

LIMITAÇÕES CONCORRENCIAIS NO TRESPASSE DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Marcelo Lauar Leite*

RESUMO

Trata-se de trabalho que visa a debater a constitucionalidade da cláusula de não-restabelecimento entre alienante e adquirente de sociedades limitadas (art. 1.147 do Código Civil) frente ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da Lei Maior). Nesse desiderato, expôs-se, inicialmente, as origens e significados dos conceitos básicos trabalhados na pesquisa – *trespasse* e *estabelecimento comercial*. Em seguida, debateu-se os interesses da proteção concorrencial no Brasil para, a partir daí, investigar os parâmetros temporais, geográficos e materiais aptos a conferir validade constitucional à cláusula de não-concorrência. A partir da doutrina concorrencial, da jurisprudência dos tribunais brasileiros e do CADE, foram verificadas as condições e requisitos mínimos aptos a balizar a construção de decisões judiciais com amparo constitucional, conferindo interpretação conforme ao dispositivo civilista.

Palavras-chave. Trespasse. Estabelecimento empresarial. Limitações Concorrenciais.

1 PROPEDEUTICAMENTE: PALAVRAS INICIAIS SOBRE O TEMA E A PROBLEMÁTICA INVESTIGADA

A origem da atual noção de estabelecimento empresarial tem raízes longínquas, nos *fonds de commerce* franceses, derivados dos *fonds de boutique*¹, mencionados pela primeira vez na lei fiscal parisiense de 28 de fevereiro de 1872. A partir daí, expandiu-se por toda a Europa, recebendo diversas denominações, como *azienda* (Itália), *hacienda* (Espanha), *geschäft* (Alemanha) e *goodwill* (Inglaterra)².

* Advogado. Professor dos Cursos de Pós-Graduação e Graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Habilitado em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis pelo Programa de Recursos Humanos da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH-ANP/MCT n 36). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Mestre em Direito pela UFRN. Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra.

¹ Os *fonds de boutique* referiam-se unicamente a bens tangíveis, como mercadorias e móveis.

² POSTIGLIONE. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. Barueri: Manole, 2006, p. 3.

No Brasil, após intensa discussão doutrinária acerca da definição do instituto, o art. 1.142³, do Código Civil de 2002 definiu, autenticamente, o que se considera um *estabelecimento empresarial*, considerando-o como *todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*. Por meio do estabelecimento, a sociedade pode articular os fatores de produção, quais sejam, capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia.

Tratando das sociedades limitadas, é pacífico na doutrina⁴ que o *complexo de bens* contidos no estabelecimento empresarial envolve seus elementos corpóreos, sejam móveis ou imóveis, quanto os incorpóreos, v.g., as marcas, patentes, o desenho industrial, o nome empresarial, o título do estabelecimento, a insígnia, o nome de domínio, o *know-how*, o conceito na praça e o ponto comercial.

Vai-se além, portanto, da antiga noção de fundo de comércio, que se restringia a uma estimativa econômica, um montante monetário estimado de acordo com o valor que adquiria um ponto ou local onde se realizava atividade⁵.

ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS⁶ faz importante alerta distintivo entre o *estabelecimento empresarial* e o *patrimônio da sociedade empresária*, que não se confundem. Ao se referir ao patrimônio *organizado*, **o Código Civil cingiu a composição do estabelecimento empresarial aos bens afetados ao exercício de empresa**. Em outras palavras, pode haver patrimônio da sociedade que não seja utilizado no processo produtivo ou mercantil. Seria o caso, por exemplo, de um imóvel utilizado como sede social para o lazer dos funcionários.

³ “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

⁴ CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 858, abril 2007, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 30-47; RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 104-105; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 352,0 (Calibre); ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64 (Calibre); RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.039.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.039. Não se olvide dizer, todavia, que há autores e julgados que tratam o estabelecimento empresarial e o fundo de comércio como sinônimos, v.g., RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 104; JORGE, Tarsis Nametala Sarlo. *Manual das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87. “DIREITO SOCIETÁRIO. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. INCLUSÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO.

1. De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o fundo de comércio (hoje denominado pelo Código Civil de estabelecimento empresarial - art. 1.142) deve ser levado em conta na aferição dos valores eventualmente devidos a sócio excluído da sociedade.

(...)” (STJ, Recurso Especial n.º 907014/MS, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Publicação: DJ, em 19-10-11).

⁶ RAMOS, *op. cit.* p. 105-106.

Assim, caracterizam o estabelecimento empresarial *(i)* a natureza de universalidade de fato, isto é, uma reunião de coisas distintas, com individualidade própria, mas fundidas num todo pela vontade de seu titular; *(ii)* a inexistência de personalidade jurídica; e *(iii)* a independência em relação ao patrimônio da sociedade empresária⁷.

A alienação do estabelecimento empresarial se dá pelo *traspasse* ou *traspasso*. O instituto compreende a transferência de todos os valores – mensuráveis ou imensuráveis – do estabelecimento, ou, pelo menos, dos que permitam sua continuidade. Desconsiderada essa *unidade*, o negócio deixa de ser *traspasse* e passa a ser compra e venda – no caso de transferência de coisas corpóreas; cessão – de direitos; ou abstenção de concorrência – acesso à clientela⁸.

Importa, ao objeto deste trabalho, *a investigação da constitucionalidade do art. 1.147, caput*⁹, do Código Civil, o qual veda que o alienante do estabelecimento empresarial venha a fazer concorrência ao adquirente por um prazo de cinco anos após a transferência. Seria possível compatibilizar a previsão civilista ao princípio constitucional da livre concorrência¹⁰?

A questão é bastante delicada, sendo merecedora de debate acadêmico, o que se faz doravante.

2 A VEDAÇÃO À CONCORRÊNCIA APÓS O TRESPASSE CONTIDA NO ART. 1.147 DO CÓDIGO CIVIL

Ao comprar um estabelecimento empresarial, o adquirente visa a fruir das vantagens da aquisição de *um complexo de bens organizado*, entre elas, a clientela já formada, o ponto comercial e a posição da marca no mercado.

Não se pode olvidar que essa justa expectativa é, na maior parte das vezes, a própria motivadora do investimento. Como bem retrata FÁBIO ULHÔA COELHO¹¹, ao organizar o estabelecimento, a sociedade empresária agrega um sobrevalor à reunião dos bens corpóreos e

⁷ JORGE, *op. cit.*, p. 85-86.

⁸ POSTIGLIONE, *op. cit.*, p. 115.

⁹ “Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.”

¹⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
IV - livre concorrência;”

¹¹ COELHO, *op. cit.*, p. 98.

incorpóreos. Enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um preço superior à simples soma de cada um deles em separado.

O trespasse não deixa de oferecer algum perigo ao comprador, afinal, a ele não é transferida, diretamente, a freguesia, mas apenas a *aptidão* do estabelecimento para ter clientes, o que pode gerar a dispersão pós-negocial¹².

Por tal razão, criou-se uma proteção jurídica ao trespasse, a fim de que o investimento realizado pelo adquirente não seja esvaziado pelo alienante na hipótese de este vir a se tornar concorrente daquele, nos termos do art. 1.147, *caput*, do Código Civil, pelo qual “*não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência*”.

Observe-se que o Código não impede o restabelecimento do alienante, mas, sim, que este venha a fazer concorrência com o adquirente, *ainda que por meio de outros estabelecimentos empresariais diferentes do objeto do trespasse*¹³. Em virtude disso, mostra-se recomendável que as sociedades limitadas, no gozo de suas *liberdades de contrato*, se pronunciem, expressamente, sobre a permissividade desta competição, evitando-se uma malquerida intervenção judicial.

Tal vedação, calcada na *boa-fé objetiva*, é retratada, há décadas, pela doutrina comercialista, mesmo antes de haver qualquer disposição legal expressamente proibitiva à concorrência entre alienante e comprador, até porque o art. 1.147 do CC não tem correspondência na legislação antecedente, mas, tão somente, no Direito Comparado¹⁴.

¹² CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. 5. ed. Vols. VI, parte II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 157.

¹³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 331. Parte da doutrina possui opinião mais tênue: *tendo o alienante vários estabelecimentos, um próximo ao outro, não haverá como compreender a proibição de não concorrência, senão no sentido de não criar obstáculos ao fluxo normal da clientela ligada ao estabelecimento transferido (não abrir outro estabelecimento, não fazer promoções diferentes das que normalmente fazia antes da alienação, etc.). Em suma, a alienação de um dos estabelecimentos implica a obrigação do alienante em não utilizar os demais estabelecimentos que mantiver para fazer concorrência maior do que a que já existia antes da alienação, durante o quinquênio*. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 581.

¹⁴ Código Civil Italiano

“Art. 2557 *Divieto di concorrenza*

Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta (2125, 2596).

Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento.

Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento.”

JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA¹⁵ punha, como *questão notável*, a garantia do vendedor de *fazer boa ao comprador a coisa vendida, e não inquietá-lo na sua posse e domínio*, razão pela qual não seria lícito, ao alienante, fundar estabelecimento que pudesse retirar, total ou parcialmente, a clientela do estabelecimento adquirido pelo comprador, amparando-se nos revogados arts. 214 e 215¹⁶ do Código Comercial.

Para o juriconsulto pernambucano, como a clientela é constituída pelas relações do estabelecimento comercial com o público, ou com determinadas pessoas, ela tem um valor real, consistente na esperança, ao adquirente, de que ela lhe proporcionará negócios jurídicos. Calcado nisso, *deveria o vendedor, necessariamente, garanti-la ao adquirente, ainda que o contrato não estipule qualquer responsabilidade*. A clientela seria o elemento principal, essencial, preponderante, único e característico do estabelecimento mercantil.

A tese de CARVALHO DE MENDONÇA ganhou destaque por ser tratada em *leading case* de suma importância para o direito empresarial-concorrencial brasileiro.

O caso tratou-se da alienação da Fábrica de Juta Santana, de propriedade do Conde Álvares Leite Pentead, à Companhia Nacional de Tecidos de Juta, em 1907. Um ano após o trespasse, o Conde fundou a Companhia Paulista de Aniagens, com o mesmo objeto social e situada no próprio bairro onde funcionava sua antiga Fábrica.

Não tardou para que a Companhia Nacional de Tecidos de Juta ingressasse com demanda judicial em face do Conde e da Companhia Paulista de Aniagens, reclamando o desvio de clientela, sendo vencida em primeira instância, pois *a freguesia não havia sido objeto da escritura pela qual a Companhia de Juta adquiriu a Fábrica Santana e suas dependências*. Insatisfeita, a Companhia de Juta recorreu ao Supremo Tribunal Federal (STF), obtendo a reforma do *Decisum a quo*, aos argumentos de que *os peritos, ao avaliarem o negócio, consideraram a posição da Fábrica graças ao prestígio do Conde e da freguesia e que, ao se instalar com idêntico negócio, na mesma paragem e no mesmo raio de ação da*

¹⁵CARVALHO DE MENDONÇA, *op. cit.*, p. 157-158.

¹⁶“Art. 214 - O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que, por algum título, possa pertencer a terceiro. Art. 215 - Se o comprador for inquietado sobre a posse ou domínio da coisa comprada, o vendedor é obrigado à evicção em juízo, defendendo à sua custa a validade da venda; e se for vencido, não só restituirá o preço com os juros e custas do processo, mas poderá ser condenado à composição das perdas e danos conseqüentes, e até às penas criminais, quais no caso couberem. A restituição do preço tem lugar, posto que a coisa vendida se ache depreciada na quantidade ou na qualidade ao tempo da evicção por culpa do comprador ou força maior. Se, porém, o comprador auferir proveito da depreciação por ele causada, o vendedor tem direito para reter a parte do preço que for estimada por arbitradores.”

*Companhia de Juta, o Conde quebrou obrigação a que estava adstrito pela doutrina e pela jurisprudência dos povos cultos*¹⁷.

Reformada a Sentença, entrou o feito em fase de Embargos. De um lado, defendendo a Companhia Nacional de Tecidos da Juta, advogava CARVALHO DE MENDONÇA. Do outro, patrocinando os interesses do Conde e da Companhia Paulista de Aniagens, ninguém menos que RUI BARBOSA.

Reiterados os argumentos levantados nas oportunidades anteriores, o STF, por maioria¹⁸, acatou a tese de RUI BARBOSA, entendendo que *a renúncia do direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria não se presume*, devendo ser *expressa*, ou pelo menos, *resultar de modo inequívoco dos termos do contrato para que na solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência*.

Após esse julgado, a questão concorrencial voltou a ser levada, por diversas vezes, a conhecimento dos tribunais brasileiros, que vieram a aderir, por décadas, à tese de CARVALHO DE MENDONÇA, legitimando a restrição concorrencial pelo trespasse, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002¹⁹, salvo esparsas exceções²⁰.

¹⁷ BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Vols. XL, Tomo I, em *Obras completas de Rui Barbosa*, por Ministério da Educação e Saúde. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, p. 12-13.

¹⁸ “A freguesia de uma fábrica não pode ser objeto do contrato, em vista do disposto no artigo 17, do decreto n.º 434, de 4 de julho de 1891. A renúncia do direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria, não se presume. Ela deve ser expressa, ou pelo menos, resultar de modo inequívoco dos termos do contrato para que na solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência. Reconvenção, quando é admissível” (*sic*). Apelação Cível n.º 2.183, Relator: Ministro Oliveira Ribeiro, Tribunal Pleno, Julgamento: 12-8-1914.

¹⁹ “CONCORRENCIA DESLEAL - VENDA DE PHARMACIA - REESTABELECIMENTO DO VENDEDOR - PERDAS E DAMNOS. Faz concorrência desleal o pharmaceutico que, vendendo o seu estabelecimento em pequena cidade do interior, embora sem obrigação ou o compromisso de se não estabelecer, adquire, não longe, novo estabelecimento, explorando o mesmo ramo de commercio” (RT 69/70)

“CONCORRENCIA DESLEAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA.

- A cláusula de proibição, segundo a qual o alienante de estabelecimento comercial se obriga a não se estabelecer com o mesmo ramo de commercio, impede também que ele se associe a terceiro para exercer a antiga profissão no local.

- A sociedade comercial, embora diversa, na sua constituição original da que adquiriu o estabelecimento comercial, pode demandar, de quem lhe vendeu o fundo de comércio, qualquer direito decorrente da cláusula proibitiva de estabelecimento com o mesmo ramo, porque a garantia é instituída em favor do negócio comercial, que não se alterou nos seus elementos constitutivos, a despeito de serem outros os sócios componentes da firma.

- Não há transgressão ao princípio da liberdade de comércio na cláusula proibitiva de concorrência, restrita quanto ao espaço e ao objeto, não obstante a falta de limitação no tempo, pois essa falta não traduz prazo indefinido.

- É desnecessária a cláusula expressa da não-concorrência, pois tal obrigação decorre do próprio dever que ao vendedor incumbe de não perturbar o uso e gozo do estabelecimento comercial pelo comprador” (RT 151/280-1).

“CONCORRENCIA DESLEAL - VENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL - ABERTURA DE NOVO NEGÓCIO - COMPROMISSO EXPRESSO DO VENDEDOR.

- Ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe fôsse retirar toda ou parte da clientela. Essa turbação por parte do vendedor importaria privar o comprador no todo ou em parte da coisa vendida.

- Não há, em face do que determina o art. 214 do CCo (LGL 1850\1), necessidade de estipulação formal,

Com a superveniência da nova codificação civilista, verificou-se a completa pacificação jurisprudencial²¹ relativa ao tema, calcada, agora, em expressa previsão legal.

3 BREVÍSSIMAS ANOTAÇÕES SOBRE OS INTERESSES DA PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL.

A *livre concorrência*, na qualidade de princípio da ordem econômica constitucional, impõe ao Estado a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Em relevante trabalho, CALIXTO SALOMÃO FILHO²² sistematizou os interesses tutelados pelo direito concorrencial brasileiro: os dos consumidores (mediatos), dos concorrentes (mediatos) e os da ordem concorrencial (immediatos).

Os interesses *da ordem concorrencial* são os *institucionais*, representados pelos interesses difusos e coletivos, entre eles, o combate às infrações da ordem econômica. Não por acaso, o art. 117, da Lei Federal n.º 12.529/11, manteve-as como objeto de combate por via da ação civil pública.

expressa, pela qual o vendedor se obrigue a não se estabelecer” (RT 167/237).

QUEM VENDE UM ESTABELECIMENTO COMERCIAL NÃO ESTA, EM REGRA, PROIBIDO DE INSTALAR OU ADQUIRIR OUTRO. CERTAS CIRCUNSTANCIAS, POREM, QUE OCORRAM NA SUCESSÃO DESSES FATOS, PODEM CARACTERIZAR CONCORRÊNCIA DESLEAL (STF, Recurso Extraordinário n.º 23003, Relator: Ministro Mario Guimarães, Primeira Turma, Julgamento: 31-12-69).

²⁰ “CONCORRÊNCIA DESLEAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Cerceamento de defesa Inocorrência Matéria exclusivamente de direito (art. 330, I, do CPC) - Improcedência Contrato de compra e venda firmado entre as partes, anterior ao advento do Novo Código Civil Inaplicabilidade da regra do art. 1.147 à hipótese Inexistência ainda de cláusula de restrição (o que afasta o nexo causal a amparar a pretensão indenizatória aqui discutida) Precedentes - Improcedência corretamente decretada Sentença mantida Recurso improvido.” (TJSP, Apelação Cível n.º 0001180-91.2007.8.26.0362, Relator: Desembargador Salles Rossi, Oitava Câmara de Direito Privado, Publicação: DJ, em 8-10-11).

²¹ “AÇÃO DECLARATORIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Inépcia parcial da petição inicial - Pedido indenizatório compatível com os fatos narrados na petição inicial. Julgamento do processo nos termos do art. 515, § 3º do CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. VENDA DE ESTABELECIMENTO - TRESPASSE - DANO MORAL - Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência (art.1.147, Código Civil). Violação da cláusula (implícita) de não-restabelecimento. Dano moral fixado em R\$ 10.000,00, ante à ausência de maiores elementos para seu arbitramento.” (TJSP, Apelação Cível n.º 9063300-75.2003.8.26.0000, Relator: Desembargador Sérgio Shimura, Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado, Publicação: DJ, em 21-2-11). No mesmo sentido, TJRS, Apelação Cível n.º 70040069767, Relatora: Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira, Nona Câmara Cível, Julgamento: 15-12-10; TJSP, Apelação Cível n.º 9099615-97.2006.8.26.0000, Relatora: Desembargadora Viviani Nicolau, Nona Câmara de Direito Privado, Publicação: DJ, em 22-11-11; TJSP, Apelação Cível n.º 9131686-21.2007.8.26.0000, Relator: Desembargador Ribeiro da Silva, Oitava Câmara de Direito Privado, Publicação: DJ, em 24-11-11, entre inúmeros outros julgados.

²² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 61-94.

Por sua vez, o direito da concorrência interfere, indiretamente, nos interesses *dos consumidores*. Veja-se, por exemplo, as infrações por abuso de poder dominante, onde da posição de poder e de domínio do agente sobre o mercado podem derivar riscos nos campos da informação, da publicidade, da propaganda e do preço abusivo.

Ademais, os interesses *dos concorrentes*, assim como os dos *consumidores*, não têm a tutela imediata do direito concorrencial. Aqueles são protegidos por meio da proteção da ordem concorrencial, que estabelece padrões mínimos de lealdade, fundamentais para que a competição não desande para um processo que levaria à formação de monopólios ou oligopólios.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO-RESTABELECIMENTO

Sendo a ordem econômica brasileira fundada na *livre iniciativa*, convém ao Estado criar, regular e aplicar os mecanismos necessários à concretização desse valor, tendo, como norte interpretativo e axiológico, os princípios inscritos no art. 170 da Lei Maior, entre eles, a *livre concorrência*.

No regime da *livre concorrência*, os agentes de mercado atuam de forma autônoma – embora regulada pelo Estado –, oferecendo bens e serviços organizadamente. Os preços tendem a baixar, beneficiando o comprador, diferentemente do que ocorre no regime do *monopólio*²³.

A livre concorrência está contida na liberdade de iniciativa. Nesta, é dada ao agente econômico a possibilidade de associação, contratação, ação profissional e empreendimento sem a interferência direta do Estado. A liberdade de *concorrer* decorre, precisamente, da de *empreender economicamente*, que considera a disputa como meio adequado à eficiência, na medida da melhora na qualidade produtiva coadunada à redução dos preços.

Portanto, a direção prestigiada pelo ordenamento brasileiro é a da liberdade da oferta e da procura, de modo que relevante doutrina²⁴ entende infringir a ordem econômica os atos

²³ CRETILLA JÚNIOR, José. “Livre iniciativa e direito concorrencial.” In: *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos. Comentários À Lei n 8.884/94 e estudos doutrinários.*, por Marcos da COSTA, Paulo Lucena de MENEZES e Rogério Gandra da Silva. MARTINS. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 72.

²⁴ OLIVEIRA, Gesner, e João Grandino RODAS. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 33-35; BASTOS, Celso Ribeiro. O abuso de poder econômico. *Revista de direito constitucional e internacional*, outubro 1994, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 10; BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2005, p. 175; e CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, p.73.

que tenham por objeto ou possam produzir limitação *(i)* no modo de agir de outras sociedades empresárias ou *(ii)* no número de concorrentes.

Outro não é o teor dos arts. 174, § 4º²⁵, da Constituição Federal, e do art. 36, I e § 3º, I, c²⁶, da Lei Federal n.º 12.529/11.

Nesse contexto, ante as disposições da Lei Maior e de seu principal ato normativo regulamentador da ordem concorrencial, cabível *questionar a constitucionalidade da determinação de não-restabelecimento após o trespasse*, seja por cláusula contratual, seja pela incidência supletiva do art. 1.147, *caput*, do Código Civil.

Inquirir-se: *determinar que um concorrente não possa se restabelecer após a venda do estabelecimento empresarial não é uma forma de (i) limitar a livre iniciativa?; (ii) acordar a divisão de partes ou segmentos de um mercado?; (iii) ajustar a distribuição de clientes?; e (iv) restringir o acesso de novas sociedades empresárias ao mercado?*

A resposta é claramente positiva.

Exemplificativamente, suponha-se a seguinte cláusula padrão de não-concorrência: “*após a assinatura do presente contrato, a parte VENDEDORA compromete-se a não fazer concorrência à parte COMPRADORA pelo prazo de cinco anos, com base no disposto no art. 1.147, caput, do Código Civil*”.

Ao consignarem, em contrato, a impossibilidade de o alienante fazer concorrência ao comprador após a negociação de estabelecimento empresarial, as partes transigem sobre interesses difusos da *ordem econômica e concorrencial*, inscritos na Constituição Federal e pormenorizados pela legislação infraconstitucional.

A referida transação tem finalidade clara e amplamente reconhecida – e defendida – tanto pela doutrina quanto pelos aplicadores do Direito: é a limitação da *livre iniciativa* do vendedor, impedindo-o de ter acesso ao mercado para concorrer com o comprador, para que não interfira na atuação e na clientela deste.

²⁵ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

²⁶ “Art. 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;

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;”

Veja-se, destarte, que *a cláusula de não-concorrência tem por objeto, justamente, permitir o que é vedado pela lei antitruste brasileira, autorizando os particulares a disporem, em âmbito privado, sobre interesses difusos.*

Diante disso, *pode-se dizer que as ditas Cláusulas, bem como o art. 1.147 do Código Civil, são inconstitucionais?*

A resposta passa pela análise do que JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO convencionou chamar de *válvulas de escape* da legislação antitruste.

Com efeito, a obediência estrita e rigorosa ao conteúdo da Lei Federal n.º 12.529/11 pode levar a efeitos opostos à proteção da ordem concorrencial, sendo preciso que haja formas de tolerar a permeação da realidade no processo de interpretação e aplicação de suas normas²⁷.

As *válvulas de escape* seriam os meios para a superação dessa rigidez, viabilizando-se uma prática que, embora, a princípio, restrinja a concorrência, seja saudável aos demais valores insertos no sistema jurídico. Vários países do mundo possibilitaram tal intento por meio da *regra da razão*, das *isenções* ou das *autorizações*.

A *regra da razão* (*rule of reason*) originou-se no direito estadunidense²⁸, cuja lei antitruste (*Sherman Act*) não previa qualquer válvula de escape. Após diversos casos em que a aplicação dura das vedações legais findou por trazer mais prejuízos do que vantagens à ordem econômica americana, a Suprema Corte passou a considerar ilegais somente *as práticas que restringiam a concorrência de forma não razoável*, permitindo-se, por decorrência, *as que não implicassem limitação desarrazoada ao livre comércio*²⁹.

A seu turno, o sistema de *isenções*, com origem no direito europeu³⁰, parte do pressuposto que as normas antitruste protegem a concorrência de forma ampla, com

²⁷ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 202.

²⁸ “The initial era of laissez-faire for exclusive dealing ended in 1914. That year, in response to a broad political consensus favoring stronger antitrust enforcement, Congress passed the Clayton and Federal Trade Commission Acts. One of the underlying concerns expressed by proponents of the new legislation was that the “rule of reason” articulated by the Supreme Court in the *Standard Oil* and *American Tobacco* cases would authorize even the most harmful competitive practices as “reasonable”. JACOBSON, Jonathan M. “Exclusive dealing, “foreclosure”, and consumer harm.” *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 317.

²⁹ FORGIONI, *op. cit.*, p. 206-208.

³⁰ Tratado que Institui a Comunidade Europeia
“Artigo 81.

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

generalidade e alto grau de abstração. Por tal razão, poder-se-iam encontrar *isenções* à sua aplicação tanto por disposição inequívoca do parlamento, quanto por interpretação sistemática do texto normativo. Portanto, duas normas devem ser levadas em consideração: a que veda, de forma geral, a prática restritiva da concorrência; e a que autoriza essa prática³¹.

Por fim, o sistema de *autorização*, de origem brasileira³², permite que um órgão administrativo – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – autorize a prática de atos que, teoricamente, seriam infrações à *livre concorrência*, desde que parte relevante dos benefícios decorrentes seja repassada aos consumidores e que, cumulada ou alternativamente, *(i)* aumente-se a produtividade ou a competitividade; *(ii)* melhore-se a qualidade de bens ou serviços; ou *(iii)* propicie-se eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Além do sistema de *autorização*, é de domínio público o alcance da *regra da razão* no Brasil, mormente no âmbito da aplicação do direito, quando os magistrados, na criação das normas de decisão, utilizam-se dos critérios da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* para flexibilizar ou moldar o teor dos atos normativos, consoante à adequação e à necessidade do caso concreto, ao chamado *devido processo legal substantivo*.

-
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
 - d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
 - e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

— a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

— a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

— a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.” (Grifou-se).

³¹ FORGIONI, *op. cit.* p. 210-220.

³² Lei Federal n.º 12.529/11

“Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

(...)

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.”

Em paralelo, o art. 1.147 do Código Civil materializa o sistema de isenções no direito antitruste brasileiro.

De fato, a Lei Federal n.º 12.529/11, ao dar concretude ao art. 177, § 4º, da Constituição Federal, previu, *de forma genérica e abstrata*, a proteção à ordem concorrencial republicana. Já o Código Civil, por *disposição expressa do parlamento*, legitimou a limitação da livre concorrência na especificidade da ocorrência de um ato empresarial: o *trespasse*.

Enquanto, de um lado, tem-se uma norma *geral*, de outro, a norma *específica* revela a expressa condescendência do legislador brasileiro na restrição legítima a um direito fundamental, em acordo com a *teoria dos quatro status* de GEORG JELLINEK (ponto 2.3.1).

E não se fale que a novidade da Lei concorrencial frente ao diploma substantivo civil deva fazê-la prevalecer nessa aparente antinomia. É comezinho que o critério da temporalidade só tem préstimo quando duas ou mais regras de mesma hierarquia se destinam a regular *o mesmo gênero de normas*, sejam elas *especiais ou gerais*. Por conseguinte, vê-se que este não é o caso da disciplina do *trespasse*, onde a norma específica há de prevalecer à de caráter geral, porquanto destinada a regular a situação peculiar que ensejou a sua própria edição.

Reputa-se ser esse o fundamento da constitucionalidade da vedação à concorrência pós-*trespasse* no direito brasileiro, registrando, ainda, a posição de alguns autores que o encontram nos ideais de *dignidade e justiça social coletiva*³³. Apesar de este trabalho chegar à conclusão idêntica, entende-se que os alicerces postos pela citada parcela da doutrina são carentes de significação prática, podendo sua indefinição sustentar praticamente qualquer posição individual e arbitrária.

Nesse sentido, após incontáveis julgados sobre o tema³⁴, o próprio CADE editou a sua Súmula n.º 05, pela qual “*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*”.

Pelo exposto, não se vê dúvida em relação à *constitucionalidade abstrata da restrição concorrencial mencionada no art. 1.147 do Código Civil*.

³³ “(...) a regra da não-concorrência deve ser analisada levando-se em conta que a concorrência é o meio para adquirir dignidade e justiça social coletiva, razão pela qual, embora limite ou restrinja a concorrência, não será inconstitucional. Na hipótese de transferência do estabelecimento empresarial, os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência devem ser observados com restrições, qual seja, o impedimento do restabelecimento do transmitente.” FIEDRA, Geisy. *Obrigações de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste*. São Paulo: Singular, 2007, p. 95.

³⁴ A saber, os Atos de Concentração n.º 08012.009079/2008-72, 08012.001230/2007-43, 08012.011611/2007-1, 08012.009323/2006-11, 08012.005881/2008-93, 08012.012251/2007-94, 08012.011212/2008-51, 08012.014612/2007-37 e 08012.000167/1998-11.

Nesse contexto, mostra-se compreensível que o adquirente busque diminuir o grau de concorrência a ser enfrentado, mormente quando esta disputa possa ser feita por um agente econômico que conhece o seu ramo de negócios, sua clientela e o comportamento dos demais concorrentes. A cláusula de não-restabelecimento aumenta a segurança da venda e, por consequência, o interesse na aquisição, incrementando a liquidez e a circulação de riquezas, ao mesmo tempo em que estimula a geração de negócios³⁵.

No entanto, para a correta aplicação do direito quando da verificação de atos de trespasse calcados em cláusulas de não-concorrência, faz-se necessário estipular parâmetros para se distinguir *até que ponto a referida disciplina se insere ou extrapola a regra de isenção codificada*, sob pena de afronta à livre concorrência.

Essas balizas devem ser não apenas temporais, mas, também, geográficas e materiais a fim de que se determine o chamado *mercado relevante (relevant market)* do estabelecimento trespasado, que *é o local de atuação do estabelecimento econômico e o palco onde as relações concorrenciais podem ser travadas*³⁶.

Essa determinação implica, necessariamente, a identificação do mercado no qual atua determinado agente econômico, sendo imprescindível a identificação das relações concretas, ainda que potenciais, de concorrência desse agente³⁷.

4.1 PARÂMETROS PARA A LIMITAÇÃO TEMPORAL

Inicia-se a averiguação dos parâmetros para a análise da *regra de isenção* inscrita no art. 1.147 do Código Civil pelo único fator descrito na legislação: o temporal.

Pelo dispositivo supracitado, tem-se que:

- ❖ é vedado ao alienante fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento comercial pelo *prazo de cinco anos*; e
- ❖ caso o adquirente queira *permitir* a concorrência por parte do alienante, deve autorizá-la de forma expressa.

Vê-se que o legislador conferiu um *termo final* para a validade da *isenção*, fixando cinco anos como tempo suficiente para que o adquirente solidifique sua atuação no mercado e o alienante possa se restabelecer sem causar-lhe prejuízo.

³⁵ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 285.

³⁶ BAGNOLI, *op. cit.*, p. 135.

³⁷ FORGIONI, *op. cit.*, p. 232.

Em consequência, contratos de trespasse que estabeleçam cláusulas de não-restabelecimento com duração maior que a tolerada pela *regra da isenção* são inconstitucionais, por *extrapolarem a área de proteção e regulamentação legislativa do direito à livre concorrência*. Nesse sentido, têm decidido o CADE³⁸ e os tribunais pátrios³⁹.

4.2 PARÂMETROS PARA A LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA

Além disso, mostra-se imperioso que o contrato de trespasse discipline o raio geográfico de abrangência do estabelecimento empresarial. Fora dele, não se pode falar em *concorrência direta*, facultando-se ao alienante o restabelecimento.

Segundo o CADE⁴⁰, o mercado relevante geográfico compreende a área em que as sociedades empresárias ofertam e procuram produtos e serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, características e preferências dos consumidores. A definição de um mercado relevante geográfico exige, também, a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área.

PAULA FORGIONI delimita o mercado relevante geográfico como a área na qual o agente econômico pode aumentar os preços de seus produtos e serviços sem causar um dos seguintes efeitos: *(i)* perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área; ou *(ii)* provocar, imediatamente, a

³⁸ “ATO DE CONCENTRAÇÃO. AQUISIÇÃO DA ANB FARMA PELA ATHOS FARMA. MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS E ARTIGOS DE PERFUMARIA. PARECERES PELA APROVAÇÃO COM RESTRIÇÕES. BAIXA CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL RESULTANTE, CIRCUNSCRITA AO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. IMPROBABILIDADE DE EXERCÍCIO DE PODER DE MERCADO. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA, NOS ASPECTOS TEMPORAL E ESPACIAL. PELA APROVAÇÃO COM RESTRIÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E IMPOSIÇÃO DE MULTA POR INTEMPESTIVIDADE. (...) O contrato estabelece cláusula de não concorrência cujo prazo é superior aos 5 (cinco) anos que este Conselho aceita como período máximo para vigência de obrigações dessa natureza (...). (...) Assim, determino que a validade dessa cláusula de não concorrência seja restringida ao prazo de 5 anos, a contar do fechamento da operação (...). (CADE, Ato de Concentração n.º 08012.009079/2008-72, Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, Julgamento: 4-3-09).

³⁹ “TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL Inexistência de vício de consentimento na contratação. Rescisão indevida. Concorrência desleal e desvio de clientela pela ex-proprietária. Aplicação do artigo 1147 do CC. Inexistindo autorização expressa, o alienante não pode fazer concorrência ao adquirente no prazo de cinco anos. Indenização devida. Recurso parcialmente provido” (TJSP, Apelação Cível n.º 9136509-72.2006.8.26.0000, Relator: Desembargador Adilson de Andrade, Terceira Câmara de Direito Privado, Publicação: DJ, em 22-6-11). Igualmente, cf. TJSP, Apelação Cível n.º 9131686-21.2007.8.26.0000, Relator: Desembargador Ribeiro da Silva, Oitava Câmara de Direito Privado, Publicação: DJ, em 24-11-11.

⁴⁰ Anexo V da Resolução n.º 15, de 19 de agosto de 1998.

inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares⁴¹.

Exemplificativamente, se uma pequena padaria em Natal – RN é trespassada, não há dúvidas que o alienante pode constituir, no dia seguinte, outra padaria em Santarém – PA, pois não haverá *concorrência* entre os estabelecimentos.

No entanto, a questão pode mudar de figura quando os estabelecimentos trespassado e restabelecido se distanciam por ruas, bairros, cidades ou Estados próximos, dificultando a visualização segura da exata área de influência de cada um.

Perpassando a seara meramente privada, o Estado deve ter total interesse na negociação, verificando, por seus órgãos administrativos e jurisdicionais, se o trespasso se deu *em consonância com a regra de isenção*, isto é, se o pacto não extrapolou a *restrição geográfica tolerada* pelo sistema jurídico pátrio, que *é aquela capaz de gerar a concorrência entre os contratantes*.

Para que a averiguação dessa hipótese seja técnica, recomenda-se a observações dos critérios infrarrelacionados, procedentes da doutrina de PAULA FORGIONI⁴² e GEISY FIEDRA⁴³.

- ❖ *Características do produto ou serviço.* Estabelecimentos empresariais que tenham por objeto a venda de bens perecíveis (v.g., padarias, quitandas) ou serviços *in loco* (v.g., salões de beleza, dedetizadoras) costumam ter raio de atuação local, diferentemente de produtos não perecíveis ou serviços que envolvam intensa especialização. Imagine-se o trespasso de um estabelecimento que fornece, para todo o Brasil, sondas para a exploração de petróleo em águas ultraprofundas, de forma exclusiva. Não há dúvidas que o restabelecimento do alienante, com objeto congênere, em qualquer lugar do país terá aptidão para gerar concorrência, até porque esta não existia;
- ❖ *Capacidade de produção/atendimento do produto ou serviço.* Uma academia de musculação com área de 100m² e vinte equipamentos, por melhores que sejam seus atendimento, preço e qualidade, certamente não comportará mais clientes que uma com 500m² e cem equipamentos, tendo, portanto, menor área de influência concorrencial;

⁴¹ FORGIONI, *op. cit.*, p. 234.

⁴² FORGIONI, *op. cit.*, p. 238-240.

⁴³ FIEDRA, *op. cit.*, p. 118-119.

- ❖ *Incentivos governamentais.* Por vezes, a concessão de isenções tributárias ou alíquotas especiais pode impedir que agentes econômicos estabelecidos em cidades ou estados distintos concorram entre si;
- ❖ *Atração concreta de clientela.* Cliente é o consumidor regular dos produtos ou serviços oferecidos pelo estabelecimento, diferindo do freguês, que consome esporadicamente⁴⁴. O fato de alguém, uma vez ao ano, ir ao bairro onde se restabeleceu o alienante com negócio congênere ao trespassado para comprar sua mercadoria não faz daquele um *concorrente* do adquirente. *Deve-se verificar se o consumidor está disposto a afastar-se do local onde está para adquirir outro produto ou serviço similar ou idêntico;*
- ❖ *Volume de compras do cliente x quantidade.* Se o estabelecimento trespassado era uma fábrica de bonés situada em Natal – RN, tendo apenas um cliente em João Pessoa – PB, a determinação da proibição do restabelecimento do alienante deve passar pela análise do volume de compras do cliente. Se for significativo, frente ao volume total de vendas da indústria, a cláusula de não-concorrência se amolda à regra de isenção do art. 1.147 do CC;
- ❖ *Atendimento a demandas sem fronteiras.* Indústrias e estabelecimentos com pontos virtuais (*e-commerce*) têm capacidade de entrega de larga escala, inclusive para a exportação, não precisando que o cliente se desloque à sua sede. Nesses casos, não se pode adotar a localização do estabelecimento como critério para a limitação geográfica;
- ❖ *Custos com transporte.* Se relevantes, há claro benefício dos produtores locais, pois a diferença de preços pode ser tão alta que impeça a relação de concorrência, isolando um mercado geográfico.

De fato, sem uma séria averiguação dos critérios supracitados, a *regra de isenção* inscrita no art. 1.147, *caput*, do Código Civil, pode ser facilmente extrapolada, proibindo-se o restabelecimento do alienante em área cuja concorrência com o adquirente não exista, o que configuraria infração à ordem econômica. É nessa esteira, aliás, que vem se consolidando a jurisprudência⁴⁵ do CADE relativa à extensão do mercado relevante geográfico.

⁴⁴ Segundo MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA, *clientela é a alma do estabelecimento e proporciona ao comerciante o exercício de sua atividade lucrativa. Clientela, em matéria comercial, assim se denomina como o conjunto de fregueses de um estabelecimento, ao qual privilegiam com preferência e habitualidade nas compras. Apresenta-se como fator principal à movimentação dos negócios e, conseqüentemente, na produção dos lucros. É, sem dúvida, o grande responsável pelo êxito da empresa.* (POSTIGLIONE, *op. cit.*, p. 119.)

⁴⁵ “ATO DE CONCENTRAÇÃO. OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO. HIPÓTESE DE SUBSUNÇÃO PREVISTA NO ART. 54, § 3º, DA LEI N.º 8884/94 – FATURAMENTO. CONHECIMENTO. APRESENTAÇÃO

Infelizmente, algumas decisões judiciais vêm aceitando livremente as restrições geográficas estabelecidas nos contratos de trespasse, sem qualquer maturação relativa à viabilidade constitucional das limitações.

A título de exemplo, recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) entendeu que seria legítimo estabelecimento de uma cláusula de não-restabelecimento com limite geográfico de dez quilômetros⁴⁶. No julgado, a única passagem do voto do Desembargador Relator, acolhido por unanimidade, sobre a dita limitação geográfica, é a seguinte: *“Inicialmente, em relação ao óbice de o Agravante concorrer com a Adversa no prazo de 5 (cinco) anos a contar da assinatura do contrato de compra e venda e numa distância de 10 km (dez quilômetros), incorre qualquer eiva. É que o Código Civil, em seu art. 1.147, estabelece que: ‘Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência’. Por óbvio, sobressai a legalidade da estipulação de não-concorrência, inclusive quanto à distância de 10 km (dez quilômetros) livremente convencionada entre as Contendoras”*.

Com efeito, não se pode falar em *obviedade* quando o assunto é a análise de um mercado relevante geográfico, pois cada critério grassado acima é uma variável apta a afetar a estrutura concorrencial.

A demanda judicial envolvendo o restabelecimento deve se cercar de inúmeras cautelas para a aferição da adequação do trespasse ao conteúdo da regra de isenção. Se o caso envolver a apreciação de pedidos de tutela antecipada, a Petição Inicial deverá estar

INTEMPESTIVA. TAXA PROCESSUAL RECOLHIDA. MERCADO RELEVANTE: SERVIÇOS DE CONCRETAGEM. OCORRÊNCIA DE SOBREPOSIÇÃO HORIZONTAL E DE INTEGRAÇÃO VERTICAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS À CONCORRÊNCIA. APROVAÇÃO COM RESTRIÇÃO: ADEQUAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA À DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA DO MERCADO RELEVANTE. (...) De acordo com a jurisprudência firmada por reiteradas decisões deste CADE, cláusulas de não-concorrência devem ser delimitadas não apenas quanto ao aspecto temporal, mas também ao aspecto espacial, adstrita à dimensão geográfica e de produto do mercado relevante afetado. (...) Assim, cláusulas que excedam às dimensões geográficas dos mercados relevantes não atendem a essa finalidade e, mais do que proteger o investimento realizado, servem unicamente para excluir um potencial competidor em outras dimensões geográficas do mercado relevante. Considerando que o mercado relevante de serviços de concretagem afetado pela presente operação delimita-se geograficamente à Região Metropolitana de São Paulo, determino a inserção de limitação geográfica na cláusula de não-concorrência, tornando-a limitada à Região Metropolitana de São Paulo. (Ato de Concentração n.º 08012.001230/2007-43, Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevêdo, Julgamento: 21-11-07). No mesmo sentido, *cf.* Ato de Concentração n.º 08012.011212/2008-51, Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos, Julgamento: 15-4-09.

⁴⁶ Agravo de Instrumento n.º 2009.064197-5, Relator: Desembargador José Carlos Carstens Köhler, Quarta Câmara de Direito Comercial, Julgamento: 6-10-11.

acompanhada de um vasto acervo probatório que possa identificar, com a verossimilhança exigida, os requisitos supralistados, sob pena de indeferimento do pedido antecipatório⁴⁷.

4.3 PARÂMETROS PARA A LIMITAÇÃO MATERIAL

É irrelevante a discussão sobre as limitações temporal e geográfica para o restabelecimento do alienante se este não fizer, efetivamente, concorrência ao adquirente. Isso só ocorrerá se *os bens ou serviços comercializados pelos estabelecimentos forem congêneres*, possibilitando a real disputa por dada fatia de mercado.

Para o CADE⁴⁸, o mercado relevante material compreende todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode, eventualmente, ser composto por um número de produtos ou serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.

Exemplificativamente, se a PPGD LTDA, cujo objeto social era a *venda de veículos*, for trespassada para outros sócios, nada impede que os antigos quotistas se restabeleçam para o comércio de *sorvetes, roupas, bebidas ou carnes*, tampouco para a prestação de serviços de *jardinagem* ou *consultoria contábil*, mesmo que o novo ponto comercial seja contíguo ao trespassado. Isso se deve ao fato de, nesses casos, não haver concorrência entre os estabelecimentos empresariais, fator essencial à atração da incidência do art. 1.147, *caput*, do Código Civil.

Ocorre que, muitas vezes, a diferenciação entre o objeto social dos estabelecimentos é tênue, dificultando a percepção da influência concorrencial entre eles. De certo, se o alienante se restabelece com uma *oficina mecânica*, enquanto o adquirente comprou um *restaurante árabe*, nenhuma dúvida há quanto à inexistência de disputa por mercado. Porém,

⁴⁷ Nessa linha, *cf.* a serenidade do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT): “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. ARTGO 1.147 DO CÓDIGO CIVIL. 1 - *NÃO HAVENDO PROVA INEQUÍVOCA DE QUE O ALIENANTE DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL, COM A ABERTURA DE ESTABELECIMENTO CONGÊNERE, FAZ CONCORRÊNCIA EFETIVA AO ADQUIRENTE, MORMENTE PORQUE OS ESTABELECIMENTOS ENCONTRAM-SE SITUADOS QUE EM REGIÕES ADMINISTRATIVAS DIVERSAS, NÃO HÁ COMO SE DEFERIR, EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, A SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DO NOVO BAR ABERTO PELO ALIENANTE.* 2 - SOMENTE MEDIANTE DILAÇÃO PROBATÓRIA SERÁ POSSÍVEL AVALIAR SE O NOVO ESTABELECIMENTO INAUGURADO FAZ, DE FATO, CONCORRÊNCIA AO AGRAVANTE, CONFIGURANDO A HIPÓTESE DE CONCORRÊNCIA DESLEAL PREVISTA NO ARTIGO 1.147 DO CÓDIGO CIVIL” (Agravo de Instrumento n.º 20070020112024, Relatora: Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, Sexta Turma Cível, Publicação: DJ, em 4-12-07.)

⁴⁸ Anexo V da Resolução n.º 15, de 19 de agosto de 1998.

o que dizer da hipótese de o alienante constituir um *supermercado*? E uma *doceria*? E um *restaurante italiano*?

Novamente, PAULA ANDREA FORGIONI⁴⁹, com base no direito comparado, estabelece parâmetros para a identificação do mercado relevante material:

- ❖ *Fungibilidade ou intercambiamento dos produtos ou serviços*. Deve-se identificar se a necessidade do consumidor está sendo satisfeita pelo produto ou serviço para, daí, verificar se ele está, normalmente, disposto a substituí-lo pelo comercializado pelo restabelecido. Se a resposta for positiva, significa que ambos o comércio do adquirente e do alienante está dentro do mesmo mercado;
- ❖ *Fidelidade à marca*. Quando os consumidores não têm o hábito de substituir o produto identificado pela marca por outro que lhe é semelhante, pode haver a caracterização de vários mercados, derivada da infungibilidade dos produtos ou serviços, impedindo-os de se valerem de produtos aparentemente intercambiáveis;
- ❖ *Oferta potencial*. Observa-se se o agente restabelecido pode, potencialmente, concorrer com o adquirente, ainda que não o faça a princípio.

De toda sorte, pode-se dizer que, em regra, há semelhança apta a engendrar a *concorrência* quando os produtos ou serviços forem da natureza ou gênero semelhantes. Essa identidade deve ser ampla, possibilitando à clientela optar por um ou outro⁵⁰.

Nesse contexto, não parece haver concorrência entre o *restaurante árabe* (trespassado) e um *supermercado* (restabelecido), por mais que algum cliente possa comprar, no segundo, quibes ou esfirras congeladas para preparar em sua casa. A aproximação é ainda menor em se tratando de uma *doceria* (que comercializa sobremesas e lanches), já que o objeto social dos restaurantes são pratos típicos para almoço e jantar.

Por essa mesma razão, entende-se que a cláusula de não-restabelecimento abarcaria, em tese, a hipótese de concorrência *entre os restaurantes árabe e italiano*, afinal, por mais diferente que possa ser o cardápio, ambos estão ligados por uma identidade de gênero fortíssima, podendo atrair, indistintamente, as pessoas com interesse em se alimentar nas grandes refeições, mormente quando a clientela do estabelecimento trespassado era formada, direta ou indiretamente, pela postura pessoal e empreendedora dos antigos sócios.

⁴⁹ FORGIONI, *op. cit.*, p. 241-250.

⁵⁰ FIEDRA, *op. cit.*, p. 127.

A jurisprudência dos tribunais⁵¹ e do CADE⁵² é rica em exemplos referentes à limitação material em cláusulas de não-concorrência, vedando o restabelecimento do adquirente em caso de desenvolvimento de atividades congêneres a do alienante.

Por fim, para se conferir maior segurança às delimitações de mercados relevantes materiais, recomenda-se, na aplicação do direito, que todas as hipóteses concretas passem pela avaliação do fenômeno da *elasticidade cruzada* (*cross elasticity*). Por ele, dois ou mais produtos ou serviços são intercambiáveis quando, partindo de preços igualmente competitivos, o aumento de um deles (v.g., do adquirente) conduzir à maior procura do outro (v.g., do alienante restabelecido). Nesses casos, ter-se-ia uma prova de que a clientela pode ser desviada, o que colocaria ambos em direta relação de concorrência⁵³.

A *elasticidade cruzada* é considerada pelo CADE, para quem as sociedades empresárias capazes de iniciar a oferta de produtos e serviços na área considerada após uma pequena – mas substancial – elevação dos preços praticados, integram o mercado relevante. 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 considerada⁵⁴.

Definidos os mercados relevantes temporal, geográfico e material, resta delimitado o restabelecimento do alienante, que fica livre para explorar, em tempo, lugar e modo, todas as

⁵¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS E LUCROS CESSANTES COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. VENDA DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. DESENVOLVIMENTO PELA ALIENANTE DE ATIVIDADE CONGÊNERE E PRÓXIMA DA EMPRESA VENDIDA - VEDAÇÃO PELO ARTIGO 1.147 DO CÓDIGO CIVIL (PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA). TUTELA ANTECIPADA - CONCESSÃO - IMPEDIMENTO DA ABERTURA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Agravo desprovido. A liberdade do exercício profissional não obsta a interdição de concorrência, pois o exercício dos direitos individuais pode perfeitamente ser condicionado e admite as limitações impostas pela lei, quais sejam, a proibição de se restabelecer com o mesmo gênero de negócio, em circunstâncias de tempo e de lugar que possibilitem o desvio da clientela do fundo de comércio objeto da alienação. (Agravo de Instrumento n.º 5757753, Relator: Desembargador Ivan Bortoleto, Sexta Câmara Cível, Julgamento: 22-9-09).

⁵² “ATO DE CONCENTRAÇÃO. AQUISIÇÃO DOS ATIVOS DA PEDREIRA BICA DE PEDRA LTDA. PELA VOTORANTIM CIMENTOS BRASIL LTDA. SETOR DE ATIVIDADE: EXTRAÇÃO MINERAL – PEDRAS E OUTROS MINERAIS NÃO METÁLICOS. MERCADO RELEVANTE: LAVRA, BRITAGEM E COMERCIALIZAÇÃO DE BRITA NO RAIO DE 75 KM DO CENTRO PRODUTOR DE BRITA DA BICA DA PEDRA EM JAÚ/SP. (...) CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA DISSONANTE DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE. APROVAÇÃO CONDICIONADA À ALTERAÇÃO DO OBJETO E DA DIMENSÃO GEOGRÁFICA DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. (...) a cláusula de não concorrência deve ser limitada em seu objeto para a lavra, britagem e comercialização de brita, atividade exercida pela empresa vendedora. (Ato de Concentração n.º 08012.014612/2007-37, Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Julgamento: 1.º-10-08).

⁵³ FORGIONI, *op. cit.*, p. 242-243.

⁵⁴ Anexo V da Resolução n.º 15, de 19 de agosto de 1998.

demais atividades que não os tangenciem⁵⁵. Tais restrições harmonizam a livre iniciativa com o sistema jurídico pátrio, sendo indubitável as suas constitucionalidade e licitude frente à regra de isenção legislativa contida no art. 1.147, *caput*, do Código Civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, procurou-se investigar a constitucionalidade da cláusula de não-concorrência entre alienante e adquirentes, subjacente ao *trespasse* de sociedades limitadas, autorizada pela legislação substantiva civil brasileira.

De fato, a vedação à concorrência ao adquirente, pelo alienante, limita a livre concorrência. Trata-se de incontestável ajuste da distribuição de clientela, restringindo o acesso de novas sociedades empresárias ao mercado.

Apesar disso, verificou-se que a hipótese é constitucional, figurando-se como uma regra de isenção que limita, legitimamente, um direito fundamental, na medida em que protege a própria *ordem concorrencial*.

Para que incida a regra de isenção no *trespasse*, o contrato deve estabelecer limitações temporais, geográficas e materiais relativas à proibição de concorrência, com base no mercado relevante do estabelecimento *trespassado*. Conseqüentemente, a inadequação dos limites temporal, geográfico e material contidos na cláusula de não concorrência ao mercado relevante violaria a livre concorrência, extrapolando a regra de isenção inscrita no art. 1.147 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2005.

⁵⁵ QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de. *Vedação da concorrência do *trepassante* do estabelecimento empresarial: seus limites e sua aplicação no espaço real e virtual*. Edição: USP. 3 de Agosto de 2000. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18022009-144820/fr.php> (acesso em 17 de janeiro de 2014), p. 137.

BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela e a interdicção de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Vols. XL, Tomo I, em *Obras completas de Rui Barbosa*, por Ministério da Educação e Saúde. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. 5. ed. Vols. VI, parte II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 858, abril 2007, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, p. 30-47.

BASTOS, Celso Ribeiro. O abuso de poder econômico. *Revista de direito constitucional e internacional*, outubro 1994, São Paulo, *Revista dos Tribunais*.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012

CRETELLA JÚNIOR, José. “Livre iniciativa e direito concorrencial.” In: *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos. Comentários À Lei n 8.884/94 e estudos doutrinários.*, por Marcos da COSTA, Paulo Lucena de MENEZES e Rogério Gandra da Silva. MARTINS. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FIEDRA, Geisy. *Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste*. São Paulo: Singular, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

HARTLEY, E. James. *The rule of reason*. Illinois: American Bar Association, 1999.

JACOBSON, Jonathan M. "Exclusive dealing, "foreclosure", and consumer harm." *Antitrust Law Journal*, 2002.

JORGE, Tarsis Nametala Sarlo. *Manual das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

OLIVEIRA, Gesner, e João Grandino RODAS. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

POSTIGLIONE. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. Barueri: Manole, 2006.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de. *Vedação da concorrência do trepassante do estabelecimento empresarial: seus limites e sua aplicação no espaço real e virtual*. Edição: USP. 3 de Agosto de 2000. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18022009-144820/fr.php> (acesso em 17 de janeiro de 2014).

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.