

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

ALESSANDRA REI ALBREGARD

CLÁUSULAS DE OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA EM
OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

São Paulo
2022

ALESSANDRA REI ALBREGARD

CLÁUSULAS DE OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA EM OPERAÇÕES DE
FUSÕES E AQUISIÇÕES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. José do Carmo Veiga de Oliveira

São Paulo

2022

ALESSANDRA REI ALBREGARD

**CLÁUSULAS DE OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA EM OPERAÇÕES DE
FUSÕES E AQUISIÇÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José do Carmo Veiga de Oliveira

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Agradeço à todas as mulheres que vieram antes de mim e lutaram para garantir o direito ao estudo às demais, principalmente as mulheres que me inspiram todos os dias, dentre elas, minha mãe, avós, tias, primas, colegas de trabalho, chefes e amigas.

Dedico e agradeço a Deus por guiar meus caminhos, à minha família, mais especificamente aos meus pais Paula e Ricardo, meu irmão e minha cunhada, que sempre apoiaram minhas decisões, ao meu namorado e melhor amigo João Marcelo, que tive a oportunidade de conviver durante os 5 anos da faculdade, e que foi assiduamente parte das minhas realizações, aos meus amigos de faculdade e, principalmente, do Handebol Feminino Direito Mackenzie, que tornaram meus dias mais leves, às minhas amigas da escola, pois me acompanharam durante toda a longa caminhada, meus colegas e amigos do KLA Advogados e FM/Derraik, que me ensinaram durante a minha jornada de trabalho, confiaram em mim e acreditaram no meu potencial, por fim, aos professores da universidade, em especial ao meu orientador, por toda a colaboração durante o desenvolvimento deste trabalho.

Cláusulas de Obrigação de Não Concorrência em Operações de Fusões e Aquisições

Alessandra Rei Albregard

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo debater a importância das cláusulas de obrigação de não concorrência em contratos de operações de fusões e aquisições, levando em consideração a delimitação de aspectos materiais, territoriais e temporais, para que, de um lado seja assegurada a garantia da parte adquirente em exercer as atividades da sociedade adquirida sem que haja a concorrência desleal e, de outro lado, a garantia da livre iniciativa e livre concorrência sejam respeitadas para não haver restrições abusivas para o vendedor. Nesse contexto, a pesquisa consiste em revisitar os conceitos jurídicos e doutrinários de obrigação de não concorrência, livre iniciativa, livre concorrência e ordem econômica, que são garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil e realizar a análise crítica e detalhada acerca da importância do tema principal e de seus limites a partir de pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

Palavras-chaves: Cláusula de Obrigação de Não Concorrência, Limites, Livre Concorrência, Livre Iniciativa e Ordem Econômica.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the importance of non-compete obligation clauses in Mergers & Acquisitions agreements, taking into consideration the delimitation of material, territorial and temporal aspects to, on one hand, guarantee the acquiring party to perform the activities of the acquired company without unfair competition is ensured and, on the other hand, the guarantee of free initiative and free competition are respected so that there are no abusive restrictions for the seller. In this context, the research consists in revisiting the legal and doctrinal concepts of non-compete obligation, free initiative, free competition and economic order, which are guaranteed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and perform a critical and detailed analysis about the importance of the main theme and its limits from jurisprudential and doctrinal research.

Key words: Non-Compete Obligation Clause, Limits, Free Competition, Free Enterprise and Economic Order.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamento Histórico: O Caso da Juta. 3. Ordem Econômica, Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Constituição da República Federativa do Brasil. 4. Conceituação e Objetivos da Obrigação de Não Concorrência. 5. Efeitos e Vinculação de Terceiros. 6. Não Concorrência Sob a Ótica do Vendedor. 6.1. Desvio de clientela. 6.2. Fixação de limites para a cláusula não ser considerada abusiva. 6.2.1. Limite territorial. 6.2.2. Limite temporal. 6.2.3. Limite material. 6.2.4. Compensação remuneratória. 7. Não Concorrência Sob a Ótica do Comprador. 7.1. Importância da previsão da cláusula em contratos de compra e venda. 7.2. Estipulação de multa pelo não cumprimento da cláusula. 8. Conclusão e Considerações Finais. 9. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo reconhecer a importância da cláusula de obrigação de não concorrência nos contratos de fusões e aquisições, o qual traz direitos, garantias e deveres para ambos os contratantes. Tais garantias e deveres devem ser cumpridos para que a concorrência por parte do vendedor não interfira nos lucros da empresa vendida, mas, também, que ele tenha seus direitos resguardados no tempo em que irá exercer a não concorrência, havendo a compensação remuneratória e a estipulação de limites nos quais a concorrência não poderá ser exercida.

Para iniciar a discussão acerca do tema, o presente artigo traz o debate sobre o caso julgado em 1914 pelo Supremo Tribunal Federal, que trouxe notoriedade à obrigação de não concorrência e a debates importantes sobre o tema, discutindo se o vendedor da sociedade deverá deixar de exercer a concorrência para que não haja o desvio de clientela após a venda de sua empresa.

Após, será discutido os termos de ordem econômica, livre concorrência e livre iniciativa, elencados e assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, cujos dois últimos termos citados são os principais direitos assegurados para a execução e cumprimento das referidas cláusulas, e que são pilares importantes para garantir a ordem econômica, apesar de terem funções distintas.

Insta salientar que a obrigação de não exercer a concorrência com a companhia por parte do vendedor é de suma importância, para que não haja o desvio de clientela da sociedade vendida, a qual poderá ocorrer por conta do *know-how* e *expertise* do vendedor, isto é, a habilidade e conhecimento adquiridos pelo tempo de trabalho, pela confiança e contato que anteriormente tinha com os clientes, tornando a venda não benéfica ao comprador. Caso a

restrição quanto à concorrência não seja cumprida, deverá o vendedor pagar um alto valor de multa a ser estipulado em contrato.

Em contrapartida, esse vendedor, que deverá cumprir a obrigação de não exercer a concorrência, precisará receber uma certa quantia, isto é, uma compensação remuneratória para seu sustento e manutenção da sua qualidade de vida, de forma a compensar o tempo em que ficará sem exercer as atividades que detém experiência e conhecimento e que, conseqüentemente, caso continuasse exercendo, poderia trazer um maior retorno financeiro para ele.

Além disso, ao redigir a cláusula, é de suma importância se atentar às suas limitações para que não seja considerada uma cláusula abusiva em relação as restrições para o vendedor. Desse modo, a cláusula deverá prever um limite de tempo certo e definido, em que o vendedor deixará de exercer a concorrência, não podendo a restrição ser vitalícia ou por um período muito longo.

Ademais, deve-se levar em conta o limite material, a fim de descrever todas as atividades que o vendedor deixará de exercer, em que não poderá conter atividades além daquelas exercidas na sociedade vendida, ou seja, além do que está previsto em seu objeto social, caso contrário, será considerada uma cláusula abusiva com relação à matéria.

A última limitação que deverá ser respeitada é o limite geográfico, cuja cláusula deverá estipular até qual raio espacial o vendedor não poderá exercer o trabalho previsto. Para determinar o limite geográfico, deve-se levar em consideração a atividade exercida pela empresa vendida e o desvio de clientela, conforme será abordado mais adiante.

Desse modo, a problemática acerca do tema pode ser visualizada a partir de duas perspectivas distintas. Pelo lado do comprador, a problemática ocorrerá com o eventual descumprimento das cláusulas contratuais, no qual se houver o desvio de clientela, acarretará o prejuízo da sociedade objeto da transação negocial.

Já à luz do vendedor, a problemática se dá nos casos em que a cláusula não estabelece limites para a não concorrência ou quando não prevê compensação remuneratória adequada, tornando-a abusiva e maléfica ao vendedor, o que será abordado de maneira pormenorizada adiante, no teor deste trabalho.

Em ambas as perspectivas acima, acarretará concorrência desleal e abuso de poder, que comprometeria os interesses dos particulares e principalmente as estruturas do livre mercado, podendo impactar diretamente nos lucros da empresa adquirida a partir do possível desvio de clientela por parte do vendedor.

Portanto, é de suma importância para o comprador da companhia que a cláusula de não concorrência esteja prevista no contrato de compra e venda, a fim de não haver a concorrência desleal por parte do vendedor e que os advogados do comprador tenham atenção ao revisar ou elaborar tal cláusula, para que os seus limites e a compensação remuneratória, seja prevista em cláusula própria ou atrelada ao preço de compra pago pela parte compradora, não se torne uma obrigação de não fazê-la abusiva.

2. FUNDAMENTO HISTÓRICO: O CASO DA JUTA

Antes de iniciar a discussão acerca do tema, é de suma importância apresentar o caso que trouxe notoriedade à obrigação de não concorrência por parte do vendedor, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 02 de dezembro de 1914. Tal caso ficou conhecido como “O Caso da Juta”, no qual, após a aquisição da sociedade empresária, o comprador entrou com uma ação contra a companhia constituída pelo vendedor, a fim de garantir que a sociedade vendida não fosse prejudicada por conta de desvio de clientela.

O caso em questão trata da alienação das ações da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, uma sociedade que desenvolvia a atividade de indústria têxtil, no bairro da Mooca, em São Paulo, pelo valor de Rs. 10.500:000\$000 (dez mil e quinhentos contos de réis), nos quais Rs. 6.000:000\$000 (seis mil contos de réis) se referiam aos imóveis, Rs. 1.500:000\$000 (mil e quinhentos contos de réis) se referiam ao estoque de mercadorias, matérias primas e acessórios depositados nos armazéns, e Rs. 3.000:000\$000 (três mil contos de réis) se referiam a boa reputação, posição conquistada no mercado e cartela de clientes espalhados por vários Estados do Brasil, fruto de um esforço de 20 anos por parte dos seus antigos sócios.

Porém, após um ano da venda da sociedade, um dos vendedores da Companhia Nacional de Tecidos da Juta, o Sr. Conde Álvares Penteado, constituiu uma fábrica, denominada Companhia Paulista de Aniagens, que exercia a mesma atividade da companhia anteriormente vendida por ele e, no mesmo bairro, isto é, no mesmo raio espacial em que estava a clientela da empresa vendida.

Além da constituição da nova empresa com o mesmo ramo de atividade e próxima, geograficamente, a empresa vendida, o que já acarretaria o desvio de clientela, o Sr. Conde Penteado entrou em contato com seus antigos clientes para comunicar sobre a constituição da nova companhia e oferecer seus serviços, com a finalidade de desviar a clientela para o seu novo negócio e agindo de má-fé, portanto.

Nesse sentido, a Companhia Nacional de Tecidos da Juta moveu uma ação judicial em face de Conde Álvares Penteado e, solidariamente, da Companhia Paulista de Aniagens, requerendo a quantia que se referia à boa reputação da companhia, à posição conquistada no mercado e à freguesia, no valor de Rs. 3.000:000\$000 (três mil contos de réis), acrescido de juros de mora, custas e perdas e danos, alegando o que segue:

“(...) uma vez que, depois de haver transferido á mesma Companhia, como parte da sua prestação de capital, a freguezia da fabrica de Sant’Anna, restabeleceu-se logo depois e no mesmo logar com identico genero de negocio, retomando a freguezia cedida.”¹

A Companhia Paulista de Aniagens alegou, em sua defesa, que não havia previsão expressa no contrato de compra e venda indicando que a clientela seria cedida juntamente com a empresa vendida, bem como que a omissão não presumia que o vendedor seria obrigado a não exercer a concorrência, porquanto as partes só se obrigam ao que foi pactuado e deve-se levar em consideração o princípio da livre concorrência.

Ademais, alegou que não poderia atribuir um valor para cessão da clientela, isto é, que não poderia vender a clientela, de acordo com o disposto no artigo 17, do Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891: “*o capital das sociedades anonymas póde consistir em dinheiro, bens, cousas ou direitos*”, e mesmo se tivesse acordado sobre a não concorrência, a obrigação não seria válida em direito, visto que não houve limitação de tempo e espaço. Tais argumentos foram admitidos em primeiro grau, no qual o Juiz deu improcedência à ação.

Entretanto, inconformados com a decisão, os sucumbentes recorreram ao Supremo Tribunal Federal, o qual rejeitou a fundamentação arguida nas razões do recurso, afirmando que a clientela foi alienada juntamente com a companhia, ao indicarem no contrato que o valor dos Rs. 3.000:000\$000 (três mil contos de réis) referiam-se conjuntamente ao serviço, reputação da sociedade e à clientela, respaldando que estava assegurada a clientela com a compra, independentemente do valor que foi aferido exclusivamente a clientela.

Dessa forma, o Sr. Penteado previu e quantificou o valor para a alienação da clientela e, posteriormente, afirmou que a freguesia não fora vendida juntamente com a companhia, agindo, portanto, de má-fé, conforme indica o trecho do acórdão abaixo:

“(...) seremos obrigados a afirmar que Alvares Penteado procedeu com inqualificavel má fé: acenou aos autores com a clientela segura e escolhida nos diversos Estados do Brasil, que tinha a fabrica vendida; deu englobadamente o preço de tres mil contos de réis aos seus serviços especiais e raras habilidades de industrial,

¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Publicação oficial dos trabalhos do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, v.12, n.1, p. 180-190, 2 dez. 1914.

*de reputação dos seus productos e de segura e escolhida clientela; e, entretanto, reservou mentalmente a clientela, isto é, o único elemento das tres que aproveitava aos compradores;*²

Outrossim, para refutar o argumento de que a cláusula é abusiva por não conter restrição quanto ao tempo e espaço geográfico, o Supremo Tribunal Federal declarou que o limite de tempo e espaço são claros, apesar de não estarem expressamente redigidos no contrato de alienação da empresa, cujo limite quanto ao tempo seria o período de duração da sociedade e ao espaço, o raio de ação da fábrica, ou melhor, o raio geográfico em que a clientela era atingida.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido na ação proposta em face de Conde Penteado, levando em consideração a vontade das partes e o que foi pactuado no contrato, que expressamente previa a alienação da clientela.

Levando em consideração os fatos do caso ilustrado acima, além da má-fé observada e praticada por Alvares Penteado, também pode-se fazer a análise quanto ao fato de não ser vantajoso adquirir uma empresa que não traria retorno financeiro ao comprador, tendo em vista o desvio da clientela, por meio da qual acarretaria a concorrência desleal.

3. ORDEM ECONÔMICA, LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Antes de iniciarmos a discussão acerca da importância da livre concorrência, é necessário discorrer sobre alguns aspectos e termos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que indicam o funcionamento da economia no Brasil, quais sejam, a ordem econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência, os quais estão previstos no art. 170, da Constituição em vigor.

A partir da leitura do dispositivo que trata dos termos indicados acima, podemos verificar que a ordem econômica tem como finalidade assegurar a existência digna da coletividade e é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, em observância à justiça social e aos princípios elencados nos incisos do referido artigo, dentre eles, o da livre concorrência (conforme previsto no inciso IV, art. 170, da CRFB/88).

A Constituição prevê que vivemos em uma sociedade que depende da atuação do Estado para o funcionamento do domínio econômico, que define o modo de produção econômica a partir de seu conjunto de normas, indicando diretrizes e limitações para regular o exercício da economia, visando criar condições para gerar trabalhos, assegurar que os indivíduos estejam

² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Publicação oficial dos trabalhos do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, v.12, n.1, p. 180-190, 2 dez. 1914.

inseridos no mercado e, por meio deste, possibilitar uma vida digna à sociedade, a partir do ingresso no mercado econômico, com a geração de riqueza e circulação de seu dinheiro pela sociedade, segundo Vicente Bagnoli (2013, p. 77).

Assim, pode-se dizer que a ordem econômica é um conjunto de normas que define, regula e, de certa forma, limita o regular exercício das atividades econômicas em conjunto com o interesse coletivo.

Além disso, o Estado também deve atuar para garantir as condições necessárias à livre iniciativa, assegurando que o indivíduo possa exercer livremente uma atividade empresarial a sua escolha, reservando às entidades econômicas públicas a regulamentação de suas atividades e levando em consideração que o interesse coletivo deverá ser preservado.

Deste modo, Vicente Bagnoli discorre em sua obra sobre a atuação do Estado para assegurar as condições à livre iniciativa (2013, p. 77):

“(...) Da mesma forma, o Estado deve criar todas as condições para a livre iniciativa atuar nos mercados, conferindo não só a segurança jurídica necessária para o indivíduo empreender, mas também toda a infraestrutura necessária para estimulá-lo a empreender e, com isso, promover a circulação das riquezas. Com esses fundamentos respeitados e respeitando-se os princípios da ordem econômica, tais como propriedade privada e função social, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, assegura-se a existência digna e promove-se a justiça social, ou seja, que cada indivíduo possa dignamente exercer uma atividade laboral ou empreender e conseqüentemente participar da repartição das riquezas geradas e circuladas no mercado, fazendo-se assim justiça para a consagração do bem comum.”

O princípio da livre concorrência, por sua vez, que também é garantido pela Constituição, é assegurado pelas agências reguladoras, como exemplo o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica -, e tem como finalidade regular os entes do mercado, possibilitando uma competição justa e leal entre as sociedades. O Conselho, ainda, limita as práticas consideradas abusivas para o mercado econômico e cria um ambiente de *fair-play* entre as sociedades, isto é, uma concorrência justa.

Além dos termos supracitados, o parágrafo único do art. 170, da Constituição, discorre sobre mais um fundamento da ordem econômica, qual seja: o livre exercício da atividade econômica. O dispositivo em questão aduz que tal fundamento é assegurado a todos, sem que haja autorização de órgãos públicos para tanto, salvo nos casos previstos em lei.

Veja, o livre exercício da atividade econômica já é citado no *caput* do referido artigo e é reforçado em seu parágrafo único, para ressaltar que, em regra, o exercício da atividade

econômica é livre, afastando empecilhos burocráticos que retardam o seu exercício. Porém, há casos em que a lei poderá dispor de modo contrário.³

Assim, não resta dúvidas que nosso ordenamento jurídico traz a proteção necessária para garantir a livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício da atividade na ordem econômica. Todavia, a cláusula de obrigação de não concorrência limita a livre iniciativa e a livre concorrência do vendedor, devendo-se levar em conta, entretanto, que o limite não é abusivo e este fator se torna um atrativo para aqueles que desejam ser inseridos no mercado de trabalho para praticarem a livre iniciativa.

O art. 173, § 4º, da Constituição, dispõe o que segue:

“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”.

Apesar da lei reprimir expressamente a eliminação da concorrência, não é citado especificamente no texto constitucional a limitação, falseamento e prejuízo da livre competição, haja vista que elas não são formas de limitação total da competição, como é o caso da cláusula de obrigação de não concorrência.⁴

Contudo, não há que se falar em inconstitucionalidade da obrigação de não concorrência, visto que é rara a possibilidade de eliminar a competição em sua totalidade. Por conseguinte, não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo supracitado, pois as estruturas do livre mercado devem ser protegidas contra as condutas de eliminação parcial da concorrência que são abusivas.

4. CONCEITUAÇÃO E FINALIDADE DA CLÁUSULA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA.

Para entendermos a importância da cláusula de obrigação de não concorrência, é necessário, de início, conceituá-la. Nesse sentido, essa cláusula é uma estipulação específica convencionada pelas partes, que restringe o antigo sócio da empresa objeto da venda, temporariamente e por um limite de espaço e atividades especificadas em contrato, para que não faça competição a fim de desviar a clientela da empresa vendida.

Tem como principal finalidade garantir que a ordem econômica continue sendo um atrativo e incentive os indivíduos a empreenderem, assegurando, então, a livre iniciativa para o

³ BAGNOLI, Vicente. Direito econômico, 6ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2013. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/>. Acessado em: 20 mai. 2022, p. 77.

⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, Direito de Empresa, Volume 1, 12ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

comprador, para que ele usufrua dos benefícios diretos e indiretos da aquisição e fazendo com que as práticas anticoncorrenciais sejam isentas, a partir de uma competição justa e leal.

Deste modo, é de suma importância que a redação e aplicação da cláusula de obrigação de não concorrência seja realizada de modo harmonioso com os fundamentos da ordem econômica: a livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício da atividade econômica.

Logo, do ponto de vista do vendedor que terá o fundamento da livre iniciativa restrito, será necessário garantir seus direitos a partir da aplicação de limites na cláusula, o que será descrito pormenorizadamente mais adiante.

Dessarte, a cláusula de obrigação de não concorrência trata-se de uma obrigação de não fazer, por meio da qual o alienante se abstém de exercer certas atividades empresariais durante um certo período e em um determinado espaço geográfico, as quais serão estabelecidas no contrato de compra e venda, privando-o, expressamente, de competir no mercado com o comprador, mediante uma contraprestação.

No caso das operações de fusões e aquisições, a contraprestação geralmente está atrelada ao preço a ser pago pela parte compradora ou, então, poderá ser estipulado um valor fixo mensal que o vendedor receberá.

Além disso, trata-se de obrigação acessória à obrigação principal, em benefício do adquirente, conforme descreve Martorano (2013, p. 117):

“Frise-se que a obrigação de não competição será sempre acessória à obrigação assumida no negócio principal, motivo pelo qual a sua previsão em cláusulas contratuais somente poderá ser admitida na medida em que absolutamente necessárias à consecução objeto do negócio jurídico engendrado. Há hipóteses em que a sua aplicação decorre de norma dispositiva, como no caso dos contratos de trespasse, arrendamento e usufruto de estabelecimentos empresariais, conforme previsto no art. 1.147 do Código Civil.”

Embora possa ser obrigação necessária por decorrer de norma dispositiva, a obrigação de não concorrência também dependerá da vontade das partes e será regida de acordo com a redação da cláusula celebrada em contrato.⁵

Ainda, a obrigação de não concorrência é personalíssima, inalienável e infungível, haja vista que as pessoas que deverão cumpri-la são as contratantes, não podendo ser substituídas por terceiros. Também, é indivisível, isto é, que não é suscetível de divisão, por conta de sua natureza e, por fim, negativa, por se tratar de uma obrigação de algo que o contratante não poderá fazer.

⁵MARTORANO, Luciana dos Santos. Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos, 2013, p. 117.

4.1. Concorrência desleal e boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva tem grande importância nos contratos pactuados entre as partes, principalmente no que diz respeito aos contratos empresariais, de acordo com o previsto no art. 422, do Código Civil, que prevê o seguinte: *“Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”*

Não obstante, apesar de estar previsto no referido dispositivo legal que deve preservar a boa-fé na conclusão do contrato e em sua execução, é de suma importância que esta seja preservada também no momento pós-contratual, isto é, durante o cumprimento das cláusulas e obrigações convencionadas.

Assim, conforme aduz Luciana Martorano (2013, p. 105), pela visão privatista dos contratos empresariais, pode-se verificar que a boa-fé, no âmbito da análise da cláusula de obrigação de não competição, é utilizada para verificar a validade e licitude da obrigação, haja vista que os requisitos limitantes da cláusula não só protegem os interesses dos particulares, mas também trazem certa proteção ao mercado concorrencial, preservando a livre iniciativa e livre concorrência.

Dessa forma, foi de acordo com a teoria da boa-fé contratual que os legisladores sentiram a necessidade de incluir a obrigação de não competir, ainda que no âmbito do trespasse, bem como estipular o seu limite temporal no artigo 1.147, do Código Civil, que será tratado mais adiante.

Dessarte, se observada a boa-fé na cláusula de obrigação de não concorrência, bem como em seu cumprimento, será afastada a concorrência desleal. Porém, antes de se tornar uma cláusula corriqueira nos contratos de fusões e aquisições, se o vendedor da empresa continuasse exercendo suas atividades, a fim de competir e desviar a clientela do comprador, restaria configurada a concorrência desleal no caso.

José Carlos Tinoco Soares (1980, p. 19) dispõe, de forma correta, em sua obra que a concorrência desleal visa tirar a clientela dos que praticam atividade profissional, conforme trecho abaixo:

“A concorrência desleal se apresenta sob os mais variados aspectos, visando sempre atingir o industrial, o comerciante (entendido este no sentido mais genérico, eis que dentre os mesmos podemos incluir as pessoas que praticam atividades profissionais e aquelas prestadoras de serviços), tirando-lhes direta ou indiretamente a sua clientela, causando ou não prejuízo.”

Em vista disso, Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 189) leciona, em sua doutrina, que há duas formas de concorrência que o direito repudia, de um lado a concorrência desleal, do outro lado o abuso de poder:

“A primeira é reprimida em nível civil e penal, e envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes; a segunda reprimida também em nível administrativo, compromete as estruturas do livre mercado e são chamadas de infração da ordem econômica. São modalidades diferentes de repressão de práticas concorrenciais.”

Conforme acima exposto, haverá concorrência desleal quando houver o desvio de clientela por parte do vendedor. Já com relação ao abuso de poder, será constatado quando for permitido que o vendedor continue exercendo livremente as atividades da empresa vendida, desviando a clientela e fazendo com que não fosse vantajoso para o comprador firmar o contrato de compra e venda da empresa, uma vez que, sem clientes, a empresa não auferiria lucro, comprometendo as estruturas de livre mercado e, conseqüentemente, infringindo a ordem econômica.

5. EFEITOS E VINCULAÇÃO DE TERCEIROS.

Os efeitos da cláusula de não concorrência perduram até após a execução do contrato, conforme prazo estipulado na própria cláusula citada, em que, enquanto durar a obrigação de não competição, o alienante terá seus direitos de livre iniciativa e livre concorrência limitados, estando proibido de exercer a competição diante do comprador. Com isso, o comprador da empresa alienada poderá competir livremente no mercado, no ramo de atuação do objeto social da empresa.

Já com relação à discussão se tal cláusula deverá vincular terceiros ou apenas as partes contratantes, apesar de aparentar ser incerto, entende-se que, caso o terceiro tenha o *know-how*, *expertise* e capacidade técnica para realizar desvio de clientela, a despeito da dificuldade de mensurar tal capacidade, e se sua atuação poderá acarretar o prejuízo para a empresa vendida, poderá ensejar no efeito vinculativo, em que apenas deverá ser limitada a sua atuação.

Caso contrário, não terá motivos para seus efeitos serem estendidos, de modo a limitar a atuação de terceiros, conforme ementa e trecho do julgado com relação à abusividade da cláusula por conta de vinculação de terceiros abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE. AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTE DO ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES. ABUSIVIDADE PARCIALMENTE RECONHECIDA QUANTO A QUESTÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA PARA O FIM DE ENQUADRAR DENTRO DOS LIMITES TEMPORAIS, MATERIAIS E ESPACIAIS. Uma vez não observada na cláusula de não concorrência os critérios legais (o aspecto temporal, o limite material e a questão do espaço), impõe-se reconhecer parcialmente a sua abusividade, com a sua readequação dentro dos critérios acima estabelecidos. **APELO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA.**

“Quanto ao limite material, entendo que deve ser reconhecida a abusividade, tão somente quanto à restrição dos familiares do autor, de qualquer grau de parentesco,

a praticar concorrência ou explorar o mesmo ramo de atividade da sociedade em questão.

(...)

Por outro lado, pela leitura da Cláusula Terceira, foi acordado entre as partes que “o vendedor fica expressamente proibido de por si, seu cônjuge, seus ascendentes, descendentes, herdeiros e colaterais de qualquer grau, praticar concorrência ou explorar o mesmo ramo de atividades da sociedade COBRA CORRENTES BRASILEIRAS LTDA., ou ainda, prestar consultoria nas áreas de atuação da empresa antes mencionada.”

De fato, a limitação imposta pela referida cláusula, abrangeu de forma muito ampla e extremamente exagerada a restrição estabelecida, no sentido de proibir os familiares da parte apelante, de qualquer grau de parentesco (...), de praticar concorrência ou explorar o mesmo ramo de atividades.

Por tais razões, reconheço a abusividade do acordo, para extirpar da cláusula de não concorrência as referências “seu cônjuge, seus ascendentes, descendentes, herdeiros e colaterais de qualquer grau” e “prestar consultoria nas áreas de atuação da empresa antes mencionada”, ficando restrita tal proibição somente ao apelante, em atenção aos dispositivos constitucionais tuteladores dos direitos e garantias individuais previsto no artigo 5, XIII e artigo 6º, ambos da Constituição Federal.

(TJ-RS - Apelação Cível: 70036049377 RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Data de Julgamento: 08/11/2012, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/11/2012, grifei.)

No caso em questão, a cláusula foi considerada abusiva por não permitir a concorrência pelo vendedor, seu cônjuge, ascendentes, descendentes, herdeiros e colaterais de qualquer grau, o qual seria muito amplo e abusivo. Deste modo, foi decidido que a restrição se aplicaria somente ao vendedor, quem realmente detinha o *know-how* para efetivo desvio de clientela.

6. NÃO CONCORRÊNCIA SOB A ÓTICA DO VENDEDOR

Analisando a cláusula de não concorrência sob a ótica do vendedor, é necessário levar em consideração alguns fatores. O primeiro fator é com relação ao desvio de clientela, no qual, apesar da cláusula de não concorrência limitar a atuação do vendedor, é necessário que seja comprovado o desvio de clientela para se falar em quebra de cláusula contratual.

Além disso, para não ser considerada uma cláusula abusiva, deverá ser limitada com relação ao seu período, o qual não poderá ser vitalício, às atividades que o vendedor deixará de exercer e ao espaço geográfico onde não poderá exercer a concorrência.

Outrossim, para que consiga cumprir com a obrigação de não concorrência, deverá ser prevista uma compensação remuneratória para o vendedor não ser prejudicado, em que, nos casos de operações de fusões e aquisições, a compensação remuneratória se dá, muitas vezes, com o aumento do preço para compra da empresa.

6.1. Desvio de clientela.

Um dos principais desafios enfrentados pela doutrina e pelos Tribunais se dá pela problemática em verificar se a cláusula de obrigação de não concorrência é válida ou não, haja vista que as cláusulas negativas cerceiam a liberdade do devedor, o que pode torná-la abusiva.⁶

Ademais, nos casos de análise pelo Tribunal sobre a validade das cláusulas de obrigação de não concorrência em contratos de fusões e aquisições, deve ser levada em conta a comprovação do desvio efetivo de clientela, pois o objetivo da cláusula é proteger o comprador, ou seja, proteger a clientela conquistada e, conseqüentemente, os resultados econômicos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema, conforme ementa do julgado abaixo:

*“AÇÃO INDENIZATÓRIA. Cláusula de não concorrência inserida em contrato de cessão de quotas. Sentença de parcial procedência, condenando o réu, vendedor, ao pagamento de metade da multa contratual (R\$ 75.000,00). Apelação deste. Ausência de provas suficientes de violação da obrigação de não concorrência. **Inexistência de documentos a atestar condutas tendentes ao desvio de clientela.** Testemunhas contraditórias, que abonam as versões de ambas as partes. Autor que não se desincumbiu de seu ônus probatório. Reforma da sentença recorrida. Apelação a que se dá provimento. Recurso adesivo do autor, pedindo a majoração da multa, desprovido.*

*“(…) Assim sendo, a análise do caso depende, sobretudo, da **comprovação de desvio efetivo de clientela** e de danos ao aviamento do cessionário. (...) Inexistindo evidências firmes de que a violação ocorreu e de que tenha ocorrido desvio de clientela, não é razoável condenar o réu ao pagamento da elevada multa contratual pactuada (R\$ 150.000,00), ainda que com a redução arbitrada na origem.”*

(Apelação nº 1000857-52.2015.8.26.0568, Rel. Cesar Ciampolini e Alexandre Lazzarini e Fortes Barbosa, julgado em 08/11/2017, publicado em 10/11/2017, grifei.)

Como se pode perceber, os nobres Julgadores verificaram que, por não haver provas suficientes que comprovassem o desvio de clientela por parte do vendedor, não há que se falar em quebra de cláusula contratual, isto é, o vendedor não descumpriu sua obrigação convencional.

6.2. Fixação de limites para a cláusula não ser considerada abusiva.

Além da comprovação do desvio de clientela para indicar que houve a quebra de cláusula contratual, é importante para o vendedor que sejam estabelecidos limites para a viabilidade do cumprimento das condições estipuladas na cláusula, a fim de que não seja considerada abusiva e, conseqüentemente, seja uma condição válida.

⁶BARATA, Rodrigo Rentzsch Sarmento; RAUPP, Daniel Marques. As Cláusulas de Não Competição nos Contratos Empresariais de Longa Duração, Revista Brasileira de Direito Empresarial. Porto Alegre, 2018.

Nesse sentido, para sustentar as análises de suas decisões ao verificar os excessos da cláusula, o Conselho Administrativo da Defesa Econômica - CADE - trouxe precedentes das Supremas Cortes de *Connecticut* e *Ohio* para afirmar que a validade da cláusula está ligada à limitação de tempo, matéria e espaço⁷, considerados como requisitos essenciais.

Assim, com a cláusula de obrigação de não concorrência, será possível a demonstração do adquirente à clientela de que possui plena condição para continuar prestando os serviços ou fornecendo os produtos de maneira satisfatória, possibilitando que os clientes escolham entre os concorrentes.

Caso contrário, romperia as condições para concorrência, já que os clientes iriam optar por continuar adquirindo os produtos ou serviços prestados do alienante, haja vista a confiança adquirida, *expertise* e *know how* em relação às atividades empresariais, podendo levar o comprador da empresa à falência, inclusive.

6.2.1. Limite territorial.

O limite territorial, espacial ou geográfico (como também é conhecido), diz respeito ao raio de incidência de comercialização dos produtos ou da prestação dos serviços por parte da companhia, que poderá ser um bairro, cidade, região nacional ou internacional, mas deverá ter subsídios que fundamentem a sua extensão e o risco de desvio de clientela.

Caso o vendedor atue no mesmo raio territorial da empresa vendida exercendo a mesma atividade, de forma a competir com o comprador, poderá desviar a clientela da empresa e promoverá a concorrência desleal, ou seja, a área territorial é a área de influência do vendedor.

Ademais, caso o vendedor atue na mesma atividade, porém, em um raio geográfico que não atinja a clientela, não há que se falar em concorrência desleal. Para exemplificar tal limitação da cláusula, tenhamos em mente um caso de venda de uma padaria que atinge o raio de clientela apenas do bairro em que está sediada, na qual as partes concordaram em inserir uma cláusula de obrigação de não concorrência no contrato de compra e venda, com todas as limitações e previsões necessárias.

Se, porventura, a limitação territorial do presente caso aduzido acima fosse que o vendedor não poderia abrir uma padaria na mesma cidade da empresa vendida, tal questão seria considerada uma limitação abusiva, haja vista que não haveria desvio da clientela da padaria vendida.

⁷ SANTOS, Alexandre David., Cláusula de Não Concorrência nos Contratos de Franquia, 30 ago. 2017, p. 6.

Entretanto, caso se tratasse de uma grande loja de construção que ficasse situada estrategicamente no meio da cidade e todos adquirissem o material fornecido por essa loja, entende-se que o raio de incidência da clientela seria maior. Portanto, a limitação territorial poderia prever que não exercesse as atividades da empresa vendida na cidade, ampliando, assim, o raio para a não concorrência.

Assim, a Apelação Cível 70036049377, julgada pela Sexta Câmara Cível do TJ-RS, tratou que a cláusula era abusiva por não conter as limitações previstas, dentre elas a limitação geográfica, conforme trecho do voto do desembargador Artur Arnildo Ludwig abaixo:

“22. Quanto ao espaço, tem-se entendimento de que a cláusula contratual deve-se restringir à área de atuação da empresa adquirida na operação. Da leitura do Contrato de Aquisição, depreende-se que a área geográfica compreendida na área de não-concorrência guarda relação com a atuação da System Plast, razão pela qual também não se vislumbra problema concorrencial quanto a este ponto.

(...)

Feita tais considerações, analiso a cláusula terceira do acordo celebrado entre as partes quanto ao aspecto temporal, o limite material e a questão do espaço.”⁸

6.2.2. Limite temporal.

A estipulação de um limite temporal na cláusula de obrigação de não competição tem como finalidade limitar um tempo para o cumprimento da obrigação, visto que esta não poderá ser perpétua e deve ser razoável. Em outras palavras, não pode ser uma cláusula de grande duração para não apresentar risco a livre concorrência.

Somente a partir do limite temporal em que a obrigação de não concorrência ganhou força de lei, sendo incluída no Código Civil, de 2002, no art. 1.147, cuja redação segue: *“Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.”*

Apesar da previsão legal de um limite de tempo para a não concorrência apenas no âmbito do trespasse, isto é, na transferência do estabelecimento, os Tribunais Pátrios têm utilizado o artigo mencionado para estipular o tempo nas cláusulas de fusões e aquisições que são consideradas abusivas ou não possuem prazo estipulado em contrato, conforme entendimento do STJ no julgamento do REsp: 680815:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E EMPRESARIAL. ACÓRDÃO ESTADUAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. INEXISTÊNCIA DE MALFERIMENTO AOS ARTS. 165, 458, II E III, E 535, II, DO CPC. "CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO". AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS

⁸ TJ-RS - Apelação Cível: 70036049377 RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Data de Julgamento: 08/11/2012, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/11/2012.

ARTS. 166, II E VII, E 421 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRAZO INDETERMINADO DA REFERIDA CLÁUSULA. ABUSO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. NECESSIDADE. PRAZO DE 5 ANOS. CRITÉRIO DO ART. 1.147 DO CC/2002. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMOSTRADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Rejeita-se a alegada violação aos arts. 165, 458, II e III, e 535, II, do CPC, uma vez que o acórdão recorrido está devidamente fundamentado. 2. É válida a cláusula de "não restabelecimento" no tocante ao seu objeto, rejeitando-se a alegada violação ao art. 166, II e VII, do Código Civil de 2002, pois é regra comum nos negócios jurídicos que envolvem transmissão de direitos sobre estabelecimentos, amplamente utilizada no cotidiano empresarial. Insta mencionar que o CC/2002 inovou ao trazer expressamente, no seu art. 1.147, a "cláusula de não restabelecimento". 3. O art. 421 de CC/2002 positivou o princípio da função social dos contratos como limitador da liberdade de contratar, inexistindo violação a essa norma, no estabelecimento da cláusula de "não restabelecimento", usual na realidade empresarial para coibir a concorrência desleal. 4. Mostra-se abusiva a vigência por prazo indeterminado da cláusula de "não restabelecimento", pois o ordenamento jurídico pátrio, salvo expressas exceções, não se coaduna com a ausência de limitações temporais em cláusulas restritivas ou de vedação do exercício de direitos. Assim, deve-se afastar a limitação por tempo indeterminado, fixando-se o limite temporal de vigência por cinco anos contados da data do contrato, critério razoável adotado no art. 1.147 do CC/2002. 5. A aludida cláusula não se incompatibiliza com os arts. 20, II e IV, e 21, IV, V e X, da Lei n. 8.884/94, pois para se configurar infração à ordem econômica é imprescindível que alguma das condutas elencadas no art. 21 ocasione, de forma efetiva ou potencial, efeitos previstos no art. 20, o que não ocorre no caso em exame. 6. Dissídio jurisprudencial não demonstrado, uma vez que não houve indicação de dispositivo de lei federal que teria sido interpretado de forma divergente ao posicionamento firmado no paradigma. 7. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ - REsp: 680815 PR 2004/0113623-7, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 20/03/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJE 03/02/2015, grifei.)

No caso acima ementado, discutiu-se a abusividade e nulidade do negócio jurídico pactuado entre as partes. Porém, os Ministros foram precisos ao afirmar que não foi descumprida a função social do contrato, cuja cláusula é válida e corriqueira. Ademais, apesar de ser válida, era abusiva por não possuir limite territorial previsto e pela limitação de tempo ser indeterminada.

Além disso, conforme julgado já trazido no tópico de efeitos perante terceiros, a Apelação Cível 70036049377, julgada pela Sexta Câmara Cível do TJ-RS, a cláusula de obrigação de não concorrência estipulava um limite temporal de 10 anos, prazo este que foi considerado abusivo pelos excelentíssimos Julgadores, conforme trecho do julgado abaixo:

“Apesar de inexistir norma específica e regular da cláusula de não concorrência do sócio retirante, aplica-se, por analogia, o artigo 1.147, caput, do CC, in verbis:

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

(...)

Como se observa no artigo supracitado, o objetivo principal da Lei consagrado na cláusula de não concorrência é vedar a concorrência desleal, para a proteção do estabelecimento empresarial.

Assim, a **adoção do prazo temporal de 5 anos para proteção do estabelecimento empresarial, se mostra mais justo e adequado, a fim de repelir qualquer restrição temporal que extrapole os limites da normalidade e do bom senso.**

Dessa forma, entendo que **o prazo estipulado de 10 anos previsto na cláusula terceira do acordo firmado entre as partes, se mostra abusivo, razão pela qual merece ser readequado para 5 anos.**"

(TJ-RS - Apelação Cível: 70036049377 RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Data de Julgamento: 08/11/2012, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/11/2012, grifei.)

Deste modo, conforme redação do Enunciado nº 490, do Conselho da Justiça Federal, a cláusula de não concorrência poderá ser revista judicialmente, se o prazo de 05 anos de proibição de concorrência for ampliado, ainda que por convenção entre as partes e no exercício da autonomia da vontade, ou seja, se for considerada uma cláusula abusiva.

Nesse diapasão, Marlon Tomazette, em sua doutrina, dispõe o que segue sobre o limite temporal nas cláusulas de obrigação de não restabelecimento:

"Trata-se de uma proteção do aviamento, que não viola qualquer liberdade constitucional, na medida em que limita no tempo tal proibição. Caso se tratasse de uma proibição por prazo indeterminado, não haveria dúvida da inconstitucionalidade desta. Todavia, com a limitação de cinco anos, se restringe uma liberdade para tutelar outra, sem destruir nenhuma das duas. Não se limita a liberdade de concorrência, mas se evita a concorrência desleal."

Desta feita, não resta dúvidas que a cláusula é considerada inconstitucional se sua proibição for por prazo indeterminado, considerada, portanto, uma cláusula abusiva. Ademais, caso a limitação se restrinja a 05 anos, conforme previsto no Código Civil, a cláusula respeitará as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil (Federal) e evitará a concorrência desleal.

Levando em consideração o limite temporal de 05 anos previsto no Código Civil, o CADE editou a Súmula nº 05/2009, que estipula como limite máximo o prazo de 05 anos para a previsão de obrigação de não concorrência em Atos de Concentração sobre alienação de estabelecimento empresarial. Entretanto, as partes podem estipular tempo menor nas cláusulas de obrigação de não concorrência.⁹

6.2.3. Limite material.

O limite material restringe a obrigação de não concorrência pela atividade que se deseja privar o exercício de uma determinada pessoa. Desse modo, deve-se levar em conta se as

⁹ MARTORANO, Luciana dos Santos. Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos, 2013, p. 157.

atividades estão descritas de forma pormenorizada na cláusula, com a finalidade de evitar eventuais questionamentos das partes, na qual a descrição genérica pode fazer com que a cláusula seja invalidada.

No julgado abaixo, depreende-se a importância de detalhamento e confirmação das atividades que não poderão ser exercidas pelo vendedor da empresa. No caso ementado, o vendedor estava exercendo atividade semelhante à da sociedade cedida, mas, como não estavam estipuladas as atividades específicas do objeto social da nova empresa constituída pelo vendedor na cláusula, não restou configurada a concorrência desleal:

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. Pedido de imposição, aos réus, de ordem de abstenção da produção de peças automotivas, em suposta violação de cláusula de não-concorrência. Concorrência desleal não demonstrada, ao menos em sede de cognição sumária. Peças automotivas atualmente produzidas pelo requerido Diego Aparecido Rodrigues e sua empresa são diferentes daquela a cuja abstenção se comprometeu anteriormente, por cláusula contratual. Ausência de periculum in mora. Danos alegados em tese são reparáveis por ação indenizatória. Risco de dano inverso. Recurso improvido.

*(...) A requerente não demonstrou que os requeridos produzem peças automotivas vedadas pela cláusula de não-concorrência. (...) Ora, Diego Aparecido Rodrigues tem desenvolvido com Gueparts Indústria e Comércio de Peças Ltda. objeto social semelhante, mas não idêntico (...) Em outras palavras, Diego Aparecido Rodrigues se comprometeu concretamente a não concorrer nos mercados de tensores e polias de tensor e alternador, produzidas pelas empresas que cedeu à requerente. Sua empresa atual não as fabrica, conforme se depreende dos catálogos. **A apelante poderia indicar quais peças se sujeitam a real e efetiva concorrência, mas nada esclareceu a respeito, de modo a comprometer ainda mais a tese de comportamento ilícito dos requeridos.**"*

(TJ-SP - APL: 10923323820158260100 SP 1092332-38.2015.8.26.0100, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 03/05/2017, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 04/05/2017, grifei).

6.2.4. Compensação remuneratória.

Além dos limites acima elencados, para a cláusula não se tornar abusiva e a venda da empresa não ser prejudicial ao vendedor, que deixará de exercer a atividade que possui conhecimento e *expertise*, após anos atuando no ramo, deverá ser prevista uma compensação remuneratória para o período em que o vendedor deixará de competir com a sociedade.

A compensação remuneratória poderá ser estipulada no contrato de compra e venda. Mas, o que é mais comum em operações de fusões e aquisições é que a compensação remuneratória esteja inserida no preço de compra da sociedade, isto é, que o tempo no qual o vendedor ficará sem exercer as atividades seja levado em consideração para no momento de valorar a sociedade vendida.

7. NÃO CONCORRÊNCIA SOB A ÓTICA DO COMPRADOR

Analisando a cláusula de não competição nos contratos de fusões e aquisições, o sujeito passivo da obrigação de não competir com o comprador é o próprio alienante da empresa, por se tratar de um possível concorrente qualificado em razão da influência que possui na empresa e do conhecimento para exercer a atividade e, ainda, do contato com os compradores do produto ou usuários do serviço fornecido, com a finalidade de desviar clientela.

Tal fator seria desvantajoso ao comprador da sociedade, e que tem por finalidade obter lucros que superem o valor da compra da sociedade, lucros estes que serão conquistados a longo prazo com o fornecimento de produtos e serviços de boa qualidade, que continuariam satisfazendo a clientela antiga e buscando a conquista de novos clientes, o que acarretaria no crescimento da empresa.

Porém, quando o alienante da sociedade ou companhia cede suas quotas ou ações e retira-se da sociedade, a cláusula de não concorrência faz-se necessária para que o vendedor não utilize do seu *know-how*, *expertise*, contatos e confiança dos clientes para desvio da clientela e, conseqüentemente, o prejuízo da empresa vendida.

7.1. Importância da previsão da cláusula em contratos de compra e venda.

Desta forma, sob a ótica do comprador, é de suma importância que a cláusula esteja prevista no contrato, haja vista que, se não estiver expressa e o vendedor praticar a não competição, o Judiciário poderá entender que não será considerada como concorrência desleal, como ocorreu no caso ementado abaixo:

Agravo de instrumento. Alienação de cotas sociais. Abertura de empresa atuante no mesmo ramo de atividade pelo sócio retirante. Inexistência de cláusula de interdição de concorrência no instrumento de venda e compra de cotas sociais. Impossibilidade de aplicação por analogia da regra prevista no art. 1.147 do CC. Norma que protege o adquirente da concorrência lícita do alienante para garantir que haja real transferência dos bens corpóreos e incorpóreos da sociedade. Cessão de cotas sociais que não se confunde com trespasse. Objetivo da transação realizada é a ampliação na participação social e não aquisição direta dos bens corpóreos ou incorpóreos da sociedade. Possibilidade de comprovação de outros atos de concorrência desleal no curso do processo. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP – AI 2085000-75.2016.8.26.0000, 22-8-2016, Rel. Hamid Bdine).

No caso em comento, o sócio retirante abriu uma empresa para exercer a mesma atividade da sociedade vendida, porém, não havia previsão no contrato de compra e venda dispondo que o alienante não poderia concorrer diretamente com a empresa. Outrossim, apesar da previsão no Código Civil sobre a não concorrência no âmbito de trespasse, tal dispositivo não pode ser aplicado por analogia, pois o caso em questão tratava de cessão de quotas, ao invés

de tratar sobre alienação de estabelecimento. Dessa feita, não houve a configuração de concorrência desleal.

Além da problemática acima exposta, outro desafio encontrado pelo adquirente diz respeito ao ônus probatório, que no âmbito do Judiciário compete a ele próprio demonstrar a ocorrência da competição desleal.

7.2. Estipulação de multa para não cumprimento da cláusula.

Apenas a estipulação da cláusula em contrato de compra e venda da empresa não é uma garantia certa de que o vendedor não exercerá a competição contra a sociedade vendida. Para isso, a cláusula deverá prever também uma multa condenatória para o caso de seu descumprimento, que, nas operações de fusões e aquisições, costumam ser valores estridentes, evitando, ao máximo, o risco da concorrência desleal.

Desse modo, se comprovada a concorrência desleal por parte do vendedor e o caso for apresentado ao Judiciário, a decisão fará cessar a competição, requerer a dissolução da empresa e a condenação ao pagamento de multa prevista em contrato e acordada entre as partes.

8. CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A partir do acima exposto, conclui-se que a cláusula de obrigação de não concorrência deve ser incluída nos contratos de fusões e aquisições, para garantir que o vendedor não exerça a concorrência desleal e, conseqüentemente, não desvie a clientela da empresa vendida, a fim de não interferir nos lucros da sociedade, o que pode trazer graves malefícios ao comprador por ter adquirido uma empresa que não traria renda a médio e longo prazo.

Além disso, levando-se em consideração a importância da cláusula de obrigação de não concorrência sob a ótica do vendedor, quando a discussão sobre a obrigação de não concorrência estiver em fase contenciosa, isto é, já em julgamento pelas cortes, e não for comprovado que houve o desvio de clientela pelo vendedor, não há que se falar em concorrência desleal. Portanto, não há o descumprimento da obrigação de não concorrência.

Isto ocorre por conta da cláusula ter como finalidade a proteção da clientela conquistada por conta dos esforços, confiança e *know-how* do vendedor, que poderá facilmente desviada caso este exerça a concorrência desleal. Contudo, caso não seja comprovado o desvio de clientela, não há que se falar em quebra de cláusula contratual.

Ainda, analisando cláusula redigida, levando em consideração o viés do vendedor, é de suma importância que os limites da cláusula sejam fixados para não ser considerada abusiva e, até mesmo, inválida.

Tais limites trata-se de territorial ou geográfico, material e temporal. O primeiro limite cuida do espaço geográfico em que o vendedor não poderá exercer a concorrência, podendo ser uma cidade, bairro, Estado, região nacional ou internacional, ou outras limitações territoriais, contanto que tenham subsídios que fundamentem a extensão e o risco de desvio de clientela.

Já o limite material, por sua vez, trata das atividades que o vendedor não poderá exercer após a venda da empresa, e está geralmente atrelado ao objeto social da sociedade vendida. Por fim, o limite temporal diz respeito ao tempo em que o vendedor não poderá exercer a concorrência, o qual deverá ser fixado na cláusula e não pode ser considerado um período muito amplo, por exemplo, tempo vitalício, ou até mesmo por 10 anos, de acordo com o entendimento firmado na Apelação Cível nº 70036049377, julgada pelo TJ-RS, conforme ementa disposta no item 6.2.2 do presente artigo.

Além das limitações, é de suma importância que esteja fixada uma compensação remuneratória durante o tempo em que o vendedor não poderá exercer a concorrência, cujo preço, nos casos de operações de fusões e aquisições, costuma estar atrelado ao valor de compra da empresa, isto é, no momento de verificarem o *valuation* da sociedade, os advogados representantes do vendedor solicitam o aumento do preço já visando ao prazo em que a parte ficará sem exercer a concorrência.

Ademais, sob a ótica do comprador, além da importância da previsão da cláusula em contratos de compra e venda, deve-se estipular uma multa condenatória em caso de não cumprimento por parte do vendedor. Tal multa costuma prever um valor estridente nos contratos de fusões e aquisições, visando evitar, ao máximo, a concorrência desleal.

Deste modo, a cláusula de obrigação de não concorrência deve ser muito bem redigida, analisada, discutida e revisada por ambas as partes, haja vista que se não levar em consideração todos os requisitos acima expostos, uma das partes poderá ser prejudicada ou, até mesmo, a cláusula ser considerada inválida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGNOLI, Vicente. Direito econômico, 6ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2013. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/>. Acessado em: 20 mai. 2022.

BARATA, Rodrigo Rentzsch Sarmento; RAUPP, Daniel Marques. As Cláusulas de Não Competição nos Contratos Empresariais de Longa Duração, Revista Brasileira de Direito Empresarial. Porto Alegre, 2018.

BRASIL. Código Civil: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acessado em: 12 out. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 12 out. 2022.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, Direito de Empresa, Volume 1, 12ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula de não concorrência na alienação de participação societária: exame de seus requisitos de validade e ineficácia superveniente. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/clausula-de-nao-concorrencia/>. Acessado em: 18 mai. 2022.

MARTORANO, Luciana dos Santos. Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos, 2013.

SANTOS, Alexandre David., Cláusula de Não Concorrência nos Contratos de Franquia, 30 ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3025844> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3025844>. Acessado em: 20 out. 2022

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Publicação oficial dos trabalhos do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, v.12, n.1, p. 180-190, 2 dez. 1914.

SOARES, José Carlos Tinoco. Crimes contra a propriedade industrial e de concorrência desleal. São Paulo: RT, 1980.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, 2ª edição, Volume 1, São Paulo: Editora Atlas, 2009.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, **Alessandra Rei Albregard**, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31886043, período noturno, turma 10U, tendo realizado o TCC com o título: **Cláusula de Obrigação de Não Concorrência em Operações de Fusões e Aquisições**, sob a orientação do Professor: **José do Carmo Veiga de Oliveira**, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de novembro de 2022 .

Alessandra Rei Albregard

Assinatura do discente