes, listas de fornecedores, correspondência); (iii) obrigações de *non facere*, que impõem ao alienante a interdição da concorrência em relação ao adquirente.

93. Quanto aos efeitos da alienação do estabelecimento no que tange à clientela, Luiz da Cunha Gonçalves⁷¹ sustenta que gera uma *obrigação de fazer*, isto é, de recomendar e acreditar o comprador junto dos clientes ou fregueses, e uma *obrigação de não fazer*, ou seja, de abster-se da concorrência, exercendo idêntico comércio ou atividade, dentro de dados limites de tempo e de espaço.

94. Assim, a doutrina e a jurisprudência admitem a estipulação de convenções impeditivas ou restritivas de liberdade econômica, visando preservar a clientela.⁷² Destarte, no caso do alienante do estabelecimento comercial, o que se lhe veda é a concorrência e não propriamente a concorrência desleal. O negócio do trespasse e da interdição da concorrência busca a tutela da clientela.⁷³

⁶⁸ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 182-183.

⁶⁹ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 242.

⁷⁰ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 242.

⁷¹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*. São Paulo: Companhia Graphico – Editora Monteiro Lobato, [s.d.], p. 138.

⁷² MORAES, Maria Antonieta Lynch de. O trespasse: a alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula de não restabelecimento. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: teoria geral da empresa*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085.

⁷³ PAES, Paulo Roberto Tavares. *Da concorrência do alienante do estabelecimento comercial*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 12.

95. Em suma, a alienação do estabelecimento congrega escopos específicos ao alienante, de, em primeiro lugar, empenhar-se na manutenção da clientela após a realização do negócio jurídico, empreendendo práticas comerciais em favor da consolidação da credibilidade do adquirente e, em seguida, desvincular-se do relacionamento, radicando a posição do adquirente; em segundo lugar, não concorrer, por certo período de tempo e em determinado local, com a atividade objeto da venda.

96. Ademais, sob outra perspectiva, Eros Roberto Grau e Paula Forgioni⁷⁴ sustentam que a cláusula de não concorrência contém também uma função econômica, cuja racionalidade consiste em reduzir a concorrência entre o vendedor e o comprador, de forma que este possa explorar o comércio ou a indústria adquiridos, reduzindo o risco da não obtenção de retorno satisfatório do seu investimento.

97. Em suma, traz intrínseca a capacidade de gerar negócios, que hoje não se limita à clientela, estando também relacionada ao conhecimento do setor, relacionamento com fornecedores, *expertise* sobre o negócio em geral.⁷⁵ Busca-se, enfim, assegurar a esperada capacidade lucrativa do estabelecimento (aviamento objetivo).⁷⁶

98. Portanto, representa mecanismo para potencialmente permitir a recuperação mais eficiente do investimento empreendido, oferecendo condições propícias para o adquirente conduzir os negócios, sem óbices.

99. Eis, portanto, o desígnio fundamental, o racional da não concorrência na alienação do estabelecimento comercial.

2.3. A cláusula de não concorrência como ato de autonomia privada e sua eficácia pós-contratual

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Cláusula de não-concorrência ou de não-restabelecimento. Evolução histórica, função econômica e análise jurídica. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 283-284.

⁷⁵ MIGUEL, Paula Castello. Estabelecimento empresarial no Código Civil. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

⁷⁶ 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. In: MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (Org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 333.

100. A cláusula de não concorrência consubstancia pacto celebrado no domínio da autonomia privada das partes.

101. Porém, como visto adiante, ela encontra limitações, notadamente em se tratando de disposições contratuais que têm potencial de produzir efeitos na ordem econômica, na livre concorrência e na livre iniciativa.

102. Portanto, em que pese a cláusula de não concorrência decorrer da autonomia privada e da liberdade contratual, deve obedecer aos direitos fundamentais da livre iniciativa e da livre concorrência, razão pela qual está submetida concomitantemente aos aspectos temporal, geográfico, material e remuneratório.⁷⁷

103. Nesse sentido, ainda que contratualmente pactuada, a cláusula de não concorrência deve obediência aos preceitos que o ordenamento jurídico elevou ao nível constitucional, como é caso da livre iniciativa. Portanto, qualquer estipulação contratual que represente ameaça a tais comandos supremos, não poderá ser hígida. Isso porque fogem do âmbito de liberdade negocial e interesse exclusivo das partes contratantes, afetando fundamentos maiores do Estado Democrático de Direito.

104. Independentemente do enquadramento jurídico que se dê à violação à cláusula de não concorrência, para que possa validamente produzir efeitos, referida estipulação contratual deve obedecer aos seus específicos requisitos de validade.

105. Em outra sorte de consideração, a cláusula de não concorrência deve ser interpretada na dinâmica de uma obrigação como um processo, encerrando eficácia pós-contratual.

106. Como lembra José E. Engrácia Antunes,⁷⁸ os contratos comerciais são frequentemente precedidos de uma fase pré-contratual de enorme relevo prático e negocial, porém é mister chamar a atenção para a existência e progressiva densificação da *fase pós-contratual* do domínio da contratação mercantil dos dias hoje.

⁷⁷ NERY JR., Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos: prejudicialidade externa entre processos. In: NERY JR., Nelson. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2014, v. 7, p. 6-7.

⁷⁸ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 328.

107. Nesse cenário, José E. Engrácia Antunes⁷⁹ menciona, entre os exemplos de tal assertiva, o reconhecimento de determinadas obrigações e responsabilidades pós-contratuais, cujo caso eloquente é o da chamada “obrigação de não-concorrência” nos contratos de compra e venda de empresas, que impõe genericamente sobre o alienante o dever de, durante um determinado tempo e num certo espaço geográfico, não exercer uma atividade econômica concorrente ou similar à empresa alienada suscetível de perturbar a sua fruição plena por parte do adquirente.

108. O contrato de compra e venda do estabelecimento (trespasse) não se encerra com a entrega do estabelecimento e com o pagamento do preço respectivo, pois desse contrato decorre a *pós-eficácia* de as partes terem de respeitar as decorrências naturais do trespasse, entre as quais está a de o alienante não fazer concorrência ao adquirente.⁸⁰

109. Em síntese, a cláusula (legal) de não concorrência traduz, no silêncio das partes, uma obrigação de não fazer do trespasante no momento pós-contratual, constituindo uma manifestação específica dos princípios da probidade e da boa-fé, cujo intuito é assegurar o pleno gozo do estabelecimento pelo trespasário, especialmente no que toca à clientela.⁸¹

2.4. O âmbito da cláusula de não concorrência e a aplicação do artigo 1.147 do Código Civil às alienações de controle acionário

110. No âmbito do direito empresarial, a cláusula de não concorrência não se faz presente apenas nos contratos de alienação do estabelecimento empresarial, mas também se insere em pactos celebrados entre o empregado e o empregador, assim como entre um sócio e os sócios remanescentes.⁸²

111. Mais do que isso, é igualmente empregada em operações societárias de grande porte, em que se concretiza a alienação do poder de controle de companhias.

112. Uma vez que, em sua essência, o propósito da cláusula de não concorrência na alienação do estabelecimento comercial não diverge daquele inerente à cessão do controle

⁷⁹ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 329-330.

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1057-1058.

⁸¹ FÉRES, Marcelo Andrade. A cláusula (legal) de interdição da concorrência no trespasse do estabelecimento comercial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 101, p. 137-158, jul./dez. 2010, p. 149.

⁸² CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 384; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Convenção impeditiva de novo estabelecimento. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004, v. 1, p. 688; REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 322.

acionário, de preservar a clientela, assim também de garantir o retorno do investimento efetuado no negócio jurídico celebrado, não há motivo para tratar separadamente os dois temas.

113. A adoção da cláusula de não concorrência, seja no domínio da alienação do estabelecimento comercial ou de ações de uma companhia, poderá, potencialmente, ofender a livre concorrência e a livre iniciativa, sem olvidar do livre exercício de ofício, trabalho ou profissão, que não se circunscreve ao Direito do Trabalho, consoante o caso concreto.

114. Como visto acima, é inserida entre as convenções lícitas de não concorrência. Porém, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em apontar requisitos de validade com o mesmo objetivo de proteger a livre concorrência e a livre iniciativa.

115. Nesse aspecto, o exame deve ter como ponto de partida o artigo 1.147, *caput*, do Código Civil, mesmo que discipline a alienação de estabelecimento comercial.

116. Em outras palavras, as limitações que se impõem nas cláusulas de não concorrência insertas no bojo de um contrato empresarial de alienação de estabelecimento, regulada pelo Código Civil, aplicam-se de maneira análoga à existente entre contratos firmados em contratos societários.⁸³

117. Não há diferença substancial entre os regimes jurídicos aplicáveis, porque não só a natureza da cláusula de não concorrência remanesce a mesma, como notadamente o interesse jurídico de proteção da livre concorrência e da livre iniciativa estará sempre presente, além do interesse econômico envolvido a respeito do conglomerado de ativos envolvidos em negócios dessa natureza, incluindo a expectativa da geração de proveitos por intermédio da clientela, assim como o retorno dos investimentos efetuados.

118. Na realidade, como advertem Eros Roberto Grau e Paula Forgioni,⁸⁴ ao analisarem a cláusula de não-restabelecimento, não visualizam razão para, no que tange ao aspecto da vedação da concorrência, encarar o problema como alienação do controle acionário e não

⁸³ 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. In: MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (Org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 337.

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Cláusula de não-concorrência ou de não-restabelecimento. Evolução histórica, função econômica e análise jurídica. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 274, nota 1.

como trespasse de estabelecimento comercial ou venda de fundo de comércio. Mesmo porque, quer encarado o fenômeno sob o ponto de vista da cessão do controle acionário, quer da cessão do estabelecimento comercial, alcança-se, no caso por eles analisado – que não diverge em essência do presente –, o mesmo resultado.

119. Outrossim, importante recordar a observação de Fábio Konder Comparato⁸⁵ sobre a emblemática lide que marcou o assunto no início do século passado, a qual não versava sobre alienação de estabelecimentos, mas a respeito de cessão do controle acionário de companhia:

“Faz-se mister, no entanto, ir mais além, nessa análise do interesse das partes, no negócio de cessão de controle. Qualquer que seja a noção que se tenha do aviamento, parece evidente que o aviamento real ou objetivo refere-se tanto ao estabelecimento isolado, quanto à própria empresa em sua globalidade. Nessas condições, é irrecusável a admissão, nos negócios de cessão de controle, da cláusula implícita de não-concorrência por parte do cedente. Ocorre lembrar, muito a propósito, que o mais célebre litígio forense sobre essa questão, entre nós – o que opôs, no princípio do século, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta ao Conde Sílvio Penteado e à Companhia Paulista de Aniagem –, teve origem, justamente, na concorrência feita pelo cedente do controle acionário de uma companhia industrial a esta última, com a constituição de nova empresa do mesmo ramo têxtil, na mesma cidade, logo após o negócio de cessão. Os eméritos juristas, que atuaram como advogados das partes, reduziram o caso às dimensões de uma alienação de fundo de comércio, seguindo sem dúvida na esteira da doutrina europeia da época, que desconhecia, totalmente, a problemática das cessões de controle acionário, mas dissertava com segurança sobre as cessões de estabelecimento. Na verdade, não houve simples venda de estabelecimento (a Fábrica de Juta Santana) e, sim, cessão do bloco majoritário de ações da companhia que o explorava (a Companhia Nacional de Tecidos de Juta)”.

120. Observa-se, assim, que os conceitos se imbricam, dando azo a uma similitude na disciplina concernente ao pacto de não-restabelecimento, de tal sorte que o regramento da matéria – na alienação de estabelecimento comercial e na de ações – deve ser realizado pelo artigo 1.147 do Código Civil.

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 290-291.

121. O entendimento é similar no que concerne ao artigo 2557 do Código Civil italiano – adiante citado – que consubstancia a fonte de referência para o advento do artigo 1.147 do Código Civil pátrio. Segundo Roberto Amatore,⁸⁶ uma vez que o legislador procurou disciplinar de maneira mais cônica o alcance dos efeitos contratuais naturais estipulados pelas partes, não se deve excluir a extensão analógica do citado artigo 2557 do Código Civil italiano às hipóteses de cessão de quotas de participação em sociedade de capital que seja similar à alienação de uma azienda, produzindo substancialmente a substituição de um sujeito por outro na empresa.

2.5. Os requisitos de validade da cláusula de não concorrência

122. Como já exposto, durante muito tempo se questionou sobre a validade desse pacto, que se entendia irrito e nulo, por infringente ao princípio de liberdade de trabalho. Mais tarde, porém, a doutrina foi estabelecendo as precisas distinções, de sorte a conciliar aquele princípio com a desejada proteção do adquirente, em vista de um possível desvio da clientela por parte do transmitente. A este resultado se chegou, condicionando-se a eficácia da cláusula à limitação no tempo e no espaço, de modo a que, fora destes limites, a liberdade do vendedor do estabelecimento não sofre qualquer restrição.⁸⁷

123. É indubitável que a cláusula de não concorrência deve ser revestida de certos limites, sob pena de limitar a livre iniciativa,⁸⁸ “considerando-se nula ou ineficaz a cláusula que a estabelecesse sem nenhuma restrição”,⁸⁹

124. A interdição da concorrência, destarte, não pode ser absoluta no tempo e no espaço, porque importaria violação da liberdade de profissão e de trabalho, considerando-se nula ou ineficaz a cláusula que a estabelecesse sem nenhuma restrição, salvo quando o contrato e as circunstâncias de fato oferecerem elementos seguros que permitam ao juiz, interpretando a vontade das partes, estabelecer a sua limitação.⁹⁰

⁸⁶ AMATORE, Roberto. In: DI MARZIO, Fabrizio (Dir.). *Codice Civile commentato*. Milano: Giuffrè, 2016, p. 3377.

⁸⁷ ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973, p. 151-152.

⁸⁸ Para citar dois exemplos: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 148 (“Todavia, a referida cláusula não poderá ser infinita no tempo e no espaço, sob pena de limitar a livre iniciativa”); TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: volume 3: direito de empresa. Direito das coisas (arts. 966 a 1.510). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 380. (“Sem embargo, a validade de pactuação convencional sempre esteve sujeita a limites temporais e geográficos e ao gênero de comércio”).

⁸⁹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 385. No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 818.

⁹⁰ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 385.

125. A assertiva de Waldemar Ferreira⁹¹ não deixa dúvida:

“Vão se desfazendo as dúvidas que a legitimidade do pacto de não restabelecimento provoca. Ela é legítima. Mas desde que limitada. Em primeiro lugar, quanto ao seu objeto. Não seria válido, se de excessiva generalidade. Assim, se proibisse ao vendedor o exercício do comércio ou indústria em geral, indeterminadamente. Em segundo lugar, há de confinar-se no tempo e no espaço. E quanto ao gênero de negócio”.

126. Trata-se de visão consagrada em diversos sistemas, cuja inobservância é apta a violar a garantia constitucional do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão, estabelecida no inciso XIII, artigo 5º da Constituição Federal.

127. Os requisitos de validade da cláusula de não concorrência decorrem da incidência de três princípios constitucionais, a saber, da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de profissão, o qual reconhece a relevância do exercício profissional como um aspecto fundamental do desenvolvimento da autonomia individual e busca garantir a todos – resguardadas as limitações legais – não só o exercício da profissão, como também a escolha da profissão que será base para a construção do patrimônio e a subsistência individual e familiar.⁹²

128. O ponto de partida repousa no artigo 1.147, *caput*, do Código Civil, o qual tem sua origem no direito italiano, mais precisamente no artigo 2557 do Código Civil de 1942.⁹³⁻⁹⁴

⁹¹ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial: sétimo volume: o estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 373.

⁹² KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace. A cláusula de não-concorrência, seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro e requisitos para sua validade à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, v. 14, p. 279-299, jan./jun. 2014, p. 288.

⁹³ 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. 648.

⁹⁴ “Art. 2557. Divieto di concorrenza. *Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta.*

Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento.

Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento.

Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto.

Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse, quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela”.

129. A proibição legal pátria torna desnecessária a cláusula contratual de não-restabelecimento, dispositivo contratual esse já consagrado pelos usos e costumes empresariais e reconhecido pela doutrina e jurisprudência como lícito e legítimo, desde que respeitados certos limites *materiais, temporais e territoriais*.⁹⁵

130. Entretanto, como o artigo 1.147 do Código Civil, além de proibir a concorrência na mesma área de atuação, prevê somente uma limitação de ordem temporal à concorrência, devem continuar ainda a ser respeitados os limites territoriais supracitados, como condição de eficácia desta norma legal.⁹⁶

131. O estudo da doutrina relativa ao tema permite extrair a existência de, pelo menos, as seguintes condições de validade da cláusula de não concorrência, consubstanciadas em limitações material, temporal e territorial.

132. É preciso, igualmente, que a cláusula de não concorrência tenha caráter acessório e apenas auxiliar à consecução do escopo principal do contrato, isto é, não pode ser uma restrição vazia ou constituir o próprio objeto do negócio.⁹⁷ Finalmente, há de haver legítimo interesse do beneficiário, proporcional com a liberdade econômica do vendedor, além de se exigir uma contraprestação financeira pela restrição.

133. Esclareça-se, ademais, que tais limitações devem ser *cumulativamente* identificadas a fim de atribuir validade à cláusula de não concorrência.⁹⁸

134. O CADE, ao apreciar os atos de concentração econômica, igualmente apresenta requisitos para aferição da validade de cláusula de não concorrência em operações societárias, conforme mencionado adiante.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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. 652.

⁹⁷ 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 (Org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 333.

⁹⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Convenção impediendo de novo estabelecimento. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004, v. 1, p. 689; 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. In: MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (Org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 333; NERY JR., Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos: prejudicialidade externa entre processos. In: NERY JR., Nelson. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2014, v. 7, p. 7.

135. Após a promulgação da Lei nº 8.884, de 1994, a análise da cláusula de não-restabelecimento sob o prisma dos impactos competitivos acentuou-se. A autoridade administrativa encarregada de apreciar essas questões enfrenta o problema da validade do pacto de não-restabelecimento em face da lei que disciplina a matéria, principalmente quando analisa atos de concentração nos quais a cláusula é estipulada. O exame sistemático dos casos nos quais se tem conhecimento autoriza afirmar, consoante analisam Eros Roberto Grau e Paula Forgioni,⁹⁹ que o CADE vem adotando posição cautelosa, não discrepante da doutrina e da jurisprudência.

136. Passa-se ao exame dos requisitos de validade da cláusula de não concorrência, que, como será exposto, pode-se afirmar que são: (i) limitação material; (ii) limitação temporal; (iii) limitação territorial; (iv) acessoriedade; (v) legítimo interesse do beneficiário; (vi) remuneração.

2.5.1. Limitação material: mesma atividade objeto da alienação

137. A cláusula de não concorrência deve ser específica, delimitando uma vedação clara, na mesma atividade objeto da alienação levada a efeito. Não pode obstar o alienante de exercer outro mister nem o impedir da prática empresarial.

138. A limitação material a que se refere a doutrina diz respeito à existência de uma atividade que é a mesma explorada pela parte que tenha interesse na proteção de sua clientela,¹⁰⁰ sob pena de criação de obrigação não razoável ao devedor que, ademais, seria contrária aos interesses da livre iniciativa e da livre concorrência.

139. Ou seja, não se valida um ajuste genérico, mas tão somente específico. Deve ser material, objetivo.

140. Nesse ponto é possível se valer do conceito de concorrência como um dos pressupostos para a configuração da concorrência desleal: é necessário que exista uma possibilidade de competitividade entre os fornecedores com a identidade do bem ou serviço, objetivando trazer para si o maior número de clientes.¹⁰¹

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Cláusula de não-concorrência ou de não-restabelecimento. Evolução histórica, função econômica e análise jurídica. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 282.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 139.

141. Carlos Alberto Bittar também pressupõe a identidade material para que haja o implemento da concorrência desleal, fazendo referência a “campos colidentes de interesses. Vale dizer: que os atos ou procedimentos repreensíveis sejam praticados em função de concorrente, da mesma atividade comercial e em um mesmo âmbito territorial, seja em indústria, seja em comércio, seja em atividade profissional”.¹⁰²

142. Nessa linha, “se o alienante inicia nova atividade que não importe em concorrência ao adquirente, não há razão para que se aguarde o lapso temporal”, pois é necessária a identificação de ato concorrencial a justificar a vedação.¹⁰³

2.5.2. Limitação temporal: prazo de 5 anos

143. O aspecto temporal representa requisito indissociável da cláusula de não concorrência, que não pode ser permanente nem indefinida. Pressupõe razoabilidade, atrelada ao intervalo de tempo apto para a potencial consolidação da clientela em relação ao adquirente, dando azo à recuperação do investimento empreendido.

144. O impedimento temporário de competir é intrínseco à não criação de obstáculos pelo alienante para a consolidação da clientela e a obtenção do retorno financeiro almejado pelo adquirente, contudo não se liga ao resultado em si. Ou seja, não há vinculação entre fidelização dos consumidores e retomada dos investimentos com o fato da não concorrência em si. Mesmo porque tais resultados são expectativas, projeções, não sendo factível atrelar uns ao outro sob pena de subverter o próprio espírito do pacto em exame.

145. Não é de hoje que, à luz do entendimento consolidado em outros países, considera-se o período máximo de cinco anos como razoável para tal atribuição, sendo tal marco estipulado como limite para validade do ajuste.

146. Por isso que, na falta de lei expressa no Brasil [antes do advento do artigo 1.147 do Código Civil de 2002], não se devia admitir duração do pacto por prazo superior a cinco anos, que sempre foi o geralmente aceito pela legislação e pela jurisprudência de outros países como bastante para estabilizar o aviamento do fundo, em relação a seu titular.¹⁰⁴

¹⁰² BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40.

¹⁰³ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Código Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 368.

¹⁰⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 254.

147. A propósito do tema, embora as normas previstas em projetos legislativos não sejam consideradas fontes do Direito, ao menos indicam alguma consonância com os entendimentos e movimentos jurisprudencial e doutrinário mais autorizados. E, conforme anotam Arnaldo Wald e Alberto Xavier, o anteprojeto do Código de Trabalho, de autoria de Evaristo de Moraes Filho, em 1963, previa, no artigo 581, um limite temporal máximo não superior a 4 (quatro) anos para a validade da cláusula.¹⁰⁵

148. Na mesma linha de raciocínio, também antes do Código Civil de 2002, Luiz Gastão Paes de Barros Leães¹⁰⁶ escreve que prevalece no Brasil, no que concerne à limitação temporal, o entendimento de que não se deve permitir o pacto impediendo de concorrência, na alienação do fundo de comércio, por prazo superior a cinco anos. No que, aliás, leva o direito pátrio a compartilhar o mesmo limite temporal geralmente aceito pela legislação e pela jurisprudência de outros países, como a Itália e a França.

149. Assim, o Código Civil disciplinou matéria há muito conhecida da doutrina e da jurisprudência, que já haviam marcado posição no sentido que não poderia haver entendimento de não restabelecimento infinito para o alienante, sendo certo que, com o advento do artigo 1.147 do Código Civil, no caso de omissão no contrato, deve-se entender uma proibição temporal máxima de cinco anos para o alienante promover seu restabelecimento.¹⁰⁷

150. E, segundo enfatiza Marcus Elidius Michelli de Almeida,¹⁰⁸ o prazo contido na norma é válido apenas no caso de omissão, podendo as partes dispor livremente de forma diversa, diminuindo tal lapso de tempo.

151. Com o término do curso do prazo quinquenal, presume-se que o novo titular da azienda tenha dado vida a uma própria organização, com afirmação autônoma sobre o

¹⁰⁵ WALD, Arnaldo; XAVIER, Alberto. Pacto de não concorrência - validade e seus efeitos no direito brasileiro. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.847-863.

¹⁰⁶ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Convenção impediendo de novo estabelecimento. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004, v. 1, p. 691.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. In: PRUX, Oscar Ivan; HENTZ, Luiz Antonio Soares; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 10: da sociedade: do estabelecimento e dos institutos complementares: (arts. 1.088 a 1.195)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277.

¹⁰⁸ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. In: PRUX, Oscar Ivan; HENTZ, Luiz Antonio Soares; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 10: da sociedade: do estabelecimento e dos institutos complementares: (arts. 1.088 a 1.195)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277.

mercado, que deve novamente ativar-se por meio do conhecimento dos empreendedores daquele dado setor.¹⁰⁹

152. O limite temporal também pode ser justificado como o período no qual o empresário (comprador) consolida a universalidade dos elementos (*know-how*, segredo de negócio, marca etc.) que compõem o estabelecimento para atingir a capacidade lucrativa esperada. Nesse período de cinco anos, presume-se a cessação da periculosidade da atuação do vendedor (devedor).¹¹⁰

153. O Plenário do CADE, um dos órgãos já listados acima como responsáveis por exercer o controle concorrencial, tem consolidado o entendimento, por meio da Súmula nº 5,¹¹¹ de que o prazo estabelecido pelo pacto será lícito desde que observe como limite o período máximo de cinco anos.

154. Embora a Súmula nº 5 tenha sido editada apenas no ano de 2009, percebe-se que a jurisprudência do CADE já sugeria, tempos antes, a limitação da duração da cláusula de não concorrência ao mesmo lapso temporal,¹¹² com o objetivo de assegurar às empresas compradoras “tempo suficiente para que se firmem no negócio adquirido”,¹¹³ preservando, contudo, os pilares da livre concorrência.

155. O voto do relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo na Consulta nº 08700.005847/2007-80, datado de 09 de julho de 2008, relaciona os critérios gerais adotados pelo CADE como requisitos de validade da cláusula de não concorrência, por meio de uma análise de decisões proferidas entre os anos de 1999 a 2005,¹¹⁴ que consideram aspectos variados do pacto, entre eles o critério temporal:

“Por não haver nenhuma previsão sobre esse tema na Lei nº 8.884/94, o CADE estabeleceu algumas regras gerais de admissibilidade de cláusulas de não-

¹⁰⁹ CIGNO, Ottavio Lo. *Commentario del Codice Civile*: redatto a cura di magistrati e docenti: del lavoro: artt. 2462-2642. Torino: UTET, 1978, libro 5, tomo 4, p. 144.

¹¹⁰ 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 (Org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 335.

¹¹¹ “Súmula nº 5. É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”.

¹¹² Nesse sentido, Processos Administrativos nºs 08012.008824/2007-85, 08012.009211/2008-46, 08700.004144/2006-53 e 08700.005847/2007-80.

¹¹³ Processo Administrativo nº 08012.008824/2007-85, voto do Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, de 22 de agosto de 2007.

¹¹⁴ São citados pelo Relator os Processos Administrativos nºs 08012.010301/1999-09, 08012.005984/2000-04, 08012.002921/2000-98, 08012.001739/2001-09, 08012.002439/2007-39, 08012.004771/2001 e 08012.011065/2005-76.

concorrência, por meio de decisões reiteradas do Plenário, que podem ser sintetizadas como:

- Prazo máximo de 5 anos;
- Delimitação geográfica à exata extensão do mercado relevante;
- Ser acessória, proporcional e necessária à preservação do negócio principal.

Todas essas regras atendem ao princípio geral de assegurar que a restrição à concorrência não extrapole os limites necessários para assegurar o valor da operação”.

156. As decisões posteriores ao ano de 2009 continuaram, naturalmente, a aplicar a restrição temporal sumulada de cinco anos na aferição de validade das cláusulas de não concorrência.¹¹⁵

157. Fazendo referência à citada Súmula nº 5 do CADE, Ivo Waisberg¹¹⁶ aduz que existe uma limitação temporal advinda do direito concorrencial, o qual contém uma presunção *juris tantum* de que vedações de não concorrência superiores a cinco anos são ilegais.

158. Ainda na visão do CADE, a contratação de períodos que ultrapassam cinco anos é admitida em situações excepcionalíssimas e, ainda assim, somente quando há um aumento ponderado do prazo de não concorrência.

159. Em precedente anterior à Súmula nº 5, por exemplo, foi acolhida em caráter extraordinário a cláusula de não concorrência pelo prazo de seis anos. Isso porque, considerando que o objeto da transação envolvia a aquisição de *know-how* dos vendedores na prestação dos serviços, os quais detinham conhecimento privilegiado dos negócios,¹¹⁷ seria justificável admitir-se a excepcional vinculação do devedor à cláusula de não concorrência pelo período de seis anos.

160. Justifica-se, ainda, tal excepcionalidade no contexto de operações em que “(i) os investimentos são mais vultosos, (ii) estão envolvidos planos estratégicos de longo prazo e (iii) a maturação mais lenta e a tradição de relações duradouras com fornecedores e clientes justificam a dilação da cláusula”.¹¹⁸

¹¹⁵ Ver, por exemplo, Processos Administrativos nºs 08700.005043/2012-48 e 08700.009684/2015-14.

¹¹⁶ WAISBERG, Ivo. *Trespasse*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

¹¹⁷ Processo Administrativo nº 08012.004792/2001-53, voto do Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, de 12 de junho de 2002.

¹¹⁸ Processo Administrativo nº 08012.009211/2008-46, voto do Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo de 12 de novembro de 2008.

161. Em suma, o prazo de duração da cláusula de não concorrência admitido pela lei, pela doutrina, assim como pela jurisprudência do CADE é de cinco anos, sendo reputada inválida qualquer avença que exceda tal marco.¹¹⁹ As exceções admitidas são pontuais, desde que plena e extraordinariamente justificadas no caso concreto, em que realmente se evidencie ser imprescindível a prorrogação para dar cumprimento ao propósito do negócio entabulado.

162. Outro requisito atinente ao aspecto temporal diz respeito, inclusive, à idade do devedor que, se for idoso, poderá tornar a vedação absoluta.¹²⁰

2.5.3. Limitação territorial: área de atuação da empresa alienada

163. Impõe-se também um alcance geográfico, de tal sorte que o impedimento à concorrência fique circunscrito a uma região, justamente aquela área na qual se dá o desempenho da atividade alienada. É, destarte, inválido o pacto que não contém limitação espacial.

164. Deve estar expresso na convenção contratual que a não concorrência restringe-se 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 está estabelecido; não é válida, portanto, cláusula que imponha a não concorrência fora da área geográfica que sofre influência dos estabelecimentos concorrentes.¹²¹

165. Ou seja, alienado um estabelecimento ou, mais genericamente, a empresa, por meio, por exemplo, da cessão do controle acionário, é preciso que a restrição territorial abarque precisamente a sua área de atuação, o espaço geográfico em que mantém o relacionamento com a sua clientela e consubstancie a fonte geradora de recursos para sua atividade empresarial. Não há detrimento algum ao fim almejado pela restrição se a concorrência sucede em localidade distinta, sem contato, fora de sua circunferência.

¹¹⁹ “Deste modo, não há a possibilidade de que se pactue prazo superior a cinco anos”. CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: teoria geral da empresa*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1004.

¹²⁰ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, tomo 2, parte 3, p. 385.

¹²¹ NERY JR., Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos: prejudicialidade externa entre processos. In: NERY JR., Nelson. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2014, v. 7, p. 8.

166. E mais, o âmbito geográfico da cláusula de não concorrência deve ser limitado à zona em que o cedente tinha introduzido os seus produtos ou serviços antes da cessão. Com efeito, não parece objetivamente necessário que o adquirente seja protegido da concorrência do cedente em territórios que este não ocupava anteriormente. Eis o contexto no bojo da Comunidade Europeia.¹²²

167. Destaque-se que tal orientação é seguida em reiteradas decisões do CADE, que lhe fazem referência expressa, justamente enaltecendo a delimitação dos mercados geográficos e dos produtos envolvidos.¹²³ Deve, portanto, ser limitada ao território ao qual a empresa alienante tenha introduzido os produtos objeto da transação antes da operação.¹²⁴ É o que também dispõe a Súmula nº 4 do CADE.¹²⁵

168. Em suma, a área objeto de restrição da concorrência deve ser claramente delimitada sob o aspecto geográfico, conjugada com a exigência de coincidir com a zona de atuação da empresa alienada.

2.5.4. Acessoriedade

169. A proibição de concorrência deve ser acessória (ancilar) e auxiliar a consecução (escopo) do contrato de *trespasse* traduzido, em última instância, na tutela (proteção) do aviamento (*goodwill*).¹²⁶

170. A acessoriedade significa dizer que, para que seja válida, a cláusula de não concorrência depende da existência de um acordo principal em relação ao qual figura como acessório. Neste sentido, o dever de não concorrência não tem validade por si só – dependerá, sim, de um negócio jurídico cujos efeitos posteriores à execução do contrato se pretenda resguardar (notadamente, a proteção da atividade empresarial).¹²⁷

¹²² *Controlo das operações de concentração na União Europeia*: situação em março de 1998. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. 1999, p. 142.

¹²³ Atos de Concentração nºs 08012.007362/99-17, 08012.004296/00-93, 08012.000220/01-03, 08012.002439/01-39, 08012.002666/01-64.

¹²⁴ Parecer nº 06101/2009/RJ, Ato de Concentração nº 08012.000639/2009-12.

¹²⁵ “Súmula nº 4. 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”.

¹²⁶ 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 (Org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 333.

¹²⁷ KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace. A cláusula de não-concorrência, seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro e requisitos para sua validade à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, v. 14, p. 279-299, jan./jun. 2014, p. 289.

171. Tal entendimento é igualmente encontrado em reiteradas decisões do CADE, nas quais se infere que “tal restrição restringe-se ao mercado relevante em suas dimensões de produto e temporal, bem como deve ser acessória ao ato de concentração. Restrição dessa espécie desvinculada de uma operação principal, à qual seria acessória, constituiria uma restrição pura à concorrência (*naked restraint*), sendo, em geral, caracterizada por um ilícito antitruste”.¹²⁸

172. O CADE, por sua vez, baseia-se com assiduidade no que dispõe a Comunidade Europeia sobre o tema: “As restrições ‘directamente relacionadas’ devem ser restrições acessórias à realização da operação de concentração, isto é, restrições subordinadas, em termos de importância, em relação ao objecto principal da operação. Não podem ser restrições substanciais de natureza completamente diferente das resultantes da própria concentração. Também não se pode tratar de disposições contratuais que figuram entre os elementos constitutivos da concentração, como as que criam uma unidade económica entre partes anteriormente independentes ou estabelecem o controlo comum de duas empresas sobre uma outra empresa. Enquanto parte integrante da operação de concentração, estas disposições constituem o próprio objecto da apreciação a realizar nos termos do regulamento”.

2.5.5. Legítimo interesse do beneficiário

173. Inscreve-se também como requisito de validade da avença em análise a necessidade de a parte credora da obrigação ter um legítimo interesse na proteção de sua clientela ou fundo de comércio.¹²⁹

174. A respeito do legítimo interesse do credor, deve-se perquirir se a cláusula de não concorrência é necessária ao credor, isto é, se resulta de imperativo justificável, razoável e proporcional ao credor no bojo de seu ramo de atividade empresarial ou se tem por objetivo, unicamente, causar dano ao devedor.

175. O CADE, nessa matéria, tem acompanhado o entendimento de outras jurisdições (EUA e UE) de que essas cláusulas não são restritivas da concorrência desde que sejam acessórias ao propósito principal de um negócio considerado legítimo, e que tenham sua amplitude estabelecida de maneira proporcional à proteção que se deseja para os legítimos

¹²⁸ Consulta nº 08700.005847/2007-80.

¹²⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Convenção impiedente de novo estabelecimento. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004, v. 1, p. 689.

interesses do beneficiário da restrição. A acessoriedade desses acordos de não concorrência, contudo, não lhes confere legitimidade, devendo, pois, serem analisados sob o aspecto de sua “necessidade” à consecução do objeto do acordo principal. A existência dessas cláusulas ou acordos deve ser necessária à proteção dos legítimos interesses negociais dos beneficiários, ou seja, à devida transferência dos bens tangíveis e intangíveis [clientela, *know-how*, informações de *marketing* etc. (A.C. nº 109/96 e 193/97, Relator: Cons. Renault Castro)].¹³⁰

176. A fonte de referência também é a Comissão da Comunidade Europeia:

“Estas restrições devem igualmente ser ‘necessárias à realização da operação de concentração’, o que significa que na sua falta esta operação não poderia realizar-se ou sê-lo-ia em condições mais aleatórias, a custos substancialmente mais elevados, num prazo consideravelmente maior ou com muito menos possibilidades de êxito. Esta apreciação deve ser feita de modo objectivo”.¹³¹

177. Isto é, tal pacto, segundo a jurisprudência do CADE, deve ser dotado de essencialidade em relação ao negócio principal. Significa dizer que a cláusula de não concorrência deve ser diretamente necessária para a viabilidade do negócio principal – nas análises especificamente levadas a efeito pelo CADE, este negócio consiste na concentração empresarial. Neste sentido, a cláusula pode apenas ser reputada válida quando o negócio jurídico principal possa gerar risco de esvaziamento ou prejuízo na manutenção da atividade empresarial, gerando inclusive perdas econômicas para o contratante que integrou o acordo. Assim, a cláusula deve possuir uma razão relacionada com as características do mercado relevante abrangido e seu alcance deve ser restrito a tal fundamentação. Do contrário, ela se configuraria como mero instrumento limitador da livre concorrência.¹³²

178. Ao lado do legítimo interesse do credor, a restrição não pode ser vazia de sentido ou constituir o objeto principal da obrigação pactuada entre credor e devedor, de maneira a desvirtuar todo um sistema econômico que tem como força motriz o livre mercado.

¹³⁰ Ato de Concentração nº 08012.002921/2000-98.

¹³¹ *Controlo das operações de concentração na União Europeia*: situação em março de 1998. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. 1999, p. 142.

¹³² KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace. A cláusula de não-concorrência, seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro e requisitos para sua validade à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, v. 14, p. 279-299, jan./jun. 2014, p. 291.

179. A doutrina indica que os requisitos de validade da cláusula de não concorrência devem ser sopesados à luz do princípio da proporcionalidade. Tal se deve, pois a autonomia privada é cotejada com a livre iniciativa e a livre concorrência, consagradas constitucionalmente. Na realidade, como exposto por Humberto Ávila,¹³³ a proporcionalidade consagra um postulado.

180. A proporcionalidade demanda o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

181. Consoante explica Humberto Ávila,¹³⁴ a adequação exige uma relação empírica entre meio e fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso demanda que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim; o exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados; o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

182. De qualquer sorte, incidindo a cláusula de interdição de concorrência sobre um negócio concreto, deve ela ser interpretada em atenção ao princípio da proporcionalidade, pois se encontram em conflito valores de teor constitucional. Na hipótese, a um só tempo, podem ser assinalados o direito de propriedade, a autonomia privada e a livre iniciativa.¹³⁵

183. A essencialidade, partindo de uma análise voltada para a razoabilidade e proporcionalidade da cláusula, implica a necessidade de que entre a não concorrência e a atividade empresarial protegida haja efetivo liame justificatório. É dizer: é necessária a presença de mínima justificação contratual que permita concluir que a inexistência da não

¹³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 182.

¹³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 187-196.

¹³⁵ FÉRES, Marcelo Andrade. A cláusula (legal) de interdição da concorrência no trespasse do estabelecimento comercial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 101, p. 137-158, jul./dez. 2010, p. 152. No mesmo sentido: KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace. A cláusula de não-concorrência, seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro e requisitos para sua validade à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, v. 14, p. 279-299, jan./jun. 2014, p. 294-296.

concorrência poderá acarretar menor ou nenhum proveito econômico a advir do negócio jurídico em que inserido o pacto.¹³⁶

184. Se o legítimo interesse não mais subsiste, a cláusula de não concorrência perde a sua razão de ser, tornando-se ineficaz.

185. É a análise do caso concreto que permitirá verificar se as peculiaridades do caso dão ensejo à invalidade da cláusula de não concorrência.

2.5.6. Remuneração

186. A cláusula de não concorrência também se verifica no âmbito do Direito do Trabalho, no qual se inscreve a necessidade de remuneração específica no período de sua vigência.

187. Isso porque se busca amoldar a higidez do impedimento de competir com o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, como assegura o inciso XIII, do artigo 5º da Constituição Federal.

188. A doutrina sustenta a necessidade de pactuar uma adequada compensação contratual, pois a pessoa que se obriga a não concorrer possui o direito de receber contraprestação pecuniária proporcional ao tempo em que deixará de atuar no setor de mercado estabelecido na cláusula contratual.¹³⁷

189. A Justiça Trabalhista impõe, portanto, o dever de previsão de contraprestação ou indenização pelo período de quarentena. Tal reparação deverá observar, para tanto, o mínimo equilíbrio entre a obrigação imposta ao empregado e a contrapartida que lhe é oferecida. Trata-se de avaliar se existe equilíbrio entre a contraprestação/indenização e o sacrifício à liberdade de profissão.¹³⁸

¹³⁶ KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace. A cláusula de não-concorrência, seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro e requisitos para sua validade à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, v. 14, p. 279-299, jan./jun. 2014, p. 298.

¹³⁷ WALD, Arnaldo; XAVIER Alberto. Pacto de não concorrência - validade e seus efeitos no direito brasileiro. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: direito societário*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 861; NERY JR., Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos: prejudicialidade externa entre processos. In: NERY JR., Nelson. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2014, v. 7, p. 8; NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 12, p. 205-218, out./dez. 2002, p. 211.

¹³⁸ KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace. A cláusula de não-concorrência, seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro e requisitos para sua validade à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista*

190. É importante observar que o artigo 2125 do Código Civil italiano¹³⁹ cuida da matéria, incluindo, entre outros requisitos do pacto de não concorrência, um correspectivo em favor do prestador de trabalho.

191. Tal correspectivo é posto em relação de estreita *sinallagmaticità* com a prestação omissiva do trabalhador, da qual constitui a contraprestação.¹⁴⁰

192. Destarte, “[l]a funzione del corrispettivo è di fornire una sorta di riparazione del pregiudizio, anche solo potenziale, subito da quest’ultimo a causa della restrizione alla sua libertà di lavoro”.¹⁴¹

193. É importante analisar a *ratio* do requisito em tela, notadamente o exame do caso concreto, mormente a respeito de quem figura como obrigado. Há que se diferenciar a vedação convencionalmente relativamente a pessoa jurídica, a grupo econômico de porte, assim como a pessoa natural.

194. Dependendo do evento real, o requisito pode não ser e, de fato, não é, indispensável. Porém, em outros, assume caráter de essencialidade.

195. Caso a restrição recaia em empresa de grande porte, pessoa jurídica com outros ramos de atuação e diversas fontes de investimento, de fato tal requisito parece ser despicendo.

196. Porém, o parâmetro interpretativo deve ser diferenciado quando se cuida de pessoa natural impedida pela convenção de não concorrência. Em tal situação, o livre exercício de qualquer ofício ou profissão deve ser analisado com parcimônia, assegurando-se, por tal circunstância, o requisito da contraprestação remuneratória.

Semestral de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, v. 14, p. 279-299, jan./jun. 2014, p. 293.

¹³⁹ “Art. 2125. Patto di non concorrenza. *Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell’attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto, se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo.*

La durata del vincolo non può essere superiore a cinque anni, se si tratta di dirigenti, e a tre anni negli altri casi. Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura suindicata”.

¹⁴⁰ BOSCATI, Alessandro. Patto di non concorrenza: art. 2125. In: SCHLESINGER, Piero; BUSNELLI, Francesco D. (Dir.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 185.

¹⁴¹ BOSCATI, Alessandro. Patto di non concorrenza: art. 2125. In: SCHLESINGER, Piero; BUSNELLI, Francesco D. (Dir.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 185-186.

2.6. A invalidade da cláusula de não concorrência

197. De acordo com o que se examinou, a livre iniciativa prevista no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal admite exceções no ordenamento jurídico, inclusive pela convenção das partes, porém, desde que preencham “especialíssimas condições de validade”.

198. O caso sob exame versa exatamente sobre situação em que a não concorrência foi determinada por acordo de vontades, manifestadas em contrato.

199. Por meio do Contrato, o Consulente obrigou-se a não competir com a Empresa, direta ou indiretamente enquanto estivesse na condição de administrador e/ou sócio da Empresa, “... e ainda, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da data do desligamento/encerramento de todas essas funções e condições”.

200. Assim, enquanto o Consulente estivesse enquadrado em uma das categorias acima (sócio, administrador ou acionista), ainda que fosse em apenas uma delas, deveria se sujeitar à obrigação negativa de não concorrência, nos termos do contrato.

201. Entretanto, de acordo com outra convenção firmada pelas partes, na mesma data, ajustou-se que o pagamento por tal operação se faria em dinheiro e também por meio da subscrição de ações ordinárias, nominativas e escriturais.

202. E, segundo o conteúdo de cláusula de citado pacto, as ações recebidas pelo Consulente ficariam bloqueadas para alienação (cláusula de *lock up*) por até 5 (cinco) anos, a contar de seu recebimento.

203. A apreciação da validade ou invalidade do pacto de não concorrência firmado entre as partes, no caso sob exame, depende, portanto, da compreensão não apenas de uma cláusula contratual, mas ao menos de três delas, especificamente no que tange à duração da não concorrência.

204. A primeira impõe o bloqueio de alienação (*lock up*) das ações recebidas pelo Consulente por até 5 (cinco) anos, a partir do seu recebimento. A segunda, por sua vez, prevê o pagamento parcelado do preço, sendo que a última parcela teria vencimento apenas três anos após o aperfeiçoamento do contrato; ou seja, o Consulente deveria

compulsoriamente permanecer como acionista da adquirente por ao menos 8 (oito) anos e, como tal, sob a égide da cláusula de não concorrência.

205. Além das duas cláusulas acima referidas, impõe-se também observar o teor de cláusula que institui ao Consulente a extensão da obrigação de não competir pelo prazo de 1 (um) ano após a data do desligamento/encerramento de todas as condições ou funções por ele exercidas (administrador, sócio, acionista etc.).

206. Por simples cálculo aritmético, nota-se que, à luz das cláusulas contratuais ajustadas, supramencionadas, o Consulente estaria impedido de competir, no mínimo, por 9 (nove) anos, a contar do aperfeiçoamento do contrato.

207. Os contratos, examinados em conjunto, extrapolam o limite temporal máximo de não concorrência reputado como válido, qual seja, de 5 (cinco) anos, independentemente das demais alegações das partes e de outras questões de direito e de fato controvertidas. Tal conclusão advém da combinação das cláusulas contratuais, tal como enunciadas.

208. De acordo com o que se examinou, antes do advento do artigo 1.147 do Código Civil de 2002, não havia qualquer referência legislativa a tal lapso de tempo, embora já se considerasse tal período (de 5 anos) como sendo o razoável máximo de não concorrência. Não apenas pela doutrina, mas também pela jurisprudência, nacional e alienígena.

209. As razões da restrição temporal de cinco anos para a não concorrência fundamentam-se na livre concorrência (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal), na livre iniciativa e no livre exercício do ofício ou trabalho (artigo 1º, inciso IV, também da CF), como visto, todos valores sobrelevados constitucionalmente.

210. Não por outra razão, o Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado 490, durante a V Jornada de Direito Civil, com o seguinte teor: “Art. 1.147. A ampliação do prazo de 5 anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento, ainda que convencionada no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente, se abusiva”.

211. A manutenção da higidez das cláusulas contratuais, com a ampliação do período de não concorrência para além do tempo máximo previsto em lei, atenta contra o espírito constitucional e também contra o artigo 1.147 do Código Civil.

212. O caso sob consulta reclama a adequação quanto ao lapso temporal de vigência da não concorrência, sem que se desrespeite os demais ajustes validamente pactuados.

213. Como já exposto antes, não se ignora que, em situações excepcionais, a duração do pacto de não concorrência pode ultrapassar cinco anos. Contudo, para tanto, o programa contratual como um todo deve evidenciar que a situação concreta faz jus ao aumento do prazo fixado legalmente.

214. O caráter extraordinário deve ser revelado pelo contexto negocial, em que não só a causa contratual, como também as contraprestações – a saber, o seu sinalagma – identifiquem conjuntura diferenciada a ponto de justificar a vigência do pacto de não concorrência por mais de cinco anos, em que realmente se evidencie ser imprescindível a prorrogação para cumprir o propósito do negócio subjacente.

215. Porém, não é o que se verifica no caso em exame. Inexiste indicação de elementos que fundamentem a excepcionalidade.

216. Em síntese, as cláusulas contratuais firmadas entre as partes, tal como concebidas, ferem o requisito de validade do pacto de não concorrência concernente à limitação no tempo, mais precisamente aos cinco anos previstos no artigo 1.147, *caput*, do Código Civil, pelo que deve ser considerada abusiva no que sobejar tal limite.

217. Outro requisito de validade da não concorrência diz respeito à sua limitação no espaço. Não são válidas as restrições absolutas e ilimitadas geograficamente. Sob esse aspecto, o contrato, com o fito de resguardar a adquirente de forma irrestrita, também desvirtua o caráter de citado ajuste.

218. A transgressão decorre da redação de cláusula do Contrato que proíbe o Consulente de “...atuar como administrador, financiar projetos ou empreendimentos, ou de qualquer outra forma participar de qualquer outra empresa que atue no ramo de ..., *no país ou no exterior..*”. (grifou-se).

219. O objetivo capital da cláusula de não concorrência é a proteção da clientela. Consoante relatado pelo Consulente, ele atuava em parte do Brasil (Estado “X”, com o centro de atuação na Capital), mas mesmo assim a adquirente fez constar a cláusula de não concorrência deixando de delimitar uma região; mas sim todo o território nacional e

internacional, o que evidencia, por ofensa à especificidade geográfica necessária ao ajuste, outro vício que compromete a sua validade.

220. Nota-se que a extensão da cláusula extrapola o princípio geral de que a restrição (não concorrência) tem cabimento nos estreitos limites do que for útil para assegurar o valor da operação, não se admitindo proibições genéricas, abrangentes, desproporcionais e intermináveis, conforme acentuou o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo em seu voto, referido em consulta formulada ao CADE.

221. As cláusulas referidas parecem seguir a orientação de preservação exacerbada dos interesses da adquirente, porém, de forma a exceder os limites de validade da convenção em análise.

222. Apenas a título de ilustração, é oportuno observar que cláusula do Contrato revela desproporcionalidade ao determinar a abrangência subjetiva da obrigação de não fazer (não concorrência). Conforme se infere de seu teor, a restrição aplica-se não apenas ao Consulente (parte contratante), mas também a qualquer parente seu, inclusive os colaterais de terceiro grau, sobre quem ele não poderia exercer ingerência e intromissão.

223. Em nenhum instrumento há propriamente previsão de não concorrência nem mesmo pelos 5 (cinco) anos permitidos por lei. Apenas a partir da imposição de bloqueio de alienação das ações por 5 (cinco) anos, que surge a vedação prolongada no tempo, inclusive acima do permitido em lei.

3. Ineficácia superveniente do negócio jurídico

224. É sabido que a ineficácia do negócio jurídico pode ser *originária*, quando pende, por exemplo, o implemento de uma condição suspensiva, ou *superveniente*, em função de evento posterior que gera a supressão dos efeitos até então ativos.

225. Naturalmente, como explica Antonio Junqueira de Azevedo,¹⁴² poderá ocorrer que, uma vez existindo, valendo e produzindo efeitos, o negócio venha, *depois*, por causa superveniente, a se tornar ineficaz. Haverá, então, *ineficácia superveniente*, isto é, resolução do negócio.

¹⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

226. Entre os exemplos de ineficácia superveniente do negócio jurídico, Antonio Junqueira de Azevedo¹⁴³ indica a não-realização da causa final.

227. Embora a análise da causa não represente escopo do presente Parecer, é inolvidável o leque de sentidos que recebe. Antonio Junqueira de Azevedo¹⁴⁴ resume em causa-fato jurídico (*causa efficiens*); causa-motivo (*causa impulsiva*), se o motivo é psicológico; causa-justa-causa, se o motivo é objetivo; causa da juridicidade (*civilis* ou *naturalis*); causa da atribuição patrimonial (ou da atribuição de direitos); e causa do negócio (*causa finalis* com três concepções diferentes).

228. Entre as diversas atribuições que se conferem à causa, para fins do tema em análise, entende-se que ela deve ser reconhecida como a *razão concreta do contrato*,¹⁴⁵ a fim de se saber a função prática que as partes efetivamente atribuíram ao seu acordo.

229. E pesquisar a efetiva função prática do contrato quer dizer, precisamente, procurar descobrir o interesse concretamente perseguido¹⁴⁶. Permite-se, assim, qualificar o contrato: “È inoltre alla causa concreta che occorre fare riferimento per qualificare il contratto. Il confronto con i modelli e i criteri di classificazione contrattuale richiede infatti che si accerti preliminarmente quale interesse il contratto è concretamente volto a realizzare”.¹⁴⁷

230. Tal feição admite, inclusive, a identificação da frustração do fim do negócio jurídico. Consoante Antonio Junqueira de Azevedo,¹⁴⁸ por fim do negócio jurídico deve-se entender a causa concreta do negócio jurídico. É também entendida como função concreta do negócio jurídico. A expressão “fim do negócio jurídico” designa justamente a causa (função) concreta que objetivamente resulta do negócio jurídico, individualmente considerado.¹⁴⁹

¹⁴³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: [s.n.], 1986, p. 128.

¹⁴⁵ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998, v. 3, p. 425.

¹⁴⁶ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998, v. 3, p. 425.

¹⁴⁷ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998, v. 3, p. 426.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Remissão interessada de dívida. Erro sobre o motivo determinante. Análise do negócio jurídico por suas bases subjetiva e objetiva. Frustração do fim do negócio jurídico e consequente enriquecimento sem causa. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

¹⁴⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Remissão interessada de dívida. Erro sobre o motivo determinante. Análise do negócio jurídico por suas bases subjetiva e objetiva. Frustração do fim do negócio jurídico e consequente enriquecimento sem causa. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

231. Nessa linha de raciocínio, o negócio jurídico que não atende à sua razão concreta dá ensejo à sua ineficácia superveniente por supressão da causa.

232. A título exemplificativo, assim também referiu Fábio Konder Comparato¹⁵⁰ à verificação da impossibilidade de se realizar a razão determinante do contrato, depois de celebrado, torna-o insubsistente. E conclui: “Em suma, o desaparecimento dessa causa ou pressuposto essencial do negócio torna a relação por ele criada ineficaz, privando-a de todo sentido e função econômica”.¹⁵¹

3.1. Ineficácia da cláusula de não concorrência pela perda de sua causa

233. A causa, ou razão concreta, da cláusula de não concorrência é a preservação da clientela e do investimento. Em princípio, o ajuste de tal natureza é válido porque em consonância com a lei. Além disso, não seria mesmo razoável que alguém cedesse, a título oneroso, as quotas de pessoa jurídica de sua titularidade a outra para, logo em seguida, estabelecer concorrência e expor o adquirente a riscos consideráveis de perda de clientes e, conseqüentemente, de receita. Ainda que não houvesse cláusula específica nesse sentido, eventual conduta do vendedor das quotas não se coadunaria com a boa-fé objetiva e poderia por tal razão ser combatida.

234. Conforme desenvolvido acima, a alienação do estabelecimento comercial envolve obrigações de diferentes naturezas, assumidas pelo vendedor em face do comprador. Algumas obrigações são de dar, no que se referem à transmissão de bens ligados ao próprio empreendimento vendido, outras são de fazer, como a apresentação de clientes, e ainda há as obrigações negativas, quais sejam, de não fazer, consistentes na não concorrência.

235. Especialmente quanto à obrigação de não fazer, aspecto relevante para este Parecer, cabe notar que, entre a conclusão da operação e o desligamento do Consulente da Empresa, mais de quatro anos se passaram. O fato de o vendedor continuar como acionista minoritário da adquirente, por imposição contratual, em nada altera a realidade de não interferir no destino nem no rumo da clientela, mormente depois do transcurso de quatro anos em que a nova marca do adquirente já foi implementada e, assim, consolidada.

¹⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Notas sobre a resolução de contratos. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 378.

¹⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. Notas sobre a resolução de contratos. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 380.

236. O período em que o Consulente poderia em tese tentar intervir para desviar clientela, ou proporcionar a sua evasão por qualquer outra razão, como descaso no exercício de seu mister, já transcorreu. Não há motivo juridicamente relevante para a permanência da obrigação de não fazer por manifesta ineficácia superveniente.

237. Muito tempo transcorreu apto a permitir a consolidação da clientela em benefício da compradora, com potencial de geração de inúmeros negócios, inclusive pelo Consulente, em prol do novo grupo empresarial formado com a incorporação.

238. Além disso, outro aspecto merece ser destacado.

239. Apesar das inúmeras controvérsias entre as partes, suscitadas no caso concreto, as circunstâncias reveladas pelas cláusulas indicam que o Consulente aceitou a cláusula de não concorrência, nos termos em que o fez, dentro de um programa contratual mais amplo. Um contexto em que o seu objetivo era o de se consolidar como acionista da adquirente, em face dos pagamentos previstos por meio de ações de sua emissão, e continuar exercendo o seu cargo de administrador da pessoa jurídica que era sócio, incorporada à *holding*, beneficiando-se de todas as vantagens que o ganho de escala poderia lhe proporcionar.

240. Ou seja, ele faria parte de um grupo empresarial. Estas parecem ser as condições denotadas nos contratos firmados entre as partes.

241. O propósito do Consulente, ao menos pelo que revelam as cláusulas contratuais, não era apenas o de vender a sua empresa, por meio da cessão da quase totalidade das quotas que lhe cabiam, mas sim participar de um projeto elevado, com perspectivas significativas para todos. Tal ilação decorre do exame da forma com que foi pactuado o preço do negócio, tendo em vista que boa parte do que o Consulente teria direito estaria atrelada à lucratividade e desempenho de sua atividade (*earn out*), a partir da venda.

242. E não apenas o preço indicava tal propósito, mas também a sua obrigação de ocupar o cargo de Diretor da Empresa pelo período mínimo obrigatório de 7 (sete) anos.

243. E ao que tudo indica, obviamente, esse também era o propósito da adquirente.

244. Assim, em tal cenário, a cláusula de não concorrência desempenharia papel secundário, porque, presume-se, o contrato foi firmado para vingar, para prosperar, sem a frustração de quaisquer das partes; e não para ruir, malograr, como de fato acabou

acontecendo. Logo, a não concorrência, em tal ambiente, seria, como de fato deve ser, ínsita e até óbvia. Por essa razão, poderia ser válida e eficaz a sua estipulação se tivesse observado todos os requisitos de validade, entre eles o limite temporal máximo e a limitação geográfica.

245. Entretanto, conforme evidenciam todas as alegações das partes, a sucessão de diversos fatos, que não são nem podem ser objeto de exame por este Parecer, revela, como se disse, que o desenlace contratual não teve bom êxito. E, independentemente de quem efetivamente foi o responsável pelas quebras e desacertos eventualmente ocorridos, há um fato incontroverso, desvelado pelas alegações das partes, que foi o desligamento do Consulente de suas funções como administrador (diretor) da Empresa.

246. O desligamento do Consulente é fato incontroverso. Controvertidas são as razões que culminaram com tal medida pela adquirente. Porém, do fato incontroverso, qual seja, o seu desligamento, resulta uma consequência inexorável: não mais se justifica a subsistência da cláusula de não concorrência, por ineficácia superveniente. Se o objetivo dela é proteger a clientela, a partir do momento em que o Consulente perde o contato com os clientes, por se afastar da sua atividade, não representa mais risco à adquirente.

247. A razão concreta do ajuste esvaziou-se. E o período previsto contratualmente, ao menos tendo em conta o conteúdo de cláusula do Contrato, é de apenas um ano após o desligamento. Deve-se compreender como “desligamento” da posição de administrador, pois a condição de mero acionista não enseja fundado receio, nem possibilidade, de desvio de clientela.

248. Se a causa do pacto de não concorrência é preservar a clientela e potencialmente assegurar o retorno do investimento, na medida em que o Consulente não mais tem contato com clientes, eis que afastado da administração da empresa, houve o desaparecimento da razão concreta que lhe dava ensejo.

249. Ademais, o débito do Consulente em relação à cláusula de não concorrência deve ser reputado adimplido, pois transcorrido o prazo máximo legal de cinco anos previstos na lei.

250. Por essa razão, ainda que não se considerasse a invalidade da cláusula de não concorrência pelas observações acima consignadas, ainda assim dever-se-ia reputar a sua ineficácia superveniente, em face de seu afastamento, unilateralmente determinado pela

adquirente, independentemente de haver ou não justa causa para o desligamento (fato que não cabe ser analisado aqui).

251. Tal ineficácia superveniente deve ser considerada da data do desligamento (pois não pode ser tolhido o seu direito de trabalhar e produzir) ou, ao menos, a partir de um ano do desligamento.

3.2. Ineficácia da cláusula de não concorrência pela perda de seu legítimo interesse

252. Este tópico representa a outra face da mesma moeda, que constitui o tópico anterior. De um lado, conforme se desenvolveu anteriormente, o Consulente atuava, até quando foi destituído, como sócio, administrador e verdadeiro aliado dos propósitos delineados pela adquirente.

253. Consoante exposto, se exercia o seu mister a contento ou não, se cada uma das partes cometeu ou não equívocos ou infrações na consecução de suas obrigações continuadas, nada disso modifica o que aqui se analisa. Assim, em tal contexto, com o passar dos anos, o vendedor deixou de representar qualquer risco para a compradora, especificamente com relação à preservação da clientela. Foi o que se consignou no tópico anterior.

254. De outro lado, a compradora perdeu o seu legítimo interesse na restrição à não competição. A razão que existia no momento do aperfeiçoamento do contrato (objeção à concorrência), como cláusula acessória da cessão de quotas, desvaneceu, dissolveu-se ao longo de todo o período pós-aperfeiçoamento contratual. Se não pelos mais de 5 (cinco) anos transcorridos, a contar da data da cessão, por causa do comando contido no artigo 1.147, *caput*, do Código Civil, também pela falta de necessidade de tal previsão.

255. A prorrogação indefinida da não concorrência, como impõem os contratos firmados, a partir da combinação das cláusulas já mencionadas, não se sustenta, ao menos face do ordenamento jurídico pátrio. Diz-se “prorrogação indefinida”, pois enquanto o Consulente ostentasse a condição de acionista, mesmo que não tivesse mais nenhum vínculo com a incorporada, nem com o cotidiano de quaisquer das empresas do grupo, não poderia, por imposição contratual, concorrer.

256. A abusividade da cláusula de não concorrência é ainda mais acentuada em face dos desdobramentos do caso sob exame, em que o vendedor acabou sendo destituído do cargo de administrador (diretor), não mais podendo exercer a sua profissão por ato unilateral da adquirente.

257. O que, a toda evidência, não tem amparo na razoabilidade, é a previsão de impedimento de o vendedor exercer seu ofício dentro do grupo empresarial formado (fato que era garantido contratualmente) e ao mesmo tempo tolhê-lo contratualmente de operar e trabalhar externamente. E tudo isso depois de mais de 5 (cinco) anos do aperfeiçoamento do contrato e indefinidamente enquanto ele ostentar a condição de acionista (fato que lhe é imposto por contrato por causa da cláusula de *lock up* das ações).

258. Note-se, a cláusula de não concorrência apenas faz referência a um ano de não competição, a partir do desligamento do vendedor da empresa. É no outro contrato que se fez constar o bloqueio de venda delas por cinco anos a partir do recebimento, que acaba acarretando a abusividade.

259. A cláusula, ou as cláusulas que, interpretadas conjuntamente, sugerem tal conclusão, padecem, assim, de invalidade na origem e ineficácia na consequência porque as razões existentes no momento do aperfeiçoamento do contrato desapareceram depois de 5 (cinco) anos. Não apenas porque assim impõe a lei (artigo 1.147, *caput*, do Código Civil), mas também porque as razões que fundamentam eventual previsão como essa desaparecem com o tempo. Falta ao credor interesse para a sua manutenção. Daí a ineficácia superveniente. Novamente vale a pena citar o entendimento da matéria no âmbito da Comunidade Europeia,¹⁵² que subordina a eficácia da cláusula de não concorrência: “Contudo, esta proibição de concorrência só é justificada pelo objectivo legítimo perseguido de realização da operação de concentração na medida em que a sua duração, a sua aplicação e o seu âmbito material e pessoal não excederem o que é razoavelmente necessário para esse fim”. A função do contrato de *trespasse* consiste em permitir ao adquirente explorar economicamente o estabelecimento.¹⁵³ E isso foi feito e vem sendo feito desde quando o contrato se aperfeiçoou.

¹⁵² *Controlo das operações de concentração na União Europeia*: situação em março de 1998. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. 1999, p. 142.

¹⁵³ CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas essenciais*: direito empresarial: teoria geral da empresa, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1003.

260. Conforme aduzem Eros Roberto Grau e Paula Forgioni,¹⁵⁴ a racionalidade, a causa, a motivação objetiva da adoção da cláusula de não concorrência consubstancia restringir a concorrência entre o vendedor e o comprador, de forma que este possa explorar o comércio ou a indústria adquiridos, reduzindo o risco da não obtenção de retorno satisfatório do seu investimento.

261. Todos os riscos foram dissipados ao longo desses mais de 5 (cinco) anos de execução do contrato. Nenhum poder de transgredir, nem interesse (ao menos objetivamente considerado à luz das cláusulas contratuais) poderia ter o vendedor, no sentido de frustrar o que se consolidou nesse período de operação das atividades por parte da adquirente.

262. Assim, observa-se que todos os interesses contratuais legítimos foram assegurados à adquirente, mas a contrapartida que justificava a cláusula de não concorrência deixou de subsistir. O Consulente não pode concorrer, porém todos os atributos inerentes à sua razão concreta foram cumpridos, notadamente o período de cinco anos, reputado como máximo pelo ordenamento jurídico.

263. O princípio da proporcionalidade, considerado por alguns o princípio dos princípios, não pode ser deslembado em casos como esse. Além da ilegalidade da cláusula de não concorrência, nos termos ajustados, a sua prevalência no caso examinado atentaria também contra a própria noção da proporcionalidade. Principalmente se avaliados os fatos em que o Consulente não pode mais trabalhar na Empresa, pois foi dela destituído enquanto administrador (e conseqüentemente deixou de ser remunerado para tanto), tampouco pode exercer o seu ofício fora dali.

264. Frise-se, a afirmação leva em consideração apenas os fatos incontroversos. Se houve faltas de parte a parte, elas devem ser analisadas para a apuração de eventual responsabilidade civil, mas sem privar a pessoa natural (vendedor) de trabalhar, mais de cinco anos após a venda da empresa. Sem impingir à pessoa natural a obrigação imoderada de não exercer a sua atividade profissional pela cláusula de não concorrência firmada de forma ilimitada e por período acima do permitido em lei.

265. Luiz Carlos Branco aproxima a proporcionalidade da razoabilidade, apesar de suas origens distintas (a razoabilidade nasceu de elaboração jurisprudencial anglo-saxônica,

¹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Cláusula de não-concorrência ou de não-restabelecimento. Evolução histórica, função econômica e análise jurídica. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 284.

enquanto a proporcionalidade na Alemanha e Suíça).¹⁵⁵ Segundo o autor, o princípio da proporcionalidade visa garantir que não haja o aniquilamento de um direito fundamental quando conflitar com outro, assegurando-se sempre o seu núcleo essencial (por meio da ponderação).

266. A proporcionalidade, como exposto antes, normalmente é decomposta por boa parte da doutrina, em três critérios instrumentais, também chamados de subprincípios. São eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

267. A *adequação* diz respeito à conformação daquilo que é estabelecido pela norma para a proteção de um direito fundamental com o fim colimado pela Constituição Federal. Virgílio Afonso da Silva resume a explicação da adequação com a seguinte indagação: “A medida adotada é adequada para *fomentar a realização* do objetivo perseguido?”.¹⁵⁶ Se afirmativa a resposta, considera-se atendido tal critério; do contrário, não.

268. A *necessidade*, também conhecida como “princípio da exigibilidade”, por sua vez, não está ligada à urgência como à primeira vista pode parecer indicar a expressão. Pelo critério da necessidade, examina-se, comparativamente, se determinada medida estatal é efetivamente necessária levando-se em conta outras medidas possíveis que poderiam ser adotadas para almejar um mesmo fim. Se existem outros mecanismos, distintos de determinada medida, que têm possibilidade de alcançar um mesmo fim, porém, sem agredir com a mesma intensidade direitos fundamentais, então aquela medida não é necessária.

269. Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* recomenda perquirir, após a verificação do atendimento, pela norma, de sua adequação e necessidade em relação ao objetivo a ela subjacente, se, nas palavras de Canotilho, “[...] a intervenção é *proporcional* à ‘carga coactiva’ da mesma”.¹⁵⁷ A proporcionalidade em sentido estrito é atendida se há justa medida dos meios em relação ao fim, o que se faz, também de acordo com Canotilho, “[...] mediante um juízo de ponderação [...]”.¹⁵⁸ Deve o aplicador da norma proceder a um sopesamento das vantagens e desvantagens entre os meios e o fim. A sua função seria a de

¹⁵⁵ BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2012, p. 87.

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 170.

¹⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.

¹⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.

exercer uma espécie de controle da “sintonia fina”, a indicar a justeza da solução conferida pela norma.¹⁵⁹

270. Assim, a proporcionalidade, conforme sintetiza Virgílio Afonso da Silva, funciona para controlar a aplicação dos princípios como mandamentos de otimização, incluindo-se o conflito entre direitos fundamentais, definidos no caso concreto a partir da relação entre diversas variáveis.¹⁶⁰

271. Tais elementos teóricos servem para sustentar que não há proporcionalidade entre o conteúdo da cláusula de não concorrência e a obrigação por ela criada indefinidamente e para a proteção de interesses que deixaram de existir em face de todo o tempo decorrido, desde o aperfeiçoamento do Contrato.

272. As cláusulas contratuais referentes à não concorrência não podem mais prevalecer também pelo princípio da proporcionalidade, na medida em que impõem ao devedor (Consulente) obrigação sem assegurar qualquer espécie de benefício ao credor (adquirente), em face de todas as peculiaridades e especificidades que se podem extrair apenas dos fatos incontroversos do presente caso.

3.3. Ineficácia da cláusula de não concorrência pela falta de remuneração

273. Embora a remuneração seja requisito a ser analisado *cum grano salis* no contexto do pacto de não concorrência, consoante as circunstâncias do caso concreto, no negócio jurídico objeto da consulta nota-se que o Consulente não foi remunerado pela assunção de citada obrigação de não fazer.

274. A cláusula do Contrato, que trata da remuneração pelo negócio, faz referência a “Preço de Aquisição das Quotas”. Esse é, a propósito, o título conferido à referida cláusula, que nada menciona acerca da não concorrência.

275. A análise da remuneração deve ser feita com bastante cautela e critério porque muitas vezes pode ela estar compreendida no preço do negócio, como um todo. Não é, no entanto, o que se pode concluir no presente caso. A cláusula de não concorrência era um pacto adjeto, portanto acessório, porque não seria mesmo condizente que o vendedor

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227.

¹⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 206.

(Consulente) alienasse suas quotas à adquirente, continuasse como diretor da pessoa jurídica por ela incorporada e ainda assim estabelecesse qualquer espécie de concorrência.

276. Portanto, a concorrência seria absolutamente incompatível com o que estava programado contratualmente pelas partes para acontecer a partir do Contrato.

277. Corroborava tal afirmação a cláusula, já referida, de que o Consulente ficaria contratualmente obrigado a continuar no mínimo por 7 (sete) anos na condição de diretor da Empresa, após a sua incorporação à adquirente.

278. Infere-se que a adquirente quis garantir-se, contratualmente, por uma cláusula abrangente de não concorrência, em face da incompatibilidade com a posição de diretor que o Consulente continuaria ocupando. É importante notar que, na mesma cláusula, porém outra alínea, registra o compromisso de exclusividade e não competição, consta expressamente que não apenas o Consulente estaria impedido de exercer concorrência, mas também seu cônjuge, ascendentes, descendentes e parentes até terceiro grau, o que incluiria seus tios e sobrinhos.

279. Obviamente que, apesar da abusividade da restrição, por incluir terceiros, cabe observar que esses terceiros referidos também não poderiam estabelecer qualquer espécie de concorrência e, assim como o Consulente, também não receberam qualquer contrapartida (remuneração) por tal proibição. O raciocínio que pretendesse encampar a ideia de que o Consulente teria recebido remuneração indireta pela cláusula de não concorrência, teria que, pela mesma razão, admitir que tal remuneração também incluiria a restrição feita a terceiros que nada tinham a ver com o negócio entabulado entre as partes. Conclusão essa que levaria ao absurdo.

280. Se a remuneração pela não concorrência estava presente no Contrato, então, pela mesma razão, o cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até terceiro grau também deveriam ter recebido a contraprestação pela restrição que lhes foi imposta. Fato que não ocorreu.

281. Tais observações são suficientes para demonstrar que o pacto em exame não estava remunerado no Contrato. Não havia contraprestação da adquirente para ele. Apenas justificava-se a sua presença no Contrato porque a competição seria, repita-se, incompatível com o negócio, tal como estava programado para suceder. Ou seja, com o Consulente participando ativamente, na condição de diretor/administrador, da Empresa.

282. Apesar da autossuficiência do raciocínio acima desenvolvido, para efeito de demonstração da não remuneração da cláusula de não concorrência, há outra consideração, não menos importante, que parece corroborar a conclusão que se expõe.

283. O Consulente, enquanto diretor, auferia *pro labore* mensal pelo exercício de seu ofício à frente da Empresa, após a sua incorporação. Embora não fossem valores bastante expressivos, se comparados com a totalidade do negócio, tal remuneração, ao lado de todos os demais benefícios que poderia auferir com a prosperidade do negócio, consistiam em contraprestação pelo trabalho que continuaria exercendo como diretor.

284. Cabe novamente fazer referência ao princípio da proporcionalidade, já invocado a outro propósito, pois a Constituição Federal assegura a todos a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, conforme o artigo 5º, inciso XIII, assim disposto: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

285. É importante consignar que a obrigação assumida de não concorrência foi contraída pelo Consulente, pessoa natural, e não uma empresa de porte, com receita elevada.

286. A partir do momento que o Consulente foi destituído da sua condição de diretor e administrador da Empresa, e com isso deixou de ser remunerado e de exercer o seu ofício, obviamente, independentemente de quem deu causa a tal fato, a liberdade de trabalhar deve preponderar se confrontada com a obrigação assumida de não concorrer, isso porque tal obrigação foi assumida partindo do pressuposto de que o contrato se desenrolaria tal como ajustado, ou seja, com a permanência do Consulente à frente da Empresa, ocupando cargo de diretor (conforme previa cláusula contratual).

287. Em item acima invocou-se o artigo 2557 do Código Civil italiano, inspirador do artigo 1.147 do Código Civil brasileiro, para afirmar que o limite temporal de 5 (cinco) anos se aplicaria também às hipóteses de cessão de quotas de participação em sociedade de capital que fosse similar à alienação de uma azienda, produzindo substancialmente a substituição de um sujeito por outro na empresa.

288. Mas há outra parte substancialmente importante, também no Código Civil italiano que, conforme registrado, foi a fonte da regra incorporada pelo direito pátrio, que está no já artigo 2125, com o título de “pacto de não concorrência” (“*patto di non concorrenza*”).

289. Referido artigo de lei constitui, no direito italiano, outra importante fonte da proibição de não concorrência superior a cinco anos.

290. Assim, a não concorrência, também no Brasil (por força do artigo 1.147 do Código Civil) ainda que expressamente pactuada, deve ser reduzida ao prazo máximo de 5 (cinco) anos, se ajustada por período superior.

291. O presente caso, sob esse prisma, viola a lei ao impor tal espécie de obrigação (não concorrência) ao Consultente: não houve remuneração pela cláusula de não concorrência (ela apenas estava inserida em um contexto que se justificava, mas foi alterado pelos fatos sucedidos); ele foi destituído do seu cargo, que ocuparia no mínimo por 7 (sete) anos, tendo sido interrompida sua remuneração pelo trabalho e, por fim, nota-se haver a pretensão, por parte da adquirente, com base na letra do contrato, de impedir que o vendedor exerça livremente seu ofício, fora do grupo empresarial criado, impedindo o exercício de sua profissão, a livre concorrência e a livre iniciativa.

292. Estas eram as considerações pertinentes, com relação à consulta formulada.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

Como citar: 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**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/clausula-de-nao-concorrencia/>>. Data de acesso.