



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAMILLA FERRONATO PLÁCIDO TEIXEIRA DA SILVA

**A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM CONTRATOS DE TRESPASSE NO
BRASIL: ABRANGÊNCIA E LIMITAÇÕES**

CURITIBA

2024

CAMILLA FERRONATO PLÁCIDO TEIXEIRA DA SILVA

**CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM CONTRATO DE TRESPASSE NO
BRASIL: ABRANGÊNCIA E LIMITAÇÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

CURITIBA

2024

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM CONTRATO DE TRESPASSE NO BRASIL: ABRANGÊNCIA E LIMITAÇÕES

CAMILLA FERRONATO PLÁCIDO TEIXEIRA DA SILVA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Documento assinado digitalmente
 **CARLOS JOAQUIM DE OLIVEIRA FRANCO**
Data: 11/12/2024 20:19:16-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Carlos Joaquim de Oliveira Franco
Orientador

Coorientador
Documento assinado digitalmente
 **LUIZ DANIEL RODRIGUES HAJ MUSSI**
Data: 11/12/2024 20:31:40-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Luiz Daniel Haj Mussi
1º Membro
Documento assinado digitalmente
 **VINICIUS KLEIN**
Data: 11/12/2024 20:40:07-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Vinicius Klein
2º Membro

*“Faça com que eu tenha a coragem de me enfrentar.
Faça com que eu saiba ficar com o nada e mesmo
assim me sentir como se estivesse plena de tudo.”*

(Clarice Lispector)

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo analisar a cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse, explorando suas limitações e suas abrangências em uma abordagem que analisa as origens, os objetivos e as implicações da cláusula. A pergunta norteadora do estudo indaga até que ponto é legítimo restringir a liberdade de atuação empresarial do trespasante em prol da proteção do trespasário e da continuidade do estabelecimento adquirido. Para responder a essa questão, serão discutidos o conceito e a função da cláusula de não concorrência, abordando aspectos históricos e jurisprudenciais que moldaram seu entendimento no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, será analisada a cláusula de não concorrência a partir dos princípios da livre iniciativa e da não concorrência em consonância ainda com o princípio da boa-fé. O trabalho incursionará ainda nos efeitos da cláusula de não concorrência, buscando demonstrar que, apesar de impor restrições à liberdade econômica do trespasante, encontra fundamento na necessidade de garantir que o trespasário usufrua plenamente dos bens imateriais do negócio, sendo uma limitação justificada para evitar a concorrência desleal e proteger o investimento realizado na aquisição do estabelecimento. O trabalho aponta, todavia, que existem determinados critérios a serem atendidos pela cláusula de não concorrência visando ao equilíbrio entre a concorrência desleal e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. O presente estudo propõe, em suas conclusões, que a cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse seja entendida como um mecanismo que busca assegurar o equilíbrio nas relações contratuais, permitindo uma concorrência justa e a preservação do valor econômico do empreendimento transferido, desde que atendidos os critérios e limites decorrentes da ordem jurídica.

Palavras-chave: Cláusula de não concorrência; Contrato de trespasse; Livre iniciativa; Livre concorrência.

ABSTRACT

This Graduation Project aims to analyze the non-compete clause in business transfer agreements, exploring its limitations and scope through an approach that examines the origins, objectives, and implications of the clause. The guiding question of the study asks to what extent it is legitimate to restrict the selling party's freedom to engage in business activities in favor of protecting the purchasing party and ensuring the continuity of the acquired establishment. To address this question, the concept and function of the non-compete clause will be discussed, covering historical and case law aspects that have shaped its understanding within the Brazilian legal system. Furthermore, the clash between the non-compete clause and the principles of free enterprise and free competition will be analyzed to assess the proportionality between them, in line with the principle of good faith. Lastly, the conclusion is that the non-compete clause, despite imposing restrictions on the economic freedom of the seller, is justified by the need to ensure that the buyer fully enjoys the intangible assets of the business. It represents a necessary limitation to prevent unfair competition and protect the investment made in acquiring the establishment. However, the study highlights that certain criteria must be met by the non-compete clause to balance the tension between unfair competition and the principles of free enterprise and free competition. The study concludes by proposing that the non-compete clause in business transfer agreements serves as a balancing mechanism in contractual relations, enabling fair competition and preserving the economic value of the transferred enterprise, provided that the established limiting criteria are met.

Keywords: Non-compete clause; Business transfer agreement; Free enterprise; Free competition.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 7 |
| 2. O CONTRATO DE TRESPASSE | 8 |
| 3. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA | 10 |
| 4. OBJETIVOS E OBRIGAÇÕES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA | 14 |
| 5. LIVRE CONCORRÊNCIA, LIVRE INICIATIVA E CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA | 17 |
| 6. LIMITAÇÕES À CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA | 20 |
| 6.1. LIMITAÇÃO TEMPORAL | 22 |
| 6.2. LIMITAÇÃO ESPACIAL | 24 |
| 6.3. LIMITAÇÃO MATERIAL | 25 |
| 7. CONCLUSÃO | 26 |
| REFERÊNCIAS | 29 |

1. INTRODUÇÃO

A evolução do direito empresarial brasileiro revela um esforço contínuo para equilibrar a liberdade econômica das partes. Em operações de trespasse, que consistem na venda, ou cessão onerosa, de um estabelecimento, assim considerado o conjunto de bens dispostos para o exercício da atividade econômica, é possível observar uma preocupação por parte do trespessário, o adquirente do estabelecimento, especialmente no que diz respeito à preservação do valor econômico dos estabelecimentos transferidos. Nesse aspecto, surgem questões fundamentais acerca da continuidade e do aproveitamento integral do negócio adquirido, principalmente em relação à clientela que acompanha o estabelecimento e que é, em última análise, o que o trespessário busca manter, quando se propõe a realizar o negócio. Nesse contexto, a cláusula de não concorrência assume papel central ao impor restrições à liberdade de atuação do trespessante, o alienante, que contratou a cessão do estabelecimento mediante preço ajustado com o trespessário. Esse, por sua vez, busca se assegurar dos benefícios decorrentes do investimento realizado.

Embora a cláusula de não concorrência tenha sido amplamente aceita e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, possuindo previsão legal junto ao artigo 1.147 do Código Civil, a sua aplicação não é isenta de controvérsias. Levantam-se constantemente discussões acerca da adequação e da proporcionalidade dessa restrição frente aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Tais princípios, enquanto fundamentos da ordem econômica, asseguram a liberdade de empreender e competir no mercado, impondo um desafio para os operadores do direito no que concerne ao justo equilíbrio entre a proteção do direito de usufruto do trespessário e a liberdade econômica do trespessante.

Nesse ponto, é essencial a aplicação de determinadas limitações à cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse para assegurar que a restrição à atuação do trespessante não ultrapasse o necessário para proteger o trespessário e o valor do estabelecimento transferido, buscando um equilíbrio entre a proteção ao trespessário com o respeito aos direitos de livre iniciativa e livre concorrência do trespessante. A legislação brasileira, por meio do artigo 1.147 do Código Civil, delimita essa cláusula, fixando o prazo de cinco anos, podendo ser acordado de outro modo entre as partes, guardada a proporcionalidade e os limites que decorrem dos

princípios da boa-fé objetiva e da livre iniciativa. Além do limite temporal, são aplicadas limitações espaciais e materiais, restringindo a proibição de concorrência a uma área geográfica específica e às atividades diretamente relacionadas ao estabelecimento transferido. Esses limites são fundamentais para que a cláusula de não concorrência se mantenha proporcional e legítima, equilibrando a proteção ao adquirente com o respeito à liberdade de atuação do trespasante, sem gerar entraves excessivos à livre iniciativa e à concorrência no mercado.

Assim, a presente pesquisa propõe-se a investigar as implicações da cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse, partindo de uma análise crítica das limitações impostas ao trespasante e da proteção necessária ao trespasário. Serão discutidos aspectos históricos, jurisprudenciais e doutrinários que influenciam a interpretação dessa cláusula, com o intuito de verificar sua abrangência e seus limites no direito brasileiro.

A pesquisa combina uma abordagem bibliográfica com a análise de casos práticos, buscando responder até que ponto essa restrição se justifica como medida de proteção ao adquirente, como ela se equilibra com os direitos constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência e que tipo de requisitos ela precisa atender para apresentar legitimidade e evitar a caracterização de desequilíbrios que podem levar à um abuso econômico. O estudo conclui, por fim, que a cláusula de não concorrência, embora limitadora, é um instrumento essencial para assegurar a integridade do estabelecimento adquirido, preservando o valor econômico do negócio e protegendo o investimento do trespasário contra práticas de concorrência desleal, desde que atendidos determinados requisitos limitadores visando evitar abusos econômicos.

2. O CONTRATO DE TRESPASSE

O contrato de trespasse consiste na compra e na venda de estabelecimento comercial em sua integralidade, ou seja, consiste na transferência de propriedade de todo o conjunto de bens que determinado empresário usa para exercer e organizar a própria atividade empresarial, denominado “azienda”, conforme o Código Civil italiano de 1942 (FÉRES, 2010). Esses bens não são abrangidos somente por elementos materiais, como maquinários, matérias primas e mercadorias, mas também por elementos imateriais, como marca, clientela, reputação e o ponto comercial (BARRETO FILHO, 1988).

Tratando-se de uma universalidade de fato, é certo que o estabelecimento pode ser alienado com um todo, como uma coisa coletiva – é o que recebe na doutrina a denominação de trespasse. (TOMAZETTE, 2024, p. 101)

O termo “trespasse” surgiu no direito positivo em 1910 em decreto português datado de 12 de novembro, que dispôs, em seu artigo 33, § 4º, que os prédios nos quais estivessem instalados estabelecimentos comerciais só poderiam ser sublocados sem autorização do senhorio em caso de trespasse (MAGALHÃES, 1951). A legislação brasileira nunca utilizou expressamente o termo trespasse para indicar transferência de estabelecimento, restando à doutrina empresarial a função de sua denominação (BRUSCATO, 2011). No Código Civil, o trespasse é regulamentado pelos artigos. 1.144 a 1.147, correspondendo à “alienação do estabelecimento”.

O trespasse só ocorre quando há efetivamente uma transferência consensual, bilateral, onerosa e comutativa (OLIVEIRA, 2009). Ainda, para a caracterização de um contrato de trespasse, é necessário que o conjunto de bens a ser transferido possibilite o exercício da atividade empresarial. Nesse sentido, o enunciado n.º 233, da III Jornada de Direito Civil, dispõe:

233 – Artigo 1.142: A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos artigos. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial. (BRASIL, 2004)

Quanto às formalidades, o contrato de trespasse só possui eficácia plena perante terceiros após sua averbação na margem da inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis e sua publicação na imprensa oficial, conforme prevê o artigo 1.144 do Código Civil:

Artigo 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial. (BRASIL, 2002)

Contudo, em relação às partes a sua eficácia decorre da celebração do contrato, que vinculará as partes ainda que o registro e a publicação não tenham sido realizados.

Do contrato de trespasse resultam diversas obrigações para ambas as partes, nomeadamente o trespessário, que é aquele que adquire o estabelecimento e o trespessante que é aquele que transfere o estabelecimento. Essas obrigações podem ser de cunho civil, tributário, creditório, sucessório e buscam garantir interesses tanto do trespessante quanto do trespessário (FÉRES, 2010). A legislação tributária e trabalhista, antes mesmo da promulgação do Código Civil de 2002, já estabeleciam obrigações para as partes que celebram uma operação de trespasse, conforme é possível observar nos artigos. 10, 448 e 448-A da Consolidação das Leis do Trabalho e no artigo 133 do Código Tributário Nacional.

Artigo 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Artigo 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Artigo 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos artigos. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor. (BRASIL, 1943)

Artigo 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. (BRASIL, 1966)

O Código Civil italiano de 1942 regulamentou o trespasse e suas consequências nos contratos, nos créditos e nos débitos em seus artigos. 2.558 a 2.560. O Código Civil de 2002, por sua vez, encampou disposições aplicáveis ao trespasse, denominado alienação de estabelecimento, regulando aspectos do contrato, da transmissão de créditos e débitos, inspirando-se na regulação do Código Civil italiano de 1942 (FÉRES, 2010). Apesar das imposições de obrigações no texto normativo, o Código Civil, concedeu certa autonomia às partes para disporem em modo contrário no documento contratual que formalizará o trespasse.

3. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

A realização de um contrato de trespasse resulta em diversas obrigações entre as partes envolvidas, sendo algumas dispostas em legislação e outras que podem ser acordadas em negociação entre trespasante e trespasário. Uma das obrigações mais comuns de se observar na operação de trespasse é a de não concorrência, na qual o trespasante obriga-se a não concorrer com o trespasário após a transferência do estabelecimento. Nesse sentido, a natureza jurídica da cláusula de não concorrência se caracteriza como uma obrigação de não fazer, um dever de seguir uma conduta omissiva.

[...] a obrigação de não fazer tem por fim impedir que o devedor pratique ato que teria o direito de realizar se não tivesse se obrigado a abster-se. Importa auto restrição mais enérgica à liberdade pessoal, admitindo-se que não valem as que ultrapassam as fronteiras da liberdade jurídica. (GOMES, 2019, p. 38)

Pode-se entender que o primeiro registro existente da cláusula de não concorrência ocorreu na Inglaterra, em 1414, e passou a ser conhecido como “Caso Dyer”. Nessa situação, o comerciante John Dyer firmou um acordo com outro comerciante da região de que não realizaria atividades comerciais na mesma cidade que este pelo prazo de seis meses. Em razão do descumprimento do acordo por John Dyer, o caso foi levado à disputa judicial, na qual o tribunal absolveu Dyer, acusado de descumprimento contratual, por entender que o contrato foi firmado contrariamente ao direito comum (MINDA, 1989).

No Brasil, o primeiro caso que discutiu a não concorrência em contrato ocorreu em 1914, tendo envolvido os juristas Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa. No caso em questão, os acionistas da Companhia Nacional de Tecidos de Juta alienaram sua participação societária a terceiros e, pouco tempo depois, fundaram outra empresa, denominada Companhia de Aniagem, para atuar no mesmo ramo e na mesma região geográfica da companhia que fora alienada. Apesar de o caso não ter correspondido na sua essência a uma operação de trespasse, mas a uma alienação de participação societária, o debate envolveu diretamente a obrigação de não concorrer. O conflito chegou ao Supremo Tribunal Federal, que acabou por decidir que a renúncia ao exercício de determinado ramo de comércio pelo vendedor de uma empresa não é

presumida, devendo estar expressa no respectivo contrato de compra e venda, visando a não contrariar o princípio da livre concorrência (OLIVEIRA, 2009).

Rui Barbosa, advogado dos alienantes, alegou que a cessão de clientela jamais fora assentida por seus clientes, de modo que não havia previsão expressa nesse sentido no contrato firmado entre as partes, e que a decisão proferida pelo tribunal “iria, simplesmente, regalá-la (a autora) com um monopólio, que não ajustou comprar” (BARBOSA, 1948). Carvalho de Mendonça, por sua vez, advogado dos adquirentes, sustentava a necessidade do cumprimento da obrigação de não concorrer, baseando-se principalmente nos artigos. 214 e 215 do antigo Código Comercial de 1850 (BARBOSA, 1948), que dispunha, respectivamente, acerca da obrigação de o vendedor fazer boa ao comprador a coisa vendida e que o comprador não poderia ser inquietado na posse ou no domínio da coisa comprada.

Apesar do Superior Tribunal Federal ter decidido no sentido de que o alienante poderia se restabelecer livremente após a transferência da participação societária, acolhendo os argumentos de Rui Barbosa, com o passar do tempo esse entendimento não se manteve na jurisprudência brasileira, de modo que os tribunais passaram a entender que a obrigação de não concorrência nos contratos de trespasse é implícita, incidindo mesmo se ausente a pactuação expressa (OLIVEIRA, 2009).

Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil, portanto, já predominava, no direito brasileiro, o entendimento de que, omissa o contrato de trespasse, devia-se reputar implícita a cláusula de não restabelecimento. Era a lição de Mendonça, Oscar Barreto Filho, Pontes de Miranda e, em certo sentido, Waldemar Ferreira (com entendimento contrário: Ruy Barbosa). Quer dizer, o restabelecimento do alienante, em competição direta com o adquirente, era considerado lícito apenas se o contrato de trespasse contivesse cláusula de autorização expressa. Verificada a omissão do instrumento, pressupunha-se vedado o restabelecimento do alienante. Se as partes não haviam contratado em outro sentido, devia-se considerar que a intenção tinha sido a de transferir, do alienante para o adquirente, todo o potencial econômico representado pelo estabelecimento empresarial, por parte do alienante. (COELHO, 2012, p. 210)

O entendimento dos tribunais assentou-se no princípio da boa-fé, visando a assegurar a eficácia das obrigações na fase de execução e cumprimento do contrato e, ao mesmo tempo, tornar efetiva a responsabilidade pré-contratual das partes, consolidando o entendimento de que além dos deveres pré-contratuais, existem também obrigações que se tornam eficazes após a conclusão do contrato (MOTA, 2000).

Com relação à boa-fé no pós-contratual, observa Maurício Jorge Pereira Mota, a propósito do tema:

A lealdade em causa traduzir-se-ia, nomeadamente, na necessidade jurídica de, para além da realização formal da prestação, providenciar a efetiva obtenção e manutenção do escopo contratual. Essa manutenção perdura naturalmente, para além da extinção do contrato em si. Há pós-eficácia. (MOTA, 2000, p. 222).

Diante da consolidação na jurisprudência, o Código Civil de 2002 foi promulgado positivando o entendimento prévio jurisprudencial, já com a previsão da obrigação de não concorrer do trespasante em um contrato de trespasse, exceto se disposto de forma contrária entre as partes.

Nesse sentido, o artigo 1.147 do Código Civil de 2002 prevê expressamente que “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”. Essa obrigação é comumente entendida como um consectário lógico do princípio da boa-fé. Todavia, de modo ligeiramente diverso do que dispõe o artigo 422 do Código Civil, enquanto abrangente da fase pré-contratual, o artigo 1.147 atrai o princípio da boa-fé para a fase pós-contratual. Nesse sentido, escreve André Luiz Santa Cruz Ramos:

[...] a norma do Código Civil não é inócua. A cláusula geral de boa-fé contratual, prevista no artigo 422 do Código Civil, refere-se às fases de negociação, conclusão e execução do contrato, não mencionado, todavia, a fase pós-contratual. O artigo 1.147, portanto, estende aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao momento posterior ao contrato de trespasse, no intuito de assegurar ao adquirente a plena fruição do estabelecimento adquirido, mais especificamente no que diz respeito à clientela. (RAMOS, 2017, p. 154)

O dispositivo do artigo 1.147 não consagra uma proibição ampla quanto a qualquer forma de exercício empresarial, mas uma proibição de concorrência entre trespasante e trespasário, limitada ao estabelecimento que foi objeto do trespasse. Da interpretação dessa norma, o trespasante pode continuar a desenvolver a mesma atividade empresarial que o trespasário, desde que não o faça concorrendo de modo danoso a este (TOMAZETTE, 2024).

Não importa em simples proibição no desempenho da atividade ou na produção dos bens que eram objeto do estabelecimento alienado, desde que não represente concorrência. Ou seja, a limitação está na prática na mesma localidade onde está o estabelecimento vendido, ou a venda de produtos aos clientes que antes eram atendidos por este último. Desde que não interfira na redução de clientela do adquirente, ou na atuação em região na qual explora

este último, parece que não se impede o exercício da mesma prestação de serviços, ou na fabricação de idênticas mercadorias. (RIZARDO, 2009, p. 1.056)

Diante disso, analisa-se que a previsão do artigo 1.147 foi estabelecida com o objetivo de garantir que o trespasário recebesse o estabelecimento passível de gozo pleno, sem qualquer forma de turbação por parte do trespasante.

O alienante deve garantir ao adquirente que ele possa usufruir da coisa conforme sua natureza e destinação. Essa obrigação resulta do princípio da boa-fé que deve nortear a conduta dos contratantes. [...] De plano, deve o transmitente da coisa abster-se de praticar qualquer ato que implique turbação do direito transmitido. (VENOSA, 2003, p. 543)

A cláusula de não concorrência, apesar de ter sofrido certa resistência no início, apresenta-se atualmente como uma das principais cláusulas obrigacionais em contratos de trespasse. Nesse sentido, o Código Civil de 2002, por meio do artigo 1.147, incorporou a obrigação de não concorrer em negócios de trespasse, que somente será excluída se houver autorização expressa do trespasário. Ou seja, o artigo 1.147 do Código Civil não consagrou uma obrigação absoluta, inafastável, concedendo autonomia para as partes disporem de maneira diversa, no exercício da liberdade de contratar e da autonomia da vontade:

A autonomia da vontade [...] é princípio fundamental que preside todas as relações contratuais, nos termos do artigo 421 do Código Civil. Esse princípio assegura às partes a liberdade de contratar (faculdade de realizar ou não realizar um determinado contrato) e a liberdade contratual (faculdade de estabelecer livremente o conteúdo do contrato). (RAMOS, 2017, p. 159)

A autonomia da vontade das partes ganhou mais força com a promulgação da Lei de Liberdade Econômica em 2019 – Lei n.º 13.784/2019 – que prevê que os negócios jurídicos empresariais serão de livre estipulação entre as partes pactuantes, de modo que podem estipular os próprios termos em uma negociação, nos limites impostos pelo regramento jurídico. Nesse sentido, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Rodrigo Coppla Mann (2023, p. 52) afirmam

Pode-se afirmar que o princípio da autonomia da vontade das partes se caracteriza como uma das tendências do direito contemporâneo, tendo em vista a nova realidade de globalização econômica. Como um ato de vontade, denota-se que “qualquer contrato deveria ser uma operação absolutamente livre para os contratantes interessados”. (RIBEIRO; MANN, 2023, p. 52)

Desse modo, observa-se que a disposição do artigo 1.147 se apresenta não como uma obrigação a ser seguida estritamente em uma operação de trespasse, mas como uma proteção ao trespessário quando as partes não estabelecem condições próprias na transferência do estabelecimento.

4. OBJETIVOS E OBRIGAÇÕES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Um contrato, por natureza, visa a traduzir uma realidade econômico-social que lhe subjaz e da qual é a representação. As situações que constituem um contrato podem ser resumidas na ideia de operação econômica. Um contrato, todavia, não se refere às operações econômicas concretamente realizadas na prática, mas à sua formalização jurídica (ROPPO, 1947). Nesse sentido, a cláusula de não concorrência em um contrato de trespasse possui a função de traduzir aspectos e objetivos específicos da operação econômica de transferência de estabelecimento comercial.

[...] os conceitos jurídicos – e entre esses, em primeiro lugar, o de contrato – refletem sempre uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. (ROPPO, 1947, p. 7)

Uma das peculiaridades do contrato de trespasse é que a transferência do estabelecimento engloba também os aspectos imateriais do bem que está sendo adquirido. Dessa forma, além de o adquirente obter materiais, ferramentas e maquinários, adquire também, pela operação de trespasse, um ponto comercial, uma clientela vinculada ao estabelecimento e uma expectativa de lucro já consolidada, decorrente de um estabelecimento que já está em operação (TOMAZETTE, 2024). Sob esse viés, a cláusula de não concorrência busca garantir que o trespessário desfrutará dos bens imateriais vinculados ao estabelecimento de forma plena, sem qualquer interferência por parte do trespessante.

Quem adquire um estabelecimento paga um valor a mais por essa expectativa – o aviamento -, que na maioria dos casos está ligada a relações pessoais que o empresário mantém com a clientela. Assim sendo, nada mais justo e lógico do que assegurar ao adquirente o gozo desse aviamento, proibindo o alienante de lhe fazer concorrência, roubar-lhe a clientela e, conseqüentemente, se enriquecer indevidamente. (TOMAZETTE, 2024, p. 110)

Não é possível reduzir a clientela a um bem pelo qual existe uma titularidade, muito menos uma cessão. Todavia, a cláusula de não concorrência vem no sentido de apresentar uma segurança ao trespassário de que a clientela se mantém ao menos em condições abstratas de permanecer vinculada ao estabelecimento que se adquire (FÉRES, 2010).

O trespasse, portanto, como uma operação econômica, pode ser caracterizado como uma circulação ou transferência de bens de um sujeito a outro e, falando-se de riqueza, não se refere somente a dinheiro ou outros bens materiais, mas a todas as utilidades passíveis de avaliação econômica. Nesses termos, a promessa de fazer ou não fazer coisa em benefício de outrem representa para o promissário uma verdadeira riqueza (ROPPO, 1947).

Trata-se de uma cláusula consuetudinariamente consagrada no contrato de trespasse. Essa avença visa a tutela da clientela, atribuindo um não fazer ao alienante do estabelecimento. A rigor, observe-se, não há uma titularidade sobre a clientela a ser transferida; ela não se reduz a um bem, não podendo, conseqüentemente, ser objeto de cessão. Todavia, a vedação de concorrência torna idônea a possibilidade de a clientela permanecer atrelada à azienda negociada. (FÉRES, 2010, p. 141)

A inserção da obrigação de não concorrer no contrato de trespasse pode ser resultado de uma relação que vem se estreitando de forma cada vez mais articulante entre direito contratual e direito antitruste, dada aos relacionamentos contratuais entre empresas com desigualdade de poder de barganha (ROPPO, 1947). Nas legislações onde não há previsão legal expressa da não concorrência no trespasse, o princípio da boa-fé cumpre o papel de vedar a concorrência desleal, preenchendo lacunas negociais caso o contrato não possua essa previsão (FÉRES, 2010).

Nesse sentido, no direito português a cláusula não possui previsão legal e é utilizada enquanto decorrente de uma obrigação de entregar a coisa e assegurar o gozo pacífico, sendo que os fundamentos que sustentam a não concorrência são a boa-fé na execução dos contratos, equidade, usos do comércio, concorrência desleal e garantia contra a evicção (ABREU, 1999). Ainda, no direito espanhol, a cláusula também não possui previsão legal, mas ainda assim se faz presente rotineiramente como consequência direta do princípio da boa-fé (GARRIGUES, 1987).

A boa-fé, no âmbito da análise da cláusula de obrigação de não concorrência, é utilizada para verificar a validade e a 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 a livre concorrência (MARTORANO, 2013). O descumprimento da obrigação de não concorrência pode resultar em uma forma de concorrência desleal, que pode ser definida como práticas que retiram direta ou indiretamente a clientela de outrem, causando-lhe prejuízo (SOARES, 1980):

A primeira [forma de concorrência desleal] 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. (COELHO, 2012, p. 278)

Sob a ótica do trespessário, ao adquirir um estabelecimento, paga-se um valor adicional além do valor do imóvel e dos bens materiais visando adquirir os bens imateriais vinculados ao estabelecimento, sendo um deles a clientela. Todavia, tendo em vista que a clientela não é um bem que pode ter sua posse transferida, a cláusula de não concorrência se apresenta como uma forma de buscar garantir a “posse” da clientela ao trespessário, que a adquire com a compra do estabelecimento. Diante disso, o trespessário vislumbra no estabelecimento uma oportunidade de adquirir um empreendimento no qual existe uma clientela vinculada, pagando um valor adicional em razão disso, de modo que já são esperados lucros tão logo quanto realizada a transferência de propriedade.

Sob a ótica do trespessante, a obrigação de não concorrer com o trespessário significa uma restrição de direitos que foi compensada financeiramente pelo valor da operação de trespessante, na medida em que, na venda de um estabelecimento, embute-se no preço da venda todos os bens materiais e imateriais que constituem o estabelecimento, incluindo a clientela. Nesse sentido, eventual poder econômico que o trespessante venha a perder em razão da impossibilidade de continuar a atuar no mercado do mesmo modo que atuava junto ao estabelecimento transferido, busca ser minado com o valor atribuído à clientela no trespessante (MARTORANO, 2013). Em eventual operação de compra e venda simples de imóvel comercial, a obrigação de não concorrer não possui previsão legal da mesma forma que o trespessante, na medida em que o valor da transferência engloba somente o imóvel e eventuais bens materiais, excluindo-se bens imateriais, como a clientela.

5. LIVRE CONCORRÊNCIA, LIVRE INICIATIVA E CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Apesar de a inserção de cláusula de não concorrência em contratos de trespasse já ser entendimento consolidado, inclusive com previsão legal no Código Civil, ainda existem alguns questionamentos de índole constitucional a respeito de sua validade. Por vezes, são apontados confrontos existentes entre a cláusula de não concorrência, o princípio da livre concorrência e o princípio da livre iniciativa, estes últimos enquanto fundamentos da ordem econômica brasileira, conforme dispõe o artigo 170 da Constituição Federal.

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

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal, ao dispor acerca da ordem econômica, indica diretrizes e limitações para regular o exercício da economia, visando criar condições para gerar trabalhos, assegurar que os indivíduos estejam inseridos no mercado e, por meio deste, possibilitar uma vida digna à sociedade, por meio do ingresso no mercado econômico, com a geração de riqueza e circulação de dinheiro pela sociedade (BAGNOLI, 2013).

A livre concorrência trata-se de um desdobramento do princípio da livre iniciativa, complementando-o com sua ponderação (ARAÚJO, 2013). Nesse sentido, a livre iniciativa busca assegurar que o indivíduo possa exercer livremente uma atividade empresarial à sua escolha, reservando às entidades econômicas públicas a regulamentação de suas atividades e levando em consideração que o interesse coletivo deverá ser preservado.

Diante disso, surge o debate acerca de divergências entre os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa e a cláusula de não concorrência, na medida em que se questiona qual o objetivo da obrigação de não concorrência disposta no artigo 1.147 do Código Civil, tendo em vista a previsão constitucional de que os indivíduos são livres para se lançarem no mercado, garantindo-se aos agentes econômicos a

liberdade de competirem no mercado com igualdade de oportunidade (SILVA; NETO, 2017).

Apesar de a livre concorrência e a livre iniciativa se apresentarem como princípios fundamentais da ordem econômica brasileira, impedir a concorrência entre trespasante e trespasário se apresenta também, no âmbito do contrato, da operação econômica do trespasse, como uma forma de preservar a boa-fé nas relações contratuais. Nesse sentido, existe uma subsunção dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa ao princípio da boa-fé, que se mostra mais crucial nas operações de trespasse, na medida em que permitir a livre concorrência e a iniciativa nesse tipo de operação poderia, em realidade, criar uma concorrência desleal entre as partes (SILVA; NETO, 2017). A obrigação de não competir surge naturalmente do princípio da boa-fé objetiva, que impede esse tipo de comportamento. A inclusão dessa norma no Código Civil veio em momento oportuno para preencher uma lacuna legal, evitando práticas de concorrência desleal que se manifestam, por exemplo, pelo desvio de clientela por quem possui todo o conhecimento especializado do negócio que transferiu.

O trespasante, em uma operação de trespasse, encontra-se em situação de vantagem perante o trespasário, pois possui mais informação da empresa que se aliena, detendo o *know-how* necessário para o desenvolvimento do negócio, além de relação consolidada com clientes e fornecedores. Nesse sentido, vislumbra-se uma situação de nítida desvantagem ao trespasário e até mesmo perda do valor do estabelecimento alienado caso o trespasante fosse autorizado a atuar de forma a concorrer no mercado com o trespasário (SILVA; NETO, 2017).

Observando-se as vantagens que o trespasante possui de determinado negócio e uma operação de trespasse, caso não fosse imposta qualquer limitação à concorrência entre trespasante e trespasário, poderia se concretizar uma situação de concorrência desleal. Qualquer abuso econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros pode ser entendido como ato que fere o princípio da livre concorrência, constituindo infração à ordem econômica, conforme dispõe o artigo 36, I, da Lei n.º 12.529/2011, enquanto legislação que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Artigo 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (BRASIL, 2011)

Dessa maneira, a previsão de não concorrência disposta no artigo 1.147 do Código Civil, na medida em que realiza uma subsunção dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa ao princípio da boa-fé, evita a instauração de uma concorrência desleal e conseqüente infração à ordem econômica, portanto, apesar de restringir um fundamento da ordem econômica brasileira, não é comumente entendida como inconstitucional. Sob esse óbice, aponta Marlon Tomazette (2024):

Trata-se de uma proteção do aviamento, que não viola qualquer liberdade constitucional, na medida em que limitada 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 evita a concorrência desleal. (TOMAZETTE, 2024, p. 110)

Assim, no confronto entre bens jurídicos relevantes, vinculados à livre iniciativa e à liberdade de concorrência, mas também ao equilíbrio das prestações contratuais e à boa-fé objetiva na fase pós-contratual, desponta evidente que a cláusula de não concorrência deve ser estabelecida em atenção ao princípio da proporcionalidade, uma vez que encontra limites na autonomia privada e na livre iniciativa (FÉRES, 2010).

De qualquer sorte, incidindo a cláusula de interdição de concorrência sobre um negócio concreto, deve ela ser interpretada em atenção ao princípio da proporcionalidade, pois se encontram em conflito valores de teor constitucional. Na hipótese, a um só tempo, podem ser assinalados o direito de propriedade, a autonomia privada e a livre iniciativa. (FÉRES, 2010, p. 152)

A cláusula de não concorrência, certamente, limita a livre iniciativa e a livre concorrência do trespassante, devendo-se levar em conta, entretanto, que o limite não pode ser considerado abusivo sob o prisma da relação contratual advinda do trespasso. É mais, consubstancia um forte atrativo para a celebração dos contratos, sob o ponto de vista do adquirente que pretende se ver inserido no mercado.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como principal órgão governamental responsável por monitorar atos relativos à ordem econômica e sancionar infrações a ela, atua no sentido de regular o princípio da livre concorrência. Nesse viés, o CADE já se debruçou diversas vezes sobre a análise da cláusula de não concorrência, de modo a entender suas abrangências e suas limitações, tendo fixado, nos últimos anos, parâmetros para a aplicação da cláusula de não concorrência, de modo que defende entendimento de que a referida cláusula precisa apresentar limites temporais, espaciais e materiais para ser considerada válida (SILVA; NETO, 2017).

Observada a autonomia que o legislador deu às partes de uma operação de trespasse para dispor em sentido diverso do previsto no artigo 1.147, se na operação for acordado pela obrigação de não concorrer, é recomendável elaborar uma cláusula no contrato que determine os limites aplicáveis à respectiva não concorrência (FÉRES, 2010), visando evitar uma posterior alegação de abusividade que leve à nulidade da cláusula.

Apesar de os contratos representarem uma operação econômica, não se limitam a revestir passivamente a operação, a representar sua mera tradução jurídico-formal, mas tendem também a determiná-las e orientá-las conforme determinados objetivos políticos (ROPPO, 1947). Nas palavras de Enzo Roppo, “o contrato tornou-se um objeto e um instrumento essencial das políticas de *market regulation*, que visam oporem-se às práticas anticoncorrenciais, às assimetrias informativas e a outras falhas de mercado” (ROPPO, 1947, p. 4). Dessa forma, sancionar uma cláusula com nulidade por contrariar princípios públicos significa que a operação levada a cabo pelos particulares conflita com determinados interesses ou objetivos econômicos ou sociais.

De tal modo, a simples violação da obrigação de não concorrer não constitui crime de concorrência desleal, de modo que em eventual inadimplência o adquirente poderá promover execução específica com fixação de multa diária por não cumprimento da obrigação de não fazer (FÉRES, 2010).

6. LIMITAÇÕES À CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Em atenção ao princípio da proporcionalidade, apesar da subsunção do princípio da não concorrência ao da boa-fé, fortaleceu-se o entendimento de que é

necessário estipular determinados limites para a cláusula de não concorrência visando garantir direitos de livre atuação no mercado das partes envolvidas. Diante disso, o CADE condiciona a validade das cláusulas de não concorrência ao atendimento dos seguintes requisitos: (i) seja medida auxiliar ao negócio principal (acessoriedade); (ii) sirvam de garantia da viabilidade negocial (instrumentalidade); e (iii) submetam-se a parâmetros mínimos fixados relativos aos limites material, territorial e temporal (CRUZ, 2020).

Nesse ínterim, em relação ao requisito da acessoriedade, a cláusula de não concorrência deve possuir característica acessória, de modo que precisa estar atrelada ao objeto do contrato, devendo ser analisada conforme o negócio principal e encontrar justificativa para sua existência, nos moldes em que se apresenta, como medida determinante para a concretização do contrato.

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 artigo 1.147 do Código Civil. (MARTORANO, 2013, p. 117)

No que diz respeito ao requisito da instrumentalidade, a cláusula deve possuir um objetivo instrumental, visando coibir que o trespessante se favoreça da *expertise* adquirida no exercício da sua atividade empresarial ao realizar concorrência desleal com o adquirente (CRUZ, 2020).

Em relação aos limites material, territorial e temporal, a doutrina francesa já há muito estabeleceu que deve haver uma limitação quanto ao objeto (limite material), de modo que não é passível a proibição do trespessante de exercer toda e qualquer atividade de comércio, mas tão somente as referentes ao comércio de mesma natureza do estabelecimento transferido. Ainda, estabeleceu que a interdição de não concorrer deve ser limitada no tempo (limite temporal) e no espaço (limite territorial), podendo cumularem entre si, mas sendo necessária a existência de ao menos uma (FÉRES, 2010). Na medida em que a cláusula de não concorrência é restritiva da livre iniciativa – princípio constitucional que fundamenta a ordem econômica brasileira –, deve ser revestida de limites visando condicionar seu alcance.

Para apreciar a validade dessas cláusulas, a jurisprudência estabeleceu um compromisso entre a liberdade contratual e a liberdade do comércio. A validade das cláusulas de não restabelecimento está, assim, submetida a duas condições. Em primeiro lugar, ela deve ser limitada no seu objeto, o que quer dizer que não pode ser desproporcional; A cláusula que proíba o vendedor do fundo de comércio de exercer toda e qualquer atividade é ilícita. Ao vendedor ou ao locador é vedado, em geral, o direito de se restabelecer ou de se interessar direta ou indiretamente por um comércio de mesma natureza. Em seguida, a interdição deve ser limitada no tempo e no espaço. As duas restrições podem se acumular, mas é necessário de pelo menos uma. A interdição feita ao vendedor de se restabelecer pode ser perpétua, se ela é limitada a um setor geográfico determinado. Inversamente, ela pode não comportar nenhuma limitação geográfica, se ela é limitada a um período determinado” (RIPERT; ROBLOT, 1998, p. 544).

Os parâmetros utilizados pelo CADE para vetar uma cláusula de não concorrência ou promover as alterações que julgar pertinentes não são estabelecidos de modo concreto, não sendo possível analisar o exato alcance máximo que as limitações a serem previstas em uma obrigação de não concorrer podem chegar. Conforme entendimento do próprio órgão, uma situação na qual haveria necessidade de um veto ou alteração se concretiza quando a operação puder causar danos, efetivos ou potenciais, à livre concorrência (RAMOS, 2017).

6.1. LIMITAÇÃO TEMPORAL

A limitação temporal é a única estabelecida pelo ordenamento, expressamente estipulada no artigo 1.147 do Código Civil no prazo de cinco anos após a alienação do estabelecimento. Durante esse prazo, o trespessante não pode concorrer com o trespessário; após, poderá fazê-lo se não houver sido estabelecido prazo diverso em contrato firmado entre as partes (SILVA; NETO, 2017).

Nesse caso, entendeu o legislador que o prazo em referência é suficiente para que o adquirente absorva *know-how*, desenvolva relacionamento com clientes e fornecedores e fixe as melhores estratégias para a gestão do negócio, tornando-se apto a competir no mercado. (SILVA; NETO, 2017, p. 175)

Os efeitos da cláusula de não concorrência perduram até após a execução do contrato, conforme prazo estipulado na própria cláusula, de modo que, enquanto durar a obrigação de não competição, o trespessante terá os direitos de livre iniciativa e livre concorrência limitados, estando proibido de exercer a competição diante do trespessário.

O CADE já manifestou concordância com o prazo de cinco anos, tendo estabelecido, na Súmula 5, que: “É lícita a estipulação de cláusula de não concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio” (BRASIL, 2009b). Tal prazo é observado como suficiente para que o adquirente absorva os conhecimentos necessários para o desenvolvimento do comércio que alienou e para que o trespassante se afaste da antiga clientela e do mercado que antes atuava. Sob esse óbice, a jurisprudência do CADE fixou entendimentos de que o prazo de cinco anos é o ideal para fins de cláusula de não concorrência em operações de trespasse:

NÚMERO: 08012.007852/2008-66
RELATOR: Vinicius Marques de Carvalho
DATA DO ACÓRDÃO: 10/12/2008
DECISÃO: Em relação à estipulação de prazo, a cláusula de não concorrência estabelece [...]. O CADE, via de regra, vem adotando o prazo máximo de 5 (cinco) anos para a vigência desse tipo de cláusula. (BRASIL, 2008a)

NÚMERO: 08012.005881/2008-93
RELATOR: Luíz Fernando Rigato Vasconcellos
DATA DO ACÓRDÃO: 09/07/2008
DECISÃO: No que tange à restrição temporal, encontra-se dentro dos limites comumente impostos na jurisprudência do CADE, de 5 anos. (BRASIL, 2008b)

Apesar de o limite temporal já ser preestabelecido no artigo 1.147 do Código Civil, é possível que esse prazo seja alterado pelas partes a seu exclusivo critério, de forma a reduzir ou majorar, observada a autonomia para as partes disporem diversa concedida pela legislação. Entretanto, o prazo de não concorrência estabelecido pelas partes pode ser revisto judicialmente se considerado abusivo, nesse sentido determinou o Enunciado 490 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil: “Artigo 1.147: A ampliação do prazo de 5 (cinco) anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento, ainda que convencionada no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente, se abusiva” (BRASIL, 2011).

[...] Quanto ao aspecto temporal, busca-se o tempo por meio do qual o alienante possa efetivamente se estabelecer, garantido que haja a transferência do estabelecimento em sua integralidade, garantindo a consolidação dos ativos adquiridos. (CRUZ, 1967, p. 249)

Nesse sentido, a fixação de prazo indeterminado em uma cláusula de não concorrência é notoriamente conhecida pela jurisprudência como abusiva. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 680.815/PR (BRASIL, 2014), fixou entendimento de que é necessário estipular um prazo determinado em uma cláusula de não concorrência, de modo que não se permita a ausência de limitações temporais em cláusulas de natureza restritivas. O relator Ministro Raul Araújo, em suas razões de voto, apontou que “o ordenamento jurídico pátrio, salvo expressas exceções, não se coaduna com ausência de limitações temporais para vedação ao exercício de direitos ou com limitações por tempo indeterminado de tais vedações” (BRASIL, 2014).

No acórdão em questão, a Quarta Turma decretou a nulidade da cláusula de não concorrência por prazo indeterminado no caso concreto, fixando o prazo temporal de cinco anos, conforme disposto no artigo 1.147 do Código Civil. Todavia, tendo em vista a autonomia concedida pelo legislador para as partes disporem em sentido diverso do previsto no Código Civil, não fora estipulado o limite máximo que um prazo de não concorrência pode alcançar. Apesar de na jurisprudência já existir um entendimento consolidado da abusividade de um prazo indeterminado, em outros casos nos quais existam um prazo determinado, mas diverso do proposto no artigo 1.147 do Código Civil, as partes ficarão à mercê de futura análise judicial a fim de determinar a validade ou a invalidade do prazo estipulado.

6.2. LIMITAÇÃO ESPACIAL

A limitação espacial na cláusula de não concorrência se apresenta como uma forma de limitar territorialmente a atuação do trespessante, sendo que o âmbito de aplicação da proibição varia de acordo com a natureza do comércio, bem como a natureza da clientela, atendendo ao princípio da proporcionalidade. Para ser estabelecida, é necessário analisar o mercado relevante geográfico do negócio envolvido na operação, compreendendo a área em que as empresas ofertam os próprios produtos em condições de concorrência, sendo desnecessária a proibição de concorrência em região em que não há concorrência direta com o adquirente do estabelecimento (SILVA; NETO, 2017). A definição de mercado relevante geográfico, para fins de análise de concorrência, foi estabelecida pelo item 1.6.2, do Anexo V, da

Resolução n.º 15, de 19 de agosto de 1998, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, da seguinte maneira:

MERCADO(S) RELEVANTE(S) GEOGRÁFICO(S). Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena, mas substancial, elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada. (BRASIL, 1998)

Para a delimitação espacial, é importante considerar que o espaço aceitável de proteção à concorrência é aquele correspondente aos mercados relevantes em que o trespessário vier a operar após a transferência do estabelecimento. Nesse ínterim, caso o trespessante atue no mesmo raio territorial do estabelecimento transferido, exercendo a mesma atividade, de modo a competir com o trespessário, poderá desviar a clientela deste e promoverá a concorrência desleal na medida em que a clientela faz parte do estabelecimento e foi fator determinante para a determinação do valor da operação de trespasse.

Um ponto interessante a respeito da limitação espacial é a previsão de atingimento futuro de outros territórios, de modo que é possível ampliar a limitação para um escopo que poderá ser atingido pelo estabelecimento, mas que por ora não é. No mesmo sentido, caso um estabelecimento atue de modo digital, realizando vendas por meio da internet, a análise a respeito da sua área de mercado poderia ser expandida além da localidade física do respectivo estabelecimento.

Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que as Partes podem antever a expansão do negócio adquirido para novos mercados, e valorar a não concorrência nestes novos mercados, os quais poderiam ser atingidos mais facilmente pelo alienante (devido a seu *know-how*, reputação, expertise, rede de contatos e outros intangíveis) do que pelo adquirente e, por esta razão, seria razoável a limitação concorrencial espacial para além dos mercados atendidos quando da operação. (SILVA; NETO, 2017, p. 177)

A jurisprudência do CADE já se manifestou no sentido de que a previsão de cláusula de não concorrência fora dos limites geográficos do mercado relevante é passível de nulidade por ser considerada abusiva (RAMOS, 2017), de modo que deve

ser delimitada conforme a área do mercado relevante atingido pelo estabelecimento objeto da operação. Nesse sentido, já decidiu o CADE:

NÚMERO: 08012.007166/2008-95
RELATOR: Fernando de Magalhães Furlan
DATA DO ACÓRDÃO: 16/02/2009
DECISÃO: Conforme ressaltado pela Secretaria, referida cláusula se encontra em desacordo com entendimentos recentes do plenário do CADE, no que tange à sua dimensão geográfica, uma vez que abrange uma área maior que a do mercado relevante. (BRASIL, 2009a)

NÚMERO: 08012.002813/2007-91
RELATOR: Luis Fernando Rigato Vasconcellos
DATA DO ACÓRDÃO: 08/08/2008
DECISÃO: Há cláusula de não-concorrência no Contrato de Compra e Venda e Outras Avenças referentes às operações, cuja abrangência geográfica é o território nacional. Tendo em vista que os mercados relevantes envolvidos nas operações têm dimensões geográficas diversas, acompanho o parecer da SEAE no sentido de que a cláusula de não-concorrência seja adequada para abranger a área em que o Grupo Ipiranga atuava antes das operações. (BRASIL, 2008c)

Todavia, os parâmetros para definição do alcance geográfico de determinado estabelecimento são subjetivos, especialmente se forem considerados o potencial de expansão e a venda por meio digital. Dessa maneira, o limite espacial, da mesma forma que o limite temporal, encontra dificuldade na definição de parâmetros exatos a respeito de sua alçada, ficando a critério dos órgãos antitruste e dos tribunais decidir a respeito de determinada abusividade nesse sentido.

6.3. LIMITAÇÃO MATERIAL

Em relação ao limite material da cláusula de não concorrência, busca estabelecer que a obrigação de não concorrer esteja relacionada com as atividades do estabelecimento alienado (VENTURA, 2006), de modo a não limitar a atuação do trespassante a outro ramo que não o ramo de atividade explorado pelo estabelecimento alienado. Desse modo, essa limitação impede que a obrigação de não concorrer abranja o desenvolvimento de qualquer atividade empresarial pelo trespassante (SILVA; NETO, 2017), de forma a acabar minando a liberdade de empreender deste.

Todavia, observa-se que atrelar a obrigação de não concorrer somente às atividades desempenhadas por meio do estabelecimento alienado pode acabar

gerando uma falsa ideia de limitação material. Possíveis alterações ou ampliações do objeto social poderão ampliar e desmistificar a extensão da interdição concorrencial (RIBEIRO; MANN, 2023). Diante disso, para uma melhor estipulação da limitação material da cláusula de não concorrência, deve-se descrever de forma pormenorizada na cláusula as atividades sobre as quais decaem a obrigação de não concorrer, com a finalidade de evitar eventuais questionamentos futuros e tendo em vista que eventual descrição genérica pode levar à invalidade da cláusula.

Para a delimitação das atividades, deve ser analisado o produto ou serviço que é objeto do estabelecimento alienado no momento da negociação e da formalização da operação de trespasse. Existe concorrência entre dois produtos ou serviços desde que atendam a desejo ou necessidade em comum (BARBOSA, 2002), devendo ser apreciada a similaridade objetiva diante do consumidor relevante.

Em outras palavras, o que realmente interessa é a intercambialidade da procura, a qual é diagnosticada pelo teste da “elasticidade cruzada da demanda”. Assim, caso haja o aumento do preço de um determinado produto, o suposto comprador, de forma imediata, vai trocá-lo por outro, preferindo este na sua próxima compra? (RIBEIRO; MANN, 2023)

Caso determinado produto ou serviço não possa ser substituído um pelo outro em uma relação comercial, de modo a usufruir do mesmo nicho de consumidores, então não se vislumbra concorrência entre eles. Nesse viés, a jurisprudência do CADE já decidiu no sentido de que a cláusula de não concorrência deve ser limitada somente em relação à atividade empresarial exercida por meio do estabelecimento alienado:

NÚMERO: 08012.014612/2007-37
RELATOR: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
DATA DO ACÓRDÃO: 01/10/2008
DECISÃO: Por derradeiro, concordo com que a cláusula de não concorrência deva ser limitada em seu objeto para a lavra, britagem e comercialização de brita, atividade exercida pela empresa vendedora. (BRASIL, 2008d)

Dessa forma, o principal desafio é equilibrar a proteção do fundo de comércio adquirido pelo trespessário com a preservação da liberdade econômica do alienante, evitando restrições excessivas ou insuficientes. Assim, é fundamental que as partes delimitem com clareza o âmbito das atividades abrangidas pela cláusula, considerando as particularidades do negócio transferido e as condições do mercado, para garantir a proporcionalidade e prevenir conflitos futuros.

7. CONCLUSÃO

A presente pesquisa dedicou-se a examinar o papel e a legitimidade da cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse, discutindo as limitações impostas ao trespasante em prol da proteção dos direitos de usufruto do trespasário. Ao longo do estudo, analisou-se como a cláusula de não concorrência é abordada no ordenamento jurídico brasileiro. A cláusula de não concorrência, embora limitadora, emerge como um mecanismo crucial para garantir que o trespasário possa usufruir plenamente do estabelecimento adquirido, resguardando seu direito ao retorno econômico e evitando práticas de concorrência desleal.

Nesse contexto, o artigo 1.147 do Código Civil desempenha papel central como a principal disposição legal que aborda o tema, refletindo um entendimento que valoriza a boa-fé e o aviamento do estabelecimento transferido. Tal dispositivo evidencia a tentativa do legislador de assegurar que as relações comerciais sejam pautadas pela confiança mútua e pela lealdade entre as partes. Contudo, a possibilidade de adaptação das cláusulas de não concorrência conforme as particularidades de cada caso reforça a importância da autonomia das partes e do princípio da proporcionalidade, permitindo que limites sejam ajustados às circunstâncias específicas da operação.

A validade da cláusula de não concorrência está vinculada ao atendimento de determinados requisitos, de modo que, caso não sejam observados certos limites, a cláusula pode ser considerada abusiva. As limitações da cláusula de não concorrência revelam-se essenciais para garantir o respeito tanto ao princípio da livre iniciativa quanto ao da livre concorrência ao trespasante. Essas limitações, de natureza temporal, espacial e material, visam estabelecer parâmetros que assegurem a razoabilidade da cláusula, evitando que ela impeça permanentemente o trespasante de atuar no mercado de forma legítima.

A limitação temporal do artigo 1.147 do Código Civil é um exemplo de medida proporcional que visa equilibrar o tempo necessário para que o trespasário consolide seu negócio sem comprometer indefinidamente a liberdade econômica do trespasante. Da mesma forma, a limitação espacial evita que a cláusula se estenda a regiões irrelevantes para a concorrência, enquanto a limitação material restringe a proibição apenas às atividades que diretamente concorrem com o estabelecimento transferido. Esses limites são fundamentais para que a cláusula de não concorrência,

ao mesmo tempo em que protege o investimento do trespasário, não inviabilize a atuação econômica do trespasante, mantendo-se dentro dos princípios de boa-fé e de proporcionalidade que fundamentam a justiça nas relações contratuais.

Dessa forma, conclui-se que a cláusula de não concorrência nos contratos de trespasse não apenas protege o valor do negócio transferido, mas também consolida uma visão do direito empresarial que busca harmonizar liberdade econômica e proteção ao investimento. Tal cláusula, ao restringir temporária, espacial e materialmente a liberdade de atuar no mercado do trespasante, promove a justiça e a boa-fé nas relações contratuais, prevenindo o abuso de posição e assegurando que o trespasário possa desenvolver o empreendimento de forma competitiva e autônoma.

Por fim, é fundamental reconhecer que a aplicação dos limites da cláusula de não concorrência deve ser constantemente avaliada à luz dos princípios da livre iniciativa e da concorrência, evitando restrições danosas. A construção de uma ordem econômica justa e equilibrada exige que as relações empresariais considerem tanto a proteção ao mercado quanto a valorização do potencial econômico e social dos negócios, reafirmando o compromisso do direito com o desenvolvimento harmonioso e ético da economia.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999. v. I.

ARAÚJO. Eugênio Rosa de. *Direito Econômico & Financeiro*. Niterói: Impetus, 2013.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2013.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARBOSA, Rui. As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais. In: *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. v. XL, tomo I.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.014612/2007-37*. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, 8 ago. 2008d. Disponível em: <https://www.gov.br/cade>. Acesso em: 03 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.002813/2007-91*. Relator: Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, 8 ago. 2008c. Disponível em: <https://www.gov.br/cade>. Acesso em: 02 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.005881/2008-93*. Relator: Luíz Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, 9 jul. 2008b. Disponível em: <https://www.gov.br/cade>. Acesso em: 02 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.007166/2008-95*. Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, 16 fev. 2009a. Disponível em: <https://www.gov.br/cade>. Acesso em: 02 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.007852/2008-66*. Relator: Vinicius Marques de Carvalho. Brasília, 10 dez. 2008a. Disponível em: <https://www.gov.br/cade>. Acesso em: 02 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Súmula nº 5. *Diário Oficial da União*. Brasília, 14 dez. 2009b.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 233 da III Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 490 da V Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2011. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/551>. Acesso em: 17 nov. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1-5, 28 ago. 1998. Disponível em: <<https://dspace.mj.gov.br/handle/1/6486>>. Acesso em: 17 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso Especial n. 680.815/PR*. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 20 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FÉRES, Marcelo Andrade. A cláusula (legal) de interdição da concorrência no trespasse do estabelecimento empresarial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 101, p. 137-158, jul. 2010.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Bogotá: Temis, 1987.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2019.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Do estabelecimento comercial: estudo de direito privado*. Lisboa: Ática, 1951.

MARTORANO, Luciana dos Santos. *Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-25112016-121705/en.php?form=MG0AV3>>. Acesso em: 12 nov. 2024.

MINDA, Gary. The common law, labor and antitrust. *Industrial Relations Law Journal*, v. 11, n. 4, p. 461–539, 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/24050093>>. Acesso em: 13 nov. 2024.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira. A pós-eficácia das obrigações. *Apud*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 187-241.

OLIVEIRA, Fábio Gabriel de. *Contrato de trespasse: um estudo à luz da análise econômica do direito*. 2009. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2009.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; MANN, Rodrigo Coppla. A necessidade da delimitação material, espacial e temporal da cláusula de não concorrência. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 32, p. 43-80, 2023. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/rsde/article/view/79109>>. Acesso em: 12 nov. 2024.

RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*. Paris: LGDJ, 1998.

RIZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SILVA, Márcia Luisa; NETO, Orlando Celso da Silva. A cláusula de não concorrência como elemento indicativo da prática de *gun jumping*. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 237-258, nov. 2017.

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

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.