

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 14

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

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2014

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ) e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie - SP).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — n° 14 (Janeiro / Junho de 2014)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2015.

A CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA, SEU POSICIONAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E REQUISITOS PARA SUA VALIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE¹

**NON-COMPETE CLAUSES, ITS LEGAL POSITION UNDER
BRAZILIAN LAW AND ITS VALIDITY REQUIREMENTS IN LIGHT
OF THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE**

*Eduardo Takemi Kataoka
Wallace Corbo*

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os requisitos e limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro às cláusulas de não-concorrência. Primeiramente, analisamos a natureza de tais cláusulas, concluindo pela possibilidade, em tese, de ao menos três espécies de cláusulas de não-concorrência: aquelas que vedam o restabelecimento do contratante sujeito ao dever de não-concorrência; as que vedam o exercício de sua profissão enquanto empregado; e as que conjugam ambas as características. Assim, à luz da legislação e dos princípios constitucionais aplicáveis, concluímos que as mencionadas cláusulas deverão obedecer a 5 (cinco) espécies de limites ou requisitos, a depender de sua natureza: limite temporal; limite geográfico-espacial; requisito de essencialidade e necessidade para a via-

¹ Artigo recebido em 01.03.2015 e aceito em 06.11.2015.

bilização do negócio principal; requisito de existência de risco de prejuízo ao empregado; e previsão de contraprestação ou indenização devida em razão do período de quarentena.

Palavras-chave: Cláusula de não-concorrência. Cláusula de quarentena. Princípio da proporcionalidade.

Abstract: This article intends to analyze the requirements and limits imposed by the Brazilian legal system on non-compete clauses. Initially, it aims to analyze the nature of such clauses, reaching the conclusion that there are three types of non-compete clauses: those that prohibit the reestablishment of the party subject to the duty of non-compete; those that prohibit the exercise of its profession as an employee of another company; and those that conjugate both characteristics. Afterwards, based on the applicable legislation and constitutional principles, it concludes that the aforementioned clauses must observe 5 (five) sorts of limits or requirements, depending on their nature. Firstly, a temporal limit; secondly, a geographic-spatial limit; thirdly, a requirement of essentiality and necessity to make possible the function of the main business; fourthly, the requirement of existence of the employee financial detriments' risk; and lastly, the prevision of consideration or damages as result of the non-compete period.

Keywords: Non-compete clause. Quarantine clause. Proportionality principle.

Sumário: 1. Conceito e espécies de cláusulas de não-concorrência. 2. Fundamentos do dever de não-concorrência. A indispensabilidade de previsão contratual ou legal. 3. Requisitos de validade das cláusulas de não concorrência. 4. Aplicação dos requisitos de validade a negócios jurídicos não submetidos à jurisdição do CADE ou da Justiça Trabalhista. 5. Em conclusão.

1. Conceito e espécies de cláusulas de não-concorrência.

A informação, o conhecimento técnico e o *know-how* são, atualmente, ingredientes chave no desenvolvimento da atividade em-

presarial – trate-se de atividade aparentemente simples, trate-se da mais complexa possível. Não é incomum, portanto, que sociedades busquem proteger-se contra o risco de transferência deste conhecimento em razão da saída de empregados ou sócios-chave para o desenvolvimento de suas atividades.

É neste cenário que a cláusula de não-concorrência, também denominada de cláusula de quarentena no âmbito do direito trabalhista, desponta como instrumento que propicia a proteção da informação ou do *know-how*. Trata-se de cláusula que objetiva impedir a concorrência por um dos contratantes em relação aos demais contratantes ou sociedades que estes integram, por meio do exercício direto ou indireto da atividade econômica levada a efeito pela sociedade afetada.

Diante das possíveis limitações que estas cláusulas impõem, podemos identificar ao menos três espécies de cláusulas de não-concorrência. Uma primeira espécie diz respeito à vedação de restabelecimento de sociedade ou estabelecimento do contratante sujeito à cláusula em concorrência com a contraparte originalmente detentora do *know-how* empresarial. Pode-se dizer que estas cláusulas objetivam proibir a prática do exercício direto da atividade econômica.

Uma segunda espécie é representada pelas cláusulas que impedem o exercício de atividade profissional em sociedade concorrente com a originária detentora do conhecimento técnico protegido. Aqui, objetiva-se impedir o exercício indireto da atividade econômica – na medida em que o desenvolvimento de atividade profissional mediante o uso do *know-how* adquirido na sociedade protegida implicará, indiretamente, prejuízos à sociedade cujo conhecimento se pretende resguardar.

Por fim, uma terceira modalidade de cláusulas de não-concorrência conjuga ambas as espécies anteriores. É dizer, a uma só vez objetiva evitar tanto o restabelecimento ou estabelecimento da parte contratante em concorrência direta com a sociedade protegida, quan-

to o exercício de atividade profissional que se valerá do *know-how* adquirido naquela sociedade.

2. Fundamentos do dever de não-concorrência. A indispensabilidade de previsão contratual ou legal.

É de se notar, ainda, que a proibição da concorrência encontra também fundamento legal no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao contrato de *trespasse*. Com efeito, por força do artigo 1.147 do Código Civil:

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

Trata-se aqui, portanto, da vedação legal a que o alienante de estabelecimento empresarial exerça a mesma atividade ou atividade semelhante no período de 5 (cinco) anos após a celebração do contrato com o adquirente. O dispositivo objetiva, neste caso, permitir que o adquirente mantenha a clientela e não sofra prejuízo decorrente do restabelecimento do *trespassante* – detentor do *know-how* em relação ao mercado em que atua – na exploração de atividade econômica concorrente².

Há, ainda, outras modalidades contratuais em que – no que pese a inexistência de imperativo legal – cláusulas desta espécie são inseridas expressamente pelos contratantes visando a proteção do desenvolvimento da atividade econômica, com fundamento na auto-

2 Neste sentido, confira-se a lição de Marcelo Feres: “A obrigação de não-concorrência se apresenta como um mecanismo idôneo a mitigar os efeitos da desarticulação da freguesia pessoal no *trespasse* de estabelecimento, cujo aviamento seja subjetivo. Neste caso, a estipulação de não-concorrência se faz mesmo imprescindível, pois, embora não garanta a preservação da clientela, constitui uma necessária cautela quanto à sua possível perda” (FERES, Marcelo A. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39).

nomia da vontade e na liberdade contratual³. É o caso, por exemplo, de atos de concentração econômica. Trata-se de atos que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal, vertical ou conglomeração), seja por meio de fusão ou de incorporação de sociedades, de constituição de sociedade para exercer o controle de outras sociedades ou qualquer forma de agrupamento societário. As cláusulas de não-concorrência usualmente são expressamente previstas nestes atos. Note, pois, que não há aplicação analógica do art. 1.147 do Código Civil para os casos em que a cláusula não é prevista. Em relação aos atos de concentração econômica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) estabeleceu diversos requisitos de validade ou limites de aplicação das referidas cláusulas, que serão analisados em item a seguir.

Outro tipo contratual em que as mencionadas cláusulas têm sido inseridas são os contratos de trabalho. Nestas hipóteses, o empregado se obriga, por meio da cláusula, a não praticar atos que resultem em um desvio de clientela do empregador, seja por meio de estabelecimento do empregado, seja por meio do exercício do seu ofício em uma outra sociedade. Nestas ocasiões, a cláusula de não-concorrência visa a proteger, como já indicado, o *know-how* das sociedades – durante a vigência do contrato com seus empregados e após o seu término, a fim de evitar que sociedades concorrentes venham a se apoderar de informações e técnicas desenvolvidas para o exercício da atividade econômica. Em relação às cláusulas de não-concorrência inseridas em contratos de trabalho, a jurisprudência trabalhista tem delineado requisitos que serão mais profundamente analisados no item seguinte.

3 Arnoldo Wald e Alberto Xavier apresentam de maneira brilhante os fundamentos que permitem concluir pela possibilidade jurídica e licitude de mencionadas cláusulas. Assim, o autor identifica a inexistência de óbices seja à luz da liberdade geral civilista, seja à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Somado a isto, a tutela penal contra a concorrência desleal reforça o fundamento de validade em tese destas cláusulas. A este respeito, confira-se: WALD, Arnoldo; XAVIER, Alberto. Pacto de Não-Concorrência: validade e seus efeitos no direito brasileiro. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 847-863.

Interessante questão refere-se à existência de um dever de não-concorrência quando houver omissão legal e contratual. Em uma primeira mirada, seria possível afirmar que, nestes casos, o princípio da livre iniciativa, o princípio da legalidade e o princípio da autonomia da vontade implicam a impossibilidade de restrição à atividade do particular quando não decorrente de lei ou de cláusula contratual com a que tenha anuído. Sem prejuízo disso, a jurisprudência tem exposto uma controvérsia referente aos contratos de cessão ou alienação de quotas sociais.

Com efeito, é possível identificar precedente da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que perfilhou o entendimento no sentido de que, em operações societárias diversas do trespasse, como na cessão ou alienação de quotas sociais, ainda que não haja previsão expressa no contrato, aplica-se a cláusula de não-concorrência legalmente imposta e nos mesmos termos, por analogia⁴. Confira-se:

Ação cominatória. Abstenção de prática de concorrência desleal em atividade empresarial. Sócio retirante que constituiu outra empresa, no mesmo ramo de atividade e na mesma praça da sociedade da qual se retirou. Ato de deslealdade configurado. Implícita, no contrato de cessão das cotas societárias, a cláusula de não-restabelecimento. Impossibilidade de, embora reconhecida a prática de concorrência desleal, vedar o exercício da atividade empresarial pelo infrator por prazo superior a cinco anos, limitando a sua área de atuação futura. Sentença parcialmente reformada neste capítulo. Dano moral. Não configuração. A necessidade de

4 Em aparente concordância com este posicionamento, afirmou Fabio Konder Comparato: “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” (COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na S.A.* Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 290-291).

contratar advogado para a tutela de direitos em Juízo não enseja ressarcimento por danos morais. Autor que se conformou com o capítulo da sentença que não reconheceu a ocorrência de danos materiais. Apelação do réu provida, em parte. Não-conhecimento do recurso adesivo do autor⁵.

Em sentido oposto, precedente da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deixou de admitir a restrição à livre concorrência trazida pela vedação ao não-restabelecimento aos sócios retirantes, quando inexistente cláusula expressa e diante da ausência de disposição legal:

Apelação cível. Obrigação de não fazer. Ex-sócio que restabeleceu no mercado com a mesma atividade econômica da sociedade comercial anterior – Ausência de impedimento. Não há convenção entre as partes que estabeleça a proibição do réu em ingressar no mercado com a mesma atividade que exercia quando sócio do apelante. Nem havia contrato social, pois se tratava de sociedade comercial de fato. Não há caracterização de concorrência desleal. A livre concorrência é um dos princípios que regem a atividade econômica (art. 170, inc. IV, da C.F.) – Apelo improvido (Voto 21813)⁶.

Ambos os posicionamentos possuem fundamentos substanciais em seu favor. De um lado, a prática de atos de concorrência ato contínuo à retirada dos sócios pode ser considerada moralmente reprovável – inclusive desleal. Mais do que isso, a adoção de uma concepção de pós-eficácia das obrigações à luz do princípio da boa-fé, que demanda lealdade entre os contratantes mesmo após findo o contrato, poderia ensejar o entendimento razoável de que tal ato geraria à parte prejudicada direito de indenização comensurável à luz do prejuízo à atividade empresarial.

5 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9142767-40.2002.8.26.0000. Relator: Desembargador José Roberto Bedran. Segunda Câmara de Direito Privado. São Paulo. Julgado em 18.05.2010. Publicado em 27.05.2010.

6 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9195254-11.2007.8.26.0000. Relator: Desembargador Ribeiro da Silva. Oitava Câmara de Direito Privado. São Paulo. Julgado em 14.12.2011. Publicado em 14.12.2011.

Este entendimento, apesar de sólido, não parece ser normativamente o mais adequado em tese. É possível que, à luz de um caso concreto, revele-se evidente violação à boa-fé objetiva em razão da prática da insustentável reserva mental por um dos contratantes ou da existência de vícios de vontade que conduzam à invalidação do negócio jurídico ou ao reconhecimento de direito reparatório. Nada obstante, fato é que – em termos gerais – está-se aqui analisando matéria submetida aos princípios da legalidade, da livre iniciativa e da autonomia da vontade. Do primeiro, decorre a impossibilidade de se impor ao particular obrigação não prevista em lei e que não decorra diretamente de imperativo constitucional. O segundo, por sua vez, pretende garantir o livre desenvolvimento da atividade econômica, desde que submetidas aos parâmetros constitucionais e legais da boa-fé e da função social da empresa. Por fim, a autonomia da vontade impõe que, havendo receio de prejuízo às atividades econômicas de uma das partes, os contratantes negociem a inclusão de cláusula objetivando precisamente impedir tal situação.

É certo que a verificação, na prática, de hipossuficiência técnica de um dos contratantes, de lesão ou – em última análise – de adesividade contratual podem ensejar um quadro diverso – em que a interpretação do contrato deverá ser favorável à parte mais frágil, implicando o reconhecimento do dever de não-concorrer. Mas, em se tratando de relações levadas à efeito no âmbito empresarial, a generalização deste posicionamento conduziria a um indevido paternalismo contratual (que não se confunde, por certo, com a aplicação de princípios constitucionais e legais como a boa-fé e a função social dos contratos e da empresa).

Neste sentido, parece mais adequado reconhecer que, em regra, a inexistência de previsão contratual ou legal impede o reconhecimento de cláusulas de não-concorrência tácitas em uma generalidade de espécies de negócios jurídicos.

3. Requisitos de validade das cláusulas de não-concorrência.

Passamos, aqui, a analisar especificamente os requisitos de validade de cláusula de não-concorrência – ou seja, sob que condições é possível afirmar que o dever de não-concorrência fundado em previsão contratual encontra-se em acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nos últimos anos, dois principais órgãos têm sido responsáveis pela fixação, no Brasil, dos parâmetros de validade de cláusulas de não-concorrência, quais sejam, a Justiça do Trabalho e o CADE. Conquanto se trate de entes que possuem competências distintas e que se voltam para a análise de situações jurídicas específicas e diversas, não é despidendo – pelo contrário, é necessário – analisar quais parâmetros têm sido considerados na avaliação da validade de tais cláusulas. É que, como visto, as cláusulas de não-concorrência exercem forte influência sobre a atividade empresarial partindo de dois ângulos, o do Direito da Concorrência – evitando a concorrência direta – e o do Direito Trabalhista – evitando a concorrência indireta, conforme já conceituada.

É de se destacar, ainda, que os requisitos de validade a seguir elencados decorrem da incidência direta de 3 (três) princípios constitucionais, alguns já mencionados neste artigo. Primeiramente, incide sobre a questão o princípio da livre iniciativa sob suas duas facetas: por um lado, representando um ideal de acesso ao mercado no exercício de atividades econômicas e, por outro lado, traduzindo um conteúdo normativo que visa garantir este ideal. Essa liberdade de iniciativa impõe uma série de obrigações ao Estado, seja a sua não intervenção na ordem econômica, seja a sua atuação para regular o mercado, adotando medidas de estímulo à economia.

Incide ainda sobre a matéria o princípio da livre concorrência, que decorre do supramencionado princípio da liberdade de iniciativa. Sob este aspecto, a livre concorrência consiste na ideia de uma ordem econômica baseada na economia de mercado, dinamizada

pelo modelo concorrencial. Pelo princípio da livre concorrência, são afastadas condutas de abuso do poder econômico, tais como a formação de cartéis e monopólios, permitindo que os pequenos empreendimentos se desenvolvam e participem ativamente do mercado.

Por fim, ilustra os requisitos abaixo o princípio da liberdade de profissão, que 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 familiar⁷.

Ao pôr luz sobre a cláusula de não-concorrência, estes princípios impedem a formulação de acordos ilimitados e independentes de requisitos e balizas. É dizer, a cláusula de não-concorrência não pode ser ilimitada, sob pena de violação de princípios constitucionais garantidores da ordem econômica e da dignidade da pessoa humana. A esse respeito, leciona Nelson Nery Jr.:

Em outras palavras, qualquer medida que vise à minimização dos direitos fundamentais à livre iniciativa e à livre concorrência deve preencher requisitos essenciais, verdadeiros pressupostos de validade, para que não se viole frontalmente as liberdades públicas que são inerentes ao ser humano, na sua individualidade e no seu desenvolvimento em sociedade⁸.

No mesmo sentido, a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

7 Nelson Nery Junior, em seu parecer sobre o tema, inclui no princípio da livre iniciativa o princípio da liberdade de profissão. No que pese a proximidade entre os institutos, parece-nos relevante tratá-los como princípios distintos. Cf. NERY JR., Nelson, Cláusula de Não Concorrência e seus requisitos: prejudicialidade externa entre processos. In: NERY JR., Nelson (Coord.). *Soluções Práticas de Direito*. [S.l]: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7, p. 467.

8 NERY JR., Nelson. Op. cit. Disponível em: “www.revistadostribunais.com.br”. Acesso em: 20 abr. 2015.

É válida a cláusula contratual de não-concorrência quando estabelece limites materiais, geográficos e temporais. A proibição irrestrita da competição entre os contratantes não vale porque significa desrespeito ao princípio básico de organização da economia de livre mercado⁹.

Tendo isto em consideração, passamos à análise dos requisitos elencados pelo CADE quando da apreciação dos já apresentados atos de concentração. No Ato de concentração nº 08012.005881/2008-93, o Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos assim consignou:

Segundo entendimento deste Conselho, essas cláusulas devem ser (i) acessórias ao negócio principal; (ii) ter abrangência territorial equivalente ao mercado relevante geográfico; (iii) ter duração limitada no tempo (normalmente tem-se limitado a cinco anos); e (iv) ser diretamente relacionada com a viabilidade do negócio¹⁰...

Passemos à análise individualizada de cada um dos quatro requisitos identificados pelo CADE.

O primeiro requisito refere-se à acessoriedade da cláusula de não concorrência. 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).

9 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 247. Sem destoar deste entendimento, Antonio Junqueira de Azevedo igualmente reconhece a possibilidade de cláusulas de não-concorrência abusivas ou excessivas violarem o direito à liberdade (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*. *Revista dos Tribunais*. [S.l.]: Revista dos Tribunais, v. 797, p. 11, Mar., 2002).

10 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005881/2008-93. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília. Julgado em 09.07.2008.

O segundo requisito demanda a limitação geográfico-espacial da cláusula. Com efeito, a abrangência da cláusula deve-se limitar ao mercado relevante geográfico, restringindo sua delimitação espacial aos locais nos quais atua a sociedade empresária a que se refere a cláusula de não-concorrência. A cláusula pode ter validade no território de um Município, Estado ou até de todo o País, a depender da atividade exercida pela sociedade empresária. Deve-se sempre observar o princípio da proporcionalidade na casuística para estabelecer a limitação geográfica da cláusula, a fim de evitar violações à livre-concorrência e livre iniciativa.

Com efeito, se o que se pretende pela cláusula é evitar a concorrência desleal, a não limitação geográfico-espacial pode figurar verdadeiro exagero em descompasso com o intuito das partes. É dizer, nenhuma razão exista para que uma sociedade empresária situada em um pequeno município do Rio Grande do Sul – com atividade exclusivamente local – insira em determinado pacto cláusula de concorrência geograficamente ilimitada ou limitada ao território nacional. Nesta situação, a cláusula seria evidentemente deturpada, passando a gerar ônus indevido e injustificável ao contratante a ela sujeito, sem qualquer fundamento nas bases contratuais. Nesse sentido, o Enunciado nº 4 da Súmula do CADE¹¹ dispõe que a vedação ao não-restabelecimento deve se restringir aos mercados de atuação da sociedade empresária.

Ainda, a cláusula deverá conter, segundo o entendimento do CADE, uma limitação temporal. É dizer, a vedação à concorrência deve ser estabelecida por um período de tempo razoável, evitando-se excessos. Esse prazo, conforme a Súmula nº 5 do CADE, é de, no máximo, 5 (cinco) anos, qualquer disposição além deste prazo deve ser revista. A limitação temporal é não só razoável como necessária à luz da finalidade de proteção contra a concorrência desleal. O conhe-

11 CADE, Enunciado 4 da Súmula: “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”.

cimento, o *know-how*, naturalmente evolui no curso do tempo e, em regra, torna-se obsoleto (ao menos para fins de projeção de uma determinada atividade). Assim, se, de um lado, é razoável supor que o uso imediato de um *know-how* atual poderá gerar prejuízos à sociedade protegida, de outro figura irrazoável que a vedação à concorrência se protraia no curso de décadas – quando, senão por verdadeira incapacidade da sociedade protegida de desenvolver e aprofundar seus conhecimentos técnicos, o *know-how* tornou-se muito provavelmente obsoleto.

Por fim, a cláusula, segundo a jurisprudência do CADE,¹² deve ser dotada 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 apenas pode 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.

Cumprе destacar a lição de Fábio Ulhoa Coelho acerca dos requisitos que, como visto, foram admitidos pelo CADE:

É, no entanto, unânime, na doutrina e jurisprudência de diversos países, que a validade da interdição, mesmo a legalmente prevista, depende de alguns limites. O empresário que alienou o seu estabelecimento não pode ficar impedido de explorar atividades não concorrentes, ou ficar vinculado à obrigação de não-fazer por prazo indeterminado

12 Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005881/2008-93. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília. Julgado em 09.07.2008.

ou sem delimitações geográficas. A cláusula de não-restabelecimento que vede a exploração de qualquer atividade econômica, ou não estipule restrições temporais ou territoriais ao impedimento, é inválida. O objetivo da proibição contratual é impedir o enriquecimento indevido do alienante, por meio do desvio eficaz de clientela. Ora, se ele se restabelece em atividade não concorrente, ou para atender região inalcançável pelo potencial econômico do antigo estabelecimento, ou, ainda, depois de transcorrido prazo suficiente para o adquirente consolidar sua posição no mercado, não se verifica concorrência direta entre os participantes do contrato de *trespasse*; conseqüentemente, não há disputa da mesma clientela, nem enriquecimento indevido do alienante. (...) É válida a cláusula de não-concorrência quando estabelece limites materiais, geográficos e temporais. A proibição irrestrita da competição entre os contratantes não vale porque significa desrespeito ao princípio básico de organização da economia de Livre Mercado¹³.

Requisitos sob alguns aspectos semelhantes foram delineados pela Justiça Trabalhista quando apreciou, em diversos julgados¹⁴, a validade de cláusulas de não-concorrência no âmbito das relações empregatícias.

Neste sentido, a Justiça Trabalhista reconheceu como primeiro requisito a natureza da atividade e o risco de prejuízo que a transferência do trabalhador para outro empregador poderia gerar ao empregador originário. Assim, a restrição à liberdade de trabalho deve

13 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 123 e 244.

14 Neste sentido: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso ordinário nº 0001948-28.2010.5.02.0007. Relator: Desembargador Edilson Soares de Lima. São Paulo. Julgado em 22.11.2012; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso ordinário nº 0131300-08.2009.5.01.0070. Relator: Desembargador Evandro Pereira Valadão Lopes. Rio de Janeiro. Julgado em 25.10.2010.; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário nº 00211-2009-068-01-00-8. Relator: Desembargador Marcos Palacio Rio de Janeiro. Julgado em 10.02.2010; e BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso ordinário nº 20070117254. Relator: Desembargador Fernando Antonio Sampaio da Silva. São Paulo. Julgado em 16.03.2007.

atender a parâmetros de proporcionalidade, de modo que, para que seja válida a cláusula de não-concorrência, o exercício da atividade objeto da quarentena deve ser apto a causar efetivo prejuízo à sociedade empresária. É dizer: deve ser uma atividade cujo conhecimento seja de tal modo relevante a ponto de justificar restrição posterior ao trabalho do empregado, causando prejuízo sensível ao empregador.

Ademais, a Justiça Trabalhista igualmente reconhece a necessidade de limitações geográfico-espacial e temporal, cuja extensão deve ser adequada à efetiva necessidade de proteção à atividade empresarial. Notadamente no que diz respeito à limitação temporal, há especial tom sobre a noção, já adiantada anteriormente, de que o passar do tempo faz com que as informações e o conhecimento adquiridos pelo trabalhador se desatualizem, perdendo importância e, em consequência, deixando de justificar restrição a sua ulterior atividade profissional.

Por fim, a Justiça Trabalhista impõe o dever de previsão de contraprestação ou indenização pelo período de quarentena. Esta 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.

Questão relevante diz respeito a como conjugar tais requisitos em se tratando de cláusula de não-concorrência de natureza mista – que vise à vedação da concorrência direta e indireta – notadamente em se tratando de negócios jurídicos que não configuram expressamente atos de concentração ou contratos de trabalho. É este o entendimento final a que pretendemos nos lançar.

4. Aplicação dos requisitos de validade a negócios jurídicos não submetidos à jurisdição do CADE ou da Justiça Trabalhista.

Como visto, as cláusulas de não-concorrência podem ser apostas a diversas espécies de negócios jurídicos, em cujo rol se inse-

rem apenas exemplificativamente os atos de concentração e os contratos de trabalho. Partindo, pois, dos requisitos fixados pelo CADE e pela Justiça Trabalhista, pretendemos lançar a seguir alguns argumentos permitindo concluir pela existência de 5 (cinco) requisitos aplicáveis às cláusulas de não-concorrência entabuladas em negócios jurídicos de natureza civil e empresarial distintos daqueles submetidos à jurisdição trabalhista e administrativa do CADE.

Destaque-se, desde já, que a Justiça do Trabalho não rejeita o requisito da acessoriedade admitido pelo CADE – adequando-o às relações laborais e configurando-o como o risco de prejuízo à atividade do empregador – e adiciona o requisito da contraprestação/indenização, em atenção à restrição excessiva imposta ao empregado, impedido de exercer a profissão para a qual se encontra capacitado. A ausência de contraprestação/indenização pelo período de vigência da cláusula de não-concorrência gera, à luz dos requisitos fixados pela Justiça Laboral, a nulidade da cláusula.

Ainda, é de se notar que mesmo as relações civis e empresariais não são regidas por uma ilimitada e absoluta liberdade de contratar. Pelo contrário, a autonomia da vontade e liberdade contratual sujeitam-se aos princípios constitucionais – notadamente àqueles que se relacionam diretamente à tutela da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, consistindo a cláusula de não-concorrência uma verdadeira limitação horizontal de direitos fundamentais, parece aconselhável analisar as restrições impostas pelas partes à luz do princípio da proporcionalidade.

Como cediço, a prática constitucional que se desenvolveu no Brasil a partir da Constituição de 1988 firmou a tese de que os direitos fundamentais nada mais são que princípios que, como tais, devem ser aplicados no maior grau possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas¹⁵. Afirmar-se, no entanto, que direitos funda-

15 O conceito, cunhado por Robert Alexy, reverberou na doutrina nacional. Neste sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. [S.l.]: Revista dos

mentais são passíveis de restrição não significa dizer que qualquer restrição é possível. Pelo contrário, é pacífico o entendimento atual segundo o qual a restrição a direitos fundamentais deve atender à máxima da proporcionalidade¹⁶.

No plano doutrinário, a opinião é quase uníssona ao afirmar que o princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios¹⁷: (i) a adequação lógica entre meio e fim; (ii) a necessidade da medida ou a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito. Referidas etapas devem ser analisadas na ordem apresentada, devendo a análise ser interrompida em qualquer tempo caso se verifique violação a um dos subprincípios – pelo que a norma será tida como desproporcional¹⁸.

Na primeira etapa, busca-se verificar se a finalidade ‘P’ pretendida pela norma decorre logicamente da medida ‘M’ empregada – que, por sua vez, deve ser consentânea com o ordenamento constitucional vigente¹⁹.

O subprincípio da necessidade, em poucos caracteres, põe a seguinte pergunta: há outra medida ‘M_n’ que atinja em igual ou maior intensidade a finalidade ‘P’, mas que, em outro passo, restrinja em

Tribunais, nº 798, p. 23-50, Abril, 2002 e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da Razoabilidade e de Proporcionalidade. In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 259-292.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292.

17 Por todos, veja-se: ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*. [S.l.: s.n.], v. 16, nº 2, p. 131-140, Junho, 2003; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. *Passim*; e SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. [S.l.]: Revista dos Tribunais, nº 798, p. 23-50, Abril, 2002.

18 ALEXY, Robert. Op. cit. p. 131-140; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292; e SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 23-50.

19 ALEXY, Robert. Op. cit. p. 131-140; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292; e SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 23-50.

menor grau o direito ou finalidade contraposta²⁰? Aqui, duas análises são feitas. Primeiro, indaga-se se há outras medidas que atinjam em menor ou igual intensidade a finalidade almejada. Em segundo lugar, indaga-se se, entre estas medidas, há alguma que restrinja em menor grau algum dos direitos afetados negativamente pela medida. Por esta razão, o subprincípio da necessidade é também chamado de subprincípio da *vedação do excesso*²¹ – busca-se declarar a desproporcionalidade de medidas exageradas, que, a pretexto de promover determinados direitos, restrinjam sobremodo e desnecessariamente outros.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito demanda uma análise das “possibilidades jurídicas” dos princípios em jogo, por meio de uma “fórmula da ponderação” que afirma que quanto maior a interferência sobre um direito constitucional, maior deverá ser a certeza das premissas aplicadas e dos benefícios trazidos²².

À luz desta premissa, parece-nos adequado crer serem aplicáveis 5 (cinco) requisitos de validade de cláusulas de não-concorrência, analisados a partir da máxima da proporcionalidade²³. Acesso

20 Por todos, veja-se: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292; e SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 23-50.

21 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292; e SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 23-50.

22 ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. [S.l.: s.n.], v. 16, nº 2, p. 131-140, Junho., 2003. No mesmo sentido: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. *Passim*.

23 Nelson Nery Jr., por sua vez, identifica quatro requisitos: temporal, geográfico, material e remuneratório. Diversamente de nosso entendimento, o autor identifica o requisito da identificação do ramo da atividade a que se refere. Assim, não identifica, como identificamos, a necessidade de evidencição do risco de prejuízo e da essencialidade da cláusula ao negócio jurídico principal. No que pese o brilhantismo do autor, parece-nos que a identificação do ramo da atividade é consequência necessária da aplicação dos testes de essencialidade e de risco de prejuízo, que trazem para a análise da validade, no entanto, elementos mais amplos – requerendo a efetiva justificação da cláusula à luz das restrições impostas a direitos fundamentais, sob o fundamento do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. (Op. cit. Disponível em: www.revistadotribunais.com.br)

em: 20 abr. 2015). São eles o limite temporal, o limite geográfico-espaçial, o requisito da essencialidade, o requisito do risco de prejuízo e a previsão de contraprestação. Alguns temperamentos, no entanto, parecem ser necessários na transposição destes requisitos à disciplina civil-empresarial.

Primeiramente, parece inadequado fixar limites temporais rígidos aplicáveis a toda e qualquer cláusula de não-concorrência, em desconsideração da atividade econômica desenvolvida. Da mesma forma que há áreas do conhecimento em que a técnica se desenvolve de maneira intensamente ágil, outras demandam maior tempo para aprimoramento. É dizer: o período necessário para que o *know-how* torne-se obsoleto (ou presumivelmente obsoleto) varia de acordo com a área da atividade analisada²⁴. A análise casuística, nesse sentido, será necessária à definição da razoabilidade e da proporcionalidade da restrição temporal – que deverá ser adequada à proteção da atividade empresarial sem que, ao mesmo tempo, gere substancial interferência na autonomia individual daquele que se sujeita à cláusula. Há, por certo, uma zona de certeza positiva – a inexistência de limitação implicará necessariamente a invalidade da cláusula.

24 Seguindo este entendimento, o voto do Conselheiro-Relator Marcelo Procópio Calliari do CADE, no Ato de concentração nº 77/97, de 24 de Junho de 1998: “Um aspecto que merece atenção trata da cláusula de não-concorrência presente na transação pela qual a alienante compromete-se a não retomar ao mercado de estireno por um período de 10 anos. A Procuradoria considerou a obrigação longa demais, sugerindo sua redução para um prazo de cinco anos, usual, segundo o parecer, nos contratos apreciados pelo CADE. Com a devida vênia, considero perigoso que o CADE venha a determinar um prazo padrão, para todos os setores da economia no caso de tais cláusulas, já reconhecidas pelo CADE como prática comercial normal, não-ofensivas à concorrência per se. Isso porque as condições de cada setor podem ser as mais diversas, e a imposição de cinco anos de quarentena para um ex-concorrente pode ser extensa demais em alguns casos e exígua demais noutros. Para indústrias com investimentos mais vultuosos, planos estratégicos de longo prazo, maturação mais lenta e tradição de relações duradouras com fornecedores e clientes, como é o caso de indústrias do setor petroquímico, parece justificar-se o prazo mais dilatado da cláusula de não-concorrência”. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 77/97. Relator: Conselheiro Marcelo Procópio Calliari. Brasília. Julgado em 24.06.1998).

No mesmo sentido, a limitação geográfico-espacial não se poderá restringir a uma análise do espaço territorial em que a sociedade protegida pela cláusula atua. Pelo contrário, a análise do caso concreto deverá revelar, por exemplo, se uma limitação geográfico-espacial aparentemente insuficiente (por exemplo, o território nacional) em realidade está de acordo com planos de médio ou longo prazo para a expansão da atividade empresarial originária. Em todo caso, aplica-se novamente a máxima da razoabilidade e da proporcionalidade: qualquer restrição deverá ser justificável à luz da adequada e necessária proteção da atividade empresarial.

A essencialidade, por sua vez, partindo igualmente 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-concorrência poderá implicar menor ou nenhum proveito econômico a advir do negócio jurídico em que inserida a cláusula.

O quarto requisito consiste na necessidade de que haja risco de prejuízo – novamente, em atenção ao princípio da razoabilidade e da racionalidade, visto que, tratando-se de cláusula que restringe direitos fundamentais e afasta parcialmente a incidência de princípios constitucionais das relações privadas, é necessário que se revele sua justificação à luz de riscos gerados a outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais.

Por fim, a compensação ou indenização como quinto requisito seria aplicável apenas às situações que se refiram ao exercício profissional que possa gerar concorrência com a sociedade protegida pela cláusula. A razão é deveras simples: caso se trate de mera proibição de restabelecimento ou estabelecimento de sociedade concorrente, não se esvazia por completo a possibilidade de o indivíduo sujeito à cláusula buscar outras fontes de renda que lhe permitam sua subsistência e a de sua família.

No entanto, quando a mencionada cláusula se estende igualmente para o exercício da atividade profissional – notadamente quando o indivíduo afetado seja tecnicamente capacitado apenas para uma determinada atividade profissional que se relaciona com a atividade econômica desenvolvida pela sociedade protegida – esta possibilidade esvaece. Neste tocante, sendo-lhe impossível buscar razoavelmente outras fontes de renda – já que seria irrazoável obrigá-lo a exercer profissão diversa daquela para qual se encontra qualificado – a previsão de contraprestação ou indenização proporcional à restrição temporal e geográfica imposta figura necessária à validade de tal cláusula restritiva da liberdade profissional.

5. Em conclusão.

Por certo, não pretendemos, neste estudo, esgotar o profícuo tema das cláusulas de não-concorrência – e tampouco buscamos encerrar com um ponto final os assuntos aqui abordados. Mais que isso, buscou-se aqui delinear um panorama geral que circunda tais cláusulas à luz do ordenamento brasileiro, de modo a formular uma proposta legal e constitucionalmente adequada para a análise de sua validade em contratos de natureza civil e empresarial.

É de se concluir, assim, que sendo lícita a previsão de tais cláusulas em negócios privados – como decorrência do princípio da autonomia da vontade –, a restrição por elas imposta a direitos fundamentais como a liberdade de iniciativa e a liberdade de profissão deve obedecer às máximas da proporcionalidade e da razoabilidade a partir da aplicação de 5 (cinco) requisitos. Tais cláusulas deverão, assim, ser limitadas no tempo e no espaço; ser essenciais ao negócio jurídico principal cujo proveito econômico pretendem assegurar; ser inseridas em negócio jurídico no qual sua ausência configure risco de prejuízo à parte protegida; e prever, nas hipóteses de limitação da liberdade de profissão, a devida e proporcional contraprestação.

