

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS:

Uma análise sobre a intervenção estatal diante da aparente colisão entre os princípios da livre concorrência e da autonomia privada

André Aristides Almeida¹

<https://orcid.org/0009-0002-0364-2327>

Carlos Francisco do Nascimento²

<https://orcid.org/0000-0001-6574-4949>

RESUMO

Este artigo busca analisar e discutir a intervenção estatal diante da aparente colisão entre os princípios da autonomia privada e da livre concorrência, como decorrência direta da aplicação de uma cláusula de grande utilidade para a atividade empresarial: a cláusula de não concorrência ou cláusula de não competição. Para tanto, lançou-se mão da pesquisa bibliográfica e qualitativa. A cláusula de não concorrência é verdadeira expressão da liberdade que os empresários dispõem de estabelecer, via contrato, os termos mais favoráveis às suas atividades. Contudo, verifica-se que, a pactuação da referida cláusula por empresários, sofre injustificada intervenção do Estado, o qual com o fito de proteger a livre concorrência, acaba por interferir na autonomia privada e impedir o livre estabelecimento de termos contratuais benéficos ao empreendimento e, até mesmo, à sociedade. Nesse sentido, surge importante discussão acerca dos reais impactos que as cláusulas de não concorrência podem causar à livre concorrência e da necessidade ou não de intervenção estatal com vistas a modificar tais cláusulas. As respostas para tais problemáticas só serão alcançadas mediante análise dos fatores inerentes ao próprio funcionamento do mercado, o que, por sua vez, impedirá patentes abusos ao âmbito privado sem comprometer a livre concorrência.

Palavras-chave

Cláusula de não concorrência; Autonomia privada; Livre concorrência; Intervenção estatal; Mercado.

Submetido em: 12/11/2023 – Aprovado em: 01/12/2023 – Publicado em: 04/12/2023

¹ Autor. Bacharelado em Direito (UFRN). Rio Grande do Norte. E-mail: andre.aaristides@gmail.com

² Orientador. Graduação em Direito (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) pela Universidade Federal do Paraíba; Graduação em Geografia (Licenciado em Geografia) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: carlos.nascimento@ufrn.br



NON-COMPETITION CLAUSE IN BUSINESS CONTRACTS:

An analysis of state intervention in the face of the apparent collision between the principles of free competition and private autonomy

ABSTRACT

This article seeks to analyze and discuss state intervention in the face of the apparent collision between the principles of private autonomy and free competition, as a direct result of the application of a very useful clause for business activity: the non-compete clause or non-compete clause . To this end, bibliographic and qualitative research were used. The non-compete clause is a true expression of the freedom that entrepreneurs have to establish, via contract, the most favorable terms for their activities. However, it appears that the agreement of the aforementioned clause by business people suffers unjustified intervention from the State, which, with the aim of protecting free competition, ends up interfering with private autonomy and preventing the free establishment of contractual terms beneficial to the enterprise and even to society. In this sense, an important discussion arises about the real impacts that non-compete clauses can cause to free competition and the need or not for state intervention with a view to modifying such clauses. Answers to such problems will only be achieved through analysis of the factors inherent to the functioning of the market, which, in turn, will prevent patent abuses in the private sphere without compromising free competition.

Keywords

Non-compete clause; Private autonomy; Free; competition State intervention; Market.

1 INTRODUÇÃO

A atividade empresarial é, sem dúvidas, a grande geradora de riquezas e o motor da economia de qualquer país. Quando um empresário inicia um empreendimento, ele deve ter em mente de que se trata de atividade de grande complexidade que exige grande esforço intelectual para fins de se tomar as escolhas mais adequadas ao negócio a ser iniciado.

O empresário, sendo, tecnicamente, aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços se vê rotineiramente diante de escolhas conflitantes entre si, tendo em vista a escassez dos recursos disponíveis/fatores de produção.

Diante de tal escassez, é indispensável que o condutor de uma atividade empresarial organize da maneira mais eficiente possível os fatores de produção a sua disposição (capital, mão de obra, insumos e tecnologia). Essa organização deve, necessariamente, ser pautada com base nas forças do mercado, as quais ditam a forma como os agentes econômicos devem atuar.

Ademais, não basta que determinado indivíduo disponha de apurada capacidade intelectual para ler e interpretar as exigências do mercado. É, igualmente, indispensável que a ordem econômica da sociedade onde se exerce a atividade empresarial, tenha sólido amparo jurídico e seja fundada nos princípios da autonomia privada e livre concorrência, os quais permitirão o saudável desenvolvimento do ambiente de mercado e, conseqüentemente, a produção de riqueza.

Sendo o lucro a finalidade principal das empresas, estas se valem de inúmeras formas para alavancar a produção e os resultados. Uma das formas para se garantir proteção e aprimoramento do empreendimento é mediante a pactuação de contratos, os quais irão conferir exatidão e segurança à atividade empresarial. Tais contratos serão constituídos de cláusulas, as quais definirão regras e formas de condutas que serão essenciais para o desenvolvimento do empreendimento.

Uma das cláusulas mais importantes para os contratos empresariais é a chamada cláusula de não concorrência ou de não competição. Referida cláusula consiste em uma obrigação de não fazer e determina que certa empresa se exima de praticar atos que possam oferecer concorrência a outra parte envolvida no contrato.

Nesse sentido, o presente artigo possui como objetivo analisar a existência ou não de colisão entre os princípios da autonomia da vontade e da livre concorrência no contexto das cláusulas de não concorrência, bem como examinar a intervenção estatal diante da aplicação de tais cláusulas. Para isso, será realizada uma revisão crítica da literatura existente sobre o tema, abrangendo aspectos jurídicos, econômicos e sociais ligados a aplicação da referida cláusula como ferramenta do empresário para o exercício livre de sua profissão.

Inicialmente, serão explorados aspectos introdutórios referentes ao tema, os quais servirão de base para uma sólida compreensão da ideia defendida neste artigo. Serão examinados o conceito de empresário e a atividade empresarial, bem como os contratos empresariais até serem alcançadas as questões fulcrais deste trabalho.

Por fim, serão apresentadas as principais conclusões obtidas a partir da análise realizada, destacando os fatores que guiarão à resolução mais adequada da problemática. A compreensão do presente tema permitirá uma interpretação pertinente acerca da importância de se proteger a liberdade contratual.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho utilizou-se de uma pesquisa bibliográfica e qualitativa na doutrina e legislação pertinentes, com vistas a entender os conceitos e problemáticas resultantes da aplicação da cláusula de não concorrência nos contratos empresariais, considerando-se a relação principiológica e a intervenção estatal.

3 O EMPRESÁRIO E A ATIVIDADE EMPRESARIAL

O empresário, figura principal do mundo comercial, é definido pelo Código Civil de 2002, em seu art. 966, como aquele que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços".

Da supracitada definição se extrai que será empresário aquele que exercer sua atividade de forma habitual, constante. Além disso, importante se faz destacar que tal atividade deve necessariamente ser pautada na obtenção de lucros. Nesse sentido, a "atividade deve produzir o suficiente para, pelo menos, remunerar os fatores de produção e, dentre eles, o capital investido, de modo a assegurar, por si mesma, a sua sobrevivência" (MELLO FRANCO, 2004, p.47).

Ainda, observa-se que o empresário deve atuar de modo a organizar essa atividade, mediante a perfeita alocação dos fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia) que ele tem à disposição. Tal elemento representa, talvez, o principal desafio do empresário, o qual, na busca pelo resultado mais favorável ao empreendimento, se vê na difícil tarefa de tomar decisões que são na maioria das vezes conflitantes entre si.

A ideal organização dos fatores de produção está intimamente ligada à questão da escassez e ao que os economistas chamam de *trade off*. A escassez é o elemento central da própria realidade econômica, a qual é baseada no modo como a sociedade administra os recursos escassos, tendo em vista que os recursos disponíveis no planeta Terra jamais serão suficientes para suprir todas as necessidades da coletividade.

Dessa inegável escassez de recursos, nasce o conhecido problema econômico fundamental, constituído por cinco questionamentos indispensáveis para o exercício de uma atividade econômica minimamente responsável: 1) o que produzir; 2) como produzir; 3) quando produzir; 4) para quem produzir e 5) quanto produzir.

Desde a clássica definição de Lord Robbins (An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, 1932), o aspecto econômico da atividade individual tem sido compreendido em termos da alocação de meios escassos entre fins competidores. Considera-se que cada indivíduo se depara com um “problema econômico” — o problema de selecionar, em função de determinados meios, as vias de ação que podem assegurar a realização do maior número possível dos seus objetivos (na ordem de sua importância). Esse problema é às vezes expresso como sendo uma questão de assegurar a eficiência, ou “maximizar” a satisfação dos objetivos. (KIRZNER, 2012, p.39).

Percebe-se claramente que o empresário está diante de uma atividade altamente complexa; atividade essa que o obriga a estar em constante concorrência com seus competidores e, com o objetivo de superá-los e lucrar mais, ele deve responder a essas questões da maneira mais exata possível, entendendo, para isso, o que o mercado, em determinado momento, está exigindo.

Assim, é na busca pela solução desses problemas que o empresário será obrigado a tomar decisões conflitantes, consubstanciadas no fato de que ao tomar determinada decisão estará abrindo mão dos benefícios que receberia ao optar por outra opção disponível. À perda desses benefícios dá-se o nome de *trade-off*.

Acrescente-se a isso a incerteza que caminha lado a lado com o futuro. Essa incerteza produz, obviamente, insegurança ao empreendedor, o qual deverá atuar de modo a tomar as melhores escolhas possíveis. Assim, é devido ao desconhecido que o homem precisa tomar decisões, sendo claro que se o homem pudesse prever com extrema certeza o futuro, ele não seria um ser de vontade própria, mais sim de estímulos, como bem pontua Ludwig von Mises, em sua célebre obra "Ação Humana" (VON MISES, 2010).

Finalmente, como característica essencial da atividade empresarial está seu fim último de produzir e/ou promover a circulação de bens ou de serviços. A produção e circulação são obrigatoriamente destinadas ao mercado e não ao consumo próprio. É justamente o destino específico de "alimentar" o mercado que diferencia o exercício do empresário de outras formas de atividade econômica.

O objetivo da atividade deverá ser, para a qualificação do empresário, a *produção* ou a *circulação de bens ou de serviços*, nos termos do art. 966, caput, do NCC. Considerando tratar-se de redação idêntica à do art. 2.082 do CCIt (**Código Civil italiano**), pode-se dizer – acompanhando Ascarelli – que tal atividade deve dirigir-se *diretamente* para tais finalidades, excluída a produção para uso próprio, pois esta não está destinada ao mercado. A

destinação dos produtos da empresa para o mercado é, justamente, um dos elementos diferenciadores entre a atividade do empresário e a de outros sujeitos que também exercem uma atividade econômica (VERÇOSA, 2004, p. 124-124, grifo nosso).

Como se pode perceber, a atividade empresarial é composta por uma gama considerável de variáveis, cabendo ao empresário, mediante exercício altamente intelectual, fazer escolhas que sejam mais favoráveis à sua empresa. Um exemplo importante e que será abordado adiante são os contratos empresariais. Tais contratos serão objeto de negociações entre as partes interessadas e, como resultado, serão redigidas cláusulas e termos que sejam mais benéficos a todos os envolvidos, prevalecendo no caso desses contratos, a autonomia privada, sem qualquer interferência de terceiros.

Só a mente humana, que dirige a ação e a produção, é criativa. A mente também pertence ao universo e à natureza; é uma parte do mundo existente e dado. Chamar a mente de criativa não implica entregar-se a especulações metafísicas. Qualifica-mo-la de criativa porque só conseguimos rastrear as mudanças provocadas pela ação humana até o ponto em que nos defrontamos com a intervenção da razão dirigindo as atividades humanas. A produção não é algo físico, material e externo; é um fenômeno intelectual e espiritual. Seus requisitos essenciais não são o trabalho humano e as forças naturais e coisas externas, mas a decisão da mente de usar esses fatores como meios para alcançar fins. O que produz o produto não é o esforço e o aborrecimento em si mesmos, mas o fato de que os esforços são guiados pela razão. Só a mente humana é capaz de diminuir o desconforto.

A metafísica materialista dos marxistas interpreta esta realidade de maneira inteiramente falsa. As propaladas “forças produtivas” não são algo material. A produção é um fenômeno espiritual, intelectual e ideológico. É o método que o homem dirigido pela razão, emprega para diminuir o seu desconforto na medida do possível. O que distingue a nossa situação da dos nossos ancestrais que viveram há mil ou vinte mil anos não é algo material, mas algo espiritual. As mudanças materiais são fruto de mudanças espirituais (VON MISES, 2010, p. 179).

Diante de tamanha complexidade e importância, a atividade empresarial requer necessariamente um ambiente jurídico de proteção a princípios extremamente caros à sociedade como um todo, tais como o princípio da livre concorrência e, principalmente, da autonomia da vontade, princípio este norteador das relações civis e empresariais. Tal princípio preconiza a liberdade das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, de contratar e, principalmente, a liberdade de definir a maneira como o contrato será realizado, podendo as partes estabelecer termos e cláusulas que sejam, em seus entendimentos, vantajosos a todos.

O sistema de livre mercado, que os burocratas e políticos culpam energicamente por quase tudo, nada mais é do que indivíduos negociando uns com os outros em um mercado livre de interferência política. Por causa

dos tremendos benefícios do comércio sob a divisão do trabalho, sempre haverá mercados. Um mercado é uma rede de trocas econômicas voluntárias; inclui todas as trocas voluntárias que não envolvam o uso de coerção contra ninguém. (Se A contrata B para assassinar C, este não é um fenômeno de mercado, pois envolve o uso de força iniciada contra C. Como a força destrói valores e interrompe o comércio, o mercado só pode existir em um ambiente de paz e liberdade; na medida em que a força existe, o mercado é destruído. A força iniciada, sendo prejudicial ao mercado, não pode fazer parte do mercado.) (TENNEHILL, 2022, p.55).

Essa liberdade impõe às forças estatais a obrigação de permanecerem em constante inércia frente às ações dos empresários no que se refere às suas escolhas e tomadas de decisões, como é o caso dos pactos firmados entre eles, mediante contratos, que só serão perfeitos se houver o elemento volitivo presente, ou seja, se seus termos e cláusulas tiverem sido editados mediante a livre negociação das partes, sem qualquer interferência do Estado.

4 OS CONTRATOS EMPRESARIAIS

O homem é um ser sociável, ou seja, ele vive e age em uma sociedade e mediante a cooperação mútua busca atingir objetivos específicos, sejam eles profissionais, familiares ou econômicos. Há no homem a necessidade de buscar conforto e aprimoramento, o que muitas vezes, ou talvez, sempre, só serão alcançados mediante a ajuda daqueles que compartilham interesses comuns. Nesse sentido:

As ações que deram origem à cooperação social, e que diariamente se renovam, visavam apenas à cooperação e à ajuda mútua, a fim de atingir objetivos específicos e individuais. Esse complexo de relações mútuas criadas por tais ações concertadas é o que se denomina sociedade. Substitui, pela colaboração, uma existência isolada – ainda que apenas imaginável – de indivíduos. Sociedade é divisão de trabalho e combinação de esforços. Por ser um animal que age, o homem torna-se um animal social (VON MISES, 2010, p. 183).

Os contratos são verdadeira expressão da cooperação humana, que mediante a combinação de esforços dá-se início a uma relação entre duas ou mais partes com o fito de se atingir objetivos específicos e individuais. Contudo, deve-se destacar que em toda negociação e negócios firmados existirão riscos, os quais, caso não sejam mitigados, afetarão sensivelmente as partes, pondo em perigo todo um empreendimento.

É com vistas a diminuir os riscos inerentes a toda negociação que surgem os acordos e contratos, por meio dos quais serão estabelecidas regras de condutas e previsões das mais variadas possíveis, como por exemplo resguardar os envolvidos de possíveis danos e prejuízos.

Dessa forma, os contratos irão conferir exatidão, precisão e segurança à atividade empresarial, reduzindo os riscos inerentes a todo empreendimento.

Nas palavras de Maria Helena Diniz,

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (DINIZ, 2008, p. 30).

Verdade seja dita, uma atividade empresarial só poderá ser bem estruturada mediante a celebração de acordos e contratos, os quais permitirão que o empresário proceda à organização de fatores tais como, destinação de capital, aquisição de bens, contratação de empregados, dentre outros. Assim, "a atuação empresarial só é possível mediante a celebração de um amplo conjunto de contratos, que permitem desde a constituição e estruturação do negócio até a oferta do produto ou serviço ao cliente final" (GAGGINI, 2023, p. 13).

É preciso adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados etc.; tudo exige que se estabeleça relações com terceiros. Essa ação recíproca [empresa – outros agentes] interessa o Direito na medida em que dá à luz contratos e, conseqüentemente, relações jurídicas (FORGIONI, 2023, p.23).

Nesse sentido, o empresário, no exercício de sua atividade, estará constantemente celebrando contratos, dos mais simples, realizados de modo mais célere, tanto nas negociações quanto na conclusão, aos mais complexos, que exigem maiores cuidados em suas negociações e conseqüente conclusão. Dessa forma:

A plena viabilidade do negócio demanda, inclusive, a celebração de contratos submetidos a diversos regimes jurídicos. Por certo, a grande maioria dos contratos celebrados no contexto das atividades empresariais integram o regime jurídico do direito privado, cujas regras estão previstas no Código Civil e leis especiais. É através desses contratos que os empreendedores conseguirão atender às mais diversas necessidades de suas atividades, tal como constituir uma sociedade empresária, adquirir ou alugar um imóvel para sediar o estabelecimento, licenciar uma marca, integrar uma rede, estabelecer um acordo de fornecimento de mercadorias, viabilizar a venda de seus produtos, entre tantas outras necessidades.

Mas, para possibilitar a atividade, também é importante se valer de colaboradores, que podem ser dependentes ou independentes. Quando tais colaboradores são parceiros comerciais não subordinados (independentes), a contratação se dará no regime do direito privado. É o caso de prestadores de serviço autônomo em geral, e parceiros como fornecedores, representantes, distribuidores, franqueados etc. Entretanto, quando se tratam de colaboradores dependentes, pessoas físicas contratadas para prestar serviço, mediante salário, havendo subordinação, pessoalidade e habitualidade, tal

contrato passa a ser regido pelo regime jurídico do direito do trabalho, dado que as partes corresponderão a empregador e empregado, hipótese em que o contrato de trabalho é disciplinado pela CLT e demais disposições aplicáveis à matéria.

Ainda, quando o empresário celebra contratos com a administração pública, tal acordo será regido pelo regime jurídico do direito administrativo. (GAGGINI, 2023, p. 13-14).

Assim, percebe-se que a atividade empresarial será profundamente construída e guiada pelas disposições constantes dos contratos estabelecidos pelos empresários. Os inúmeros contratos que fazem parte do mundo comercial podem ser de 3 gêneros:

Comuns (ou também chamados genéricos) são aqueles passíveis de utilização por quaisquer pessoas, empresárias ou não, tais como a compra e venda, a locação, o mandato, entre outros. **Puramente empresariais** são aqueles que impõem, como característica, a presença de ao menos um empresário. Nesse caso temos, por exemplo, os contratos bancários, seguro, leasing, entre outros, em que ao menos uma parte será obrigatoriamente um empresário (no caso, respectivamente, os bancos, as seguradoras e as sociedades de arrendamento mercantil). E, ainda, temos também os **interempresariais**, em que todas as partes são necessariamente empresários (tal como se vê, entre outros, na franquia, na representação comercial e na concessão comercial) (GAGGINI, 2023, p. 15).

É possível, ainda, que haja a celebração de contratos chamados "atípicos", uma vez que não se encontram previstos no ordenamento jurídico nacional. A existência de tais contratos é fundamentada no fato de que a realidade comercial está em constante mudança e renovação, o que impele os atores desta realidade a se valer de contratos que, apesar de não serem tipificados, permitem a resolução de demandas inéditas de maneira satisfatória à sociedade e ao empreendimento.

E dado que os contratos previstos em lei não são suficientes a atender a todas as necessidades práticas, visto que o universo negocial está a todo o tempo se reinventando, com base na criatividade e necessidade dos empresários, a legislação contratual permite também a livre criação de novos tipos contratuais, não regulamentados em lei. São os chamados contratos atípicos ou inominados, de que se valem os empresários para suprir as necessidades decorrentes das demandas negociais. (GAGGINI, 2023, p. 15).

Diante do que foi acima exposto, pode-se definir os contratos empresariais como aqueles pertencentes ao regime jurídico do direito privado e firmados por empresários com o propósito de garantir o perfeito funcionamento de suas empresas. Portanto, eles são caracterizados pelo fato de (i) estarem sujeitos às leis do direito privado, como o Código Civil

e leis específicas, (ii) envolverem pelo menos um empresário como parte, e (iii) serem utilizados por eles como um meio para facilitar a realização de suas atividades econômicas, seja na produção ou na distribuição de bens e serviços (GAGGINI, 2023, p. 16-17).

O presente trabalho tem como foco os chamados contratos interempresariais, ou seja, aqueles formados somente por empresários, não assumindo, por isso, vulnerabilidade por uma das partes e havendo como objetivo principal da pactuação de contratos a busca pelo lucro. Por tais motivos, esses tipos de contratos devem sempre ser analisados considerando a realidade do mercado em determinada área.

[i] considera-se como objeto do direito comercial apenas os contratos celebrados entre empresas [ou contratos interempresariais, i.e., aqueles em que os partícipes têm sua atuação plasmada pela procura do lucro]; e

[ii] coloca em relevo a necessidade do esboço de teoria geral que leve em consideração as peculiaridades dos contratos interempresariais *no contexto do mercado* [i.e, que visualize a empresa na teia contratual em que se insere e que ajuda a construir] (FORGIONI, 2023, p.28).

Os contratos entre empresários possuem uma função muito clara: servir como instrumento para fins de circulação de bens e de serviços, possibilitando à atividade empresarial a busca pela lucratividade. Assim, "nos contratos firmados entre empresários, no exercício da atividade, ambos os pólos da relação têm por escopo o lucro. A empresa é voltada para a perseguição de vantagem econômica" (CARDILLO, 2012).

É na busca pela obtenção de lucro que as empresas irão estabelecer termos e cláusulas que, nos seus pareceres, serão de extrema vantagem para a atividade a ser exercida. Nesse contexto de elevação das riquezas, as cláusulas de não concorrência, também chamadas de cláusulas de não competição, mostram-se como importantes ferramentas para a atividade empresarial, impedindo possíveis atos de concorrência desleal entre empresas e protegendo a clientela que será decisiva para o sucesso do empreendimento.

5 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA (CNC)

A cláusula de não concorrência surge como uma das mais importantes para os contratos empresariais, bem como para o ordenamento jurídico brasileiro, o qual positivou a referida cláusula no Código Civil de 2002, em seu art.1.147, que prevê que "não havendo autorização expressa, o alienante de estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência".

A referida cláusula possui história de relevante impacto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que as discussões iniciais acerca do tema envolveram o icônico

litígio entre a Companhia de Tecidos de Juta e o Conde Álvares Penteado, juntamente com a sua Companhia Paulista de Aniagem.

Esse conflito foi responsável por uma das mais lembradas discussões jurídicas do Brasil, travada entre Carvalho Mendonça (atuando em prol dos interesses da Companhia de Tecidos de Juta) e Rui Barbosa (defendendo os interesses do Conde Álvares Penteado e da Companhia de Aniagem).

A questão fulcral desta lide era se a cessão de clientela seria inerente ao próprio contrato de trespasse (contrato de alienação de estabelecimento empresarial):

Isso porque o Conde Álvares Penteado, acionista majoritário da Companhia de Tecidos de Juta, bem como seus parentes, acionistas minoritários, alienaram sua participação societária a terceiros, os quais passaram a explorar aquele empreendimento. Efetivada a transação, entretanto, o Conde constituiu nova sociedade empresária, a Companhia Paulista de Aniagem, com atuação no mesmo ramo de atividade de sua antiga companhia, ou seja, passou o Conde a fazer concorrência aos terceiros que adquiriram seu antigo estabelecimento empresarial (CRUZ, 2023, p. 160).

Sentindo-se sensivelmente prejudicada devido à concorrência oferecida pela recém-instalada Companhia Paulista de Aniagem, a Companhia de Tecidos de Juta ajuizou ação buscando a devolução dos valores pagos a título de aviamento pelo estabelecimento alienado pelo Conde. (CRUZ, 2023)

O STF, ao julgar o caso, se posicionou no sentido de que a cláusula de não concorrência não era inerente ao contrato de cessão de estabelecimento empresarial:

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

Não obstante o STF, ao julgar o icônico caso, ter se posicionado contra a presunção da cláusula quando não expressa em contrato, a mesma Corte Suprema, com o passar das décadas, consolidou o entendimento de que "mesmo na ausência de cláusula contratual expressa, o alienante tem a obrigação contratual implícita de não fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento empresarial" (CRUZ, 2023, p. 160).

Assim, atualmente, nosso ordenamento jurídico impõe a quem vende um estabelecimento empresarial, uma obrigação contratual implícita de não constituir nova empresa para fins de concorrer com o adquirente por um determinado prazo – 5 anos –, a fim de evitar o desvio de clientela em detrimento do empresário-adquirente, salvo disposição expressa em contrário.

Essa obrigação implícita imposta ao alienante é uma decorrência lógica da aplicação do **princípio da boa-fé objetiva** às relações contratuais e encontra

respaldo em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Com efeito, o adquirente do estabelecimento empresarial tem em vista a clientela do alienante, razão pela qual o restabelecimento deste, na medida em que pode, claramente, desviar essa clientela, que tende a segui-lo, configura ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, no âmbito da qual se inclui a legítima expectativa do adquirente de “herdar” a clientela atrelada ao estabelecimento empresarial por ele adquirido (CRUZ, 2023, p. 160).

A cláusula de não competição é, portanto, uma obrigação de não fazer, ou seja, uma conduta omissiva, mediante a qual determinada pessoa se exime de praticar qualquer ato que gere desvio de clientela em prejuízo da parte com quem foi firmado o acordo.

Tal cláusula, em suas mais variadas formas, possui grande importância nos contratos de longa duração e nos processos de fusão empresarial e permite que as empresas façam projeções e cálculos mais ajustados para fins de alocação dos fatores de produção e aproveitamento da demanda disponível, trazendo, com isso, mais riqueza ao empreendimento. "As CNCs nada mais são do que uma necessidade de economizar recursos no curto prazo, para que se acumule o capital necessário para viabilizar investimentos em negócios concorrenciais" (KOGOS, 2020).

As cláusulas de não concorrência são de grande valia para a atividade empreendedorial, bem como para a sociedade em geral, haja vista que a sua utilização permite lucros no setor, os quais, por sua vez, transmitem sinais corretos à economia no que se refere à lucratividade potencial desse setor (KOGOS, 2020).

Estes lucros, quando poupados, aliados às informações de mercado, permitem "novos investimentos quanto à estrutura de custos e perspectiva de retorno, uma vez que diminui os juros para capital de giro. Sem isso, seria impossível o processo competitivo, processo esse que garante a tão desejada redução de preços. Por fim, a CNC indica que um determinado setor está saturado e que bens substitutos seriam muito bem-vindos. A liberdade da CNC incentiva a inovação neste sentido" (KOGOS, 2020).

Diante de tais benefícios, parece-nos que sacrificar a autonomia privada em nome de um "bem comum", muitas vezes pouco definido, não representa uma alternativa, de fato, vantajosa para a própria coletividade, a qual, sem sombra dúvidas, se beneficia e colhe os frutos de um mercado, cujos agentes têm ampla liberdade para pactuarem acordos entre si. "Não há mão invisível, o resultado do mercado depende, necessariamente, do arbítrio e perícia de cada agente individualmente." (KOGOS, 2020).

6 PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio é uma “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência” (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 54).

Os princípios são normas jurídicas que podem ser expressas em dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais (princípios expressos) ou até mesmo implícitas no ordenamento jurídico (princípios implícitos). Por exemplo, o princípio da livre concorrência está expresso no inciso IV do art. 170 da CF, enquanto o da autonomia patrimonial das sociedades empresárias decorre da classificação destas como pessoas jurídicas, no art. 44, II, do CC, sendo, por isso, um princípio implícito. (COELHO, 2023)

Em havendo conflito entre princípios, aplicar-se-á aquele mais compatível ao caso concreto. Assim, o maior ou menor peso do princípio é que determina sua aplicação para resolução dos conflitos. Caso haja conflito entre dois princípios, diz-se que há uma colisão entre eles, o que é diferente de antinomia, termo este aplicado ao embate de duas regras antagônicas entre si.

O direito empresarial, conceituado, atualmente, como o complexo de normas que regula a atividade econômica organizada para fins de produção ou circulação de bens ou serviços, nasceu na Idade Média sob forte influência dos usos e costumes mercantis da época. Inicialmente intitulado de *jus mercatorum*, tal ramo do direito foi, originalmente, criado pela classe mercantil e para a classe mercantil.

Sendo um campo autônomo do direito, o Direito Empresarial possui princípios e institutos próprios. Um desses princípios é conhecido como princípio da livre concorrência, o qual está expressamente previsto na Constituição Federal, em seu art. 170, IV. A livre concorrência apresenta-se como princípio geral da atividade econômica e, por isso, deve guiar as relações empresariais e a atuação do poder estatal, principalmente no que se refere ao papel das autoridades competentes para garantir um ambiente econômico saudável.

Diante de tamanha importância, há no nosso Sistema Jurídico instrumentos que viabilizam a proteção da livre concorrência. Esses instrumentos visam proibir práticas empresariais consideradas incompatíveis com o ordenamento jurídico pátrio. São exemplos de tais práticas a concorrência desleal (prevista na Lei 9.279/96) e a infração à ordem econômica (constante da Lei 12.529/11).

Outro princípio norteador das relações civis e empresariais é o princípio da autonomia da vontade. Tal princípio preconiza a liberdade das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, de contratar e, principalmente, a liberdade de definir a maneira como o contrato será realizado, podendo as partes estabelecer termos e cláusulas que sejam, em seus entendimentos, vantajosos a todos os partícipes.

Desse modo, de acordo com o princípio da autonomia privada ou autonomia da vontade, as pessoas dispõem de significativa liberdade para concretizar uma relação contratual. Essa liberdade abrange tanto a liberdade de contratar como a liberdade contratual.

Por liberdade de contratar se entende a faculdade que as pessoas possuem de realizar ou não um determinado contrato, ou seja, toda pessoa é livre para assumir obrigações por meio de contratos voluntários, e nenhuma pessoa assumirá obrigação contratual contra a sua vontade. Por outro lado, a

liberdade contratual assegura a todos a possibilidade de estabelecer livremente o conteúdo do contrato, permitindo inclusive a celebração de contratos atípicos, isto é, acordos não previstos nem regulamentados expressamente na legislação (SANTA CRUZ, 2012).

A autonomia das partes é, portanto, princípio indispensável para a garantia de uma sociedade realmente livre, em que a vontade do indivíduo não é suprimida em nome da coletividade. É mediante essa liberdade que as partes poderão "(i) decidir se vão contratar ou não, (ii) escolher com quem vão manter relações contratuais, (iii) delimitar o que vai ser objeto da relação contratual, (iv) fixar o conteúdo dessa relação contratual etc." (SANTA CRUZ, 2012)

Sempre associado às relações contratuais, surge, ainda, o princípio do *pacta sunt servanda*, que em tradução literal significa "os pactos devem ser cumpridos". Ou seja, há nos contratos uma espécie de obrigatoriedade que impele os envolvidos a cumprirem aquilo que foi pactuado entre eles. Dessa forma, "no contexto do princípio do *pacta sunt servanda*, reconhece-se que a regra criada pelas partes cria uma espécie de "lei sob medida", elaborada e desejada pelas partes para que em relação a elas produza efeitos" (GAGGINI, 2023, p. 27).

Outro princípio relevante para o direito empresarial/contratual é o princípio da excepcionalidade da revisão contratual. Como o próprio nome deixa claro, esse princípio preconiza a ideia de que os contratos só serão alterados de forma excepcional, quando verificado ilegalidade e/ou abusos nos termos do contrato. Assim, deve a vontade das partes, em regra, prevalecer e o acordado deve ser cumprido, nos moldes do princípio do *pacta sunt servanda*.

E esse reconhecimento estatal é fundamental ao funcionamento dos contratos em uma sociedade democrática, eis que, ainda que as partes inicialmente concordem quanto ao conteúdo contratual, sempre existe a possibilidade de surgimento superveniente de conflitos. E, caso ocorram tais conflitos, é o Poder Judiciário, em regra, quem irá impor o cumprimento e a higidez do contrato, ou avaliar a legalidade do acordado, a efetiva vinculação das partes aos termos estipulados, as consequências de quebras contratuais, a interpretação de dúvidas e o suprimento de lacunas contratuais. (GAGGINI, 2023, p. 27).

Por fim, destaca-se, ainda, que a excepcionalidade da revisão contratual está associada fortemente ao princípio da intervenção mínima, que igualmente autoexplicativo como aquele princípio, prevê que o Estado só poderá interferir e, conseqüentemente, modificar os contratos empresariais de forma diminuta, não sendo admitido alterações significativas no que foi pactuado. Deve-se ficar restrito a possíveis ilegalidades e abusos e buscar, como regra, não alterar os contratos, mas sim obrigar o cumprimento destes, quando verificado que alguma parte não procede ao perfeito cumprimento do acordado.

7 A APARENTE COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E A AUTONOMIA PRIVADA

Como já tratado anteriormente, é com fulcro no princípio da autonomia da vontade, que as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, dispõem de ampla liberdade para contratar e, tão importante quanto, elas possuem liberdade contratual.

Do outro lado, surge também outro princípio de extrema relevância para o mundo empresarial: o princípio da livre concorrência, o qual está expressamente previsto na Constituição Federal, em seu art. 170, IV. A livre concorrência apresenta-se como princípio geral da atividade econômica e, por isso, deve guiar as relações empresariais e a atuação do poder estatal.

Da aplicação da cláusula de não concorrência, surge importante questionamento acerca de uma possível colisão entre o princípio da autonomia da vontade, garantidor da liberdade de se pactuar a vedação de que uma das partes do contrato concorra com a outra por determinado período e em certo local geográfico, e o princípio da livre concorrência, que, segundo o nosso ordenamento jurídico, permite que o Estado, mediante suas autoridades competentes, possa intervir nas relações contratuais com o fito de evitar possíveis danos ao ambiente concorrencial. É com fulcro nessa possível colisão que o Estado, mediante suas autoridades legalmente competentes, intervém nas CNC, com vistas a impedir os possíveis abusos ao ambiente concorrencial (p.ex. dominação de mercado) que possam advir da aplicação desse tipo de cláusula.

Dispondo a cláusula de não concorrência de clara previsão legal e sendo, por isso, compatível com os princípios constitucionais da autonomia privada e da livre concorrência, levanta-se para o debate quais seriam os limites temporais e espaciais de aplicação da referida cláusula. Assim, poderia o alienante restabelecer-se em outro estado? Qual o tempo máximo permitido para o alienante se eximir da concorrência? Ou ainda, deveria haver qualquer limite à pactuação dessas cláusulas, seja temporal ou espacial? Nas palavras de Orlando Carvalho, as respostas a essas perguntas sempre devem levar em consideração os aspectos específicos de cada caso em particular.

A restrição da concorrência, a que, em princípio, fica sujeito o alienante, tem, como é óbvio, limites espaciais e temporais, que o juiz pode fixar soberanamente desde que a lei não o faça [*hoje, no Brasil, a lei o faz – art. 1.147 do CC*]. Foi o que logo se intuiu na mais antiga jurisprudência francesa, como se intuiu que, normalmente, a interdição de estabelecimento deve restringir-se ao local ou às vizinhanças do negócio cedido (...) pode abranger um bairro afastado (...) ou envolver toda uma cidade (...) e mesmo repercutir-se no estrangeiro (...). O que se entende, em suma, é que a área de interdição varia com a natureza do comércio ou indústria em causa (...) – mais pesada,

em regra, numa exploração industrial do que num comércio local, como mais pesada num comércio por grosso do que num comércio de retalho (...) – e com a natureza da clientela. Do ponto de vista temporal a ideia é a de que a interdição termina quando passou tempo suficiente para se consolidarem os valores *sui generis* nas mãos do adquirente. (CRUZ, 2023 apud CARVALHO, 1967. p. 497-498).

As cláusulas de não concorrência, não deveriam ser alvos de limitações estatais, uma vez que elas não representam ofensa ao princípio da livre-concorrência, por mais que seja uma cláusula que imponha a determinada pessoa a obrigação de não fazer concorrência. A esse respeito, é preciso destacar, primeiramente, que não se trata de uma "lei" aplicada a todos os agentes econômicos já existentes ou que venham a existir; da mesma forma que não se pode esquecer que em um livre mercado, um empresário não concorre somente com aqueles atuantes em igual ramo. Assim, como será demonstrado mais adiante, os bens e serviços disponibilizados por determinada empresa concorre com todos os outros bens e serviços ofertados pelos agentes no mercado em geral.

Por se tratar de um contrato privado, os termos do acordo só irão vincular as partes envolvidas nesse acordo. Sendo as CNCs, resultado da vontade livre dos agentes econômicos, é plenamente compreensível e justificável que, com vistas a poupar gastos que poderão ser desviados para investimento futuro, as empresas estipulem regras que vedem uma concorrência entre elas; não havendo, contudo, vedação à entrada de outros agentes no mercado, o que só pode ser feito mediante determinação legal proveniente das autoridades governamentais.

As cláusulas de não concorrência, por si só, não prejudicam de fato a livre-concorrência, não sendo justificável que o governo, intervenha na autonomia privada para dirimir possível ofensa ao um mercado concorrencialmente livre.

Contudo, nesse aparente conflito de princípios, observa-se forte atuação do Estado no sentido de preservar a livre concorrência em detrimento da autonomia dos empresários, com destaque ao posicionamento do ordenamento jurídico pátrio que entende, que em tais casos, deve prevalecer o princípio da livre concorrência em relação a outros princípios que norteiam as relações empresariais.

Ademais, salienta-se a forte atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), o qual em várias decisões, intervém nos contratos para fins de atenuação dos efeitos, que segundo o referido conselho, podem se mostrar negativos quando da aplicação da cláusula de não concorrência, a saber, prejuízos à livre concorrência, mediante formação de concentração de mercado (monopólios, por exemplo), o que geraria danos à coletividade como um todo.

Entretanto, como se verá nos capítulos finais, parece que a tutela do Estado diante desses dois princípios resulta, na verdade, em sensível prejuízo ao princípio da autonomia privada, sem que se haja comprovada ofensa à concorrência e até mesmo ao consumidor. A

relativização do princípio da autonomia privada é defendida por inúmeros autores, tais como o italiano Enzo Roppo e a jurista brasileira Cláudia Lima Marques, os quais defendem o chamado dirigismo contratual.

O dirigismo contratual nada mais é do que a forte intervenção estatal nas relações contratuais privadas, as quais são submetidas a uma série de imposições por parte do Poder Público com vistas a diminuir desigualdades econômicas e sociais. Essas imposições estão positivadas em nosso Ordenamento Jurídico como verdadeiras barreiras à livre vontade das partes. São exemplos de tal dirigismo a função social do contrato (art. 421, *caput*, CC/02), a boa-fé objetiva (art. 113, CC/02) e o interesse público. Assim,

Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance sua função social (MARQUES, 2002, p. 39).

Assim, o Estado, com o simples argumento de se estar protegendo a coletividade, mediante termos até hoje muito vagos, tais como a função social do contrato, possui amplos poderes para interferir num contrato que foi fruto de debates e negociações e, por fim, acordado conscientemente pelas partes como expressão máxima de suas vontades. Na verdade, como se verá adiante, é a própria intervenção estatal que representa riscos à livre-concorrência e à coletividade.

8 A INTERVENÇÃO ESTATAL

A liberdade das partes em estabelecer seus próprios termos e características dos contratos é o ponto fundamental e basilar de todas as relações contratuais, em especial aquelas cujos pólos são formados por empresários. "A autonomia privada, nada mais é do que essa liberdade de se obrigar perante terceiros, mediante o estabelecimento de regras e termos que vinculam os envolvidos" (CRUZ, 2012).

Sendo princípio de natureza constitucional, a autonomia da vontade força o Estado a permanecer inerte frente às diversas relações de âmbito privado que se efetuam costumeiramente. A intervenção das autoridades estatais só será permitida de forma excepcional, como preconiza o princípio da intervenção mínima nos contratos e da excepcionalidade da revisão contratual, ambos previstos no art. 421, CC/02.

Os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos são formulações fundamentais da doutrina liberal. A afirmação e o reconhecimento deles significam dizer que uma obrigação contratual

depende, para nascer, apenas e tão-somente da manifestação livre e voluntária da vontade das partes, não devendo a lei permitir qualquer intervenção estatal nas relações privadas, mas apenas assegurar o fiel cumprimento dos acordos firmados. (CRUZ, 2012).

Ainda, destaque-se o fato de que a atuação estatal deve ser feita, não com o objetivo de alterar o que foi previamente acordado entre as partes, mas para fins de se fazer cumprir o contrato, tendo em vista que, segundo o princípio do *pacta sunt servanda* ("os pactos devem ser cumpridos"), os contratos fazem lei entre as partes, ou sejam, gera-se força obrigatória aos contratos, aos quais o nosso ordenamento jurídico prevê instrumentos para garantir os seus cumprimentos, bem como estabelece punições para a quebra contratual.

É nesse sentido, inclusive, que o Código Civil, no artigo 421, parágrafo único, elenca dois princípios que reforçam a regra maior da autonomia privada: o princípio da intervenção mínima nos contratos, e o princípio da excepcionalidade da revisão contratual. Ambos transmitem a ideia de que a regra maior será sempre a vontade das partes (*pacta sunt servanda*), sendo que alterações ou intervenções externas quanto ao conteúdo contratual devem ser excepcionais e na menor proporção possível, destinadas apenas a evitar abusos e ilegalidades. (GAGGINI, 2023, p. 28).

Portanto, cabe ao Estado, principalmente através do Judiciário, excepcionalmente, atuar no sentido de garantir "o cumprimento e a higidez contratuais, dando respaldo e segurança jurídica aos contratantes, para a obtenção efetiva dos efeitos por eles desejados ao exercer seu legítimo direito de contratar" (GAGGINI, 2023, p. 28).

Contudo, a despeito da existência de todo um complexo principiológico que preconiza a inércia estatal frente às relações contratuais, de natureza empresarial, sendo justificável apenas em casos excepcionais — quando verificado verdadeiro abuso e ilegalidade (p.ex. dominação de mercado) —, o que se observa é um intervenção desmedida e incompatível com os princípios da autonomia da vontade, da intervenção mínima nos contratos, da excepcionalidade da revisão contratual e contra os próprios princípios que regem o mercado. Assim,

Num sistema de economia de mercado obstruída, ou intervencionismo, o governo e os empresários atuam de forma distinta no campo econômico. O dualismo – mercado e autoridade – também está presente num sistema em que as trocas efetuadas no mercado são de alguma forma afetadas pela autoridade do estado. Entretanto, enquanto numa verdadeira economia de mercado o exercício da autoridade se limita a prevenir distúrbios que podem ocorrer numa relação de troca, no caso do intervencionismo o governo interfere no próprio funcionamento do mercado por meio de ações isoladas, emitindo ordens e proibições (VON MISES, 2010, p. 28).

No caso específico das cláusulas de não concorrência, verifica-se forte intervenção estatal com vistas a mitigar a liberdade que as partes dispõem para estabelecer, segundo suas vontades, o tempo durante o qual determinado empreendedor ficará impedido de se restabelecer em certa região para fins de se evitar o desvio de clientela.

Ao não se preservar a cláusula de não concorrência estipulada pelos envolvidos no contrato, o dirigismo contratual consolida-se e a atuação estatal, que deveria ser exceção, torna-se regra diante das relações contratuais, as quais acabam por perder seu fundamento lógico, que é justamente a autonomia das partes. Não há, portanto, qualquer sentido em se pactuar um acordo em que a vontade dos envolvidos não prevalece, mesmo que seja para limitar, em teoria, a concorrência de determinado agente econômico.

Sustentando-se em argumentos de base coletivista, tais como função social do contrato e interesse público, a jurisprudência dos tribunais nacionais posiciona-se firmemente no sentido de que a revisão das CNC 's é amplamente permitida. Nesse sentido,

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E EMPRESARIAL. (..) "CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO". AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 166, II E VII, E 421 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRAZO INDETERMINADO DA REFERIDA CLÁUSULA.

ABUSO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. NECESSIDADE. PRAZO DE 5 ANOS. CRITÉRIO DO ART. 1.147 DO CC/2002.

(...)

2. É válida a cláusula de "não restabelecimento" no tocante ao seu objeto, rejeitando-se a alegada violação ao art. 166, II e VII, do Código Civil de 2002, pois é regra comum nos negócios jurídicos que envolvem transmissão de direitos sobre estabelecimentos, amplamente utilizada no cotidiano empresarial. Insta mencionar que o CC/2002 inovou ao trazer expressamente, no seu art. 1.147, a "cláusula de não restabelecimento".

3. O art. 421 de CC/2002 positivou o princípio da função social dos contratos como limitador da liberdade de contratar, inexistindo violação a essa norma, no estabelecimento da cláusula de "não restabelecimento", usual na realidade empresarial para coibir a concorrência desleal.

4. Mostra-se abusiva a vigência por prazo indeterminado da cláusula de "não restabelecimento", pois o ordenamento jurídico pátrio, salvo expressas exceções, não se coaduna com a ausência de limitações temporais em cláusulas restritivas ou de vedação do exercício de direitos. Assim, deve-se afastar a limitação por tempo indeterminado, fixando-se o limite temporal de vigência por cinco anos contados da data do contrato, critério razoável adotado no art.1.147 do CC/2002.

(.)

(REsp 680.815/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 03/02/2015)

Ainda, acerca da pactuação de cláusula de não concorrência em prazo superior ao previsto no Código Civil, foi editado o Enunciado 489 do Conselho da Justiça Federal (CJF): "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”.

Ao nosso entender, como vem sendo demonstrado ao longo deste trabalho, o empresário deve ter ampla liberdade para definir prazos diferentes daquele estabelecido pelo ordenamento jurídico, inclusive para estipular um período temporal maior que os 5 anos legalmente previstos. Não há necessidade de se intervir em uma cláusula tão vantajosa à economia e à sociedade, quando não é possível se observar danos concretos à livre concorrência decorrente da simples aplicação desta cláusula.

No caso específico do conflito dos dois princípios objeto deste trabalho, nota-se a grande proteção à livre concorrência, em inúmeros casos em que não há substancial comprovação de ofensa ou potencial dano ao ambiente concorrencial. Com isso, o contrato, instituto absolutamente ligado à liberdade individual, é socializado pelas autoridades estatais, as quais sobrepõem o social em face do individual. (CRUZ, 2012)

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autoridade antitruste do país e um dos protagonistas do chamado Direito Concorrencial, vê com preocupação a aplicação irrestrita da cláusula de não concorrência, uma vez que esta representaria um obstáculo à plena concorrência entre os agentes econômicos.

Para o CADE, os contratos entre empresários, estabelecendo regras de não concorrência, poderiam, na verdade, ter o propósito de dominar o mercado e prejudicar os cidadãos pela redução na produção e concomitantemente a um aumento nos preços, gerando consequentemente a alegação da necessidade de que tais condutas devam ser monitoradas e reprimidas por meio da intervenção estatal.

Nesse diapasão, o CADE entende que tais cláusulas só serão permitidas, caso sejam preenchidos certos requisitos, a saber: (i) sejam medidas auxiliares ao negócio principal (acessoriedade); (ii) sirvam de garantia da viabilidade negocial (instrumentalidade); (iii) submetam-se a parâmetros mínimos fixados pelo Conselho, notadamente relacionados aos limites material, territorial e temporal da cláusula (CRUZ, 2023, p. 162).

O direito antitruste sujeita a fixação de cláusula de não concorrência, quando admitida, a determinados limites, que, uma vez violados, importam a abusividade do dispositivo contratual em face do isolamento do mercado relevante de uma operação; todavia, esta limitação está muito ligada ao grau de concentração do mercado que constituem as variáveis determinantes da análise concorrencial (PIRES, 2019).

Uma das principais atuações do CADE é a análise de atos de concentração (fusões, incorporações, aquisições, etc.), os quais envolvem necessariamente a pactuação de CNC 's entre empresários. Ocorre que, no processo de aprovação desses atos, a autoridade antitruste pode fazer restrições específicas relacionadas à abrangência temporal e territorial da cláusula

de não concorrência, intervindo no contrato firmado para fins de alteração desta cláusula, a qual deve, obrigatoriamente, se enquadrar nos parâmetros definidos pela jurisprudência do Conselho. Nesse sentido, seguem algumas decisões do CADE:

AC

08012.005779/2008-98

Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, Data do acórdão: 15.10.2009

DECISÃO: Tanto a SEAE quanto a SDE recomendaram a adequação de tal cláusula à jurisprudência do CADE: prazo de cinco anos e abrangência territorial igual à dimensão geográfica dos mercados relevantes, neste caso, o território nacional. (...) As cláusulas de não concorrência justificam-se quando ancilares ao negócio principal, sendo determinantes para sua concretização possibilitando que as partes usufruam plenamente os bens tangíveis e intangíveis adquiridos. (...) Considero a cláusula de não concorrência desnecessária para a viabilização da presente operação e, considerando a alta concentração do mercado e as escassas possibilidades de entrada de novos concorrentes, prejudicial ao ambiente competitivo ao impedir que pessoas com conhecimento do negócio possam voltar ao mercado, seja através de novos investimentos, seja associando-se como concorrentes já estabelecidos e com menos participação de mercado.

AC

08012.005881/2008-93

Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos Data do acórdão: 30.07.2008

DECISÃO: Voto pela imposição de restrições, em conformidade com o parecer da Pro-CADE, de modo que a cláusula de não concorrência seja alterada para se restringir às regiões Sul e Sudeste do Brasil.

AC

08012.007585/2002-31

Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade Data do acórdão: 21.05.2004

DECISÃO: Não se pode olvidar que a cláusula de não concorrência é uma restrição acessória que de forma alguma pode transcender o principal e que deve ater-se aos âmbitos dos respectivos Atos de Concentração, razão pela qual reafirmo que a cláusula de não concorrência in caso deve se ater aos limites dos respectivos mercados relevantes definidos para as presentes operações e aos seus limites geográficos. De fato, não é razoável na perspectiva das provas e análise dos autos que se admita que tal cláusula tenha abrangência nacional. Isso porque se assim admitida não teria caráter acessório que lhe é necessário para garantir as atividades da compradora, passando, então, a ser ato que limita a livre concorrência.

Da análise desses julgados, depreende-se que o CADE firmou posicionamento no sentido de que, sendo a cláusula de não concorrência válida apenas quando for elemento acessório do contrato, não podem as partes, mediante a utilização da referida cláusula,

pactuarem limites geográficos além do mercado onde está sendo realizada a operação de venda de estabelecimento empresarial (negócio principal).

(...) a jurisprudência do CADE se consolidou no sentido de que a simples previsão de cláusula de não concorrência fora dos limites geográficos do mercado relevante deve ser repelida, porque tal cláusula só se justificaria como elemento acessório do contrato que instrumentaliza o ato de concentração. Assim, se a operação se restringe a um mercado relevante geográfico específico, a cláusula, por ser acessória à operação, deveria também se restringir a esse mercado. O mesmo raciocínio, frise-se, vale para a duração temporal da cláusula: se ela, por exemplo, se refere a uma operação que envolve transferência de tecnologia, seu prazo não deveria ser superior ao tempo necessário a essa transferência, segundo o CADE (CRUZ, 2023, p. 164).

Portanto, depreende-se que o CADE entende como normal à atividade empresarial o estabelecimento de cláusulas que mitiguem a concorrência, contanto que certos limites sejam observados. Tais limites estarão associados aos critérios temporais e espaciais de incidência da referida cláusula, que, para fins de proteção da livre concorrência, não poderá estipular uma abrangência espaço-temporal que não seja condizente com os entendimentos do conselho antitruste.

9 A NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA E À LIVRE CONCORRÊNCIA

Diante do que foi apresentado anteriormente, a intervenção, a princípio, só poderia ser justificada quando, da análise do caso concreto, fosse constatado danos reais ou potenciais ao ambiente concorrencial, p.ex. monopólios e oligopólios. A intromissão estatal em um contrato empresarial, construído mediante a livre vontade das partes é, no mínimo, absurda, considerando a patente invasão do ambiente privado. Não há sociedade livre quando os indivíduos não podem sequer dispor de suas vontades para realizar negócios entre si.

(...) essa intervenção só será legítima quando a operação puder causar danos, efetivos ou potenciais, à livre concorrência. Trata-se de pressuposto à atuação interventiva da autoridade antitruste, já que é justamente a defesa da livre concorrência o interesse institucional que supostamente legitima a limitação da autonomia da vontade das partes (CRUZ, 2023, p. 165).

Entretanto, é importante destacar que mesmo essa atuação "nobre" do Poder Público com vistas a evitar domínio de mercado, precificação predatória, monopólios e oligopólios se dá, em muitos casos, de forma equivocada, o que, por sua vez, faz com que a autonomia das

partes seja sacrificada em vão, até mesmo quando as autoridades públicas se dizem agir movidas em defesa da coletividade.

Inúmeros são os estudiosos de microeconomia que afirmam ser da própria natureza do capitalismo facilitar a formação de concentração de mercado com conseqüente prejuízo à sociedade, a qual se veria diante de um mercado, no qual uma ou poucas empresas possuem total controle dos preços. Um exemplo dessa situação seria justamente nos casos em que determinada empresa compra as suas concorrentes e torna-se a única fornecedora de certo produto.

Fundamentando-se em argumentos minimamente racionais, o mais lógico de se ocorrer diante de um contexto em que determinada empresa "domina" o mercado e se vale de preços injustos, é o surgimento de outras empresas que, se utilizando de preços mais baixos, conquistariam a preferência dos consumidores, os quais não teriam motivos para continuar comprando os produtos daquela que "domina" o mercado.

Em uma economia de mercado livre e desimpedida, sem agências reguladoras e conselhos antitruste, um monopólio não é causa para alarde. Uma empresa que porventura detenha o controle exclusivo de uma mercadoria ou de um serviço em um mercado específico será, ainda assim, incapaz de explorar essa situação, e pelos seguintes fatores competitivos: a concorrência potencial, a concorrência de substitutos, e a elasticidade da demanda (SENNHOLZ, 2013).

Nesse sentido, mesmo que um indivíduo atue como único produtor de determinado bem no mercado, valendo-se de CNC 's, a simples chance de novos concorrentes surgirem o mantém em estado de alerta, sujeito à constante possibilidade de perder sua posição. A qualquer momento, uma empresa, seja ela grande ou pequena, pode ingressar no mesmo ramo de negócios e oferecer um produto idêntico ou similar ao dele, o que poderia resultar em sua ruína. Esse contínuo risco funciona como um estímulo competitivo que incentiva esse produtor solitário a se dedicar ao máximo para atender bem a sua clientela. (MAGNUS, 2023).

Destaque-se, ainda, a existência dos chamados produtos substitutos. Os bens substitutos podem ser definidos como aqueles que realizam as mesmas funções de determinado bem. Isso implica dizer que, para o consumidor, consumir tanto um como outro produto não faz diferença. Dessa forma, se o preço de um bem aumentar, ele terá sua demanda reduzida, ao passo que o outro produto será mais desejado pela população, por ser mais barato.

Dessa forma, mesmo diante de CNC que impeça a concorrência em certo setor, é imprescindível deixar claro que as empresas enfrentam competição não apenas de outras que fabricam o mesmo produto, mas também daquelas que produzem produtos similares que poderiam ser usados como substitutos, se necessário.

Em verdade, todos os bens e serviços do mercado concorrem com todos os outros bens e serviços, já que um indivíduo pode escolher comprar um carro em vez de pagar uma faculdade, adquirir um livro em vez de uma roupa, fazer uma doação em lugar de comer em um bom restaurante, viajar com a esposa na lua de mel de preferência a fazer uma festa de casamento, e assim por diante. *Sempre* há concorrência no mercado (MAGNUS, 2023).

Por fim, existe o que os economistas chamam de elasticidade da demanda e que está sensivelmente associada à ideia de bens substitutos. Assim, "preços mais altos iriam reduzir consideravelmente a demanda pelo produto, e conseqüentemente as vendas e a renda do monopolista. Desta forma, ele terá novamente de agir como se fosse um mero concorrente entre vários outros" (SENNHOLZ, 2013).

Mesmo que admitíssemos a existência de um super monopólio, resultado de fusão de empresas e ainda considerando a existência de CNC, a intervenção estatal seria desnecessária e até absurda:

Nesse caso, em primeiro lugar, esse supermonopólio, que tudo oferta e tudo produz, seria praticamente igual a um governo comunista, e logo não poderia nem sequer existir, pois sofreria do problema do cálculo econômico, (...). Em resumo, se houver somente um produtor de bens e serviços, quase tudo será de propriedade dele; e como um sujeito não consegue comprar e vender dele mesmo, o preço das coisas não se formará, o que tornará impossível o cálculo econômico. Dessa forma, tal cenário se faria embaraçoso a ele próprio (MAGNUS, 2023).

Não pode o poder público interferir em relações contratuais empresariais, unicamente fundamentado no temor de haver concentração de mercado. Não se pode condenar empreendimentos por terem obtido significativo sucesso em relação aos outros concorrentes. A atividade empresarial é uma corrida constante, em que empresas tentam encontrar, da forma mais rápida, os melhores meios de servir a sociedade, superando os concorrentes e obtendo mais lucro, mesmo que esses meios sejam alcançados mediante as tão "preocupantes" cláusulas de não concorrência e fusões empresariais.

A atividade empresarial comporta inúmeros riscos, os quais nem sempre podem ser previstos. Ninguém está esperando uma pandemia, por exemplo. Nessa realidade de alta complexidade, alguns irão "vencer" e outros deverão, necessariamente, "perder". Não deve, por isso, as autoridades estatais intervirem no mercado e alterarem a própria forma como este se manifesta, isto é, modificar as forças inatas a todo e qualquer tipo de mercado livre.

Agora suponha um monopólio imenso, mas não o bastante para abranger toda a economia e sofrer a impossibilidade de cálculo. Ainda assim, esse supermonopólio alcançou tão notável magnitude devido à sua enorme eficiência em atender aos desejos dos consumidores, e seu tamanho é sinal de um sucesso avassalador. O mercado continua livre para a entrada de

novos concorrentes, mas esse supermonopolista atende tão bem ao público, que nenhum concorrente em potencial se julga capaz de competir com ele. Nesse caso, teríamos um exemplo de gigantesco sucesso e eficiência, obtidos pelo mérito de bem servir e bem administrar. (MAGNUS, 2023).

Na verdade, o que se observa é que os monopólios só existem graças à permissão e legalização do próprio Estado, por mais irônico que isso possa soar. Um verdadeiro exemplo de monopólio que o Estado permite é o monopólio intelectual, erroneamente chamado de propriedade intelectual. A existência de patentes prejudica a concorrência e a consequente redução de preços, não sendo raro nos depararmos com medicamentos, cujos valores são incrivelmente altos. É contrário a uma economia concorrencialmente livre da tutela estatal a sobrevivência de monopólios.

Corroborando mais ainda com esse argumento, é importante dizer, novamente, que é o próprio governo dificulta a concorrência ao se valer das mais variadas formas possíveis de agências/órgãos reguladores para impedir a entrada de mais agentes ao mercado, devendo-se, também, mencionar as burocracias e cargas tributárias que contribuem igualmente para a intensificação dessa realidade anti-concorrencial.

Essas restrições, entretanto, quase nunca são comentadas. O governo impede a concorrência por meio de suas regulamentações e depois é chamado para, por meio de mais regulamentações, impedir que as consequências inesperadas de suas regulamentações anteriores criem mais restrições no mercado. Uma bola de neve.

Livre concorrência significa apenas que qualquer setor econômico deve estar legalmente aberto para que qualquer indivíduo ou empresa possam se aventurar nele com o intuito de ofertar bens e serviços aos seus potenciais consumidores, os quais devem também ser livres para optar pelo consumo destes bens e serviços.

(...)

Não existe monopólio quando há apenas uma empresa no mercado. O que define um monopólio são as restrições à entrada de outras (ROQUE, 2010).

Portanto, cai por terra o argumento de que seria justificável a intervenção estatal nas cláusulas de não concorrência com o fito de se evitar um problema que é o próprio Estado que cria, a saber, o favorecimento de domínio de mercados por poucas empresas. A própria existência de um órgão **regulador** que se diz defensor do livre mercado é deveras paradoxal. Dessa forma,

O ordenamento jurídico brasileiro criou, infelizmente, um órgão antitruste e dotou tal órgão, mais infelizmente ainda, de competência para intervir nos contratos entre empresários e determinar a alteração de cláusulas de não concorrência, quanto aos seus aspectos material, territorial ou temporal.

O pior é que o CADE tem extrapolado suas atribuições, intervindo em atos de concentração nos quais ele mesmo afirma não existir potencial lesivo à livre concorrência. A reconhecida ausência de preocupações concorrenciais de

um determinado ato de concentração não legitima a intervenção do CADE na autonomia de vontade das partes, não sendo possível, nesse caso, mesmo à luz do ordenamento jurídico vigente, que o Conselho condicione a aprovação da operação a uma alteração contratual, como tem feito usualmente nos casos de cláusula de não concorrência. (CRUZ, 2023, p. 166)

Quando se compreende que o mercado tem total capacidade de se ajustar conforme as situações exijam, a existência de um órgão como o CADE parece não estar voltada a proteger o mercado e a coletividade, mas sim às empresas que não obtiveram êxito em um ambiente verdadeiramente livre, do ponto de vista concorrencial. Assim, não há que se falar em alteração de cláusulas estipuladas entre empresários, ainda mais ao considerar o profundo estudo da realidade econômica de determinado ambiente que os envolvidos no contrato tiveram de realizar para concretizar o acordo de vontades.

(...) na legítima expectativa de que a operação será aprovada pela autoridade antitruste, as partes podem ter precificado a obrigação de não concorrência. A determinação posterior de alteração do contrato pode, conseqüentemente, atingir seriamente a equação econômica do contrato. (CRUZ, 2023, p. 165)

Finalmente, é importante frisar que os representantes de empresas envolvidas dedicaram-se a fazer minuciosa análise de mercado para fins de definir a necessidade ou não da referida cláusula e, após a definição da necessidade da cláusula de não concorrência no contrato, é igualmente absurdo que o Estado, ao modificar o alcance espacial-temporal dela, quebre toda a legítima expectativa gerada pelas partes que acordaram em tal sentido.

10 CONCLUSÃO

As cláusulas de não concorrência, em suas diversas formas, têm um grande valor para o mundo empreendedor, assim como para a sociedade em geral. Isso ocorre porque seu uso possibilita a obtenção de lucros em determinado setor. Esses lucros, por sua vez, enviam informações precisas sobre o potencial de lucratividade desse setor para a economia.

Os lucros obtidos, quando economizados juntamente com informações de mercado, facilitam investimentos adicionais na otimização de custos e expectativas de retorno, reduzindo, assim, os custos de empréstimos para o capital de giro. Sem essas cláusulas, o processo competitivo seria inviável. Por fim, as cláusulas de não concorrência indicam que um setor específico está saturado e que produtos ou serviços substitutos seriam bem recebidos. As cláusulas de não concorrência incentivam a inovação, nesse sentido.

Ao se analisar a jurisprudência do STJ e do CADE, verifica-se que, via de regra, no aparente conflito entre princípio da autonomia da vontade e livre concorrência, este último tende a sair vencedor, fundamentando-se, principalmente, em uma busca por se proteger a coletividade como um todo, em detrimento das vontades individuais.

A esse respeito, observou-se que a jurisprudência do STJ posiciona-se a favor de revisões contratuais para fins de se preservar a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, o CADE possui forte atuação no sentido de mitigar a aplicação irrestrita da cláusula de não concorrência, a qual deve sempre ter natureza acessória e que, por isso, acompanha os limites do negócio principal.

Contudo, como foi demonstrado ao longo do presente trabalho, as cláusulas de não concorrência, na verdade, não representam ameaça à livre concorrência, sendo a sua aplicação importante tanto para a atividade empresarial quanto para a sociedade em geral. Nesse sentido, faz-se imprescindível compreender que os possíveis danos que a previsão de tais cláusulas poderiam gerar (dominação de mercado, monopólios, precificação predatória) são, necessariamente, corrigidos pelas forças de um ambiente econômico realmente livre da intervenção estatal. Ambiente onde não há, por parte do governo, qualquer restrição à entrada de novos agentes econômicos no mercado.

Assim, não obstante a existência dos entendimentos jurisprudenciais, mormente as disposições do CADE, é imperioso salientar que as partes devem dispor de ampla liberdade para acordar, nos contratos, que o prazo seja diferente daquele estabelecido no Ordenamento Jurídico, ou, até mesmo, que a parte possa se estabelecer a qualquer momento. Nesse sentido, o objetivo do disposto normativo é coibir a concorrência desleal, caracterizada pelo desvio de clientela, pelo que não havendo esse desvio, não deverá haver qualquer proibição.

Portanto, conclui-se que, caso haja no contrato cláusula expressa referente à obrigação de não concorrência, deverá prevalecer o que foi pactuado pelos empresários, preservando-se a autonomia privada. Não há mão invisível, o resultado do mercado depende do arbítrio e perícia de cada agente individualmente. Assim, sendo o mercado capaz de se regular de forma autônoma, a intervenção estatal, com o fito de eliminar dominação de mercado, como é o caso dos monopólios, mostra-se descabida, desnecessária e paradoxal, ainda mais considerando que é o próprio Estado, ao criar fórmulas "mágicas" e artificiais, que permite a formação de monopólios, beneficiando poucas empresas e impedindo que o mercado seja guiado segundo suas forças congênicas.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 set. 2023

CARDILLO, B. G. C. *A lesão nos contratos interempresariais*. Brasília, 2012. 61f. -Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: [DSpace IDP: A lesão nos contratos interempresariais](#). Acesso em: 15/10/2023.

COELHO, F. U. *Manual de direito comercial* [livro eletrônico]: direito de empresa. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CRUZ, A. S. *Em defesa do direito de firmar contratos livremente*. Instituto Rothbard. 2012. Disponível em: <https://rothbardbrasil.com/em-defesa-do-direito-de-firmar-contratos-livremente/>. Acesso em: 17/10/2023.

CRUZ, A. S. *Manual de Direito Empresarial - Volume Único*. 13ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGGINI, F. S. *Manual dos Contratos Empresariais*. 2ª ed. São Paulo. Editora Foco, 2023, Edição do Kindle.

FORGIONI, P. A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

KIRZNER, I. M. *Competição e atividade empresarial*; tradução de Ana Maria Sarda. 2ª ed. – São Paulo : Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2012.

KOGOS, P. *Em defesa das cláusulas de não competição*. Instituto Rothbard, 2020. Disponível em: <https://rothbardbrasil.com/em-defesa-das-clausulas-de-nao-competicao/>. Acesso em: 21/10/2023.

MAGNUS, C. *O problema do monopólio*. Instituto Rothbard. 2023. Disponível em: <https://rothbardbrasil.com/aula-xxi-o-problema-do-monopolio/>. Acesso em: 22/10/2023.

MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2002.

MELLO FRANCO, V. H. *Manual de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, M; CATANESE, A. D. F. *Direito de empresa no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

PIRES, R. D. *Limites da cláusula de não concorrência no âmbito do antitruste*. Trabalho de Conclusão de Curso. INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo. p.49. 2019.
Disponível em: <https://repositorio.insper.edu.br/handle/11224/2511>. Acesso em: 11 set. 2023

ROQUE, L. *Fusões, aquisições, concorrência perfeita e soberania do consumidor*. Instituto Rothbard. 2010. Disponível em: <https://rothbardbrasil.com/fusoes-aquisicoes-concorrencia-perfeita-e-soberania-do-consumidor/>. Acesso em: 20/10/2023.

SENNHOLZ, H. *Monopólio bom e monopólio ruim – como são gerados e como são mantidos*. Instituto Rothbard. 2013. Disponível em: <<https://rothbardbrasil.com/monopolio-bom-e-monopolio-ruim-como-sao-gerados-e-como-sao-mantidos/>>. Acesso em: 21/10/2023.

TANNEHILL, M. TANNEHILL, Linda. *O mercado da liberdade*. 1ª ed.— São Paulo: Instituto Rothbard, 2022.

VERÇOSA, H. M. D. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VON MISES, Ludwig. *Ação Humana*. 3ª – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

VON MISES, L. *Intervencionismo, uma Análise Econômica*. 2ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.