

FUNCIONALIZAÇÃO DA CLÁUSULA DE NON COMPETE EM CONTRATOS EMPRESARIAIS E O POSSÍVEL RETROCESSO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

FUNCTIONALITY OF NON-COMPETE CLAUSE IN BUSINESS CONTRACTS
AND THE POSSIBLE SETBACK OF THE ECONOMIC FREEDOM ACT

Gabriel Felipe Nami Inácio¹

Resumo: O presente trabalho buscou investigar e demonstrar a função exercida pelas cláusulas de *non compete* nos contratos empresariais, o que inevitavelmente culminou na exploração de critérios de interpretação a serem utilizados em contratos com cláusulas dessa natureza. Para tanto, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica nacional e internacional, bem como a pesquisa jurisprudencial que contribuiu para a compreensão moderna da cláusula de não concorrência. Assim, a partir dos fundamentos do direito concorrencial e de uma breve explicação do contexto histórico de surgimento das restrições concorrenciais, foi possível compreender os fundamentos, funções, limites e eficácia das cláusulas de não concorrência. Ao final, observou-se que as cláusulas de *non compete* implicam em renúncia a direito constitucional, exercendo funções como a de evitar a concorrência desleal, proteger a clientela e o fundo de comércio e satisfazer necessidades econômicas das partes. Isso resultou também em breve análise da ampla margem de discricionariedade concedida pela Lei da Liberdade Econômica, que pode travestir de legalidade operações com efeitos anticoncorrenciais.

Palavras-chave: cláusula de não concorrência; concorrência; critérios de interpretação; contratos empresariais; lei da liberdade econômica.

¹ Estagiário em Gustavo Tepedino Advogados. Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília (FAJs/UniCEUB). É egresso e foi pesquisador bolsista de Projeto de Iniciação Científica da Universidade Federal de Lavras (UFLA).

ABSTRACT: The present paper sought to investigate and demonstrate the role exercised by the *non compete* clauses in business contracts, which inevitably culminated in the exploration of interpretation criteria to be used in contracts with clauses of such nature. For that, the national and international bibliographic research was used as a methodological resource, as well as the jurisprudential research that contributed to the modern understanding of the non-competition clause. Thus, based on the foundations of competition law and a brief explanation of the historical context in which competition restrictions arose, it was possible to understand the fundamentals, functions, limits and effectiveness of non-competition clauses. In the end, it was observed that the *non compete* clauses imply a waiver of constitutional law, exercising functions such as avoiding unfair competition, protecting the clientele and the goodwill and satisfying the economic needs of the parties. This also resulted in a brief analysis of the wide margin of discretion granted by the Law of Economic Freedom, which can legally disrupt transactions with anti-competitive effects.

Keywords: non-compete clause; competition; interpretation criteria; business contracts; law of economic freedom.

INTRODUÇÃO

Os contratos empresariais são pouco teorizados atualmente no Brasil, de maneira que seus fundamentos e contornos esbarram com a teorização do Direito Civil, sendo que pouco ou nada tem de semelhantes. Além disso, o mercado atual tem se revelado cada vez mais dinâmico, com operações das mais diversas, de modo que é evidente a necessidade de compreender os contornos dos contratos que regem essas operações, sobretudo contratos que aparentemente restringem a concorrência e limitam a autonomia privada.

Nesse contexto, a cláusula de não concorrência estabelece clara renúncia, ainda que temporária, conforme se verá, a direito constitucional. Urge, então, a necessidade de verificar se as funções e fundamentos que justificam cláusula de tal natureza são suficientes para explicar e permitir a restrição a direito constitucional e se contribuem para o alcance dos objetivos e finalidades das normas de proteção concorrencial.

Esse estudo é especialmente relevante em razão das alterações trazidas pela Lei n.º 13.874/19, que instituiu a chamada Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e concedeu ampla autonomia contratual às empresas. Essa autonomia abrange, inclusive, a possibilidade de as partes definirem critérios de interpretação diversos dos definidos legalmente, daí podendo surgir critérios, por exemplo, que limitem a interpretação de contratos empresariais à eficácia das operações econômicas e dos próprios contratos. Isso representa certo retrocesso ao direito concorrencial, tendo em vista a sua multiplicidade de funções, conforme se verá.

Assim, o presente artigo não tem o fito – nem de longe – de esgotar o tema, mas demonstrar os fundamentos, funções e critérios que mais se adequam à proteção da concorrência em contratos empresariais que instituem uma obrigação de não competir. O estudo dessa cláusula esbarrou inevitavelmente na exploração, ainda que breve, dos critérios de interpretação trazidos pela Lei da Liberdade Econômica e sobretudo da problemática que envolve a ampla autonomia contratual frente ao direito concorrencial.

² “A concorrência mata a concorrência” (tradução livre).

LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA: DICOTOMIA OU COMPLEMENTARIEDADE?

Seria descabido tratar das cláusulas de não concorrência sem esclarecer a visão abordada no presente trabalho sobre o conteúdo do princípio constitucional da livre iniciativa, estabelecido no art. 170 da Constituição Federal.³ É uma discussão que tangencia inevitavelmente o conceito de livre concorrência, ora concebido como antagônico à livre iniciativa, ora tido como complementar.

O princípio da liberdade de iniciativa tem origem no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776, incorporado no Decreto d'Allarde, editado na França em março de 1791. O art. 7º desse decreto estabelecia o fim das corporações de ofício e concedia às pessoas a liberdade de realizar qualquer empreendimento que desejassem, ou exercer qualquer profissão, arte ou ofício, desde que possuíssem uma patente, pagassem as taxas exigíveis e se submetessem aos regulamentos da polícia (GRAU, 2010).

A livre-iniciativa é um conceito com alto grau de amplitude e que pode assumir várias facetas ou vertentes, muito embora seja possível delimitar seu conteúdo a partir de uma compreensão integrativa da própria constituição e dos incisos que sucedem o *caput* do art. 170 da Constituição (SALOMÃO FILHO, 2013). De acordo com Eros Grau (2010), a livre iniciativa decorre eminentemente da liberdade humana, a qual pode ser compreendida sob dois aspectos, um substancial e outro jurídico. Sob a ótica substancial, a liberdade humana é sensibilidade e acessibilidade: sensibilidade por viabilizar a reivindicação de alternativas de conduta e resultado, acessibilidade por permitir o acesso a essas alternativas.

Com efeito, dentre as teorias que buscam incorporar e dar sentido ao referido princípio, surge a concepção liberal clássica, segundo a qual a livre iniciativa impõe ao Estado um dever negativo de não intervenção econômica. Assim, o princípio traduziria um mero dever de abstenção do Estado na economia ou, ainda, representaria o direito à criação de uma empresa ou liberdade para empreender (DELVOLVÉ, 1998).

3 Constituição Federal, Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

Entretanto, esse entendimento poderia sugerir não só uma visão demasiadamente reducionista e simplista, como também que o princípio da livre iniciativa seria absoluto, o que é inverídico diante do contexto contemporâneo e até mesmo histórico. Nesse sentido, é necessário analisar o princípio à luz dos próprios objetivos constitucionais, de sorte que a livre iniciativa representaria a possibilidade de desenvolvimento da empresa no mercado de acordo com as limitações e parâmetros impostos pelo Estado. A livre iniciativa é, portanto, a possibilidade não só de exercer uma atividade econômica e gozar das facilidades do mercado para aumentar suas próprias eficiências, mas também a obrigação de se submeter à regulação econômica (SILVA, 1999).

Esse conceito é melhor sistematizado por Eros Grau (2010), que vislumbra duas vertentes do princípio da livre iniciativa, sendo elas a liberdade de comércio e a própria liberdade de concorrência. A liberdade de comércio seria a possibilidade de explorar a atividade econômica sem se sujeitar a qualquer limitação senão as decorrentes de lei. Por sua vez, a liberdade de concorrência é a faculdade de conquistar os clientes e competir em condições iguais, desde que, para isso, sejam evitadas práticas como a concorrência desleal e outras que tenham o condão de reduzir a concorrência. Nesse contexto, o Estado assumiria uma posição de neutralidade diante do fenômeno da concorrência.⁴

De acordo com Bruna (1997), o princípio da livre concorrência deve ser interpretado à luz de sua função social, ou seja, como um princípio limitado a regras e exigências decorrentes da justiça social, da dignidade humana e da valorização do trabalho. Além disso, por ser um princípio que integra a livre iniciativa, torna-se também expressão fundamental da República Federativa do Brasil.⁵

4 Eros Grau (2010, p. 207) ainda distingue a liberdade pública da liberdade privada. A primeira estaria relacionada às relações passíveis de influência estatal, sendo certo que a liberdade pública seria uma expressão da “não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei”. Por sua vez, a liberdade privada compreenderia as relações diretas entre os agentes econômicos. Nesse sentido, a liberdade de concorrência enquanto possibilidade de conquistar clientes e enquanto vedação à concorrência desleal seriam expressões dessa liberdade privada. Veja-se, pois, que essas classificações estariam imbricadas entre si por tratarem dos mesmos objetos, embora sob diferentes perspectivas.

5 Constituição Federal, Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”

Portanto, o conceito de livre iniciativa, a princípio extremamente amplo, é delimitado pelos objetivos constitucionais, pela sua função social e pela própria livre concorrência, que integra a livre iniciativa e tem por finalidade restringir a faculdade de explorar a atividade econômica por meio das restrições impostas pelo Estado e que pretendem à proteção da concorrência. É de fundamental importância para a compreensão deste trabalho essa conclusão de que a livre concorrência é complementar à livre iniciativa na medida em que integra seu conteúdo, uma vez que permite uma melhor compreensão dos fundamentos e funções da cláusula de não concorrência.

FINALIDADES DO DIREITO CONCORRENCIAL

A delimitação dos objetivos do direito concorrencial ainda é objeto de vários estudos e discussões, sendo que conclusões demasiadamente genéricas acabam por esvaziar o próprio direito concorrencial. Isso porque suas finalidades devem ser analisadas à luz de determinado contexto e sofrem influência de inúmeras variáveis, dentre as quais se destacam especialmente as políticas de mercado e governo adotadas. Assim, ainda que as leis concorrenciais possam permanecer as mesmas, sua aplicação é mutável e invariavelmente dependente de outros fatores.

Entretanto, é certo que quaisquer que sejam as teorizações sobre a concorrência, todas se fundamentam no bem-estar do consumidor. As divergências se encontram, na verdade, no conteúdo e sentido dado à expressão “bem-estar do consumidor”, bem como no modo de efetivação e alcance desse bem-estar (SALOMÃO FILHO, 2013).

A Escola de Harvard analisa a concorrência a partir de uma visão estrutural, segundo a qual mercados mais concentrados tendem a promover e viabilizar condutas anticompetitivas por três razões. A primeira é que mercados concentrados facilitariam a prática de condutas como fixação de preços e divisão de mercados. Em segundo lugar, oligopolistas ou monopolistas tenderiam a criar barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado por meio de abuso de suas posições dominantes. Por fim, as empresas que atuam em mercados mais concentrados, além de possuírem maior poder de negociação com os consumidores, fornecedores e trabalhadores, podem facilmente aumentar os preços e reduzir a qualidade

do produto ou serviço ofertado e, ainda assim, manterem estáveis os seus lucros (KHAN, 2017). Dessa maneira, para a Escola de Harvard o objetivo da proteção à concorrência seria, a um só tempo, proteger o consumidor e garantir uma estrutura de mercado menos concentrada, o que teria como corolário natural menores preços, mais competição, qualidade e inovação.

Por sua vez, a Escola de Chicago assume como premissa a noção de que o mercado e seus preços são autorreguláveis, de sorte que quanto maior a demanda, menor o preço, e vice-versa. Com efeito, o bem-estar do consumidor estaria atrelado unicamente às eficiências dos mercados e das operações econômicas, de modo que as concentrações representariam, ao contrário do postulado pela Escola de Harvard, verdadeira fonte de eficiências vantajosas aos consumidores. Nesse contexto, a finalidade do direito da concorrência seria tão somente a geração de eficiências que permitissem o bem-estar do consumidor, de sorte que o direito concorrencial pouco ou nada deveria se preocupar em proteger a competição no mercado e evitar concentrações de qualquer natureza.

Lina Khan (2017) argumenta que a evolução do estruturalismo para a teoria do preço não só reduziu significativamente o impacto das denominadas “barreiras de mercado” nas análises de ilícitos concorrenciais, como também estabeleceu como métrica única de avaliação da concorrência o preço de consumo. Isso afetou diretamente o escrutínio de preços predatórios e integrações verticais, uma vez que essas práticas analisadas exclusivamente sob a ótica da Escola de Chicago dificilmente teriam o condão de reduzir o bem-estar do consumidor.⁶

Além disso, em crítica à Escola de Chicago, Frazão (2017) esclarece oportunamente que é errônea a associação entre as eficiências e o bem-estar do consumidor. Dentre as razões que a autora apresenta, destacam-se duas. A princípio, as eficiências produtiva e alocativa beneficiariam o consumidor somente se houvesse pressão competitiva ou fosse demonstrado o modo como as eficiências seriam compartilhadas com os consumidores, sendo que, do contrário, serviriam apenas à satisfação e bem-estar das empresas. Além disso, a análise concorrencial limitada à

⁶ Nesse contexto, Robert H. Bork (1978) argumenta que o preço predatório não existiria, porquanto não há garantia de que a redução de preços irá afastar uma empresa rival e fazê-la parar de competir e, ainda que o concorrente desistisse e saísse do mercado, a empresa que praticou a conduta predatória deveria sustentar um preço de monopólio por tempo suficiente para recuperar as perdas que sofreu inicialmente, decorrentes da redução significativa de preços.

teoria do preço pode negligenciar outros aspectos importantes à proteção do consumidor, como a qualidade, a inovação e a diversidade.

Essas correntes teóricas deram origem às discussões atuais acerca dos reais objetivos do direito concorrencial, sendo que a proteção ao consumidor permanece em posição de destaque dentre as finalidades atribuídas ao direito da concorrência. De qualquer modo, entre os autores não vinculados ao neoliberalismo, aos quais se estende algumas das críticas elaboradas à Escola de Chicago, o direito da concorrência assumiria, de fato, múltiplas funções, econômicas e não econômicas.

A função econômica do direito concorrencial consiste em proteger o processo competitivo de modo a ampliar o poder econômico e, por consequência, o bem-estar dos consumidores. Para tanto, far-se-ia necessário o fomento às técnicas de produção para potencializar a utilização dos recursos (escassos) empregados no processo produtivo (CUNHA, 2003).

Por sua vez, as funções não econômicas abrangem uma multiplicidade de objetivos concorrenciais que, embora não econômicas, inevitavelmente tangenciam as finalidades propriamente econômicas. Areeda e Kaplow (1997) apontam alguns desses outros valores protegidos pelas normas de defesa da concorrência: a distribuição de oportunidades, a dispersão de poder econômico, o controle da concentração do poder político e social, a lealdade nas práticas comerciais e o controle da inflação.

Nesse contexto, o Banco Mundial e a OCDE (1999) traçaram um paralelo entre posicionamentos no sentido de que o direito da concorrência serviria unicamente à maximização das eficiências com vistas a proporcionar o bem-estar ao consumidor e as correntes que defendem a multiplicidade de interesses que devem ser tutelados pelas normas concorrenciais e que variam de acordo com as políticas de mercado, de governo e com as instituições e valores de uma sociedade. Vê-se para logo que as normas concorrenciais possuem objetivos fixos e transitórios. Dentre aqueles menciona-se a proteção às pequenas empresas, a preservação da livre concorrência e a manutenção da lealdade e honestidade nas práticas comerciais, bem como a criação de obstáculos ao abuso de posição dominante. Já os objetivos transitórios consistiriam na estabilização econômica e no incentivo ao desenvolvimento econômico regional.

No que concerne especialmente ao desenvolvimento econômico, Lachmann (1999) assenta que a concorrência é um de seus pilares e sua

eficácia abrange não só questões econômicas, mas também aspectos sociais, de maneira que os fornecedores de produtos e serviços devem manter seus preços minimamente aceitáveis sob o risco de perderem espaço do mercado. O autor ainda afirma que a livre concorrência é um fator primordial de estímulo ao aperfeiçoamento para que os fornecedores garantam maior participação de mercado e, por consequência, obtenham o maior lucro possível.

De mais a mais, um dos importantes objetivos ao qual se presta o direito concorrencial seria a proteção e o estímulo à inovação. Em apertada síntese, a globalização e o avanço tecnológico alteraram de maneira significativa a dinâmica dos mercados. A atividade empresarial vem se reorganizando à medida em que surgem novos negócios, especialmente os atrelados à internet, de modo que esses negócios disruptivos podem trazer consigo soluções inovadoras capazes de potencializar o bem-estar do consumidor (FRAZÃO, 2017). Assim, não se pode olvidar que a inovação é um importante pilar do desenvolvimento socioeconômico, de modo que cabe ao direito concorrencial não só garantir um ambiente propício à inovação, como também fomentá-la.

Isso posto, importa deixar bem vincado que o escopo de aplicação das normas concorrenciais não pode se limitar à maximização das eficiências empresariais, pois como visto alhures essa perspectiva acaba por ignorar aspectos que também devem ser levados em consideração quando do escrutínio concorrencial, sob pena de se promover uma falsa proteção ao consumidor. Esses aspectos incorporam precisamente o desenvolvimento socioeconômico, que tem como instrumentos os próprios objetivos primordiais da concorrência: a inovação, a distribuição de oportunidades, a proteção aos pequenos negócios, a manutenção de um mercado pulverizado de maneira a se evitar concentrações econômico-estruturais, a promoção de um ambiente competitivo e a manutenção às práticas de boa-fé nas relações comerciais.

A aplicação das normas concorrenciais deve, portanto, conjugar em cada caso a maximização das eficiências e a promoção do desenvolvimento socioeconômico em suas diversas vertentes. Diante disso, cabe questionar se as cláusulas de não concorrência esvaziam o direito concorrencial ao afastar dele suas próprias finalidades ou se, e de que modo, elas contribuem, de fato, para o alcance e concretização desses objetivos.

O SURGIMENTO DA CLÁUSULA DE NON COMPETE COMO EXCEÇÃO À LIVRE INICIATIVA

O primeiro registro de imposição de uma cláusula de não concorrência, ou uma restrição ao comércio, foi em 1414, na Inglaterra. John Dyer havia concordado em não praticar o comércio na mesma cidade ou região de um concorrente por um período de seis meses. Entretanto, ao descumprir o contrato foi levado ao Tribunal, que entendeu pela inexistência da cláusula de não concorrência por ser contrária ao direito comum. Ressalta-se que não há registros de que essa decisão foi tomada por um apelo da Corte ao livre comércio, embora esse argumento tivesse sido suficiente para permitir a Dyer violar o contrato (MINDA, 1989).

Um dos casos que deram origem à abordagem moderna das cláusulas restritivas é o caso inglês *Mitchel vs. Reynolds*, de 1917. Em apertada síntese, trata-se da celebração de um contrato de arrendamento com uma cláusula que restringia ao comprador a prática do comércio em determinado território. O comprador descumpriu a cláusula e foi levado à Corte, tendo o juiz rejeitado o argumento do arrendatário de que a cláusula interferiria na prática de seu comércio e seria, portanto, ilegal. Ao concluir pela legalidade da cláusula restritiva, o juiz fixou alguns parâmetros de análise que serviram ao controle de legalidade de casos posteriores (MINDA, 1989).

A primeira conclusão foi a de que as cláusulas de não concorrência poderiam ser voluntárias ou involuntárias, sendo as últimas inteiramente ilegais. Em segundo, concluiu que as cláusulas poderiam ser gerais ou específicas, sendo que somente as últimas seriam legalmente válidas por estabelecerem uma delimitação geográfica e temporal da restrição, ao contrário das cláusulas gerais que restringem o comércio irrestritamente. Com o passar do tempo esse entendimento foi sofrendo adaptações, especialmente em razão de princípios como a equidade e o desenvolvimento econômico, de modo a se evitar contratos que possam acarretar poder de monopólio (MINDA, 1989).

Assim, atualmente, analisa-se as cláusulas de um contrato sob uma perspectiva instrumentalizada, segundo a qual o contrato serve à consecução de determinados fins, sobretudo em virtude dos valores constitucionais que servem de parâmetro contratual, de modo que a vontade das par-

tes não é mais a única fonte do contrato, que passa a ser analisado a partir de leis de ordem imperativa (KONDER, 2009). Isso é relevante pois institui critérios de tratamento específicos a cláusulas restritivas, que passam a ser excepcionalmente consideradas à luz da análise constitucional, sob pena de mitigação e supressão de direitos essencialmente constitucionais titularizados por quem exerce atividade econômica organizada.

FUNCIONALIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

A cláusula de *non compete*, recorrentemente utilizada em contratos empresariais de longa duração, estabelece uma obrigação a uma das partes contratantes de não fazer concorrência à outra. A obrigação de não concorrência pode decorrer de lei ou do próprio contrato. No atual Código Civil, o art. 1.147 disciplina a obrigação de não concorrência como regra nos contratos de *trepassé*, de modo que a possibilidade de uma das partes fazer concorrência à outra deve estar expressa no contrato.⁷ Nos demais contratos empresariais, a obrigação de não concorrência é exceção e, com isso, deve estar expressa no contrato. Vê-se para logo que a natureza jurídica da cláusula de *non compete* é de obrigação de não fazer, uma vez que impõe a uma das partes uma conduta omissiva.

Daí decorrem as chamadas cláusulas de raio, comuns em contratos de locação de espaços comerciais em *shoppings centers*, que estabelecem igualmente uma obrigação de não fazer, impedindo a implementação de outro estabelecimento em determinado espaço geográfico com vistas a preservar o mercado e proteger o “mix comercial” (RENTZSCH; BARATA; RAUPP, 2018). Em operações comerciais sujeitas à aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a análise da licitude dessas cláusulas perpassa as delimitações geográfica, temporal e material.

A limitação geográfica consiste na extensão do raio em que não se poderá fazer concorrência. Já a delimitação material é a escolha de mercado (s) específico (s) nos quais a concorrência será limitada. Por fim, a restrição temporal impõe a impossibilidade de concorrência por

⁷ Código Civil, art. 1.174: “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

determinado período, que, via de regra, em contratos de alienação de estabelecimento empresarial não pode exceder 5 (cinco) anos.⁸ A jurisprudência do CADE tem considerado abusivas as cláusulas que não estabelecem essas delimitações, como foi o caso do Processo Administrativo nº. 08012.002841/2001-13, no qual o Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer concluiu pela abusividade da cláusula de raio imposta pelo *shopping* “Center Norte S.A.” justamente em razão da inexistência de marco temporal e geográfico, bem como da abrangência da esfera material que envolvia o ramo de atividade.⁹

Das obrigações de não concorrência também decorrem os acordos ou contratos de exclusividade, que geralmente restringem verticalmente a concorrência ao proibirem a realização de negócios com terceiros. Os acordos de exclusividade têm o condão de limitar a concorrência tanto para quem se obriga a ser exclusivo quanto para terceiros, os quais estarão impedidos de contratar com quem se obrigou à exclusividade. Daí decorre que esses acordos constituem exceção à liberdade de contratar, que é regra na maioria dos contratos empresariais (FORGIONI, 2019).

A despeito das várias derivações da obrigação de não concorrência, existem fundamentos comuns de validade das cláusulas que estabelecem esse tipo de obrigação. O primeiro fundamento é precisamente a livre concorrência, que traz uma importante consequência à análise das cláusulas de *non compete* em contratos empresariais: é preciso avaliar se a restrição à liberdade de concorrência apresenta mais eficácias positivas do que negativas ao mercado e à preservação do ambiente concorrencial. A cláusula deve proteger o *know-how* do comerciante sem, contudo, causar danos às próprias finalidades do direito concorrencial, ou seja, a restrição à concorrência só é favorável ao mercado na medida em que não é capaz de violar frontal e permanentemente as finalidades da proteção concorrencial, dentre as quais menciona-se a distribuição de oport-

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

9 Nesse sentido, confira-se também o Processo Administrativo nº. 08012.006636/1997-43, de relatoria do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, no qual figurou como investigado o *shopping* Iguatemi São Paulo, que estaria limitando a instalação de lojas do mesmo ramo de atividade das lojas instaladas no *shopping* em um raio de 2,5 km. O voto relator destacou a necessidade de limitação também dos aspectos geográfico e material, no sentido de que a restrição deve atingir tão somente a marca instalada no shopping, e não o ramo de atividade.

tunidades, o fomento e incentivo à inovação e em especial a dispersão de poder econômico.

Nesse contexto, a cláusula de *non compete* encontra fundamento de validade enquanto dever anexo à boa-fé objetiva. A boa-fé objetiva é princípio que determina um padrão objetivo de conduta. O princípio exerce diversas funções, dentre as quais encontra-se a função integrativa, contemplada pelo art. 422 do CC¹⁰, também chamada de função criadora, por meio da qual nascem os deveres anexos, que são deveres

de consideração com o alter, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato, situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual (JUDITH MARTINS-COSTA, 1998).

Assim, a obrigação de não concorrência em contratos empresariais pode ser justificada precisamente pela boa-fé objetiva ao estabelecer um padrão de conduta (omissiva) aos contratantes, seja para garantir a efetividade do contrato empresarial, para proteger a concorrência e reduzir as barreiras à entrada em determinado mercado, ou impor um dever de cuidado e proteção aos interesses tutelados. Com efeito, embora a cláusula de não competição seja um dever anexo que depende da obrigação principal para se constituir, dela não depende para findar, incidindo até mesmo após a extinção da obrigação principal (RENTZSCH; BARATA; RAUPP, 2018).

Desses fundamentos decorrem as funções das cláusulas de *non compete* em contratos empresariais. A primeira delas é a de evitar a concorrência desleal, que pode ser compreendida como qualquer competição ou estratégia competitiva considerada injusta. Para Pontes de Miranda (1983) a cláusula de não concorrência não existe para coibir a concorrência desleal, uma vez que veda, de fato, a concorrência de modo geral, qualquer que seja. Com efeito, os princípios que regem a obrigação de não concorrência derivam do contrato e dos deveres que estabelece, não

10 Código Civil, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

propriamente de um ato de deslealdade. Todavia, por ser um dever anexo (se contratualmente bem delimitado), o descumprimento da obrigação de *non compete* configura ato de concorrência desleal pois viola frontalmente o dever de lealdade que se espera em um contrato com cláusula de tal natureza. Assim, a concorrência pode prejudicar o próprio negócio jurídico celebrado, nascendo daí a deslealdade.

A partir da proteção a eventuais concorrências prejudiciais ao próprio negócio celebrado, surge a segunda função das cláusulas de *non compete*: a de proteger direta ou indiretamente a clientela e o fundo de comércio. Essa função encontra azo na proteção dos clientes que integram o mercado do qual faz parte o negócio jurídico que foi objeto do compartilhamento ou transferência de *know-how* ou do fornecimento de produtos (RENTZSCH; BARATA; RAUPP, 2018). Essa função protetiva faz sentido em cenários nos quais o exercício do objeto do contrato por quem fornece, transfere ou cede o *know-how* é capaz de minar e impossibilitar o exercício de atividade lucrativa pelo adquirente, o que pode ocorrer justamente em razão da clientela de determinado negócio.

Nesse contexto, a cláusula de *non compete* exerce função lucrativa, uma vez que os contratos empresariais são celebrados necessariamente com objetivos lucrativos. As empresas atuam no mercado e celebram contratos entre si visando a obtenção de vantagens econômicas. É por isso que a cláusula de não competição, para ser considerada válida, deve estar alinhada à obtenção de lucros por ambas as partes. A arquitetura contratual e o desenho negocial são motivados pela economicidade do comportamento de ambos os contratantes, de tal modo que a cláusula de não concorrência deve “viabilizar a transferência para o novo proprietário da efetiva capacidade de gerar lucros da organização” (FORGIONI, 2019, p. 288).

Por fim, a cláusula de *non compete* deve estar alinhada à própria função econômica do negócio, que consiste nos interesses e necessidades econômicas específicas dos contratantes, que contratam não pelo “mero prazer de trocar declarações de vontade” (CHIOVENDA, 1933, p. 188), mas para a consecução de um propósito. Isso leva, pois, à dimensão objetiva do contrato, que compreende a circulação de bens e serviços e demanda uma justificativa objetiva para que seja celebrado. Assim, se o contrato empresarial deve possuir imprescindivelmente finalidade lucrativa, a função econômica representa a necessidade econômica específica da parte contratan-

te que se busca satisfazer com a celebração do contrato (FORGIONI, 2019).

Portanto, a cláusula de não competição deve possuir delimitações de objeto, território e mercado bem específicas, sob pena de violação da livre iniciativa e também desvirtuação das próprias finalidades concorrenciais e dos valores que a regulação econômica busca proteger. Assim, a obrigação de não estabelecer concorrência em contratos empresariais deve encontrar fundamento de validade na própria Constituição, da qual se extrai a livre-iniciativa compreendida à luz da livre concorrência, e também em fundamentos infraconstitucionais, por ser um dever anexo decorrente da boa-fé objetiva. Desses fundamentos nascem as finalidades da cláusula de não concorrência, como a de proteger a justa concorrência, a clientela e o fundo de comércio e as funções lucrativa e econômica.

A AMPLA AUTONOMIA CONCEDIDA PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

A chamada constitucionalização do direito privado tem inúmeros desdobramentos e consequências práticas, de sorte que os princípios constitucionais exercem papel fundamental nos contratos empresariais. Nesse contexto, o princípio da livre iniciativa se transmuta em liberdade e autonomia, funcionando como critério de interpretação dos contratos. Essa autonomia, por sua vez, orientou e fundamenta amplamente a Lei nº. 13.874/19, a Lei da Liberdade Econômica, que alterou aspectos do Código Civil fundamentais à interpretação e compreensão dos contratos empresariais.

A liberdade de contratar é a regra nos contratos empresariais, sendo que qualquer espécie de restrição a essa liberdade e autonomia significa uma renúncia ao exercício de uma norma constitucional, ou seja, uma renúncia ao exercício da livre concorrência. Por essa razão, qualquer restrição deve estar não só expressa no contrato ou decorrer de dispositivo legal, como deve ser interpretada de maneira restritiva, por força do art. 114 do CC¹¹, que estabelece que negócios jurídicos que impliquem a renúncia devem ser interpretados restritivamente (FORGIONI, 2019).

Daí se verifica, por exemplo, que nos contratos empresariais de alienação de controle não é possível presumir a obrigação de *non compete*, o que

11 Código Civil, art. 114: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

implicaria em violação da autonomia privada e interferiria na alocação de riscos e no preço do objeto contratual. O mesmo ocorre nos contratos de trespasse, que possuem finalidade semelhante à dos contratos de alienação de controle, mas a obrigação de não concorrer decorre lei, de modo que a exceção que deve estar contida nos contratos é a própria possibilidade de concorrer, ao contrário do que ocorre com as demais espécies de contratos empresariais (FORGIONI, 2019).

A Lei nº. 13.874/19, que institui a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, além de estabelecer ampla autonomia das partes como regra de interpretação, trouxe uma série de novos parâmetros ao escrutínio dos contratos. Os arts. 113 e 421 do CC¹², alterados pela aludida lei, fornecem diversos critérios de interpretação aos contratos empresariais, tais como a boa-fé, a função social (que limita a liberdade de contratar), os usos e costumes do mercado, o comportamento das partes posterior à celebração do negócio e a racionalidade econômica do negócio.

Embora os parâmetros legais de interpretação correspondam adequadamente aos fundamentos e finalidades da cláusula de *non compete*, é particularmente problemática a autonomia exacerbada que a lei concedeu para alterar esses critérios de interpretação e estabelecer novos critérios. Essa ampla margem de autonomia, disposta no §2º do art. 113¹³, pode causar dois problemas à forma de interpretar um contrato empresarial.

É fato que em contratos empresariais o escopo do lucro exerce um papel fundamental, sem o qual dificilmente é possível caracterizar o contrato como empresarial. Nesse contexto, é possível que as partes, objetivando o lucro, estabeleçam critérios de interpretação a um contrato que contenha uma cláusula de *non compete* potencialmente prejudicial à concorrência. É,

12 Código Civil, art. 113: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável;

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração”.

Código Civil, art. 421: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

13 Código Civil, art. 113, §2º: “As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”.

pois, perfeitamente possível a celebração de um contrato no qual uma das partes se obriga a não competir durante determinado tempo, em determinado mercado e território. Nesse mesmo contrato, pode haver compatibilidade dessa cláusula com a boa-fé objetiva enquanto fundamento e critério de interpretação, assim como é possível que haja racionalidade econômica na imposição da obrigação.

Entretanto, a ampla margem de discricionariedade interpretativa dada pela lei pode esbarrar nas finalidades do direito da concorrência e prejudicar o ambiente competitivo. É possível que os critérios de interpretação sejam, a um só tempo, condizentes com questões relacionadas exclusivamente às partes contratantes e ao negócio e incoerentes com as finalidades da cláusula de *non compete* atreladas às finalidades do direito concorrencial. Assim, sob uma perspectiva do contrato em si, o negócio pode parecer válido, sendo que uma análise mais robusta do negócio a partir de uma visão de mercado pode demonstrar o contrário.

Nesse sentido, por mais que a autonomia seja regra em contratos empresariais, a Lei da Liberdade Econômica concedeu margem e justificativa às operações empresariais que possam eventualmente prejudicar a concorrência. Operações essas que podem estar travestidas de legalidade e racionalidade econômica e, contudo, violarem a concorrência. Isso se revela particularmente prejudicial em contratos empresariais celebrados entre agentes econômicos com poderes de mercado muito discrepantes entre si que não possam ser caracterizados como contratos de adesão e causam um impacto concorrencial significativo.

Desse modo, essa alteração trazida pela aludida lei representaria um retrocesso em termos de escolas do pensamento e teorização econômica. Regride-se à Escola de Chicago, em certo sentido, quando se preocupa demasiadamente com as eficiências das operações econômicas que afetem o consumidor e se concede demasiada autonomia às partes contratantes, pois essa autonomia pode até mesmo gerar operações aparentemente benéficas, mas intrinsecamente prejudiciais ao ambiente concorrencial. Por certo que os contratos empresariais exigem dinamismo e critérios adequados à realidade dos mercados específicos, porém tamanha discricionariedade concedida à interpretação de contratos que tem por fundamento e finalidade o lucro pode ser prejudicial e exige cautela e compatibilidade com as normas constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adequada compreensão das cláusulas de não concorrência em contratos empresariais requer a compreensão e a reflexão acerca das finalidades tanto da própria cláusula e do contrato, bem como do direito concorrencial, pois essas cláusulas têm reflexo direto no ambiente concorrencial e no mercado. Com isso, é imprescindível que a validade das cláusulas de não concorrência seja avaliada a partir das premissas e fundamentos tanto do direito concorrencial quanto do próprio negócio jurídico, o que, por sua vez, exige a compreensão do mercado, de sua arquitetura e de aspectos particulares da própria operação econômica.

A partir da investigação dos fundamentos e funções que uma cláusula de não concorrência exerce em contratos empresariais, ou deve exercer para ser considerada válida, foi inevitável não esbarrar e trazer à tona as alterações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, que tem como fundamento primordial a autonomia das partes contratantes. Isso porque essa autonomia decorre diretamente da norma constitucional que garante a livre iniciativa e a livre concorrência, de sorte que as reflexões aqui esboçadas revelam que a concessão de ampla autonomia às partes envolvidas em contratos empresariais pode causar prejuízos concorrenciais travestidos de legalidade.

Esse cenário exige uma avaliação mais criteriosa de cláusulas como a abordada neste trabalho, uma vez que restringem a concorrência e implicam renúncia a normas constitucionais, que supostamente deveriam incidir sobre as relações privadas. É preciso, a despeito dos possíveis prejuízos trazidos pela aludida lei, interpretar e analisar os contratos empresariais que estabelecem obrigações de não competir à luz da boa-fé objetiva e de funções como a de garantir a concorrência justa e leal, proteger a clientela e o fundo de comércio, obter o lucro e satisfazer uma necessidade econômica. Os fundamentos e funções da cláusula de não concorrência e do próprio direito da concorrência talvez sejam uma alternativa, ainda que acanhada, de mitigar os possíveis prejuízos que a Lei da Liberdade Econômica pode trazer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AREEDA, Phillip, KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis: problems, text, cases*. 5 ed. Boston: Aspen Law & Business, 1997. 1067 p.

BANCO MUNDIAL, OECD. *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Washington-Paris, 1999. 150 p

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1978.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43. Relator Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Data de julgamento: 4 set. 2007. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdR-nnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcNTAn-1H9eCcMIQ1yx-f9UE6mfuE2qvPz1A8Crc0RK4aEr>. Acesso em 27 mar. 2020

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.002841/2001-13. Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Data de julgamento: 15 dez. 2004. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9Fc-FMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP-9dxRfPBcZC3zCj7BpnbJWP5QKqelu8twfIXneBy0NS3knL3tsoS>. Acesso em 28 mar. 2020

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Súmula n.º 5. Data de publicação: 9 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade/sumula-no-5-publicada-no-d-o-u-de-09-12-2009/view>> Acesso em 15 mar. 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 mar. 2020.

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 mar. 2020.

Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 mar. 2020.

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1933.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Européia*. Barueri: Manole, 2003. p. 24

DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.

FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 4 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

JUDITH MARTINS-COSTA. O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.

Revista de Informação Legislativa, n. 193, p. 5–22, 1998.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 2017. Disponível em: <<http://www.internetretailer.com/2016/ol/28/amazon-sales-climb-22>>.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 237p. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2009.

LACHMANN, W. *The development dimension of competition law and policy*. UNCATD Series on issues in competition law and policy. UN, New York and Geneva, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 767-768.

SILVA, Michael César. Direito à informação qualificada na relação médico-paciente: Estudo das implicações da diferença entre Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu* e Título de Especialista em Dermatologia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 189, p.253, 2011. Trimestral.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983. t. XVII.

PROUDHON, Pierre-joseph. *Système des contradictions économiques ou Philosophie de la misère*. Miami: Hardpress, 2017.

RENTZSCH, Rodrigo; BARATA, Sarmiento; RAUPP, Daniel Marques. As cláusula de não competição nos contratos empresariais de longa duração. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v. 4, n. 2, p. 20–38, 2018.