

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 26**

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 2020**



## REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 26 Janeiro/Junho de 2020

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. 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), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (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 Monsèrié-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 e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

**PARECERISTAS DESTE NÚMERO:** Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Gerson Branco (UFRGS), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Pedro Wehrs do Vale Fernandes (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ), Sergio Negri (UFJF) e Unie Caminha (UNIFOR).

**PATROCINADORES:**



ISSN 1983-5264

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

---

Revista semestral de direito empresarial. — n° 26 (janeiro/junho 2020)  
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ  
Campinho Advogados  
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

\* Publicado no segundo semestre de 2021.

# CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA: ENQUADRAMENTO NORMATIVO, POTENCIALIDADES E REQUISITOS DE VALIDADE<sup>1</sup>

## NON-COMPETE CLAUSES: LEGAL FRAMEWORK, POTENTIALITIES AND VALIDITY REQUIREMENTS

*Daniel Fortes Aguilera\**  
*Marvio Bonelli\*\**

*Resumo:* Este artigo se propõe a apresentar o enquadramento normativo das cláusulas de não concorrência no ordenamento jurídico nacional. Para tanto, serão indicados os fundamentos que respaldam essa espécie de compromisso. Em seguida, serão estudados os requisitos necessários à validade das cláusulas de não concorrência, à luz dos entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do CADE, bem como a possibilidade de se reconhecer a existência de compromissos anticoncorrenciais em caso de omissão legal e contratual.

*Palavras-Chave:* Cláusulas de não concorrência. Requisitos de validade. Contrato de trespasse. Cláusulas implícitas de não concorrência.

*Abstract:* This paper aims to present the legal framework of the non-compete clauses in the Brazilian law system. The study will analyze the validity of this kind of agreement, as well as the it will indicate the validity requirements that a non-compete clauses must met. Finally, the existence of a non-compete obligation in case of legal and contractual omission will be brought to discussion.

*Keywords:* Non-compete clauses. Validity requirements. Asset purchase. Non-compete clauses in case of legal and contractual omission.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 31.08.2021 e aceito em 23.09.2021.

\* Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.  
E-mail: dfortes@terratavares.com.br

\*\* Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.  
E-mail: mbi@bmalaw.com.br

*Sumário:* Introdução. 1. Conceito e enquadramento normativo. 2. Parâmetros de Validade. 2.1. Limitação temporal. 2.2. Limitação territorial. 2.3. Limitação material. 2.4. Contraprestação. 2.5. Acessoriedade. 2.6. Legítimo interesse. 3. Dever de não concorrência em caso de omissão legal e contratual. Conclusão.

## **Introdução.**

As cláusulas de *non-competete* possuem grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Em um contexto empresarial marcado pela relevância da *expertise* técnica e do controle de dados e de informações, torna-se premente o desejo de sociedades, empresários e empregadores em instituir mecanismos que protejam o *know-how* e as informações negociais sensíveis, como aquelas relacionadas a fluxos produtivos e opções estratégicas de mercado.

Nesse contexto, as cláusulas de *non-competete* vêm sendo usadas nos mais diversos setores, como em contratos empresariais, contratos de trabalho e em contratos no âmbito de operações societárias. A disseminação de tais avenças aguçou a atenção da doutrina e da jurisprudência, na medida em que geram efeitos práticos sensíveis ao acarretar a restrição, ainda que parcial, da atuação de sociedades, empresários e de empregados. Por esse motivo, surgem discussões relevantes sobre os parâmetros normativos que devem orientar a avaliação da validade desse tipo de compromisso, sobretudo no intuito de evitar situações jurídicas abusivas.

Afinal, a um só tempo, tais cláusulas têm a aptidão de garantir a livre iniciativa econômica e, em um paradoxo que é apenas aparente, a própria livre concorrência. Dessa sorte, a incidência desses esses princípios e direitos constitucionalmente protegidos impedem a formulação de acordos anticoncorrenciais isentos de qualquer restrição.

No campo do direito do trabalho, as cláusulas de não concorrência têm a aptidão de impedir que profissionais com elevado conhecimento técnico e com acesso a informações sensíveis migrem para concorrentes, prejudicando a atividade de seu antigo empregador.<sup>2</sup> Assim como ocorre sob a ótica empresarial, tais compromissos representam relevante sinal de que ambas as partes estão de fato engajadas na construção de um projeto comercial comum e de que irão utilizar todos os seus esforços e recursos para o sucesso daquela empresa ou empreendimento, afastando o risco de que ativos negociais sejam divididos ou direcionados para concorrentes.

Por outro lado, essas cláusulas carregam consigo um elevado risco à liberdade da atividade empresarial e, ainda mais grave, à própria atividade laboral, quando celebrados em relações trabalhistas. Tais compromissos não podem, em absoluto, ser um instrumento utilizado para inviabilizar a concorrência, tampouco o livre exercício profissional. A proteção dos interesses da empresa não pode legitimar uma restrição que impeça o funcionário (ou até mesmo diretores estatutários) de atuar no mesmo ramo de atividades do seu antigo empregador ou em sociedades que concorram com ele. Exige-se, nesse passo, especial e redobrada atenção quanto à interpretação a ser atribuída às cláusulas de *non compete*, que deve ser detalhista e bem delimitada, de acordo com uma série de requisitos de validade, para que não se tornem excessivamente restritivas àquele que se submete aos seus efeitos.

O presente artigo se propõe justamente a analisar, do ponto de vista do direito civil, essas diferentes limitações, abordando o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre cada uma delas, inclu-

---

2 O alerta é feito por José Roberto de Castro Neves: “Razoável, então, que os comerciantes, principalmente as grandes empresas, busquem proteção contra informações de seu negócio, ou mesmo cuja imagem esteja associada ao seu produto ou a ela própria, que venha a trabalhar para uma revisão” (NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 12, p. 205-218, out/dez 2002, p. 205).

sive o posicionamento do Conselho de Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que possui papel extremamente relevante no controle da livre concorrência. Ainda, será discutida a possibilidade de vedação da concorrência em caso de omissão legal e contratual, com o reconhecimento ou não da aplicação analógica do art. 1.147 do Código Civil para outros tipos de contratos e atividades que não o transpasse, seu âmbito natural de incidência.

De início, contudo, cumpre compreender com exatidão o papel exercido pelas cláusulas de não concorrência no ordenamento nacional, sua natureza jurídica, e as disposições normativas que as influenciam, no intuito de entender seu enquadramento normativo.

## **1. Conceito e enquadramento normativo.**

As cláusulas de *non compete* instituem um dever de que uma das partes não concorra com outra em determinadas condições.<sup>3</sup> O objetivo de sua previsão é assegurar, dentro do possível, a fidelização de clientela daquele em favor de quem é instituída, garantindo resultados econômicos favoráveis e o retorno de eventual investimento realizado.<sup>4</sup> Busca-se, assim, evitar que outros sujeitos desviem clientes em razão de seu papel de destaque no mercado ou do *know-how* e das informações que possuem com base no vínculo anterior que

---

3 Nas palavras dos Professores Eduardo Takemi e Wallace Corbo, tais cláusulas visam “impedir a concorrência por um dos contratantes em relação aos demais contratantes ou sociedades que estes integrem, por meio do exercício direto ou indireto da atividade econômica levada a efeito pela sociedade afetada” (KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace. A cláusula de não concorrência, seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro e requisitos para sua validade à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 279-299, jan./jun., 2014, p. 281).

4 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula de não concorrência na alienação de participação societária: exame de seus requisitos de validade e ineficácia superveniente. *Civillistica.com*, v. 9, n. 2, 2020, p. 15. Disponível em: <http://civillistica.com/clausula-de-nao-concorrencia/>. Data de acesso: 06 fev. 2021.



possuíam com a parte beneficiada pela restrição de concorrência. Protege-se, em última análise, o fundo de comércio da sociedade.<sup>5</sup>

Sua natureza jurídica, por sua vez, equivale a inequívoca *obrigação de não-fazer*,<sup>6</sup> por impor que o sujeito a quem ela se direciona se abstenha de praticar determinado comportamento, nocivo à atividade empresarial daquele em favor de quem o compromisso é celebrado.<sup>7</sup> Na maior parte dos casos, trata-se de uma obrigação *intuitu personae*, voltada exclusivamente à pessoa que a celebra, não se estendendo a terceiros; e acessória, gravitando ao redor de outras obrigações principais.<sup>8</sup>

Não obstante inexistir, no ordenamento jurídico nacional, norma específica positivando um dever genérico e abstrato de não concorrência, há variadas disposições normativas que indicam a licitude das cláusulas anticoncorrenciais. Como antecipado, a validade desse tipo de compromisso decorre inclusive de normas de hierarquia constitucional, notadamente (i) a valorização da livre iniciativa econômica – art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal –; (ii) a livre concorrência – art. 170, inciso IV, da CRFB –; (iii) o livre exercício profes-

---

5 NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 205.

6 Nas lições de Orlando Gomes, a obrigação de não-fazer “exige do devedor uma omissão, compreendendo-se nesta a tolerância, entendida como abstenção de resistência ou oposição a que estaria autorizado, se a obrigação não proibisse”. Por consequência, “[i]mporta auto-restrição mais energética à liberdade pessoal, admitindo-se que não valem as que ultrapassam as fronteiras da liberdade jurídica” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 51).

7 “Uma espécie de obrigação de não fazer é aquela na qual se ajusta que uma das partes não irá prestar serviços profissionais para um grupo de pessoas. Essa estipulação, via de regra, tem lugar entre uma pessoa jurídica e seu ex-funcionário, para vigorar após o encerramento do vínculo trabalhista. Deseja-se, com ela, impedir que o antigo funcionário vá atuar para concorrentes, o que traria uma repercussão ruim para o negócio. Essa estipulação é conhecida como cláusula de não concorrência.” (NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 206).

8 Esse aspecto será melhor explorado mais à frente, no capítulo voltado aos seus requisitos de validade.

sional – art. 153, inciso XXIII, da CRFB; e (iv) a defesa do consumidor – art. 170, inciso V.

Seria possível concluir, em uma análise superficial, que as cláusulas anticoncorrenciais em realidade prejudicam os valores constitucionais exemplificados acima, justamente por limitarem o exercício da atividade empresarial e profissional.<sup>9</sup> Esse entendimento, entretanto, não se sustenta após uma análise mais detida do papel e, principalmente, da interpretação e das limitações que vêm sendo atribuídas às cláusulas de *non compete*. Tais compromissos têm um papel ativo em impedir que profissionais com elevado conhecimento técnico, *know-how* e informações privilegiadas e sigilosas afetem negativamente determinado concorrente, prejudicando sua atividade empresarial, desviando clientela e, por consequência, afetando negativamente a livre concorrência e o poder de escolha do consumidor.<sup>10</sup>

A normativa que orienta e legitima esse tipo de cláusula, contudo, não se limita às normas de hierarquia constitucional. O dispositivo que mais se aproxima de uma previsão legal expressa da obrigação de não concorrer é o artigo 1.147 do Código Civil<sup>11</sup>, voltado à alienação do estabelecimento comercial.

---

9 “Em primeiro lugar, é possível perceber que a cláusula de não concorrência estabelece uma obrigação negativa, de não fazer: a parte obrigada deve abster-se de adotar atos que possam resultar em competição frente às atividades desenvolvidas pela parte que se beneficia da cláusula. Neste sentido, a cláusula de não concorrência é disposição restritiva de direitos, na medida em que afeta, temporariamente, o direito de livre iniciativa de um agente econômico.” (SILVA, Ricardo Villela Mafrá Alves da. Aplicação do artigo 1.147 do Código Civil à alienação do controle de sociedades empresárias. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c51a02c186f00636>, p. 9. Acesso em: 29 ago. 2021).

10 Sobre esse ponto, merece destaque a preocupação de Giovanni Ettore Nanni e Adriano Ferriani: “Daí decorre que toda forma de regulação tem como ponto central promover a competitividade honesta, evitando-se o abuso do poder econômico, a eliminação da concorrência e a majoração abusiva dos lucros, exigindo-se a intervenção do Estado para assegurar essas premissas.” (FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 4).

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

Ainda que não se proponha a instituir um compromisso geral de não concorrência, uma vez que direcionado exclusivamente aos contratos de *trespasse*, o dispositivo legal demonstra uma tendência do ordenamento jurídico a reconhecer a validade, conveniência e oportunidade de se restringir a concorrência em determinadas hipóteses, no intuito de preservar a atividade empresarial e evitar prejuízos à sociedade.

Há, ainda, outras normas esparsas que reforçam a percepção de que o ordenamento jurídico reconhece a licitude da limitação da concorrência. É o que se extrai de dispositivos (i) penais, notadamente o art. 195 da Lei da Propriedade Industrial, que veda a prática de uma série de atos, caracterizando-os como concorrência desleal; (ii) da Consolidação das Lei do Trabalho, especificamente seu art. 482, alínea (c), que traz como justa causa à rescisão do contrato de trabalho a prática de ato de concorrência ao empregador; e (iii) voltados à proteção do sistema econômico, a exemplo da Lei Federal n. 12.529/11.

Diante de todas essas considerações, é possível concluir pela licitude das cláusulas de não concorrência no ordenamento jurídico nacional. A constatação é corroborada pelo tratamento que outros ordenamentos vêm conferindo a essa espécie de compromisso, não apenas reconhecendo sua adequação aos valores que os orientam, mas até mesmo admitindo-o expressamente. É o caso do artigo 74 do Código Comercial alemão, do artigo 356 do Código das Obrigações suíço e dos Códigos Cíveis holandês e italiano, respectivamente em seus artigos 1.637 e 4.125.<sup>12</sup>

Nesse contexto, a discussão principal e mais urgente, portanto, deixa de girar ao redor da licitude desse tipo de compromisso, para focar na extensão, nos limites e nos parâmetros de validade que norteiem a celebração das cláusulas de não concorrência. Na conclusão de Eros Grau e Paula Forgioni:

---

12 NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 207.

Assiste razão a Paolo Greco, professor da Universidade de Turim e da Universidade Bocconi, ao ressaltar ser inútil, hoje em dia, retornar-se à questão da admissibilidade dos pactos que impedem ou limitam a concorrência. De fato, estamos agora diante de um problema de limites, de medida, como sempre ocorre quando tratamos da tutela da liberdade de comércio no ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

A instituição de *standards* objetivos na interpretação das cláusulas anticoncorrenciais é fundamental para que não se tornem, elas próprias, prejudiciais aos valores do ordenamento jurídico, principalmente à livre iniciativa econômica e ao livre exercício profissional. É sobre esses limites que o próximo capítulo se debruçará.

## **2. Parâmetros de validade.**

Desde que passaram a receber especial atenção da doutrina e jurisprudência, tem sido lugar comum dizer que as cláusulas de não concorrência não podem representar uma restrição total, incondicional e irrestrita ao exercício de determinada atividade. O fundamento por trás das exigências é tão simples quanto relevante: não permitir que o obrigado por esse tipo de compromisso fique impossibilitado, em absoluto, de exercer sua atividade profissional ou empresarial, sob as mais diversas perspectivas.

Ora denominadas *limitações*, ora consideradas *requisitos de validade*, as exigências irão dialogar com diferentes aspectos e são fundamentais na instituição das cláusulas de *non compete*, ao garantir

---

13 GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. “Cláusula de não concorrência ou de não restabelecimento”. In: GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula A. (Coords.), *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280.

que o compromisso não represente cerceamento absoluto ao exercício laboral e empresarial e possa vir a ser invalidado judicialmente.

As limitações menos controvertidas são aquelas relacionadas (a) ao tempo, (b) ao espaço e (c) ao objeto do compromisso, tendo sido as duas primeiras reconhecidas no paradigmático julgamento do Recurso Especial n. 1.203.109/MG.<sup>14</sup> A não observância de um ou mais<sup>15</sup> desses parâmetros levaria à invalidade ou pelos menos à revi-

---

14 “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. [...] CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Demanda em que se debate a validade e eficácia de cláusula contratual de não concorrência, inserida em contrato comercial eminentemente associativo. [...] 5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena. 6. São válidas as cláusulas contratuais de não concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela – valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente. 7. Recurso especial provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Recurso Especial 1.203.109/MG. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 05 maio 2015).

15 A cumulatividade dos requisitos é uma questão controversa tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O melhor entendimento, contudo, parecer ser o de que os requisitos são de fato cumulativos, isto é, para a cláusula de não concorrência ser válida os parâmetros quanto ao objeto, espaço e tempo devem ser observados, ou, como sustenta Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “ao menos, [...] da limitação temporal, complementada pela presença alternativa do limite espacial ou de ramo de atividade” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004, v. 1, p. 686-691.). Nesse mesmo sentido, ver: NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 205-219; MENDONÇA, Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 2, n. 462, Rio de Janeiro: Imprensa, 1963, p. 447-448; FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 28; NERY JUNIOR, Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos: prejudicialidade externa entre processos. *In: NERY JUNIOR., Nelson. Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2014, v. 7. Na jurisprudência: BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial 1.203.109-MG, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 05 maio 2015, votação unânime, o qual declarou que, pelo menos, são cumulativos os requisitos quanto ao tempo e quanto ao território. Em sentido contrário, é ver-se o entendimento de: COMPARATO, Fábio Konder. “As cláusulas de não concorrência nos shopping centers” *In: Revista de Direito Mercantil*, n. 97, p. 23-28, janeiro/março, 1995, p. 27-28; COELHO, Fábio Coelho. *Curso de direito Comercial*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 316; e BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 253-254.

são judicial da cláusula. Recentemente, outras limitações passaram a ser suscitadas, com maior ou menor grau de intensidade, notadamente: (d) a necessidade de haver uma contraprestação à obrigação de não-concorrer, (e) a acessoriedade do compromisso e (f) a existência de legítimo interesse para a estipulação desse tipo de obrigação.<sup>16</sup>

## 2.1. Limitação temporal.

O primeiro limite pacificamente atribuído às cláusulas de *non compete* é o temporal. Tais compromissos não devem instituir uma obrigação de não fazer demasiadamente longa, tampouco eterna. As partes devem estipular um prazo determinado e razoável ao longo do qual a obrigação produzirá efeitos, para, de um lado, garantir a proteção do fundo de comércio e, de outro, a livre iniciativa ou o livre exercício do trabalho de quem se submete aos seus efeitos.<sup>17</sup>

Como consequência natural dessa constatação, surge a indagação de qual seria o prazo razoável para que a cláusula de não concorrência restringisse o exercício profissional e a atividade empresarial.

A doutrina e jurisprudência usam, por analogia,<sup>18</sup> o prazo de 5

---

16 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 15.

17 Nesse sentido, Arnoldo Wald e Alberto Xavier destacam que “a razão de ser das restrições apontadas na doutrina limitação da cláusula no tempo e no espaço consiste em harmonizar a validade desta estipulação com o princípio constitucional de que ‘é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a ei estabelece’. (CF, art, 153, § 23.). Com efeito, o princípio da liberdade do trabalho seria ofendido se se estipulasse que alguém não poderia trabalhar em qualquer setor de atividade, em qualquer lugar e para todo o sempre. Mas, obviamente, essa liberdade não é atingida se a restrição for temporária livremente consentida e justamente retribuída” (WALD, Arnoldo; e XAVIER, Alberto. Pacto de não concorrência: validade e seus efeitos no Direito brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, v. 2, p. 847-863, dez. 2010).

18 V. a doutrina de Carlos Maximiliano: “Os dois efeitos diferem, quanto aos pressupostos, ao fim e ao resultado: a analogia pressupõe falta de dispositivo expresse, a interpretação pressupõe a existência do mesmo; a primeira [interpretação extensiva] tem por escopo a pesquisa de uma idéia superior aplicável também ao caso não contemplado no texto; a segunda busca o

anos previsto no art. 1.147 do Código Civil, segundo o qual “[n]ão havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”. Contudo, o prazo de 5 anos não é uma regra rígida e inflexível que deverá ser aplicada a todos os casos, a torto e a direito. Trata-se de mero parâmetro, que poderá ser adaptado, caso, por exemplo, a atividade no caso concreto exija um investimento tamanho a ponto de justificar da contraparte um afastamento maior do mercado em que atuava.<sup>19</sup>

O próprio Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, publicado em 2016, destacou que, muito embora a obrigação de não concorrência deva observar, a princípio, o período de 5 anos,<sup>20</sup> pode, “entretanto, esse prazo ser reduzido ou estendido a depender do período de maturação do negócio envolvido”.<sup>21</sup>

Para ilustrar melhor esse posicionamento, merece destaque o Ato de Concentração nº 08012.009211/2008-46, julgado pelo CADE em 12 de novembro de 2008. O caso versava sobre o contrato que regia a aquisição de ativos relacionados à produção e comercialização de produto veterinário, no qual foi estabelecida uma cláusula de não concorrência cujo prazo era de 10 anos. A Procuradoria sugeriu

---

sentido amplo de um preceito estabelecido; aquela de fato revela uma norma nova, esta apenas esclarece a antiga; numa o que se estende é o princípio; na outra, na interpretação, é a própria regra que se dilata” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 215).

19 Por outro lado, entende-se, *a contrario sensu*, que esse raciocínio possa ser aplicado para justificar a abusividade de uma cláusula de cinco anos, se os investimentos do caso concreto não fundamentem tal restrição, muito embora se reconheça que ônus probatório dessa hipótese seria mais alto.

20 Ratificando um posicionamento consolidado na Súmula nº 5 do CADE, 2009: “É lícita a estipulação de cláusula de não concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”.

21 Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/contribuicoes-da-sociedade/consulta-publica-sobre-proposta-de-novo-regimento-interno>. Acesso em: 29 ago. 2021.

sua redução para o prazo de cinco anos, usual nos contratos apreciados pelo CADE.

Em seu voto, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo ressaltou que a extensão da cláusula a períodos mais longos tem sido excepcionalmente aceita quando (a) os investimentos são mais vultosos, (b) estão envolvidos planos estratégicos de longo prazo, e (c) a maturação mais lenta e a tradição de relações duradouras com fornecedores e clientes justificam a dilação da cláusula. Portanto, com base nas particularidades do caso concreto, cujos investimentos demandavam recursos significativos e a implementação de medidas de longo prazo, considerou-se razoável o prazo de 10 anos.<sup>22</sup>

Em suma, as cláusulas anticoncorrenciais devem ter um prazo determinado, limitado e justificado com base na racionalidade econômica do negócio celebrado entre partes, de modo que não cerceiem excessiva ou indefinidamente a atividade de quem se submete às suas disposições. Muito embora o prazo de cinco anos funcione como regra geral, as circunstâncias do caso concreto devem ser levadas em consideração de sorte a justificar uma eventual redução ou prorrogação de tal prazo. Não havendo limite temporal na fixação do compromisso, doutrina e jurisprudência usualmente propõem restringir a cláusula para um período específico, garantindo sua validade, ainda que por um determinado prazo, em prestígio à autonomia privada.

## **2.2. Limitação territorial.**

Da mesma forma, a abrangência da cláusula de *non compete*

---

22 Nesse mesmo sentido, veja-se: CADE, A/C nº 08012.002814/2009-06, julgado em 17 de junho de 2009. O caso versava sobre a aquisição do controle individual sobre a Joint Venture Areva NP S.A.S., e suas afiliadas, pela Areva S.A. Na oportunidade, o CADE entendeu que a cláusula de não concorrência de oito anos prevista no acordo seria válida tendo em vista a especificidade do setor afetado, caracterizado por planos estratégicos de longo prazo e marcado por investimentos vultosos.



também deve ser geograficamente limitada ao território relevante de atuação das partes envolvidas para, assim, evitar uma disputa de mercado ou de clientela.<sup>23</sup> Por consequência, a obrigação de não competir deverá produzir efeitos apenas na “zona em que se trava a concorrência, não valendo fora do âmbito de influência dos estabelecimentos concorrentes”.<sup>24</sup>

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

A aplicação da limitação territorial é muito discutida quando se trata de estabelecimentos comerciais em *shoppings centers*.<sup>25</sup> Nesse

---

23 Nesse sentido, destaca-se, mais uma vez, a lição de Nelson Nery Junior, que aponta que “deve estar expresso na convenção contratual que a não concorrência restringe-se à área em que poderia, em concreto, haver uma disputa de mercado ou de clientela, ou seja, em áreas em que um dos concorrentes já está estabelecido; não é válida, portanto, cláusula que imponha a não concorrência fora da área geográfica que sofre influência dos estabelecimentos concorrentes” (NERY JUNIOR, Nelson, *Op. Cit.*, p. 8). No mesmo sentido caminham os ensinamentos de Wallace Corbo e Eduardo Takemi, segundo os quais: “A abrangência da cláusula deve-se limitar ao mercado relevante geográfico, restringindo sua delimitação espacial aos locais nos quais atura a sociedade empresária” (KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 290).

24 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *Op. Cit.*, p. 689.

25 Sobre o tema da concorrência em *shopping centers*, vale a transcrição dos ensinamentos de Fábio Konder Comparato: “Tais limitações indiretas à concorrência correspondem, sem dúvida, a um efeito natural do conjunto de contratos criadores do centro comercial, pois, tratando-se,

setor, é comum a estipulação de “cláusulas de raio”, que visam proteger os *shoppings*, a fim de evitar que os lojistas concorram contra o proprietário do empreendimento central. As cláusulas de raio são, portanto, um verdadeiro incentivo para que os lojistas concentrem todo o seu potencial em atrair clientela para o próprio *shopping*, convergindo seus esforços para o projeto comum. O foco é proteger a viabilidade e lucratividade da atividade econômica e, por esse motivo, tais cláusulas são reconhecidamente válidas.<sup>26</sup>

Entretanto, o entendimento que costuma prevalecer é de que as cláusulas de raio, quando impostas de forma irrestrita nos contratos de locação, têm o potencial de fechar o mercado, configurando conduta anticompetitiva. A jurisprudência do CADE<sup>27</sup> aponta que o parâmetro para aferição da validade das cláusulas de raio deve ser de 2 km, muito embora, mais uma vez, a definição objetiva dessa restrição possa variar à luz do caso concreto. Isso porque a razoabilidade da extensão do limite varia de acordo com uma série de fatores, como a natureza da atividade comercial e a densidade demográfica da região, justificando cláusulas de raio mais restritas em áreas metropoli-

---

como foi visto mais acima, de relações contratuais de organização, por meio da técnica grupal, a função econômica desses contratos vai no sentido de colaboração entre as partes e não da competição entre elas.” (COMPARATO, Fábio Konder, *Op. Cit.*, p. 27).

26 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n. 1535727/RS, Relator: Min. Marco Buzzi. Data do Julgamento: 20 jun. 2016, Data de Publicação: 20 jun. 2016. No caso, entendeu o Relator que “11. A aventada modificação unilateral das normas gerais complementares do empreendimento de 2.000 (dois mil) para 3.000 (três mil) metros de raio, desde que não tenha sido imposta unilateralmente para os contratos de locação em curso quando da modificação estatutária, não apresenta qualquer ilegalidade, pois, o dono do negócio pode impor limitações e condições para o uso de sua propriedade por terceiros”.

27 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46, Conselheiro Relator: Márcio de Oliveira Junior. Data do Julgamento: 22 jun. 2016, (Representante: Ministério Público Federal do Rio de Janeiro e Representada: Shopping Iguatemi em Porto Alegre); BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48, Conselheiro Relator João Paulo de Resende. Data do Julgamento: 11 nov. 2015 (Representante: CADE Ex Officio Representadas: Shopping Eldorado, Shopping Morumbi, Shopping Jardim Sul, Shopping Villa Lobos e Shopping Higienópolis).

tanais, como Rio de Janeiro e São Paulo, e outras mais amplas em áreas menos densamente povoadas.

### **2.3. Limitação material.**

Para ser válida, a cláusula de não concorrência deverá também ser restrita ao ramo de atividade desenvolvida pelo estabelecimento titular da clientela, não se estendendo a outro tipo de atividade empresarial.<sup>28</sup> Assim, entende-se que a cláusula de *non compete* deve ser lida e interpretada à luz do mercado de atuação do sujeito em favor de quem é celebrada, não apenas sob o ponto de vista geográfico, mas também relativamente ao produto ou serviços relevantes à atividade exercida.

Com efeito, se o fundamento da licitude da cláusula de não concorrência reside ora no risco de desvio de clientela do estabelecimento, ora na transferência de *know-how* da companhia para concorrentes, tais cláusulas deverão, então, ser lidas na estrita medida das razões que justificam sua validade. Caso contrário, tais compromissos seriam meramente instrumentos limitadores da livre concorrência.

Dessa forma, não há muita dúvida de que, caso o dono de uma rede de academias venda seus estabelecimentos (ou a participação societária referente a tal empreendimento) para um terceiro, o alienante poderá investir, por exemplo, em uma rede de restaurantes. Cláusulas excessivamente amplas e abstratas, que impeçam aquele que se submete a seus efeitos de praticar toda e qualquer atividade, naturalmente não devem ser ratificadas *in totum* pelo intérprete, que deve limitá-las ao escopo de atuação do sujeito beneficiário pelo

---

28 Nesse sentido: NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 210; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *Op. Cit.*, p. 689; NERY JUNIOR, Nelson, *Op. Cit.*, p. 7-8; e GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. A cláusula de não concorrência nos contratos de franquia: considerações acerca da função social do contrato e da boa-fé objetiva. *Revista de direito privado*, v. 84, p. 51-73, dez. 2017).

compromisso. Contudo, há exemplos que residem em uma zona cinzenta, nos quais será mais desafiador definir se o campo de atuação de um empreendimento abrange, ou não, determinada atividade.

Importa, ainda, reforçar que a análise da amplitude objetiva da cláusula de não concorrência demanda um estudo de dados concretos e técnicos acerca do que define a atividade desenvolvida e dos riscos concorrenciais que lhe possam ser causados, análise que naturalmente ultrapassa aspectos eminentemente jurídicos.<sup>29</sup> Um bom parâmetro para ajudar na determinação do mercado de atuação do beneficiário da cláusula de *non compete* é a análise do objeto social da sociedade previsto no contrato ou estatuto social. Muito embora as cláusulas que versam sobre o objeto social sejam geralmente amplas, invariavelmente elas são um bom indicativo acerca do ramo e do tipo de atividade que os sócios visam desenvolver.

## **2.4. Contraprestação.**

Um requisito recorrentemente trazido para questionar a validade das cláusulas de não concorrência é a eventual ausência de contraprestação à pessoa que deixará de atuar no setor de mercado estabelecido no compromisso contratual.<sup>30</sup> Essa exigência é de aplicação menos pacífica e, muitas vezes, é lida e aplicada de forma superficial.

A necessidade de contraprestação como requisito à validade das cláusulas de *non compete* deve ser lida sob uma ótica simples, mas nem sempre bem compreendida: as cláusulas de não concorrência devem ser interpretadas como negócios jurídicos bilaterais, isto é, um negócio jurídico caracterizado “pela reciprocidade das presta-

---

29 No caso de investimento robusto em programas de nutrição e treino *fitness online* (incluindo aplicativos, *websites* e outras mídias), seria possível caracterizar tal empreendimento como concorrente aos estúdios físicos de academia?

30 NERY JUNIOR, Nelson, *Op. Cit.*, p. 6-8.

ções”, em que “[c]ada uma das partes deve e é credora, simultaneamente”.<sup>31</sup> Por conta de tal bilateralidade entre as prestações, deverá o intérprete identificar um sinalagma entre elas, exigindo uma prestação em favor de quem se submete à limitação de concorrência.<sup>32</sup>

Com efeito, se, de um lado, há o adquirente do fundo de comércio (credor da obrigação de não-fazer); do outro lado, há antigo dono do fundo (devedor da obrigação de não-fazer), o qual terá um prejuízo econômico ao deixar de atuar no ramo que ele domina por certo período e em determinado espaço territorial. Ainda assim, não se pode exigir uma remuneração específica decorrente exclusivamente da cláusula de não concorrência. Isso porque, no contrato de trespasse, por exemplo, as partes preveem uma série de termos e condições específicos, dentre elas o preço e a forma de pagamento pela aquisição do fundo de comércio. E é justamente nessa rede de obrigações recíprocas, notadamente no valor pago pela transferência, que reside, ainda que indiretamente,<sup>33</sup> a contraprestação pela obrigação de não-concorrer.<sup>34</sup> Mesma lógica orienta, por exemplo, o impe-

---

31 PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, v. 3, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 140-142.

32 Nesse sentido ensina o autor italiano Tulio Ascarelli: “nos contratos bilaterais, podemos identificar uma relação sinalagmática, enquanto a obrigação de uma das partes dependa da existência de uma obrigação válida contrária ou enquanto a inexecução da obrigação de uma das partes autorize a não-execução da obrigação da parte contrária” (ASCARELLI, Tulio. *Problema da Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 157). Ainda sobre a definição de sinalagma, ver a lição de Antonio Junqueira Azevedo (AZEVEDO, Antonio Junqueira. (Parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, p. 363).

33 O próprio Professor Antonio Junqueira Azevedo já discorria sobre a possibilidade de haver sinalagmas indiretos que seriam característicos, por exemplo, em contratos de colaboração e associativos (AZEVEDO, Antonio Junqueira, *Op. Cit.*, p. 363).

34 De forma análoga, veja-se o caso do profissional que se desliga da empresa, trazido pelo Professor José Roberto Castro Neves. O autor explica que, nesse momento, uma série de obrigações são contratadas entre o ex-empregado e a antiga empregadora, como prêmios, gratificações, seguros, etc. Assim, seria natural que a cláusula de não concorrência venha inserida nesse acordo, sem que se faça referência diretamente à remuneração decorrente do dever de não

dimento de concorrer em contratos de alienação de participação societária.

É possível, ainda que a contraprestação pela obrigação de não concorrer tenha outras facetas. Imagine-se, por exemplo, uma cláusula de não concorrência inserida no bojo de um contrato de trabalho, limitando a atividade do empregado por determinado tempo após sua saída da sociedade que o empregava. Nesse caso, poderão ser interpretadas como contraprestação da obrigação de não concorrer o conjunto de multas e/ou verbas indenizatórias devidas em razão do encerramento forçado do vínculo e/ou, até mesmo, o salário do empregado, que naturalmente é influenciado pela limitação que lhe será imposta após sua o encerramento do vínculo de trabalho.

Tal raciocínio pode ser analogamente aplicado no contexto da relação jurídica entre uma sociedade e seus diretores estatutários, muito embora tais situações tenham naturezas jurídicas distintas. Destaca-se, contudo, que o encerramento seja do contrato de trabalho ou do vínculo entre diretor e uma sociedade pode ocorrer por uma série de razões, de sorte que o ordenamento jurídico não precisa tutelar todas essas situações de maneira idêntica. Ora as partes podem prever, no contrato, consequências jurídicas distintas para a destituição sem justa causa de um diretor, para su destituição por justa causa e para renúncia espontânea do diretor ao seu cargo.

No primeiro cenário, a obrigação de não concorrer só parece ser merecedora de tutela se estiver atrelada ao pagamento de alguma espécie de multa ou outra contraprestação pecuniária qualquer capaz

---

trabalhar para empresa rival, mas haja vantagem econômica do contratado que justifique o dever negativo (NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 211). Nesse sentido, destaca-se o entendimento do Desembargador Cesar Ciampolini ao julgar como válida cláusula que limitava a atuação do ex-Diretor Presidente de uma companhia aberta que havia renunciado a seu cargo, imotivadamente: “A compensação pela contratação da não concorrência, aliás, não é uma exigência apontada de forma unânime pela doutrina nem nas relações laborais e, assim sendo, torna-se ainda mais discutível numa relação empresarial e estatutária” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª CRDE, Agravo de Instrumento nº. 2172981-45.2016.8.26.0000, Relator: Cesar Ciampolini. Data de Julgamento: 09 nov. 2016).

de justificar e remunerar o diretor pelo tempo em que permanecerá impossibilitado de atuar como tal. Isso porque, como o encerramento do vínculo ocorreu por iniciativa da sociedade, seria abusivo reconhecer a validade de uma cláusula que impedisse um diretor executivo de exercer sua profissão por uma decisão unilateral e desmotivada da sociedade. Por outro lado, no segundo e no terceiro cenários, pode ser reconhecida como válida a obrigação de não concorrer, não obstante a ausência de uma multa ou contraprestação direta, uma vez que o encerramento do vínculo se deu, respectivamente, por culpa ou vontade do próprio diretor.

Em outras palavras, a contraprestação deve estar associada, em caráter mais amplo, ao equilíbrio da relação contratual, impedindo que uma das partes seja submetida indevidamente a um compromisso unilateral de não concorrer, que representaria, nessas condições, imposição de um simples impedimento do exercício da atividade profissional. À guisa de parcial conclusão, não há óbices em que se reconheça a contraprestação como requisito à validade da cláusula de não concorrer. Essa exigência, contudo, deve ser lida em uma chave complexa, que leve em consideração a integralidade da relação contratual existente entre os sujeitos e o equilíbrio das prestações, e não como uma mera contraprestação pecuniária direta e imediata, devida exclusivamente por força da obrigação *non compete*.

## **2.5. Acessoriedade.**

Há também outro requisito muitas vezes ignorado pela doutrina e jurisprudência civilistas, mas trazido com frequência nas decisões administrativas do CADE:<sup>35</sup> a natureza acessória das cláusulas de

---

35 Remete-se ao caso *Mitchel v Reynolds* do século XVIII em que se distinguiu as restrições à concorrência entre gerais e particulares. Ao passo que as restrições gerais deveriam ser consideradas ilegais, já que eram estabelecidas apenas com o objetivo de limitar a concorrência, as chamadas restrições particulares, que via de regra são firmadas como estipulações acessórias de uma transação principal, poderiam ser válidas, a depender da análise do caso concreto,

não concorrência.<sup>36</sup> Em resumo, o requisito da acessoriedade impede que a cláusula de *non compete* seja um fim em si mesma, evitando que se torne um mero instrumento estratégico para afastar artificialmente possíveis concorrentes. Como se pode perceber, há uma relação latente entre a acessoriedade desse tipo de compromisso e a exigência de contraprestação em razão da sua celebração.

A validade da cláusula, como um todo e também especificamente de cada um dos seus limites (territorial, temporal e material), deve estar amparada por uma função jurídica, a qual poderá ser, muitas vezes, reconhecida no caso concreto a partir de uma análise econômica do negócio. Isto é, a extensão da obrigação de não concorrer só será merecedora de tutela jurídica na medida em que seja instrumento para o desenvolvimento e o sucesso de um determinado negócio ou atividade empresarial.<sup>37</sup>

O compromisso desempenha um objetivo claro: preservar a legítima expectativa de lucratividade do empreendimento, seja impedindo o desvio de clientela, seja evitando a transferência de conhecimento e *know-how*. Assim, mitigam-se eventuais perdas econômicas

---

sempre levando em conta a razoabilidade. Um segundo caso que traz referência ao requisito da acessoriedade é o chamado *US v. Addyston Pipe & Steel*, em que se firmou a doutrina das *Ancillary Restraints*, segundo a qual as restrições são aceitáveis quando inseridas num contexto maior de uma operação, de modo que essa obrigação de não concorrer seria apenas um elemento auxiliar, acessório, subordinado, mas essencial ao sucesso da transação.

36 Guia de análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado em 2016 pelo Cade – item nº 6; KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 281; NAVAS, Amanda R. E. Análise in casu de cláusulas de não concorrência em contrato de distribuição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 929, p. 1209-1246, mar. 2013; e GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. A cláusula de não concorrência nos contratos de franquia: considerações acerca da função social do contrato e da boa-fé objetiva. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 84, p. 51-73, dez. 2017).

37 Wallace Corbo e Eduardo Takemi dão um passo além para, amparando-se na jurisprudência do CADE, considerar que a cláusula de não concorrência deve ser dotada de essencialidade em relação ao negócio principal (KATAOKA, Eduardo Takemi; e CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 281).



que o adquirente de determinado empreendimento terá, caso seu parceiro passa a com ele concorrer.

Em rigor, a cláusula de não concorrência não pode ser celebrada impositivamente, como um fim em si mesmo, no exclusivo intuito de retirar determinado *player* do mercado sem motivos fáticos ou jurídicos que justifiquem essa obrigação. Dependerá, ao revés, da existência de um negócio ou atividade que justifique, do ponto de vista econômico e financeiro, a restrição da atividade concorrencial. Se não há benefício – ou ao menos mitigação de riscos – àquele em favor de quem a cláusula é celebrada, sua instituição não merecerá tutela pelo ordenamento jurídico.

Isso não significa dizer que a obrigação anticoncorrencial não possa ser o elemento central de determinado instrumento jurídico ou mesmo objeto de um negócio jurídico autônomo, voltado exclusivamente para esse fim, desde que se insira no contexto de um negócio mais amplo com concessões e obrigações mútuas.

Mais uma vez, ressalte-se ainda que a validade de tal cláusula (e o *design* do seu escopo de aplicação) deverá ser interpretada à luz do caso concreto, da atividade prestada e das partes envolvidas, e principalmente deverá ser verificado se há ou não assimetria informacional e econômica na relação. A imposição de uma obrigação de não concorrência desacompanhada de outras concessões e obrigações mútuas e desprovida de legítimas justificativas econômicas, como um fim em si mesmo, pode representar o exercício de uma posição abusiva por parte daquele em favor de quem a cláusula é celebrada, em detrimento daquele que está submetido às suas disposições.

## **2.6. Legítimo interesse.**

Finalmente, há, ainda, quem sustente a existência de um último requisito de validade: a existência de legítimo interesse do beneficiário da cláusula de *non compete* que justifique a restrição da con-

corrência imposta ao devedor da obrigação. Nas palavras de Adriano Ferriani e Giovanni Ettore Nanni:

A respeito do legítimo interesse do credor, deve-se perquirir se a cláusula de não concorrência é necessária ao credor, isto é, se resulta de imperativo justificável, razoável e proporcional ao credor no bojo de seu ramo de atividade empresarial ou se tem por objetivo, unicamente, causar dano ao devedor.<sup>38</sup>

Como se percebe, a exigência é marcada por elevada abstração e, ao fim e cabo, não parece se distanciar do inerente controle valorativo do conteúdo e das limitações necessárias à validade desse e de qualquer outro compromisso celebrado no exercício da autonomia privada, devendo, ao revés, ser extraído dos demais requisitos de validade apresentados ao longo desse breve trabalho.

O merecimento de tutela<sup>39</sup> das cláusulas de não concorrência pressupõe a existência de um legítimo interesse que justifique a sua celebração, inclusive limitando a obrigação de não fazer para que não ultrapasse a finalidade para a qual se destina. Tais compromissos só deverão ser tutelados pelo intérprete caso suas disposições e delimitações sejam adequadas à defesa legítima do fundo de comércio e da clientela daquela em favor de quem são instituídos. Em ou-

---

38 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 36.

39 Eduardo de Nunes Souza, ao apresentar o filtro do merecimento de tutela, o define como a contraposição de interesses lícitos e legítimos que, quando em conflito, devem ser valorados e sobrepesados, no intuito de se aferir qual deles é predominante na concretização dos valores do ordenamento jurídico: “Por vezes, porém, atos particulares que não apresentam fundamento para sua supressão podem sujeitar-se a outra espécie de valoração, baseada em seu potencial de promover valores do ordenamento. Esse julgamento, o merecimento de tutela aqui proposto em sentido estrito, não classifica os atos como ilegítimos ou legítimos (ainda que, ao final, um dos atos venha a ser reprimido), mas procura identificar qual deles deve merecer tutela privilegiada em face do outro no caso concreto.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 58, abr./jun. 2014).

tras palavras, a validade das cláusulas anticoncorrenciais pressupõe que os interesses por trás da sua celebração sejam legítimos e conformes o ordenamento jurídico. Trata-se, ao fim e cabo, de um controle valorativo da extensão das cláusulas, necessário para justificar a sua existência e a sua extensão, sendo certo que, caso sejam excessivas e demasiadamente amplas, revelar-se-ão contrárias aos valores que buscam tutelar e, nesse passo, não deverão ter sua validade reconhecida pelo intérprete.

O intérprete, portanto, não estará alheio ao exame do legítimo interesse quando avaliar se, por exemplo, uma obrigação de não-competição abrange desnecessariamente atividades que não estão necessariamente vinculadas ao mercado relevante do interessado; que ultrapassam seu território de atuação; ou que são excessivas do ponto de vista temporal, considerando o perfil e natureza da atividade exercida. Da mesma forma, deve-se perquirir se a cláusula de não concorrência foi estipulada em função do sucesso de um negócio efetivo, remetendo-se, assim, ao requisito da acessoriedade. A avaliação sobre se a cláusula de *non compete* atende aos requisitos listados nesse trabalho é pressuposto à verificação de seu merecimento de tutela e, portanto, à presença de um legítimo interesse que a oriente.

Em suma, a existência e a extensão das cláusulas de não concorrência devem ser proporcionais e adequadas aos interesses em jogo e, principalmente, aos valores do ordenamento jurídico que justificam a licitude desse tipo de compromisso. Esse controle, contudo, é inerente a qualquer ato praticado em livre exercício da autonomia privada, que deve ser sempre exercida de acordo com os valores do ordenamento. A ideia de legítimo interesse como um novo e específico requisito de validade das cláusulas de *non compete*, para além dos demais já explorados anteriormente, parece-nos mera tautologia.<sup>40</sup> O legítimo interesse, ao contrário, perpassa e se concretiza jus-

---

40 Nesse sentido, destaca-se a lição de Arnaldo Wald, Alberto Xavier, que já relacionavam a limitação temporal e geográfica com a ideia de legítimo interesse: “42. Colocando-nos seja no campo do Direito do Trabalho, seja no do Direito Civil, não vemos motivo para discutir a

tamente na aplicação dos demais parâmetros de validade das cláusulas, fundamentais ao reconhecimento do seu merecimento de tutela.

### **3. Dever de não concorrência em caso de omissão legal e contratual.**

Cumpre, agora, tecer comentários acerca de aspecto especialmente polêmico das cláusulas de *non compete*, a saber, se existe ou não de um dever abstrato de não concorrência quando não há previsão legal ou contratual instituindo-o. Em outras palavras, não se estando diante de um contrato de trespasse – e, portanto, tampouco de aplicação do art. 1.147 do Código Civil – e sendo as disposições contratuais omissivas quanto ao tema, há de se reconhecer uma cláusula implícita de não concorrência?

Essa discussão foi antecipada no *leading case* brasileiro, cuja conclusão foi diametralmente oposta ao que hoje determina o art. 1.147 do Código Civil. Em julgamento que remonta à década de 1910, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a renúncia ao direito de exercer determinada atividade deveria ser expressa, permitindo, assim, ao Conde Álvares Penteado, retirante da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, continuar a exercer seu ofício.<sup>41</sup> Concluiu-se, em síntese, pela inexistência de uma obrigação implícita de não concorrência, com possibilidade de que o Conde praticasse sua atividade pro-

---

licitude da cláusula de não concorrência, desde que limitada no tempo e no espaço, correspondendo a um interesse legítimo das partes e tendo tido uma adequada compensação contratual, conforme bem salientaram as leis estrangeiras, os acórdãos dos tribunais e os autores que se dedicaram ao estudo da matéria” (WALD, Arnoldo; XAVIER, Alberto, *Op. Cit.*, p. 9-10).

41 FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. O restabelecimento do alienante após a transferência do estabelecimento. *Revista Jurídica – Instituição Toledo de Ensino*, n. 23, 1998, p. 116-118. Para uma análise mais aprofundada do instigante episódio, que contou com a participação de diversos juristas de renome da época veja-se: PAES, Paulo Roberto Tavares. *Da concorrência do alienante do estabelecimento comercial*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 19-33; e DUVAL, Hermano. *Concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 237-246.

fissional, em concorrência com a Companhia, em que pese tivesse se retirado da sociedade recentemente.

Muito embora não se possa desconsiderar que o ordenamento jurídico e os valores vigentes à época fossem totalmente distintos, a referência histórica contribui para demonstrar, simultaneamente, a relevância do tema, sua sensibilidade, não raro sendo objeto de instigantes discussões práticas, e a multiplicidade de entendimentos que o permeiam.

Defendeu-se, no Capítulo II mais acima, que as diversas normas extraídas de todo o ordenamento jurídico permitem concluir pela inequívoca licitude dos compromissos de não concorrência, desde que levem em consideração os diversos requisitos de validade ao qual devem se submeter, a fim de não restringir excessivamente a livre iniciativa econômica, a livre atividade empresarial e o direito ao trabalho.

Essa constatação, contudo, não equivale ao reconhecimento de um dever geral e abstrato de não concorrência. Não há como se desconsiderar o eloquente silêncio do legislador em trazer uma norma que instituisse uma obrigação dessa natureza e que fosse dotada de tamanha amplitude. O Código Civil, a bem ver, limitou um dever de não concorrência exclusivamente aos contratos de trespasse, no referido art. 1.147.

A omissão não soa despropositada. O estabelecimento comercial é elemento marcante da sociedade empresária, possuindo grande papel na captação da clientela e na sua fidelização. A vedação legal à concorrência fixada no Código Civil, nesse passo, tem por objetivo impedir que o alienante do estabelecimento se restabeleça no mesmo mercado após a operação, oferecendo concorrência ao adquirente e causando desvio de clientela.<sup>42</sup>

---

42 SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da, *Op. Cit.*, p. 16.

Nesse contexto, a menção específica à obrigação de não concorrência exclusivamente para essa espécie contratual parece demonstrar uma preocupação do legislador em não estendê-la a outras atividades negociais. Mesma lógica orienta a previsão contida no art. 482, alínea *c*, da CLT. Nesse caso, a vedação legal decorre da proteção do empregador, evitando que, durante a vigência do contrato de trabalho, o empregado se valha de seu vínculo empregatício para fazer concorrência àquele que o emprega. Também nesse caso o escopo da norma restritiva é específico e bem delimitado.

A existência de um dever implícito de não concorrência se mostra controverso em operações societárias, em especial no contexto de alienação do controle acionário. Diversos autores que defendem a aplicabilidade do art. 1.147 à alienação da participação societária, fazendo-o com base principalmente na similitude entre esse tipo de operação e a alienação do estabelecimento. Nesse sentido é o posicionamento de Adriano Ferriani e Giovanni Ettore Nanni<sup>43-44</sup>:

Não há diferença substancial entre os regimes jurídicos aplicáveis, porque não só a natureza da cláusula de não concorrência remanesce a mesma, como notadamente o interesse jurídico de proteção da livre concorrência e da livre iniciativa estará sempre presente, além do interesse eco-

---

43 O entendimento é compartilhado por GRECHI, Frederico Price, “A Cláusula de não Concorrência na Cessão do Estabelecimento Empresarial na Perspectiva Civil-Constitucional”. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.), *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 364.

44 Também Fábio Konder Comparato, ao discorrer sobre as cláusulas de não concorrência em contratos de *shopping centers*, defende a existência de uma obrigação implícita nesse sentido, ainda que fazendo referência ao regimento interno dos grandes estabelecimentos comerciais: “Pode-se, pois, sustentar que essas limitações à concorrência, sendo um efeito natural dos contratos de constituição e exploração dos centros comerciais, existem sempre como cláusula implícita e devem ser aplicadas, mesmo na ausência de estipulação expressa. Ao celebrarem contrato de locação de dependências num shopping center os comerciantes lojistas aderem ao regimento interno e, portanto, aceitam convencionalmente as normas limitadoras da concorrência.” (COMPARATO, Fábio Konder, *Op. Cit.*, p. 27-28).

nômico envolvido a respeito do conglomerado de ativos envolvidos em negócios dessa natureza, incluindo a expectativa da geração de proventos por intermédio da clientela, assim como o retorno dos investimentos efetuados.<sup>45</sup>

Em sentido contrário, há quem se posicione pela inexistência de uma obrigação implícita de não concorrência nas hipóteses em que houver omissão legal e contratual, e, portanto, pela inaplicabilidade da regra do *trespasse* às alienações societárias, inclusive às operações de alienação societária. O fundamento, nesse caso, está associado (i) ao princípio da legalidade, que impede a instituição de obrigação legal não prevista em lei e não extraída do ordenamento jurídico, (ii) à defesa da autonomia privada e (iii) à impossibilidade de aplicação analógica de determinação legal que represente restrição de direitos. No entendimento<sup>46</sup> de Eduardo Takemi Kataoka e Wallace Corbo: “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”.<sup>47</sup>

---

45 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 24.

46 O entendimento é compartilhado por Ricardo Villela Mafrá Alves da Silva: “Não obstante a similaridade dos efeitos econômicos gerados pela alienação de controle societário e pela transferência de estabelecimento, acredita-se que a resposta seja negativa. O artigo 1.147 do Código Civil, em razão de sua natureza, não comporta interpretação extensiva ou por analogia.” (SILVA, Ricardo Villela Mafrá Alves da, *Op. Cit.*, p. 17-19).

47 KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 286. Ao defender tal posicionamento, os autores trazem a seguinte fundamentação: “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 decorre 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”.

Também a jurisprudência vacila. No Tribunal de Justiça de São Paulo é possível encontrar julgados que ora reconhecem um dever implícito de não concorrer no caso de exercício do direito de retirada<sup>48</sup> e que ora afastam esse tipo de obrigação, diante da inexistência de convenção contratual nesse sentido.<sup>49</sup>

Atualmente, prevalece na jurisprudência o entendimento pela inaplicabilidade do art. 1.147 a situações que não sejam relativas à alienação do estabelecimento, justamente em razão da impossibilidade de que seja atribuída interpretação extensiva a norma restritiva de direitos. Veja-se, a título exemplificativo, julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, este último no qual a matéria de fundo não chegou a ser decidida, por incidência dos óbices previstos nas Súmulas 5 e 7 do Tribunal:

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ATO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL C.C. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. CESSÃO DE QUOTAS SOCIAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL DE NÃO CONCORRÊNCIA POR PARTE DO SÓCIO CEDENTE DAS QUOTAS. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 1.147 DO CÓDIGO CIVIL, QUE TRATA DO TRESPASSE DE

---

48 “Abstenção de prática de concorrencial desleal em atividade empresarial. Sócio retirante que constitui 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. [...]” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 9142767-40.2002.8.26.0000, Relator: Des. José Roberto Bedran. Data do Julgamento: 18 maio 2002).

49 “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 [...]. Não há caracterização de concorrência desleal. A livre concorrência é um dos princípios que regem a atividade econômica [...]” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº. 9195254-11.2007.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Ribeiro da Silva. Data do Julgamento: 14 dez. 2011).



ESTABELECIMENTO. INTERPRETAÇÃO RESTRI-  
TIVA. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA.  
RECURSO NÃO PROVIDO.<sup>50</sup>

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO  
ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DISSO-  
LUÇÃO DA SOCIEDADE. INAPLICABILIDADE  
DO ARTIGO 1147 DO CÓDIGO CIVIL. NEGATI-  
VA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO  
OCORRÊNCIA. MATÉRIA QUE DEMANDA REE-  
XAME DE FATOS, PROVAS E CLÁUSULAS CON-  
TRATUAIS. SUMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO IN-  
TERNO NÃO PROVIDO.<sup>51</sup>

O entendimento que vem prevalecendo é, a nosso ver, acerta-  
do. A especificidade das normas extraídas dos art. 1.147 do Código  
Civil e art. 482, c, da CLT não permitem o reconhecimento de um  
dever geral, abstrato e genérico de não concorrência. Dessa forma,  
sem manifestação das partes nesse sentido, a obrigação de não con-  
corrência não pode ser automaticamente transferida, de forma inte-  
gral, para outros tipos contratuais e atividades negociais que não o  
trespasse, como, por exemplo, a cessão e venda de quotas ou ações  
ou, até mesmo, a incorporação de sociedades, em especial diante da  
elevada complexidade desse tipo de operação.

Ainda que, como defendido ao longo desse trabalho, a valida-  
de das cláusulas de não concorrência possa ser extraída diretamente  
de outros dispositivos, inclusive de matriz constitucional, o reconhe-  
cimento de uma obrigação tão ampla violaria os mesmos valores que  
as cláusulas de não concorrência buscam concretizar, notadamente a  
livre iniciativa econômica e a livre concorrência. As amarras que se-

---

50 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial  
Apelação Cível n. 1020995-55.2016.8.26.0196, Relator: Des. Alexandre Lazzarini. Data do Julga-  
mento: 15 jul. 2020.

51 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo Interno no Agravo em Recurso  
Especial nº. 1.239.219/RS, Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 08 mai. 2018.

riam geradas caso se instituísse uma obrigação dessa natureza seriam excessivas e impactariam negativamente na própria atividade negocial.

Como indicado, a norma extraída do art. 1.147 do Código Civil traz evidente carga restritiva de direitos, de modo que deve ser interpretada de forma estrita, não podendo ser objeto de processo analógico ou de interpretação extensiva.<sup>52</sup> Nesse sentido, veja abaixo doutrina especializada no assunto:

O princípio geral de hermenêutica – as leis que abrem exceção a regras gerais ou restringem direitos só abrangem os casos que especificam – corresponde à repulsa da analogia na aplicação dessas leis, equivale à interpretação estrita dessas mesmas leis.

Embora não fosse expressamente consignado na Lei de Introdução do Código Civil, tal princípio é reconhecido por nossa doutrina e jurisprudência, inclusive pela do Supremo Tribunal.<sup>53</sup>

Essa constatação não impede, contudo, que as disposições normativas que orientam a aplicação do art. 1.147 sejam utilizadas para balizar a interpretação de cláusulas de não concorrência constantes em outros tipos contratuais. A título de exemplo, caso um contrato de compra e venda de quotas sociais não contenha uma cláusula de não concorrência, o comprador não poderá impor a vedação do art. 1.147 do Código Civil. Por outro lado, caso outro contrato dessa natureza preveja uma cláusula anticoncorrencial, mas não estipule um prazo de vigência<sup>54</sup> ou, ainda, estipule um prazo excessivo<sup>55</sup>, o

---

52 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, v. 1, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 87.

53 SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 435-436.

54 Nesse sentido, v. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 16ª Câmara Cível,

intérprete poderá fazer uso da analogia do prazo de cinco anos do art. 1.147 do Código Civil a fim de conservar a vontade das partes de sujeitar o devedor a uma obrigação de não-concorrer e, ao mesmo tempo, afastar eventual abusividade da disposição contratual. A aplicação da norma legal, nesse caso, concretiza a autonomia das partes em instituir a obrigação de *non compete*.

A dúvida sobre a existência de um dever implícito de não concorrer surge também no âmbito das sociedades limitadas. Muito embora tanto a conclusão quanto o seu fundamento sejam discutíveis, há de se apontar que alguns autores defendem que a aplicação dos deveres de lealdade dependerá das características da sociedade e de seus sócios. Isto é, quanto mais forte for o caráter pessoal da sociedade, centrada essencialmente na figura dos sócios e com uma estrutura enxuta, torna-se mais relevante admitir um dever implícito de não competir, sob risco de violação à lealdade. Em sociedades marcadas pela importância do capital, e menos pessoais, o reconhecimento de uma obrigação nesse sentido sem expressa previsão contratual seria mais remoto.<sup>56</sup>

---

Apelação Cível nº. 1.0024.06.044308-2/002 (0443082-97.2006.8.13.0024), Relator: Des. Wagner Wilson. Data de Julgamento: 20 mar. 2013, no qual o prazo de 5 anos do art. 1.147 do Código Civil foi aplicado, por analogia, à hipótese de sócio retirante vinculado à cláusula de não concorrência sem limitação temporal previsto instrumento de alteração contratual.

55 Nesse sentido, v. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 6ª CC, Apelação Civil nº. 70036049377, Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. Data de Julgamento: 08 nov. 2012, v.m, no qual a cláusula de não concorrência não respeitou os limites temporal, espacial e material, mas ela não foi declarada nula. O tribunal reconheceu a abusividade parcial da cláusula e ela foi readequada.

56 “Por um lado, silentes os contratos sociais, o aplicador do direito deverá se debruçar nas características específicas da sociedade sob estudo. No caso dessa sociedade limitada constituir uma sociedade de pessoas – com características pessoais –, entendemos que o dever de não competir seria implícito a essa sociedade, somente podendo ser violado mediante autorização expressa dos demais sócios. Por outro, tratando-se de uma sociedade eminentemente de capital, tal obrigação não poderia ser presumida, devendo constar no contrato social e nos documentos societários a expressa vedação ao dever de não competir. Assim, inverte-se a presunção aos olhos da lei.” (NASCIMENTO, Bruno Maglione; ARAÚJO, Caio Vasconcelos; IDEHARA, Cristiana; e LONGA, Daniel Pinheiro. Do dever de não competir dos sócios de uma sociedade

Finalmente, há ainda um último comentário relevante. A inexistência de um *dever implícito* de não concorrência não autoriza que as partes atuem em desacordo com as normas de boa-fé que orientam as relações contratuais e a prática negocial. Dentre as três funções amplamente atribuídas à boa-fé objetiva<sup>57</sup>, ganha relevância, para o presente estudo, aquela que impõe o respeito a deveres anexos à prestação principal, especialmente o dever de lealdade.

Em rigor, da mesma forma que os corolários da boa-fé objetiva devem orientar a interpretação da cláusula de não concorrência, direcionando seu escopo de incidência, tampouco a inexistência de compromisso desse tipo permite às partes agir de modo desleal para propositadamente captar a clientela alheia com base em iniciativas ilícitas, valendo-se, por exemplo, de informações exclusivas a que se teve acesso em razão da relação prévia com o agora concorrente – como base de clientes ou outras informações negociais sensíveis – ou do uso estabelecimento ou nome empresarial similares.<sup>58-59</sup>

---

limitada. *Revista de Direito Privado*, v. 98/2019, p. 109–125, mar./abr. 2019).

57 Confira-se, para todos, a lição de Anderson Schreiber: “Do ponto de vista dogmático, tem-se, por toda parte, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico, a saber (a) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (b) função restritiva do exercício de direitos; e (c) função criadora de deveres anexos à prestação principal.” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 404).

58 Quanto a esse último aspecto, o risco de confusão do público é inclusive um dos elementos determinantes que orientam o Instituto Nacional da Propriedade Industrial a permitir ou não o registro de marcas. Confira-se o item 5.11 de seu Manual: “A análise da possibilidade de colidência entre os sinais em cotejo compreende a avaliação de seus aspectos gráfico, fonético e ideológico com o objetivo de verificar se as semelhanças existentes geram risco de confusão ou associação indevida. Trata-se, portanto, de etapa essencial do exame do requisito da disponibilidade, juntamente com a análise da afinidade mercadológica, abordada no item 5.11.2 Exame da afinidade mercadológica”.

59 O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que duas marcas que transmitem a mesma ideia não podem conviver, sob risco de causar confusão ao público: “RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITO MARCÁRIO. AÇÃO DE NULIDADE. SINAIS EVOCATIVOS. REGISTRABILIDADE. SUFICIENTE DISTINTIVIDADE. IMITAÇÃO IDEOLÓGICA. OFENSA AO ART. 124, XIX, DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. [...] 4- A Lei 9.279/96 contém previsão específica que impede o registro de marca quando se constar a

Esses deveres anexos se perpetuam mesmo após a extinção do contrato e o encerramento de sua eficácia imediata. Nas palavras de Adriano Ferriani e Giovanni Ettore Nanni, “a cláusula de não concorrência deve ser interpretada na dinâmica de uma obrigação como um processo, encerrando eficácia pós-contratual”.<sup>60</sup>

A incidência da boa-fé na criação de deveres de lealdade que limitem a concorrência entre as partes deve dialogar intimamente com a natureza do contrato e das partes envolvidas na relação contratual. Isso porque a boa-fé objetiva não incide de maneira idêntica para todo vínculo contratual. O *standard* de comportamento a ser exigido das partes varia de acordo com a espécie de contrato e as características das partes, especialmente se o vínculo é paritário ou assimétrico.<sup>61</sup> Nesse contexto, a verificação de assimetria ou hipossuficiência de uma das partes influenciará sensivelmente no reconhecimento do dever de lealdade e na sua extensão, bem como na interpretação das demais disposições do contrato, especialmente aquelas que tragam restrição de direitos ao polo mais vulnerável da relação. Essa preocupação ganha ainda maior relevância caso se esteja diante de contrato de adesão, para os quais os arts. 423<sup>62</sup> e 424<sup>63</sup> do Código

---

ocorrência de “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia” (art. 124, XIX). 5- A imitação ideológica ocorre quando uma marca reproduz a mesma ideia transmitida por outra, anteriormente registrada e inserida no mesmo segmento mercadológico, levando o público consumidor à confusão ou à associação indevida. [...] 7- Vale consignar que, para a tutela da marca, basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetivo engano por parte de clientes ou consumidores específicos. Precedentes. [...] 10- RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº. 1.721.697/RJ. Relatora: Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi. Julgado em 22 mar. 2018).

60 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 22.

61 “Cada relação obrigacional exige um juízo de valor extraído do ambiente social, considerados o momento e o lugar em que se realiza; mas esse juízo não é subjetivo, no sentido de irradiar-se das convicções morais do intérprete’. Seu sentido deve ser buscado nos parâmetros de lealdade e confiança mútuas próprios de cada tipo de relação jurídicas, guardadas as suas especificidades.” (SCHREIBER, Anderson, *Op. Cit.*, p. 406).

Civil estabelecem regras rígidas de proteção ao aderente. Mais uma vez nas lições de Eduardo Takemi e Wallace Corbo:

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.<sup>64</sup>

A nosso ver, essa linha de entendimento, ao atribuir especial destaque à natureza do contrato e à posição das partes, inclusive reforça a conclusão pela impossibilidade de aplicação analógica do art. 1.147 do Código Civil à alienação de participação societária. Em regra, esse tipo de operação é marcada por densas discussões sobre os efeitos da saída do sócio e, como regra, contam com participação de advogados ou assessoria jurídica direta a todos os envolvidos. Nesse contexto, diante da não previsão de cláusula de não concorrência, pode-se assumir que o reconhecimento de um dever dessa espécie representaria intervenção excessiva e despropositada na autonomia privada, sem que haja justificativa jurídica para tanto.<sup>65</sup>

Conclui-se, em suma, pela inexistência de um dever abstrato de não concorrência e pela impossibilidade de aplicação analógica

---

62 Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

63 Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

64 KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 286.

65 Esse é o entendimento de Eduardo Takemi e Wallace Corbo: “Mas, em se tratando de relações levadas à efeito (sic) 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).” (KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 286).

do art. 1.147 a espécies contratuais e a operações negociais, inclusive a alienação de participação societária. Essa constatação não impede, contudo, que se reconheça a antijuridicidade da postura de determinada parte em, atuando contrariamente aos deveres de lealdade anexos à boa-fé objetiva, se valer de iniciativas ilícitas para desviar clientela e fazer concorrência desleal, conduta essa que deve ser sempre interpretada à luz das características concretas daquela relação contratual específica.

### **Conclusão.**

É impossível ignorar a relevância e o destaque que vêm sendo atribuídos às cláusulas de *non compete* na prática negocial e na atividade empresarial contemporâneas. Como não poderia deixar de ser, o ordenamento jurídico nacional, atento a essa nova realidade fática, reconhece a licitude desse tipo de compromisso, tão comum em diversas relações empresariais e trabalhistas. Simplesmente não há mais espaço para que se defenda a antijuridicidade das cláusulas de *non compete*, entendimento que se revelaria descolado da realidade negocial, da principiologia constitucional e do caminho que vem sendo trilhado pelos ordenamentos de diversos outros países de tradição similar à brasileira.

Tampouco se pode admitir cláusulas de não concorrência demasiadamente amplas, que acabem por restringir definitivamente o exercício da atividade empresarial ou laboral, em violação direta à livre iniciativa econômica, à livre concorrência e ao direito ao trabalho. Justamente por isso, doutrina, jurisprudência e também o CADE têm atuado ativamente na fixação de balizas normativas que limitem a incidência desse tipo de compromisso, as quais se revelam fundamentais à manutenção da sua validade.

Buscou-se, nesse trabalho, desenvolver e explicar cada uma dessas limitações, com a indicação dos fundamentos que justificam sua exigência e dos posicionamentos jurídicos que reconhecem, em

maior ou menor medida, a sua incidência. Os três requisitos de validade mais tradicionais – a saber, as limitações (i) temporal, (ii) territorial e (iii) material – são pacificamente reconhecidos pela doutrina e aplicados de maneira unânime pela jurisprudência e pelo CADE.

As exigências mais controversas, por sua vez, são aquelas relacionadas (iv) à necessidade de contraprestação, (v) à acessoriedade e (vi) ao legítimo interesse. Para a primeira limitação, importa ressaltar que a contraprestação não pode ser lida de maneira rasa, associada exclusivamente a uma remuneração pela abstenção em concorrer. Deve, ao revés, ser interpretada como a necessidade de que o compromisso de não concorrência possua inerente caráter bilateral, instituindo benefícios – *contraprestações* – também em favor do devedor da obrigação de não fazer, inclusive de modo indireto. A acessoriedade, por sua vez, impõe que a cláusula de *non compete* não seja compromisso alheio a outras disposições, com a única finalidade de inviabilizar a atividade negocial. Isso não significa dizer, contudo, que não possa existir um contrato cuja prestação principal seja aquela de não concorrência, mas tão somente o reconhecimento de que o propósito final da obrigação é a proteção do fundo de comércio e da atividade empresarial, motivo pelo qual não pode se tornar um fim em si mesmo, instituído com a única finalidade de prejudicar aquele que se submete aos seus efeitos. Finalmente, a nosso ver, o legítimo interesse não representa requisito de validade efetivamente autônomo, mas, em diálogo com as demais limitações, mera exigência de que a instituição da cláusula de não concorrência respeite a função que o ordenamento jurídico lhe atribui para, mediante a incidência dos demais requisitos de validade, não represente uma restrição excessiva da atividade empresarial.

Cumpramos ressaltar, ainda, que todos esses requisitos de validade devem ser lidos à luz das particularidades do caso concreto, notadamente da natureza da atividade em questão e da relação existente entre as partes, comportando eventuais, mas necessárias relativizações, seja para que as limitações incidam de forma mais incisiva ou para que sejam flexibilizadas.



Defendeu-se, por fim, a inexistência de um dever geral de não concorrência no ordenamento jurídico nacional. A opção do legislador em instituir uma obrigação dessa natureza exclusivamente para o contrato de *trespasse*, no art. 1.147, parece corroborar essa constatação. A impossibilidade de aplicação extensiva do dispositivo legal em caso de omissão contratual decorre da axiologia constitucional, categórica em defender a livre concorrência e a livre iniciativa econômica, e da impossibilidade de que seja atribuída interpretação extensiva a disposições legais que restringem direitos.

Essa afirmativa não significa, no entanto, que as partes de determinada relação não possam ser responsabilizadas em caso de violação dos deveres de lealdade anexos à boa-fé objetiva, que impedem a prática de atos ilícitos com vistas à obtenção indevida de clientela e ao esvaziamento do fundo de comércio de concorrentes e, principalmente, antigos parceiros comerciais ou empregadores. Também para essa análise ganham especial relevância as particularidades da relação e da atividade desenvolvida, bem como as próprias características das partes, notadamente se existe ou não assimetria e hipossuficiência.

Os pontos sobre os quais se buscou discorrer ao longo desse trabalho estão longe de ser irrelevantes. Em um contexto global marcado pelo dinamismo da atividade econômica e por uma concorrência cada vez mais agressiva, a atenção às balizas normativas que orientam os compromissos anticoncorrenciais é preocupação que deve estar no cerne de toda e qualquer atividade empresarial.

