

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ALEXANDRE MILCZAREK PROCOPIUK

AS PECULIARIDADES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

São Paulo

2019

ALEXANDRE MILCZAREK PROCOPIUK

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADORA: Prof^ª. Dra. Renata Domingues Balbino Munhoz Soares

São Paulo

2019

ALEXANDRE MILCZAREK PROCOPIUK

AS PECULIARIDADES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Renata Domingues Balbino Munhoz Soares

Prof^ª. Dra. Cinira Gomes Lima

Prof. Ms. Eduardo Stevanato Pereira de Souza

AS PECULIARIDADES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Alexandre Milczarek Procopiuk

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso possui o primordial objetivo de analisar as particularidades, características e utilização de uma única cláusula específica, habitualmente presente nas mais distintas espécies de contratos pactuados e áreas do Direito, a cláusula de não concorrência. A prática jurídica mostra que os requisitos e pressupostos desta cláusula não são de extrema constância, ficando estes a depender do próprio negócio jurídico, do entendimento jurisprudencial e doutrinário da área, e da própria relação entre as partes que enseje seu emprego na convenção estabelecida. Por conseguinte, estará o presente artigo visando expor e minuciar, primeiramente, de que maneira a cláusula de não concorrência é aplicada nas relações empresariais, e quais são as condições consideradas como aceitáveis pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia que zela pela livre concorrência no mercado, para a cláusula em estudo. Do mesmo modo, far-se-á análise da utilização desta cláusula nas relações trabalhistas, detentoras, naturalmente, de desníveis hierárquicos entre as partes que ali pactuam, principalmente em comparação à relação existente entre sócios, ficando tal diferença evidente no entendimento dado à cláusula pelos juízes das varas e tribunais do trabalho. Ainda, a título de curiosidade e aprendizado, será feito estudo e exposição de informações colhidas a respeito do emprego desta espécie de cláusula no estrangeiro, mais especificamente na prática jurídica contratual norte-americana, e como as diferentes unidades federativas locais a interpretam. Finalmente, será examinada hipótese na qual a utilização da cláusula de não concorrência poderia acabar por exceder o fim da boa-fé pós-contratual.

Palavras chaves: Cláusula de não concorrência. Responsabilidade pós-contratual. Exclusão parcial de sócio.

Abstract: The present final paper has the objective of analyzing the particularities, characteristics, and application of a singular specific clause, habitually featured in the most distinct types of contracts and fields of Law, the non-compete clause. The legal practice shows that the requirements and preconditions of this clause aren't particularly consistent, and depend on the nature of the legal business, the doctrine and jurisprudence's understanding, and on the

characteristics of the relationship between the parties that motivated its use in the agreement. Consequently, the current article will try to show and analyze, at first, in which ways the non-compete clause is applied in the business relationships, and what are the conditions regarded as acceptable by the Administrative Council for Economic Defense (CADE), an entity that looks after the market's free competition, for the studied clause. Likewise, it will be made an analysis of the use of this clause in the labor relations that possess, naturally, hierarchical levels between the parties that are in agreement, especially when compared to the existing relationship between partners, being such differences clear when looking at the understanding given to this clause by the Court and labor judges. Still, out of curiosity, it will be made a study and exhibition of gathered pieces of information about the use of this kind of clause overseas, more specifically in the North American legal practice, and how the different states interpret it. Finally, there'll be an examination of a hypothesis in which the application of the non-compete clause could exceed the post-contractual good faith's purpose.

Key words: Non-compete clause. Post-contractual responsibilities. Partial exclusion of a partner.

Sumário: 1. Introdução. 2. A cláusula de não concorrência. 2.1. Aspectos gerais da cláusula de não concorrência. 2.2 A cláusula de não concorrência no entendimento do CADE. 3. A cláusula de não concorrência nas relações de trabalho. 3.1. Quanto ao cabimento da cláusula de não concorrência nos contratos de trabalho. 3.2. Os limites da cláusula de não concorrência no direito do trabalho. 4. A cláusula de não concorrência no direito norte-americano. 4.1. Nomenclatura e utilização da cláusula de não concorrência nos Estados Unidos. 4.2. O cabimento da cláusula de não concorrência nos estados americanos. 5. A cláusula de não concorrência em eventual “exclusão parcial”. 5.1. A cláusula de não concorrência e a autonomia da vontade. 5.2. A incidência da cláusula de não concorrência na exclusão de sócios.

1 INTRODUÇÃO

Entre as partes que, no íntegro exercício de sua autonomia de vontade, resolvem pactuar com um fim comum e efetivam a celebração de um contrato escrito, diferentes tipos de cláusulas irão definir como será, na prática, a relação ali estabelecida. Uma dessas cláusulas, habitualmente utilizada tanto nas relações de trabalho quanto nas empresariais, é a cláusula de não concorrência. Com registros de utilização que datam de antes mesmo do descobrimento do continente Americano por Cristóvão Colombo em 1492, essa espécie de cláusula já foi objeto de discussão jurisprudencial e doutrinária nos mais diferentes tribunais dos mais diversos países, inclusive no Brasil, onde é, atualmente, admitida e até mesmo, a depender do vínculo, vista como indispensável.

Detendo o fim principal de preservar segredos e práticas que, se exploradas por um ex-funcionário ou sócio, poderiam acarretar em prejuízo ao estabelecimento ou pessoa que as desenvolveu, a cláusula de não concorrência busca claramente limitar, durante a fase pós-contratual de um instrumento escrito, as opções laborais que o submetido a esta cláusula poderá vir a exercer.

Poderia, de início, ser essa imposição considerada como excessivamente onerosa à pessoa que deve cumpri-la, dado que, primeiramente, há de fato uma afronta ao princípio da livre concorrência positivado no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal, além de inobservância ao artigo 5º, inciso XIII de nossa carta magna, que garante o livre exercício de qualquer trabalho ou profissão. Entretanto, com o passar dos anos, as discussões jurídicas acabaram por sedimentar que a cláusula de não concorrência nada mais é que uma extensão do princípio da boa-fé contratual, sendo este entendimento positivado no artigo 1.147 do Código Civil ao tratar sobre a hipótese de trespasse.

Por outro lado, há de se existir limites para essa cláusula, vez que incabível seria perdurar um cerceamento desta magnitude ad aeternum. Em conformidade, são impostas pela jurisprudência condições territoriais, temporais, e de objeto à cláusula de não concorrência, ficando as exatas especificidades de cada uma destas limitações condicionadas às relações entre as partes do contrato. Porém, existem ainda situações que são capazes de gerar discordâncias acerca do pleno cabimento desta cláusula, como na hipótese de “exclusão parcial”, razão pela qual, mesmo após discussões que atravessam os séculos, alguns tribunais de Estados norte-americanos decidem por vedar sua aplicação.

2 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

2.1 ASPECTOS GERAIS DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Muito presente em contratos das mais diversas áreas do direito, a nomeada cláusula de não concorrência é um instrumento que busca garantir que uma das partes do negócio jurídico, após findo o contrato e durante um lapso temporal, não venha a concorrer com a outra por meio do exercício de atividades que possam desviar clientela e prejudicar o empreendimento. Ademais, essa cláusula busca preservar informações confidenciais adquiridas durante a vigência do contrato como, por exemplo, lista de clientes, estratégias de operação e marketing, produtos futuros, e práticas do negócio.

Evidente que a exploração destes conhecimentos e segredos de empresa traria vantagem competitiva excessiva e desleal ao usufruidor, caracterizando-se então uma clara violação ao princípio contratual da boa-fé objetiva. Diante desta linha de raciocínio, o próprio ordenamento jurídico positivou, no artigo 1.147 do Código Civil, uma hipótese inerente de não concorrência nos contratos de Trespasse.

Como discorre Sérgio Botrel¹, o contrato de trespasse é um instrumento para a alienação de um estabelecimento, devendo ser preferencialmente celebrado em instrumento público ou particular. Segundo a redação do supracitado artigo, o alienante do estabelecimento objeto do contrato não pode, nos cinco anos subsequentes à transferência, concorrer com o adquirente. Ainda, salienta Botrel que nessa espécie de contrato o adquirente não apenas adquire o estabelecimento, mas também o seu potencial lucrativo. Assim, tipifica-se ilegítima a conduta concorrencial do alienante que busca desviar clientela, sendo este ato um desacato ao princípio da boa-fé objetiva, como observado anteriormente.

Durante a vigência do contrato, indiscutível que às partes são atribuídos encargos de não concorrência, sigilo, cooperação, etc. Em conformidade, o artigo 422 do Código Civil define a boa-fé como preceito dos contratos, tanto na fase de contratação quanto na de execução, porém, é apenas o artigo 1.147 que estende essa obrigação para a fase pós-contratual da relação, tendo a cláusula de não concorrência o objetivo de produzir efeitos justamente durante este momento.

Essa cláusula é aplicável e corriqueira nos mais distintos contratos, seja em um contrato de trabalho ou em um contrato societário de cessão de quotas, existindo diferentes exigências e limites a depender do caso concreto, que serão abordados em capítulos futuros.

¹ BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 230.

2.2 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO ENTENDIMENTO DO CADE

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, e possui a função primária de zelar pela livre concorrência do mercado, atuando, dentro de suas atribuições, em três distintas esferas funcionais. São elas, primeiramente, a preventiva, na qual o CADE irá examinar a ocorrência de fusões, incorporações, aquisições de controle, além de outros atos que detém o potencial de infringir a livre concorrência, decidindo posteriormente sobre a validade destes procedimentos. Ademais, esta autarquia também atua em sua função repressiva, portando o encargo de investigar e julgar condutas lesivas à livre concorrência, como a prática do cartel, por exemplo. Finalmente, possui o CADE uma função educativa, instruindo o público, por meio de seminários, palestras e cursos, a respeito das condutas consideradas como danosas à livre concorrência, função esta que também se manifesta na edição de publicações sobre o tema, como ocorre na Revista de Direito da Concorrência.

Atualmente o CADE é regido pela Lei nº 12.529/2011, responsável por estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, entretanto, durante a vigência da Lei nº 8.884/90, foram aprovadas um número de súmulas que servem de embasamento para as decisões do Tribunal do CADE (TCADE) acerca da matéria de concorrência, sendo três delas, em especial, quanto à cláusula de não concorrência.

Essas três súmulas do CADE foram aprovadas para restringir, na prática, a amplitude da cláusula de não concorrência nas relações contratuais. Todas as pessoas são, teoricamente, livres para deliberarem em um contrato da maneira que bem entenderem, todavia, estando uma cláusula evidentemente imoderada, tornando-se possivelmente capaz de produzir prejuízos à livre concorrência, deve o Poder Público atuar na garantia da ordem econômica, reprimindo esses tipos de abusos e infrações.

Com isso em mente, foi sedimentado à prática do CADE três súmulas que possuem como objetivo único e principal a delimitação do alcance das cláusulas de não concorrência. Estes limites são temporais, espaciais, e materiais.

Primeiramente, quanto ao limite temporal da cláusula em análise, versa a súmula nº 5 do CADE publicada no Diário Oficial da União em 9 de dezembro de 2009 que²: “É lícita a

² Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade>>. Acesso em: 08 de out. de 2019.

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.”. Possível observar que a súmula em questão define o mesmo prazo de cinco anos do artigo 1.147 do Código Civil, cabível na hipótese de trespasse, sendo este período considerado o máximo aceitável pelo CADE, como exposto pelo voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, relator do processo número 08012.001896/2009-63: “Cabe esclarecer que reiteradas vezes este Conselho se manifestou que o prazo máximo e razoável de não competição entre as partes do negócio deve ser de 5 (cinco) anos”. Tal posicionamento foi explanado para, unanimemente, restringir uma cláusula de não concorrência no caso concreto, reduzindo seu período de vigência de 10 anos para 5 anos.

Não restando dúvidas acerca do limite temporal de cinco anos, que propõe-se a proteger o estabelecimento empresarial e vedar a concorrência desleal durante razoável período, deve-se apontar o segundo limite imposto pelo CADE, o geográfico. A partir da redação³ das súmulas número 4, publicada no Diário Oficial da União em 09 de dezembro de 2009, e da súmula número 2, publicada em 27 de agosto de 2007, possível concluir que a abrangência territorial da cláusula de não concorrência deve ser compatível com a extensão da atividade exercida, devendo ser restrita ao mercado de atuação. No processo número 08012.007117/2001-86 do CADE, que examinou a aquisição do grupo OTIS, do negócio de elevadores, pela Elevadores do Brasil Ltda., o Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade, em seu voto, firmou o entendimento do CADE sobre o assunto:

A SEAE, a SDE e Procuradoria do CADE opinaram pela aprovação da operação sem a imposição de restrições, tendo em vista a inexistência de danos potenciais ao mercado. Contudo, a SDE e a Procuradoria do CADE, opinaram pela aprovação da operação mediante a delimitação espacial da cláusula de não-concorrência, tendo em vista que nos dois Contratos, a abrangência da referida cláusula é todo o território nacional. Conforme vem sendo o entendimento do CADE em vários julgados, a cláusula de não-concorrência, quanto à restrição na delimitação espacial, deve ser limitada ao território ao qual a empresa alienante tenha introduzido os produtos objetos da transação antes da operação. Posto isto, entendo que as cláusulas de não-concorrência constantes em ambos os Contratos são perfeitamente aceitáveis em termos temporais. No entanto, no que tange a delimitação espacial, há a necessidade de alteração nos Contratos quanto à abrangência territorial das mencionadas cláusulas. Considerando que, o mercado relevante geográfico é o da Região Metropolitana de Curitiba e Municípios em um raio de 100km, nada mais justo, restringir as cláusulas de não-concorrência também, à mesma região.

³ Disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade>>. Acesso em: 08 de out. de 2019.

Finalmente, o remanescente limite imposto à aplicação de cláusula de não concorrência segundo o entendimento do CADE diz respeito ao objeto da operação. O propósito desta espécie de cláusula no direito empresarial é o de proteger a atividade exercida por um empresário ou sociedade, contudo, a redação dessas cláusulas é, muitas vezes, de extrema abrangência, acabando por restringir a capacidade de operação do constrangido de forma excessiva e desproporcional.

Para o pleno exercício de sua função repressiva, estabelece o CADE em sua súmula⁴ número 4 que somente é lícita uma cláusula de não concorrência quando a proteção arguida guarde relação direta com o objeto da atividade empresária. Novamente, em respeito a este pensamento, o Conselheiro relator do processo número 08012.007992/2003-20, Cleveland Prates Teixeira, ao analisar o cabimento de uma cláusula de não concorrência, fez o seguinte apontamento quanto ao objeto da cláusula:

Um outro problema que pôde ser verificado nessa mesma cláusula de não-concorrência diz respeito à delimitação quanto ao produto. A referida cláusula afirma que a empresa alienante e seus sócios não poderiam atuar, direta ou indiretamente, não só no mercado de prestação de serviço de assistência técnica para elevadores, mas também no de escadas rolantes. Esse ponto também não possui justificativa razoável, uma vez que a SITO não atuava nesse mercado e o mercado relevante afetado por esta operação é o de serviços de modernização, manutenção, conservação e reparos somente de elevadores. Assim, a cláusula de não-concorrência, além de aplicada a um segmento que não é objeto da operação, eliminaria a entrada de um potencial novo concorrente para o mercado de escadas rolantes.

Assim, em suma, possível observar que mesmo ante a existência de um livre arbítrio para que as pessoas possam pactuar sobre e como desejarem, atua o CADE, em resguardo à ordem econômica e atividade de seus agentes, de forma preventiva, repressiva e educativa, garantindo a existência de sanções às infrações de matéria concorrencial, impondo, nas cláusulas em estudo, limites temporais, espaciais, e de objeto.

⁴ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade>>. Acesso em: 08 de out. de 2019.

3 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

3.1 QUANTO AO CABIMENTO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS DE TRABALHO

O direito trabalhista brasileiro é fundado na premissa da soberania da liberdade de trabalho e, segundo Antônio Ferreira Cesarino Júnior⁵, esta liberdade consiste na capacidade do cidadão escolher e exercer uma profissão nos termos que lhe convenham.

Todavia até mesmo nessa liberdade, plenamente consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, há a existência de limitações quanto ao seu exercício, uma delas sendo a cláusula de não concorrência em estudo.

Diante da relação hierárquica evidente dos contratos de trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho e o próprio direito trabalhista, de modo geral, possuem uma natureza protetiva, caráter este presente no artigo 444 da CLT, que sedimenta o direito à livre estipulação pelas partes de uma relação contratual de trabalho, contanto que não haja afronta aos contratos coletivos, disposições de proteção do trabalho, e decisões dos tribunais trabalhistas competentes.

Durante a vigência do contrato de trabalho, fundado em uma prestação pessoal e subordinada na qual um empregado coloca-se à disposição de um empregador, a existência de obrigações derivadas da boa-fé contratual é ingrediente indispensável do contrato, assim como ocorre em qualquer outro negócio jurídico.

No contrato de trabalho, em específico, necessário destacar primeiramente a obrigação de lealdade, vez que o empregado possui conhecimento do sistema produtivo e operacional da empresa. Assim, deve o empregado abster-se de, por meio da utilização de informações confidenciais, prejudicar a empresa em proveito próprio. A própria Lei nº 9.279/96, que trata da Propriedade Industrial, define em seu artigo 195, incisos IX e X que comete crime aquele que “dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem”, e “recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador”, tratando-se de justificativa para eventual rescisão de contrato de trabalho por justa causa.

Ainda, há no contrato de trabalho a obrigação de obediência, decorrente da relação de subordinação do contrato em questão. Neste ponto, todas as determinações que estiverem dentro

⁵ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Martins, 1940.

dos padrões aceitáveis de licitude, e que não atentem à integridade física do empregado, devem ser praticados e cumpridos, estando muitos desses encargos já predeterminados no próprio contrato.

Finalmente, uma das obrigações mais importantes na relação trabalhista é a de sigilo. Em relação a esta obrigação, explica Regiane Teresinha João⁶:

A conceituação do objeto dessa obrigação, denominado genericamente segredo, tem sentido amplo, estendendo-se a tudo que se relacione ao modo de produção, organização, dados, informações ou características internas da empresa que a diferencia das demais, tornando seu negócio viável e lucrativo e que, levado ao conhecimento de terceiros, poderia trazer prejuízo ao empregador.

O desrespeito a este dever de sigilo por parte do empregado está tipificado tanto na CLT, em seu artigo 482, alínea “g”, que define como justa causa para rescisão de contrato a violação de segredo da empresa, como na Lei de Propriedade Industrial supracitada, em seu artigo 195, inciso XI, sendo caracterizada a chamada concorrência desleal na hipótese do empregado, sem autorização, explorar ou divulgar informações confidenciais (que não sejam públicos ou de conhecimento técnico de um profissional da área) adquiridas na vigência da relação contratual ou empregatícia.

A cláusula de não concorrência, neste sentido, é imposta no contrato pelo empregador para estender essas obrigações de sigilo, lealdade e obediência mesmo após findo o contrato, em qualquer hipótese.

No ordenamento jurídico brasileiro há a ausência de norma específica que preveja o cabimento da cláusula de não concorrência nos contratos de trabalho. Deste modo, eventual acolhimento desta cláusula fundou-se no direito comparado e nas discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca do assunto, como se verá futuramente. Um exemplo de jurisdição estrangeira que acabou por influenciar a brasileira é a do Direito Português que, por exemplo, determina no artigo 36 do Decreto-Lei número 49.408 de 1969 que não são admitidas cláusulas no contrato individual que tenham a capacidade de prejudicar o livre exercício do direito ao trabalho, com exceção justamente da cláusula de não concorrência.

Com o passar dos anos, ficou este cabimento tão consolidado na doutrina nacional ao ponto dos anteprojetos do Código do Trabalho de 1963 e 1965, além do anteprojeto da

⁶ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no Contrato de Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 31.

Consolidação das Leis do Trabalho de 1979, preverem a possibilidade de imposição desta cláusula no contrato de trabalho⁷.

3.2 OS LIMITES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHO

Com o fim de proteger a propriedade intelectual da empresa, um de seus bens mais valiosos, o empregador buscará por meio do contrato de trabalho limitar a atividade de um ex-funcionário, evitando assim potenciais ocorrências de atos prejudiciais à sua atividade econômica. Entretanto, será função da Justiça do Trabalho garantir que as cláusulas de não concorrência estipuladas não criem uma circunstância de desequilíbrio excessivo entre empregado e empregador.

Nos contratos empresariais há a existência de três limites distintos para a cláusula de não concorrência, como observado anteriormente. Em suma, o limite temporal máximo desta cláusula é o de cinco anos; o limite territorial não pode exceder o alcance de mercado da empresa; e o limite de objeto deve ser delimitado à atividade empresária exercida. Esses limites, e o controle da livre concorrência empresarial, são definidos e impostos pelo CADE, uma autarquia federal.

Nas relações de trabalhos também há a existência de limites a esta espécie de cláusula, mas essas limitações possuem certas diferenças em relação ao entendimento pacificado pelo direito societário e pelo CADE.

Primeiramente, ante a relação hierárquica notoriamente mais desigual entre empregador e empregado em comparação à existente entre sócios, os tribunais costumam adotar o período temporal máximo de dois anos para a cláusula de não concorrência, limite este fundado no artigo 445 da CLT, que estipula que o contrato de trabalho por prazo determinado não pode ser ajustado por mais de dois anos.

Este é o entendimento corriqueiro dos tribunais, como expõe concisamente Francisco Ferreira Jorge Neto⁸, relator do processo número 1000589-88.2017.5.02.0004: “Para que a cláusula seja válida [...] é recomendável que se respeite o prazo de até dois anos (prazo máximo de validade dos contratos por prazo determinado, art. 445, caput, CLT)”.

⁷ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão da concorrência no contrato de trabalho**. 1982. Tese – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo.

⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº 1000589-88.2017.5.02.0004. Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto, 14ª Turma. Data de Publicação: 20/05/2019.

Por outro lado, o entendimento do direito do trabalho ao tratar sobre os limites territoriais da cláusula de não concorrência é o mesmo do direito societário, devendo a cláusula ser estipulada com base na área de alcance e influência do ex-empregador. Em conformidade, discorre a ministra do Tribunal Superior do Trabalho Delaíde Miranda Arantes⁹, relatora do processo número 2529-21.2011.5.02.0003:

A jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de que, conquanto a estipulação de cláusula de não concorrência cinja-se à esfera de interesses privados do empregador e do empregado, imprescindível para o reconhecimento da validade de tal ajuste a observância a determinados requisitos, dentre os quais: a estipulação de limitação territorial [...]

Nos autos deste mesmo processo, a ministra relatora ainda sustenta que uma cláusula de não concorrência deve permitir que o ex-empregado, após o término do contrato, seja possibilitado de exercer atividade laboral distinta da praticada para o empregador, impondo aqui outro limite análogo ao direito empresarial, o limite de objeto. Necessário realçar ainda que a cláusula deve estipular especificamente a atividade que não poderá ser exercida, devendo esta possuir relação direta com a desempenhada pela empresa.

Finalmente, após analisar os três limites da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, que podem ser objeto de analogia aos limites estabelecidos pelo direito empresarial e pelo CADE, necessário fazer alusão ao requisito exclusivo do direito do trabalho ao tratar sobre esta cláusula, a necessidade de compensação financeira.

Segundo Sérgio Pinto Martins¹⁰, durante a vigência da cláusula de não concorrência o empregado deve receber compensação financeira que o possibilite arcar com seus compromissos habituais. Este trabalhador deve ser capaz de manter a mesma qualidade de vida que possuía durante a vigência do contrato de trabalho, como se realmente estivesse trabalhando. Para tal, necessário que a compensação financeira estipulada seja equivalente à última remuneração do empregado, multiplicado pelos meses de duração da cláusula no caso concreto.

Ademais, a depender do caso concreto e da abrangência da cláusula de não concorrência, é também entendimento da jurisprudência¹¹ que essa compensação poderia até

⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº 2529-21.2011.5.02.0003. Relator: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma. Data de Publicação: 01/04/2016.

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo nº 0001578-28.2014.5.12.0008. Relator: Roberto Basilone Leite, 2ª Turma. Data de Publicação: 18/04/2016.

exceder o rendimento líquido a qual fazia direito o empregado, no caso de, por exemplo, um crescimento ou plano de carreira se encontrar interrompido pela cláusula. Sendo esta compensação paga após a extinção do contrato, entende-se que ela tem natureza indenizatória, oriundo de um encargo de ressarcir prejuízo.

Portanto, mesmo considerando a importância e glorificação que é dada ao direito ao trabalho, a cláusula de não concorrência ainda assim é uma prática corriqueira e pacífica dentro da jurisprudência e doutrina do direito trabalhista. Perante a fragilidade do empregado na relação de emprego, esta cláusula, na prática, é mais amigável ao seu submetido em comparação ao que ocorre nos contratos empresariais, onde a relação entre os sócios é significativamente mais paritária. Foi a partir deste entendimento que se estabeleceu um limite temporal mais curto à cláusula de não concorrência, além de devida indenização, assegurando assim que o trabalhador e sua família possam manter o padrão de vida com o qual estão acostumados.

4 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO DIREITO NORTE-AMERICANO

4.1 NOMENCLATURA E UTILIZAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS

Evidente que a cláusula de não concorrência em estudo, de suma importância para a preservação de informações e práticas confidenciais, principalmente nas relações contratuais estabelecidas entre membros e sócios de empresas e grupos econômicos influentes na coletividade, também é utilizada e objeto de discussão na prática jurídica e contratual de países estrangeiros.

Durante os primórdios da common law Inglesa, a utilização dessa espécie de cláusula era estritamente proibida, como é possível observar a partir do caso Dyer, de 1414, no qual o magistrado da ação dispôs-se a enfatizar que a cláusula de não concorrência daquele contrato era ilegal, e serviria até de justificativa para o aprisionamento do autor¹². Todavia, em 1711, no caso Mitchel contra Reynolds¹³, uma Corte americana julgou válida a cláusula de não concorrência que impedia Reynolds de exercer a profissão de padeiro após locar seu antigo estabelecimento a Mitchel, decisão esta que sedimentou a validade desta espécie de cláusula nos contratos locais.

¹² Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a4405c25-e678-4029-b777-7a4bcec9828c>>. Acesso em: 24 de out. de 2019.

¹³ DENT, Chris. **Restrain Me Not: Mitchel v Reynolds and Early 18th Century Patent Law.** University of Western Australia Law Review. 2017.

Em relação a sua atual utilização no direito norte-americano, foco de ponderação deste presente capítulo, a cláusula de não concorrência é denominada “*non-compete clause*”, e possui finalidades análogas às estudadas anteriormente, ou seja, visa proteger segredos comerciais, propriedade intelectual, lista de clientes, inovações futuras, etc. Nos Estados Unidos, estima-se que aproximadamente 18% (dezoito por cento) dos trabalhadores estão atualmente trabalhando sob um contrato que apresenta uma cláusula de não concorrência, enquanto 37% (trinta e sete por cento) dos trabalhadores afirmam que já estiveram atrelados à esta cláusula em algum momento da carreira¹⁴.

Estranhamente, 15% (quinze por cento) dos empregados que não possuem um diploma oriundo de um curso universitário de quatro anos (padrão americano) se encontram atualmente sujeitos a uma cláusula de não concorrência, o que também ocorre com 14% (quatorze por cento) dos trabalhadores que recebem menos de 40.000 dólares por ano¹⁵. Essas estatísticas podem ser consideradas um tanto quanto inusitadas, uma vez que estão próximas às médias nacionais mesmo sendo factual que esses grupos de empregados não tendem a deter de segredos comerciais que disponham da capacidade de infligir danos ao empregador, principalmente em comparação aos grupos de trabalhadores já formados e mais bem remunerados.

4.2 O CABIMENTO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS ESTADOS AMERICANOS

No Estado federativo norte-americano, diferentemente do brasileiro, os estados possuem uma autonomia maior para legislar e regular acerca de questões políticas e sociais polêmicas, desde que não acarretem em violações às emendas constitucionais, autonomia esta que pode ser observada na legalização da maconha no Estado de Michigan no final de 2018¹⁶, por exemplo. Da mesma maneira, muitos dos 50 estados americanos apresentam diferentes entendimentos a respeito da utilização da cláusula de não concorrência nos contratos, como será observado a seguir.

¹⁴ U.S. Department of the Treasury. **Non-compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications**. 2016. p. 6.

¹⁵ U.S. Department of the Treasury. **Non-compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications**. 2016. p. 4.

¹⁶ Disponível em: <<https://themarijuanaherald.com/news/michigan-voters-legalize-marijuana/>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

Segundo dados sumarizados pelo renomado escritório Beck Reed Ridden LLP¹⁷, especializado em *non-compete clauses* e reconhecido pelo famoso The Wall Street Journal¹⁸, são três os estados americanos que, em regra, não aceitam a aplicação da cláusula de não concorrência, sendo eles a Califórnia, Oklahoma e Montana.

Há de apontar, todavia, a existência de exceções para essas proibições gerais. Em Montana, por exemplo, determina o Título 28-2-704 do Código Estadual¹⁹ que, na hipótese de alienação de um estabelecimento comercial, podem as partes acordar quanto a estipulação de uma cláusula de não concorrência que se limite à cidade ou ao condado. Entretanto é possível observar aqui o quão limitadas são essas cláusulas, vez que o território do estado de Montana, por exemplo, é composto por 56 condados, não sendo produzido assim prejuízo demasiado ao alienante, que poderá estabelecer novo comércio nas proximidades.

No estado de Oklahoma essa espécie de cláusula é ainda mais debilitada. Estabelece a seção 15-219A do Estatuto de Oklahoma²⁰ que um ex-empregado poderá livremente exercer atividade semelhante ou igual à realizada pelo ex-empregador, desde que não ofereça diretamente bens ou serviços a clientes estabelecidos do ex-empregador. Encontra-se aqui uma proibição praticamente integral da cláusula de não concorrência, tendo a sua única hipótese de validade condicionada a um contato direto, não meramente eventual, do ex-empregado com um cliente estabelecido do comércio onde atuava.

Em relação ao restante da federação norte-americana, todos os outros 47 estados consideram, de forma geral, como válidas as *non-compete clauses*²¹, competindo a cada estado estabelecer suas próprias condições à cláusula. No Havaí, por exemplo, desde que a cláusula seja razoável em relação ao tempo, espaço e escopo, será ela considerada válida. Em contrapartida, no estado de Indiana, a cláusula deve respeitar, além dos requisitos mencionados no exemplo anterior, o interesse público, comprovando e justificando expressamente os interesses privados que devem ser protegidos²².

¹⁷ Disponível em: <<https://beckreedriden.com/wp-content/uploads/2012/09/Noncompetes-50-State-Survey-Chart-20130814.pdf>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.beckreedriden.com/russell-beck-quoted-in-the-wall-street-journal/>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

¹⁹ Disponível em: <<https://leg.mt.gov/bills/mca/28/2/28-2-704.htm>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

²⁰ Disponível em: <<https://law.justia.com/codes/oklahoma/2014/title-15/section-15-219a>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

²¹ Disponível em: <<https://beckreedriden.com/wp-content/uploads/2012/09/Noncompetes-50-State-Survey-Chart-20130814.pdf>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

²² Disponível em: <<https://beckreedriden.com/wp-content/uploads/2012/09/Noncompetes-50-State-Survey-Chart-20130814.pdf>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

Outra diferença existente na interpretação dos estados em relação à cláusula em estudo diz respeito à sua aplicabilidade na hipótese de demissão do funcionário. A grande maioria entende como aceitável a observância da cláusula de não concorrência nesses casos, entretanto, alguns estados como Oregon, Carolina do Sul, e Virgínia Ocidental ainda não possuem uma posição jurisprudencial definida em relação a este tópico, enquanto Washington D.C., por exemplo, veda inteiramente sua aplicação na hipótese de exoneração²³.

Seguindo, uma prática extremamente interessante do Judiciário norte-americano em relação às cláusulas de não concorrência é a chamada modificação judicial. Em vez de simplesmente julgarem os contratos como válidos ou nulos com base nas cláusulas ali presentes, podem os juízes, em alguns estados, fazer as alterações que julgarem necessárias para que o contrato venha a se tornar lícito.

Em relação a este conceito, são três os entendimentos possíveis para essa prática, sendo eles: a doutrina do lápis vermelho (*red-pencil doctrine*); a doutrina do lápis azul (*blue-pencil doctrine*); a reforma (*reformation*)²⁴. O primeiro entendimento, chamado de *red-pencil doctrine*, define que, na hipótese de qualquer uma das condições de determinada cláusula de não concorrência estar em discordância com a lei, deve a Corte declarar o contrato inteiro como nulo. Os estados de Nebraska, Virgínia e Arkansas são adeptos desta prática²⁵. O segundo entendimento, chamado de *blue-pencil doctrine*, permite que a Corte, ante condições ilegais ou defeituosas na cláusula, remova-as do contrato, garantindo assim a manutenção e continuidade do instrumento. Realiza-se este tipo de conduta nos estados de Indiana, Arizona, Carolina do Norte, entre outros²⁶. Finalmente, o conceito do *reformation* possibilita à Corte a capacidade de reescrever parte dos contratos, podendo até acrescentar texto original. Esta prática é a mais comum no Judiciário dos Estados Unidos, sendo utilizada exclusivamente em mais de 30 estados.

5 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM EVENTUAL “EXCLUSÃO PARCIAL”

²³ Disponível em: <<https://beckreedriden.com/wp-content/uploads/2012/09/Noncompetes-50-State-Survey-Chart-20130814.pdf>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

²⁴ U.S. Department of the Treasury. **Non-compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications**. 2016. p. 14.

²⁵ Disponível em: <<https://beckreedriden.com/wp-content/uploads/2012/09/Noncompetes-50-State-Survey-Chart-20130814.pdf>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

²⁶ Disponível em: <<https://beckreedriden.com/wp-content/uploads/2012/09/Noncompetes-50-State-Survey-Chart-20130814.pdf>>. Acesso em: 29 de out. de 2019.

5.1 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E A AUTONOMIA DA VONTADE

Como discorrido e explanado minuciosamente ao longo deste artigo, a cláusula de não concorrência, de forma geral, é uma previsão estabelecida em contrato que proíbe uma das partes (normalmente um ex-funcionário) de atuar em concorrência com a outra, mediante atividade ou prestação de serviços que possam ser consideradas capazes de competir com as do contratante. Esta cláusula possui a função primordial de evitar que, após o término de uma determinada relação contratual, uma das partes possa auferir vantagem por intermédio da utilização de informações sigilosas a respeito de, por exemplo, práticas empresariais, futuras inovações ainda não divulgadas, estratégias de marketing e “know-how” da atividade exercida pela outra parte.

Quando materializada uma celebração de contrato, atrelado ao ato estão certos deveres, como o de lealdade, fundado no princípio da boa-fé objetiva, considerado como uma cláusula geral implícita dos contratos. Nesta relação entre as partes contratantes deve haver a existência de um dever ético, baseado em confiança mútua, que por si próprio já institui obrigações de sigilo, cooperação, não atuar com conflito de interesse, e o de não concorrência. Esta última, foco de análise até então, diferentemente de outras obrigações, possui uma natureza pós-contratual. Proveniente da jurisprudência alemã, a teoria da *culpa post pactum finitum* estabelece a possibilidade de certos deveres laterais ou anexos continuarem a existir mesmo após a extinção da relação jurídica²⁷, sendo este entendimento derivado do supracitado princípio da boa-fé. Não há dúvidas quanto a possibilidade de aplicação desta teoria, estando a matéria pacificada na jurisprudência nacional, como é possível observar nos termos da decisão que segue:

Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO. COMPRA E VENDA. IMPRESSORA. NÃO DISPONIBILIDADE PARA A VENDA NO MERCADO DE COMPONENTE INDISPENSÁVEL PARA FRUIÇÃO DO PRODUTO. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Irrelevância para o julgamento da lide. VIOLAÇÃO DO DEVER CONTRATUAL ANEXO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE PÓS-CONTRATUAL. Inadimplemento configurado. Deveres anexos que não se extinguem com o adimplemento da obrigação contratual. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. Legítima expectativa despertada na autora e posteriormente frustrada pela falta de disponibilidade no mercado de componente da impressora por período expressivo de tempo. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. Inversão. Sentença reformada. Recurso provido. Apelação 00201115320108260002 SP 0020111-53.2010.8.26.0002, Relator: Hamid

²⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Bdine, Data de Julgamento: 08/10/2014, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/10/2014.

Ao tratar especificamente sobre o cabimento e a validade pós-contratual da cláusula de não concorrência nos contratos empresariais e, principalmente, nos contratos societários, o CADE, uma autarquia federal que atua de forma preventiva e punitiva em casos e questões relacionadas a abusos de poder econômico, como exposto anteriormente, possui diferentes súmulas aprovadas que portam como objetivo central a imposição de limites geográficos, temporais, e materiais à espécie de cláusula objeto de estudo.

Segundo ensinamentos de Silvio Venosa²⁸, assim como outros negócios jurídicos, os contratos constituem-se a partir de declarações de vontade destinadas a produzir efeitos jurídicos, sendo o elemento mais importante da vida negocial. Assim, indispensável salientar o princípio contratual da autonomia da vontade, vez que permite a livre manifestação das pessoas para entre si deliberarem. Todavia, como posteriormente explica Venosa²⁹, essa vontade contratual sofre limitações, não somente por ordem pública como, na prática, por imposições econômicas também. O Código Civil de 2002, em seu artigo 421, é claro ao nortear que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”, demonstrando-se evidente a função coletiva que cada contrato possui, não sendo admitidas cláusulas contratuais injustas e excessivamente onerosas a uma das partes.

À vista disso, e observando que estas súmulas supracitadas são aplicadas, por parte do CADE, no julgamento de casos que chegam até mesmo a ensejar punições, além de serem, sobretudo, respeitadas por profissionais da área econômica e societária na elaboração de novos contratos, incorreto seria afirmar que a vontade das partes ao deliberar quanto a um fim comum é simplesmente infundável.

5.2 A INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NA EXCLUSÃO DE SÓCIOS

Diversos são os motivos que podem provocar a aplicação da cláusula de não concorrência em um negócio jurídico, entretanto não é o objetivo do presente trabalho criticar a cláusula em si ou seu emprego na grande maioria dos casos, e sim analisar casos específicos onde a existência de potencial abusividade poderia estar presente, a depender do caso concreto.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Atlas, 2017.

O trespasse e suas características presentes no artigo 1.147 do Código Civil, por exemplo, são essenciais para garantir que não haja eventual existência de abuso de concorrência na relação de alienação, sendo claro exemplo da mais plena e pura positivação da boa-fé pós-contratual no direito brasileiro.

Uma das causas de desfecho de um negócio jurídico ocorre na exclusão de sócios por falta grave, um tema um tanto quanto polêmico, vez que sua regularização é fixada por meio de hipóteses e condições superficiais, o que acaba por gerar consequentes incertezas entre os envolvidos. A previsão deste tema está presente nos artigos 1.030 e 1.085 do Código Civil. Aplicável nas sociedades simples, tem-se, segundo o artigo 1.030, que um sócio pode ser excluído judicialmente por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou por incapacidade superveniente, mediante iniciativa dos demais sócios.

Por outro lado, o artigo 1.085 discorre acerca da exclusão por falta grave em sociedades limitadas, sendo este ato de natureza extrajudicial e incabível nas sociedades simples³⁰. Essa última espécie de exclusão possui certos preceitos que devem ser respeitados, são eles, primeiramente, a efetiva ocorrência de falta grave; adequar o processo de exclusão às exigências previstas em lei, que versam a respeito de capacidade de voto, obrigatoriedade de assembleia entre os sócios (com direito de defesa ao sócio excluendo) e um quórum de deliberação; e uma previsão contratual que possibilite a exclusão. Uma perturbação, porém, ocorre ao debater esta imposição final, dado que o artigo 1.085 do Código Civil exige apenas uma previsão genérica para que uma exclusão possa vir a ocorrer, sem especificidade alguma de quais práticas configuram uma falta grave. No direito Italiano, em contrapartida, se encontra consolidado no artigo 2.473-bis do Código Civil local que uma exclusão somente pode dar-se após a ocorrência de hipótese estritamente prevista em contrato, não sendo hábil para tal mera cláusula genérica.

Necessário enfatizar, ainda, que a exclusão de um sócio deve ser feita apenas como última ratio, devendo antes serem priorizadas outras medidas menos drásticas. Aliás, não deve ser usada como justificativa para exclusão uma falta banal, mesmo que prevista em contrato, e sim apenas atos gravíssimos que impossibilitem a continuidade sadia da prática empresarial, tratando-se a abertura do processo de exclusão no caso concreto de uma manifestação do princípio da preservação da empresa por parte dos sócios remanescentes. Em suma, é

³⁰ NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **Lições de Direito Societário**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2004.

indispensável a observância do princípio da proporcionalidade ao apreciar os atos considerados como falta grave, e ao aplicar eventual deliberação.

Pois bem, como então abordado ao decorrer deste capítulo, as exclusões de sócios no direito societário, principalmente as extrajudiciais realizadas nas sociedades limitadas, possuem uma considerável margem de erro, vez que o próprio ordenamento jurídico brasileiro é carente de especificidade ao regular a matéria.

À título de exemplo, suponhamos que um senhor de 65 anos, sócio de uma limitada, fora excluído da sociedade contra sua vontade após cometer suposta falta grave. Pensemos ainda que, no contrato de cessão de quotas, havia a presença de uma cláusula de não concorrência extremamente abrangente, mas dentro dos limites legais, sendo aplicável em qualquer hipótese de extinção do vínculo contratual. Agora encontra-se o senhor de terceira idade desempregado, impossibilitado de exercer uma profissão na área que sempre atuou (podendo esta delimitação ser ampla como “jornalismo” ou “engenharia”, por exemplo), com abrangência em todo o território nacional por se tratar de uma multinacional, que irá vigorar por 5 anos, e sem a compensação monetária característica do Direito do Trabalho, apreciada anteriormente neste artigo.

Evidente que este não é o objetivo da aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pós-contratual, principalmente em uma matéria repleta de brechas e omissões. Importante ainda ressaltar neste momento que, em hipótese de exercício do direito de retirada de um sócio, exteriorizada sob uma dissolução parcial da sociedade, a aplicação de uma cláusula de não concorrência é de suma importância, mas neste caso estaria o sócio se retirando de livre e espontânea vontade, estando já ciente de todos os compromissos e consequências pós-contratuais que o aguardam.

Ao tratar sobre o tema, e visando a impossibilidade de medidas excessivamente gravosas ao sócio excluindo, Marcelo Vieira Von Adamek³¹ entende que não deve ser admitida, em qualquer hipótese, uma exclusão parcial do sócio.

Ainda, quanto ao tema, explica o autor³²:

A exclusão é causa de extinção do vínculo societário que une o sócio à sociedade – ou, na nomenclatura legal, ‘da resolução da sociedade em relação a um sócio’ - e, portanto, remédio para afastamento do sócio indesejado do

³¹ ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 188.

³² ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 189.

âmbito da sociedade, de modo que não se concebe hipótese de ‘exclusão parcial’, por efeito da qual a participação do excluendo seria reduzida, porém mantendo-o atado à sociedade (por exemplo, para com isso sujeitá-lo a específicos deveres de não concorrência ou sigilo)

Pois bem, não parece ser este pensamento de Adamek de extrema radicalidade. A observância de uma cláusula de não concorrência em uma exclusão extrajudicial deveria ocorrer, idealizadamente, quando o contrato estipulasse uma ação de extrema especificidade, que realmente configure como falta grave, dando assim fundamento para a vigência da cláusula após findo o contrato.

Entretanto, dado que a própria legislação é genérica e, na prática contratual, essa espécie de cláusula tende a ser igualmente detentora de generalidade, deve o benefício da dúvida resguardar o sócio excluendo, na medida do possível, por se tratar da parte incontestavelmente mais fragilizada da relação.

Caso contrário, sendo o ex-sócio constringido ao cumprimento desta onerosa cláusula após uma exclusão extrajudicial, possível até arrazoar que se trata de clara afronta ao princípio constitucional da livre concorrência, a teor do artigo 170, IV da Constituição Federal, violando assim uma das funções primordiais da ordem econômica, que é a de assegurar a todos uma existência digna. Segundo Gladston Mamede³³, o princípio da liberdade de concorrência não possui o fim de simplesmente permitir que cada um faça o que bem entender, mas sim de não tolerar abusos no mercado, principalmente daqueles que detém uma posição dominante, incumbindo ao Estado a manutenção e preservação de um ambiente de livre concorrência. Possível ainda seria mencionar o artigo 5º, XIII da Constituição Federal, que garante a todos os brasileiros o “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Finalmente, necessário reiterar que o processo de exclusão de um sócio deve apenas ser aberto como última ratio, considerada ainda como indispensável a concreta ocorrência de um incidente que justifique essa remoção. Ademais, o ato motivador deve ser de natureza grave, e não mera falta simples ou discordância interna entre os sócios. Sobre o conceito de falta grave, expôs o STJ no julgamento do REsp 1.286.708-PR:

A exclusão de sócio de sociedade limitada não é possível pela mera quebra da *affectio societatis*. Conquanto se trate de liame originário da relação contratual dos sócios, necessário à manutenção do vínculo social, a *affectio societatis*

³³ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 44.

pode embasar o pedido de retirada do sócio, mas não lhe impor sua exclusão. Legalmente, a exclusão de sócio, nos termos do art. 1.085 c/c 1.030, ambos do CC/02, exigem o requerimento da maioria, bem como a demonstração de que o sócio excluído está pondo em risco a continuidade da empresa.

Assim, esse tema de exclusão, principalmente a extrajudicial em sociedades limitadas, é controverso e dá margens para possíveis abusividades de cláusulas corriqueiras no mundo empresarial. Diante deste cenário, e ante as inúmeras brechas ainda não inteiramente sanadas pela jurisprudência, não devem ser aceitas as chamadas exclusões parciais, conceito este muito bem trabalhado por Adamek.

6 CONCLUSÃO

Verifica-se como indispensável a adoção da cláusula de não concorrência em certos contratos, vez que, durante a vigência do contrato e exercício da atividade, são compartilhadas informações confidenciais e sigilosas ao empregado ou sócio, como, por exemplo, estratégias de marketing, projetos ainda em desenvolvimentos, “know-how”, etc. Isso ocorre, evidentemente, para que esse profissional consiga se adequar à operação que ali é realizada, e possa ser o mais produtivo possível.

Quando findo o contrato, todavia, poderia o aproveitamento dessas informações por parte do ex-empregado ou ex-sócio gerar graves prejuízos ao ex-empregador, criando-se então uma hipótese de incontestável concorrência desleal. Para evitar que isso venha a ocorrer, define o artigo 422 do Código Civil que o princípio da boa-fé contratual deve ser preservado mesmo após a conclusão do contrato, sendo ramificações deste princípio as obrigações de confidencialidade, cooperação e sigilo. Visando consolidar este entendimento, fez-se como regra na hipótese de trespasse, caracterizada pela transferência de titularidade de um estabelecimento empresarial, a impossibilidade de concorrência por parte do alienante ao adquirente nos cinco anos que seguem a efetiva alienação, segundo redação do artigo 1.147 do Código Civil.

Entretanto seria inviável arguir que tal restrição poderia ser simplesmente ilimitada, visto que seu pressuposto de existência está fundado em uma inobservância a princípios constitucionais de livre concorrência e liberdade de trabalho. O responsável por estipular delimitações à cláusula de não concorrência no âmbito empresarial e societário é o CADE, e ele o faz levando em consideração que o acesso à informações sigilosas decorre de uma relação igualitária existente entre os sócios. Ademais, o sócio possui uma influência significativa na

administração da empresa, diferente de um trabalhador comum, assim, diante desta realidade, o CADE estabelece que a cláusula de não concorrência poderá ser estipulada por até 5 anos, devendo se restringir ao objeto da atividade e ao mercado alcançado, e sem qualquer tipo de remuneração.

Nos contratos de trabalho, por outro lado, há uma significativa discrepância econômica e técnica entre as partes, e a Justiça do Trabalho, protetora do empregado como é, fez questão de garantir, por meio das decisões dos tribunais superiores, a existência de limites mais rigorosos à cláusula de não concorrência, sendo ela admitida apenas pelo prazo máximo de 2 anos, e havendo ainda a obrigação de pagamento de indenização equivalente ao último salário recebido pelo empregado.

Sua utilização nos contratos, entretanto, ainda não é entendimento pacificado por todas os tribunais e Cortes mundiais, mesmo que condicionada. Necessário então questionar se a aplicabilidade da cláusula de não concorrência deveria simplesmente depender da estipulação de limites referentes às suas especificidades territoriais, temporais, etc., ou se certas hipóteses poderiam também tornar incabível o efetivo cumprimento desta espécie de cláusula. No caso da exclusão de um sócio após procedimento extrajudicial, por exemplo, seria desproporcional considerar como admissível uma cláusula de não concorrência que perdurasse por 5 anos e tivesse vigência em todo o território nacional, principalmente ao levar em conta que esse tipo de exclusão não possui requisitos específicos, ficando a critério exclusivo da maioria dos sócios. Realmente, a boa-fé pós-contratual deve ser respeitada, mas quando a própria lei é omissa e possibilita a ocorrência de situações injustas e excessivamente danosas, como verifica-se no caso da “exclusão parcial”, deve ser dada preferência à parte mais fragilizada da relação.

7 REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Saraiva. 2017.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Martins, 1940.

CHACCUR, Cristianne Saccab Zarzur; MOYANO, Vania Marques Ribeiro; GARRIDO, Marcos Pajolla. **As cláusulas de não concorrência e as disposições do Código Civil**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI174820,71043-As+clausulas+de+nao+concorrenca+e+as+disposicoes+do+Codigo+Civil>>. Acesso em: 05 de out. de 2019.

DENT, Chris. **Restrain Me Not: Mitchel v Reynolds and Early 18th Century Patent Law**. University of Western Australia Law Review. 2017.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GARRISON, Michael; WENDT, John. **The Evolving Law of Employee Noncompete Agreements: Recent Trends and an Alternative Policy Approach**. University of St. Thomas. 2008.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no Contrato de Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAZZARINI, Giuseppe Mateus Boselli; CAMARA, Dennys Eduardo Gonsales. **Amarras contratuais: entenda a cláusula de não concorrência e de não aliciamento**. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/amarras-contratuais-entenda-a-clausula-de-nao-concorrenca-e-de-nao-aliciamento/>>. Acesso em: 05 de out. de 2019.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2014.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **Lições de Direito Societário**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2004.

OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão da concorrência no contrato de trabalho**. 1982. Tese – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo.

SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012.

STARR, Evan. **The Use, Abuse, and Enforceability of Non-Compete and No-Poach Agreements: A Brief Review of the Theory, Evidence, and Recent Reform Efforts**. Economic Innovation Group. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRT-2. Processo nº 1000589-88.2017.5.02.0004. Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto, 14ª Turma.

TRT-12. Processo nº 0001578-28.2014.5.12.0008. Relator: Roberto Basilone Leite, 2ª Turma.

TST. Processo nº 2529-21.2011.5.02.0003. Relator: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma.

U.S. Department of the Treasury. **Non-compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications**. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Atlas, 2017.