

UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**CONCORRÊNCIA DESLEAL NO TRESPASSE:
UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA CLÁUSULA DE *NON-COMPETE* NA
JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

Larissa Alves Meneses

Orientador: Prof. Msc. Hélder Leonardo de Souza Góes

Aracaju

2020

LARISSA ALVES MENESES

**CONCORRÊNCIA DESLEAL NO TRESPASSE:
UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA CLÁUSULA DE *NON-COMPETE* NA
JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em / / .

Banca Examinadora

Prof. Msc. Hélder Leonardo de Souza Góes
Orientador UNIT

Avaliador 1 UNIT

Avaliador 2 UNIT

**CONCORRÊNCIA DESLEAL NO TRESPASSE:
UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA CLÁUSULA DE *NON-COMPETE* NA
JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

**UNFAIR COMPETITION IN TRESPASSE:
AN ANALYSIS OF THE EFFECTS OF THE NON-COMPETE CLAUSE ON
THE STJ JURISPRUDENCE**

Larissa Alves Meneses¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a jurisprudência do STJ sobre a Concorrência Desleal diante da cláusula de não concorrência prevista no contrato trespasse. Desta forma, analisa-se a possibilidade de extensão dos efeitos de tal cláusula às hipóteses de continuidade irregular da atividade empresarial. Neste sentido, utilizam-se casos concretos, submetidos à esfera de discursão jurisprudencial do STJ, explanando-se os fundamentos para a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula proibitiva, tendo a proteção da clientela como justificativa para sua aplicação. Ademais, fundamenta-se a configuração da Concorrência Desleal com destaque à submissão ao Princípio da Boa-fé Objetiva e a relativização da Livre Iniciativa e da Liberdade de Concorrência. Conclui-se o estudo com propostas alternativas de revisão do texto do Código Civil, bem como a colaboração à redação do novo Código Comercial, com finalidade de exaurir as lacunas normativas, garantindo uma maior segurança jurídica aos contratos empresariais.

Palavras – chave: Concorrência. Contrato. Cláusula. Desleal. Trespasse.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Tiradentes – Unit. E-mail: larissaalvesmeneses@gmail.com

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the STJ's jurisprudence on Unfair Competition in view of the non-competition clause provided for in the transfer agreement. Thus, the possibility of extending the effects of such a clause to the hypotheses of irregular continuity of business activity is analyzed. In this sense, concrete cases are used, submitted to the STJ's sphere of jurisprudential discourse, explaining the grounds for the possibility of extending the effects of the prohibitive clause, with the protection of the clientele as a justification for its application. Furthermore, the configuration of Unfair Competition is based, with emphasis on submission to the Principle of Objective Good Faith and the relativization of Free Initiative and Freedom of Competition. The study concludes with alternative proposals for revising the text of the Civil Code, as well as collaboration with the drafting of the new Commercial Code, in order to fill the regulatory gaps, ensuring greater legal security for business contracts.

Key words: Competition. Contract. Clause. Unfair. Goodwill.

1 INTRODUÇÃO

Diante do tema proposto, o presente artigo vem externar a respeito da análise da Concorrência Desleal frente à cláusula de não concorrência (*non-competere*), prevista no contrato de trespasse. Este compreende na transferência onerosa do estabelecimento empresarial, no qual ocorre uma sucessão jurídica da universalidade de fato (bens corpóreos e incorpóreos) para outro sujeito, seja pessoa física ou jurídica. Por outro lado, a pactuação contratual do trespasse estabelece a priori, previsão de natureza tácita quanto à proibição do sujeito alienante restabelecer a atividade empresarial (objeto do contrato) no mesmo ramo de atuação, por um prazo de 5 (cinco) anos, como consta o art. 1.147 do Código Civil.

Todavia, apesar da legislação em vigor trazer previsão quanto a não concorrência, a mesma padece em relação a seu entendimento bastante prolixo, sendo necessária uma interpretação hermenêutica jurisprudencial. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem trazendo discursões em casos concretos inerentes ao contorno da proibitiva do *non-competere*, cuja atividade empresarial é restabelecida por parte do alienante, em um ramo análogo, porém de forma irregular.

Sucede que, essa celeuma no Código Civil vem causando ambiguidade quanto à caracterização da Concorrência Desleal, onde a mesma possui assegurados dois objetos de parâmetros distintos: o direito da parte adquirente de gozar do estabelecimento adquirido; e a proteção à clientela quanto à captação. Ademais, é de deveras importância analisar a extensão desse ato frente ao que seria o objeto concreto de proteção na aplicabilidade da cláusula de interdição de concorrência.

Ao considerar tais assertivas, o tema proposto possui como objetivo principal, verificar, com base na jurisprudência do STJ, analisar a extensão dos efeitos da aplicabilidade da cláusula proibitiva de concorrência (*non-competere*), em vista da transferência onerosa do estabelecimento empresarial (*trespasse*).

Diante disso, como objetivo secundário, o presente trabalho analisará como a irregularidade do restabelecimento da atividade empresarial influenciaria dentro das relações contratuais do *trespasse*. Ou seja, a ausência de formalidade na atuação de empresa implicaria nas mesmas consequências negativas que uma atividade empresarial regularmente registrada?

Neste rumo, a composição do mesmo foi feita inicialmente a partir de uma apresentação com enfoque teórico sobre a extensão da cláusula de *non-competere* e seus respectivos efeitos na prática. Em segundo momento, norteou-se uma discursão com base no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao que se refere o tema proposto. Neste passo, buscou-se concluir como as decisões da corte superior vêm corroborando com a celeuma presente na legislação. Por fim, o último tópico apresenta sugestões construtivas, tendo como fundamento

principal a boa-fé objetiva pós-contratual a fim de solucionar a aplicabilidade do contorno da cláusula que proíbe a concorrência do sujeito alienante.

A importância do presente trabalho consiste no fato de que seu conteúdo versa sobre uma temática em discussão no STJ, conseqüentemente de grande relevância para a práxis dos contratos empresariais, principalmente no que diz respeito aos princípios da Livre-iniciativa e da Liberdade de Concorrência, ambos assegurados pela Constituição Federal em seu art. 170 e que requerem ponderação no âmbito de aplicabilidade.

Do ponto de vista metodológico, constitui-se em uma pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, onde possui como base, respectivamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos últimos 5 (cinco) anos, associada à seleção de informações em artigos, teses, dissertações e doutrina, a fim de contribuir com a explicação do problema objeto da pesquisa. Quanto à finalidade, é uma pesquisa qualitativa com fim exploratório, possuindo como objetivo o desenvolvimento, esclarecimento e modificação de conceitos e ideias, possibilitando uma melhor constituição de hipóteses (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017). Quanto à abordagem, utilizou-se do método dedutivo, no qual busca a explicação do conteúdo partindo do âmbito principiológico para as particularidades, chegando assim a uma determinada conclusão (MATIAS-PEREIRA, 2019).

2 A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA DE INTERDIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Inicialmente, far-se-á relevante trazer uma breve análise *sui generis* quanto à natureza jurídica do *Trespasse*, cujo qual, trata-se de um contrato bilateral, oneroso, possuindo como objeto a transferência da universalidade de fato – complexa de bens de um determinado estabelecimento empresarial pelo alienante. A priori, o *trespasse* se submete ao instituto da Teoria Geral dos Contratos previsto no Código Civil de 2002, bem como sua principiologia no que o for compatível, principalmente a

regência aos Princípios da Autonomia da Vontade ²e da Boa-fé Objetiva que serão abordados posteriormente. Logo, a alienação do estabelecimento empresarial é um contrato atípico – sem regulamentação legal, todavia não deixa de produzir efeitos *inter partes* independente de suas particularidades.

No que consta a validade do estabelecimento de empresa ser passível de direitos e negócios jurídicos, prevista no art. 1.143 do Código Civil de 2002, a IV Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado 363 sintetiza: “A validade da alienação do estabelecimento empresarial não depende de forma específica, observado os regimes jurídicos dos bens que a exijam”. Neste sentido, apesar da não exigência de forma, deverá o contrato se submeter a algumas previsões legais para gerar seus efeitos, como a necessidade do respectivo registro público e publicação do contrato para sua validade perante terceiros, conforme art. 1.143, CC/02³ e a necessidade do consentimento tácito ou expresso dos credores, no prazo de 30 (trinta) dias, caso não realizado o pagamento dos mesmos ou não restarem bens suficientes para a solvência do passivo, nos tramites do art. 1.145, CC/02. Observados os requisitos, a transferência onerosa será realizada por meio da sucessão empresarial, ressalvado que, a responsabilidade do adquirente e do alienante, respectivamente, será de natureza solidária, entretanto o primeiro responderá pelas dívidas anteriores à transferência, na hipótese de terem sido contabilizadas, e o último responderá juntamente ao adquirente pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da publicação do contrato, pelas dívidas vencidas, e da data do vencimento pelas vincendas.

Consoante a isso, o Código Civil de 2002, pensando no âmbito pós-contratual, trouxe em seu art. 1.147 a inserção, a priori, da vedação da parte alienante do estabelecimento, de fazer concorrência ao adquirente pelo prazo de 5 (cinco) anos posteriores a transferência, salvo disposto expressamente em sentido contrário. Neste raciocínio, é de deveras relevância trazer à discussão dois pontos abrangidos pelo dispositivo: a submissão ao Princípio da Boa-fé Objetiva e a relativização ao Princípio da Livre Concorrência. Ocorre que, de acordo com

²Encontrando seus três principais aspectos, conforme organizados por Teresa Ancona Lopez (apud LONGHI, 2019): “1) a liberdade de contratar ou não, de participar ou não da celebração de um contrato; 2) a liberdade de escolha da outra parte (com quem contratar); 3) liberdade de fixar o conteúdo dos contratos (liberdade contratual)”

³Código Civil de 2002

(SANTA CRUZ, 2018), a Boa-fé Objetiva ⁴ presidida pelas relações contratuais é um instituto aplicado aos contratos em geral, em relação, precisamente às fases pré-contratual, de execução e conclusão, entretanto a doutrina considera válida sua aplicação à fase pós-contratual de maneira extensiva. Inobstante a isso, a Livre Concorrência é assegurada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 170 como princípio fundamental da ordem econômica, onde o Estado tem como dever de assegurar, proibindo práticas de Concorrência Desleal e Infrações à ordem econômica, cujas quais estão previstas respectivamente na Lei 9.279/96 ⁵e Lei 12.529/2011⁶. A repressão às práticas de Concorrência Desleal está prevista, precisamente no art. 2º, inciso V da lei:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

[...]

V - repressão à concorrência desleal.

Ademais, traz em seu art. 195 da mesma lei, no Capítulo VI – Dos Crimes de Concorrência Desleal, um rol taxativo de crimes:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

[...]

No que consta as infrações à ordem econômica, a Lei 12.529/2011, com fulcro no art. 36, inciso I, aduz:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, ou atos sob qualquer forma

⁴ Art. 422 CC/02. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁵ Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial

⁶ Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...]

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.

[...]

A intenção do legislador diante da aplicabilidade do instituto da cláusula impeditiva, não teve como objeto a proibição da continuidade da atividade empresarial, mas sim a proibição de fazer concorrência no mesmo ramo de atividade daquele que adquiriu o estabelecimento. Em esclarecimento, a proteção vincula-se ao aviamento⁷ - clientela, haja vista que a mesma não faz parte da universalidade de fato e conseqüentemente não é sucessível a negociação que configura o trespasse. Diante disso, faz-se notória a justificativa da relativização do direito fundamental assegurado, segundo (MAMEDE, 2019), a estipulação de um prazo para garantir as condições propícias a uma concorrência livre e leal.

Neste raciocínio, tendo em vista a possibilidade de estipulação diversa da proibição de concorrência, precisamente em vistas da ampliação do prazo de 5 (cinco) anos, já foi consolidado entendimentos paralelos na hipótese de abusividade do lapso temporal:

5ª Jornada de Direito Civil. Enunciado 490 – Art. 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

Por iguais razões, o Conselho de Justiça Federal traz em seu Enunciado 489: “A ampliação do prazo de 5 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.”

Como se nota, a autonomia de estipulação diversa do quesito temporal de concorrência far-se-á necessária sua submissão a um juízo de ponderação para impor limitação e afastar uma suposta inconstitucionalidade da norma (INÊS TEIXEIRA GOMES, 2016). Como aduz Mário Júlio de Almeida Costa (apud BARATA; RAUPP, 2018, p. 27):

⁷Potencial das relações pessoais que o empresário possui com seus clientes (TOMAZZETE, 2017, p. 152)

Todas as obrigações negativas cerceiam a liberdade do devedor, suscitando-se o problema da sua validade sempre que o façam num grau manifestamente excessivo, em violação de uma regra de ordem pública. (1998, p. 611)

Ainda em amparo discursivo dos efeitos da cláusula que visa obstar a competição entre os agentes econômicos, há de se abordar seus efeitos frente às Reorganizações Societárias, um dos objetos do Direito Antitruste.

Como já supracitado anteriormente, o arcabouço jurídico traz vedação de práticas infracionais à ordem econômica, diante da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011- Lei Antitruste. Desta forma, configura-se infração da ordem econômica atos que provoquem prejuízo ao Princípio da livre concorrência, sendo plenamente cabível a inserção da cláusula de não competição nas operações que resultem em concentrações – atos de concentração (LUISA DA SILVA; CELSO DA SILVA NETO, 2017). Conforme corrobora a Súmula 4 do CADE na hipótese do joint venture: “É lícita a estipulação da cláusula de não concorrência na vigência do joint venture, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”.

As hipóteses de atos de concentração estão definidas no caput do art. 90 da Lei 12.529/2011:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

As operações de reorganizações societárias arroladas no artigo elucidado, em regra, possuem como finalidade a ampliação de determinado ramo de mercado, porém, essas mesmas operações podem gerar efeitos inversos, causando desorganizações e o fenômeno da Concentração, conceituado por Paula A. Fargioni (apud LUISA DA SILVA; CELSO DA SILVA NETO, 2017, p. 167)

Assim, no campo do antitruste, o termo concentração vem empregado para identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado. A mais comum liga-se a situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia, como nas operações de fusão, incorporação etc. Há, também, concentração quando se dá a constituição de nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle é compartilhado ou quando uma empresa adquire ativos ou parcela de patrimônio de outra. No resumo de Nuno T. P. Carvalho: “Concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”. (2014, p. 401-402)

Neste liame, com objetivo de evitar alterações de mercado e mitigação concorrencial, os atos de concentração, com determinadas peculiaridades previstas em lei, terão suas partes envolvidas submetidas a um controle preventivo do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁸.

Conforme o art. 88, caput da Lei 12.529/2011:

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

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

⁸ Art. 4º da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011: “O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.”

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Esse controle preventivo é realizado, tendo como base a teoria antitruste convencional⁹, através, respectivamente, de uma (i) análise de mercado relevante; (ii) condições do exercício do poder de mercado e (iii) as benéfices geradas pela operação. (RABELLO FERNANDES LOPES, 2019)

Em garantia da efetividade do controle dos atos de concentração, a Lei Antitruste estabeleceu critério temporal para devida aprovação preventiva e a submissão à multa pecuniária em caso de não observância pelas partes, objetos da operação. Esta violação da norma e a consequente efetivação da operação societária acordada pelos agentes econômicos é conhecida como *gun-jumping*.

Nas palavras de (SAITO, CAROLINA, 2013, p. 4):

[...] conclui-se que a prática de gun jumping engloba a notificação tardia, ou seja, prática em que as empresas notificam a autoridade antitruste em momento posterior à concretização da operação. Trata-se da situação em que há maior coordenação entre as empresas, visto que já concretizaram a operação como um todo.

Neste ponto, revela-se que a pretensão das autoridades antitruste possuem finalidades sinônimas quanto à imposição de limite à liberdade de competição no mercado, em vista da defesa contra concorrência desleal, cuja estipulação da cláusula de não concorrência é devidamente cabível diante de reorganizações societárias previstas em lei.

3 ENTENDIMENTO DO STJ FRENTE À CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

⁹ Segundo (MOREIRA DA GAMA; MACHADO RUIZ, 2007, p. 4), “O que chamamos de teoria antitruste convencional são conceitos de Organização Industrial encontrados nos guias para análise de atos de concentração e práticas restritivas estadunidense, europeu e brasileiro”

Amoldando-se à realidade, apesar da existência dos dispositivos legais quanto à proibitiva de não competição diante da alienação do estabelecimento empresarial, a celeuma no arcabouço jurídico ainda faz-se notoriamente presente, causando ambiguidade ao que de fato caracterizaria a Concorrência desleal, gerando, assim, situações que possibilitam o contorno do imperativo legal da cláusula de *non-compete* ante a práxis contratual do trespasse. Ao propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em vista de seu entendimento jurisprudencial, vem se manifestando nos últimos cinco anos de deveras casuístico em seus acórdãos a respeito do tema, trazendo interpretações a fim de propiciar uma maior segurança jurídica frente às omissões presentes na legislação em vigor.

Neste sentido, em vista da pactuação do trespasse para oneração da universalidade de fato, seus efeitos quanto à continuidade da atividade empresarial pela parte alienante vêm sendo mitigados em determinados casos concretos, nos quais serão logo mais salientados, causando discussões nos tribunais superiores.

A priori, como já citado, a vedação imposta pelo art. 1.147, CC relaciona-se com a impossibilidade do sujeito alienante do estabelecimento, objeto de contrato, concorrer com o adquirente nos 5 anos subsequentes, podendo haver autorização expressa para desconsiderar tal cláusula, ou a relativização do lapso temporal. Diferente disso, ante a ausência de supedâneo legal, vem se desempenhando a continuidade do exercício da atividade voltado ao mesmo ramo do adquirente, todavia de forma irregular. Neste liame, segundo o entendimento do Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹⁰, a extensão da aplicabilidade da cláusula de não concorrência é devidamente cabível a hipótese da continuidade informal da atividade empresária, haja vista que a vedação do art. 1.147, CC não é reconhecida em *stricto sensu*, sendo dispensável a necessidade de constituição da pessoa jurídica para objetivar o desvio de clientela e a configuração da concorrência desleal. Sucede que, a jurisprudência em comento, baseia-se no fundamento de que determinados ramos empresariais apresentam componente de personalidade quanto à atuação da atividade, oportunizando que o sujeito alienante contorne a proibitiva legal, se

¹⁰ STJ. Agravo em Recurso Especial: AREsp: 1094631 SP 2017/0099712-5. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ 08/11/2018. **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/645985283/agravo-em-recurso-especial-aresp-1094631-sp-2017-0099712-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

restabelecendo de fato ao exercício anteriormente empreendido através de uma pessoa jurídica constituída por um terceiro desvinculado do contrato trespasse.

Embora possua natureza irregular, a não observância dos deveres de lealdade e informação presentes no *pacta sunt servanda* e a decorrente mitigação do Princípio da Boa-fé objetiva pós-contratual, gera efetivamente, a violação positiva do contrato de trespasse, circunstanciando a possibilidade da resolução contratual e o regresso ao *status quo ante* por intermédio da devolução dos valores pagos pela parte prejudicada na aquisição do estabelecimento, baseada na comprovação da concorrência desleal.

Por iguais razões, em uma segunda análise concreta, a conduta de violação a proibitiva de não fazer competição vem sendo propiciada em âmbito de transferência do estabelecimento, objeto de cessão, cujo um terceiro, diferente à integralidade formal da sociedade, restabelece em ramo comum, a atividade empresarial daquele para quem foi cedido o estabelecimento. Ocorre que, com base no AREsp 950461 SP 2016/0182649-7 ¹¹, submetido ao acórdão do Relator Ministro Marco Buzzi, se perfaz entendimento no sentido de que o sujeito terceiro, estranho ao instrumento do contrato social da pessoa jurídica, é reconhecido como sócio de fato, haja vista que é cabível, ao mesmo, os requisitos para caracterizar a existência de uma sociedade de fato, cuja qual possui previsão no Código Civil de 2002, em seu artigo 987: “ Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.”

Neste sentido, a jurisprudência corrobora que a vedação de não dar continuidade no mesmo ramo do cessionário não é limitadamente submetida aos sócios que integram de maneira formal a sociedade, tendo em vista que o que se discute no caso é a conduta desleal ao se fazer concorrência, causando prejuízos ao indivíduo que detém o estabelecimento cedido. Tais prejuízos se afirmam no desvio de clientela ensejado pela abertura de um estabelecimento nos mesmos limites

¹¹ STJ. Agravo em Recurso Especial: AREsp: 950461 SP 2016/0182649-7. Relator: Ministro Marco Buzzi. DJ 21/11/2018. **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649644359/agravo-em-recurso-especial-aresp-950461-sp-2016-0182649-7?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

geográficos e de ramo semelhante, cuja clientela se vê atraída pelo antigo sócio de fato, passando a frequentar o novo estabelecimento.

Em suma, conclui-se que a inobservância da proibitiva de competição desleal se faz imperativa ao sócio irregular, ensejando na condenação à reparação civil – fixada com base no valor do contrato, apenas àquele que se deu o ato de infração à ordem econômica.

Por outro enfoque, diferente das hipóteses mencionadas acima avista-se também, no âmbito do Egrégio Tribunal Superior, aposições precipitadas da extensão da proibitiva de continuidade da atividade empresarial pelo ex-sócio retirante, em caso de dissolução da sociedade decorrente da cessão de quotas do respectivo sócio. Diante da discursão, a jurisprudência vem se manifestando em pertinência da inaplicabilidade do art. 1.147, CC e a descaracterização da deslealdade concorrencial na condição da dissolução de sociedade, visto que o dispositivo não se aplica aos negócios jurídicos em *lato sensu*, limitando-se a hipótese de alienação do estabelecimento empresarial.

Inexistindo, portanto, suporte legalmente exposto para o certame em comento, o STJ, em sede de Agravo em Recurso Especial, precisamente no AREsp: 1239219 RS 2018/0018918-8¹², acordado pelo Relator Ministro Luis Felipe Salomão, firma entendimento de que o restabelecimento da atividade empresarial pelo ex-sócio que retirou-se, ora cedente das quotas, não é vedada pelo dispositivo do Código Civil, pois, trata-se de dissolução parcial de sociedade, o que gera uma cisão parcial da pessoa jurídica. Neste sentido, não há que se falar na imposição da cláusula de não concorrência e a caracterização de Concorrência Desleal, a julgar pela ausência do trespasse e a alienação do estabelecimento empresarial, objeto contratual, onde o mesmo configura a única hipótese de aplicação do dispositivo previsto em lei. Além disso, só seria possível a proibição da concorrência pelo ex-sócio, na situação de previsão de cláusula contratual expressa, contrário a isto, far-se-á permitido ao sócio que manifestou o seu direito de retirada, a constituição de uma nova sociedade no mesmo ramo de atuação daquela na qual era sócio.

¹² STJ. Agravo em Recurso Especial: AREsp: 1239219 RS 2018/0018918-8. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ 27/02/2018. **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549970770/agravo-em-recurso-especial-aresp-1239219-rs-2018-0018918-8?ref=serp>. Acesso em: 20 jan. 2020.

Em síntese, há de se perceber que o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, diante de casos concretos onde se pressupõe a tentativa de contorno da cláusula proibitiva de concorrência, vem se afirmando em sentido de possibilitar a extensão dos efeitos da respectiva cláusula às hipóteses do exercício irregular da atividade empresarial, seja diante de uma sociedade não sujeita ao registro, ou mediante um ex-sócio omitido do contrato social da pessoa jurídica. No entanto, é de deveras importância ressaltar que a referida extensão da vedação de competição tem como limite a praxis contratual do trespasse, ou seja, quando de fato se sucede a transferência onerosa do estabelecimento, tendo em vista a proteção da clientela e a vedação a sua captação como objeto assegurado.

Com efeito, a configuração da concorrência desleal para a jurisprudência em comento baseia-se em um juízo de ponderação, onde o mesmo é realizado mediante um sopesamento principiológico da Livre iniciativa e da Liberdade de Concorrência frente ao que se determina a Boa-fé objetiva no âmbito contratual, garantindo desta forma, possibilidade de uma menor insegurança jurídica diante da legislação celeumática vigente.

4 SOLUÇÕES A FIM DE GARANTIR A SEGURANÇA JURÍDICA CONTRATUAL DO TRESPASSE

Diante das evidentes falhas presentes na legislação do Código Civil Brasileiro, responsáveis pelas omissões que geram ambiguidades interpretativas dos dispositivos, há de se considerar uma notória necessidade de reflexão a respeito de soluções a fim de conter os entraves da lei. À exemplo dos mesmos, como já elucidado no presente trabalho, compreende-se a mitigação da cláusula de não concorrência, regrada pelo art. 1.147 CC, como uma das problemáticas motivadas pela ausência de um dispositivo mais detalhado, ficando as relações contratuais empresárias à mercê de práticas concorrenciais desleais e infracionais à ordem econômica.

O Código Civil de 2002, ao disciplinar o contrato trespasse, limitou-se na previsão da cláusula, apenas restringindo tacitamente a concorrência do alienante do estabelecimento àquele para quem o foi transferido, salvo imposição contrária de forma expressa no contrato. Todavia, o legislador não se manifestou de forma

específica e detalhada diante dos critérios que configuram tal concorrência, omitindo-se também a respectiva natureza empresarial na continuidade da atividade de mesmo ramo. Em outras palavras, não houve preocupação em disciplinar a clientela como sendo o objetivo tutelado na repressão à concorrência do alienante, como também não trouxe à redação normativa a vedação do restabelecimento de natureza irregular/informal.

Neste liame, corrobora-se à práxis do contrato trespasse motivo suficiente para uma revisão substancial do texto normativo do Código Civil vigente, a fim de trazer melhorias que garantam a efetividade dos efeitos compreendidos pela cláusula de *non-competete*. A proposta revisional expender-se-ia com base em abordagens discursivas, realizadas na amplitude de um fórum empresarial representado por juristas renomados, da academia ao Poder Judiciário (SANTA CRUZ, 2018), a fim de conduzir soluções para a respectiva problemática, trazendo ao Código Civil, previsões legais que não ocasionem possíveis celeumas diante de pluralidades interpretativas.

Ao trazer uma nova redação como solução para a insegurança jurídica contratual, convém ressaltar a havida tramitação de um Projeto de Lei¹³, motivado pelos ensinamentos do professor Fábio Ulhôa Coelho, propondo um novo Código Comercial, cujo qual se daria mediante a revogação ou substituição do Código Civil. Sucede que, o projeto em questão compreende, a priori, as peculiaridades do contrato trespasse, porém não houve disciplina quanto às óbices do contorno da cláusula de não concorrência. Logo, oportuno se torna considerar como outra solução em potencial, o incremento de dispositivos que detalhem expressamente a relativização da Liberdade de Concorrência na esfera da transferência do estabelecimento empresarial, a fim de garantia da Boa fé Objetiva pós- contratual, juntamente com os deveres de lealdade e informação, obstando de tal forma, a possibilidade de fomento da parte alienante, por via de desvio de clientela, propiciado por lacunas normativas.

Diante o delineado, segundo os ensinamentos de (MISES, 2009): “A livre concorrência não significa que se possa prosperar pela simples imitação ou cópia

¹³ PL 1.572/2011, de autoria do Deputado Federal Vicente Cândido, propondo a instituição de um novo Código Comercial.

exata do que já foi feito por alguém.” Neste raciocínio, far-se-á cabível a interpretação de que a proposta de disciplinar a limitação imposta à Liberdade de Competição no ensejo do trespasse, visa assegurar apenas o exercício da concorrência em plano de paridade entre as partes, resguardando o direito da Livre-iniciativa em praça que não comporte uma consequente onerosidade na esfera contratual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs ao estudo da Concorrência Desleal no contrato trespasse, vinculado a uma análise dos efeitos da cláusula de não concorrência e à extensão de sua aplicabilidade diante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para melhor compreendê-lo, foi apresentado enfoque teórico à natureza *sui generis* do trespasse, como também a finalidade da cláusula proibitiva de competição, explanando sua submissão ao Princípio da Boa-fé Objetiva e a consequente relativização da Livre Concorrência. Ademais, foi feita uma analogia da aplicação da referida cláusula à esfera dos institutos do Direito Antitruste.

Apesar de o Código Civil trazer previsão à cláusula objeto do estudo, observou-se que a mesma se apresenta passível de entendimentos diversos, ensejando em lides processuais inerentes às tentativas de contorno do dispositivo legal, mediante a continuidade da atividade empresarial pelo sujeito alienante, em ramo comum ao adquirente, todavia, de forma irregular.

Evidenciou-se que a celeuma, presente na legislação, vem causando óbices quanto à omissão de dispositivo expresso que associe a proteção à clientela à justificativa de aplicabilidade da cláusula de *non-competere*, como também a vedação da captação da mesma, na qualidade de objeto concreto para se configurar a Concorrência Desleal.

Da análise empreendida na jurisprudência do STJ dos últimos 5 anos, verificou-se que os efeitos da cláusula restritiva estendem-se, evidentemente, às

hipóteses do exercício irregular da atividade, porém limita-se a decorrência da transferência do estabelecimento empresarial.

Observou-se ainda que, a configuração da Concorrência Desleal para o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, baseia-se em um juízo de ponderação, realizado mediante um sopesamento dos princípios da Livre iniciativa e da Liberdade de Concorrência frente à Boa-fé Objetiva no âmbito pós-contratual.

Por fim, externou-se a necessidade de uma reflexão diante da problemática estudada, trazendo como soluções, alternativamente, a proposta de uma revisão substancial do texto do Código Civil, bem como, complementar no plano do projeto do novo Código Comercial, com dispositivos que prevejam expressamente a Boa-fé Objetiva pós-contratual e a mitigação da Livre Concorrência, a fim de garantir uma maior segurança jurídica na prática contratual do trespasse.

REFERÊNCIAS

BARATA, Rodrigo Rentzsch Sarmiento; RAUPP, Daniel Marque. AS CLÁUSULAS DE NÃO COMPETIÇÃO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Porto Alegre, ano 2018, v. 4, n. 2, p. 20-38, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Aprovada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União** - Seção 1 - 11/1/2002, Página 1, Poder Executivo, Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Lei 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial [da] União** - Seção 1 - 15/5/1996, Página 8353; Poder Legislativo, Brasília, DF, 1996.

BRASIL. LEI Nº 12.249/11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 20 de jan. de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020. **Atividade Legislativa. Projeto de Lei nº 1.572, de 2011.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em 20 jan. 2020.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2019. 1335 p. v. único.

GAMA, M. M.; RUIZ, R. M. A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004. **Economia e Sociedade**, v. 16, n. 2, p. 233-258, 11 jan. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8642822/0>>. Acesso em: 20 jan. 2020

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9. ed. rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-97-01175-3.

INÊS TEIXEIRA GOMES, Maria. **O direito de exoneração dos sócios em casos de fusão, cisão e transformação à luz do Código das Sociedades Comerciais**. Orientador: Professora Doutora Daniela Farto Baptista. 2016. 49 p. Dissertação (Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios) - Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, [S. /], 2016. Disponível em: <<file:///E:/Artigos%20%20Direito/Maria%20In%C3%AAs%20Teixeira%20Gomes%20cita%C3%A7ao%201.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

LONGHI, Maria (coord.). **Estudos Aplicados de Direito Empresarial: Contratos**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2019. 236 p. ISBN 9788584935000.

LUIZA DA SILVA, Márcia; CELSO DA SILVA NETO, Orlando. A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo da Prática de Gun Jumping. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, ano 2017, v. 5, ed. 2, p. 163-188, 2 nov. 2017. Disponível em: <<file:///E:/Artigos%20-%20Direito/ARTIGOS%20CADE.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação empresarial**. 11. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. 564 p. v. 1

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. ISBN 978-85-97-00881-4.

MISES, Ludwing von. **As Seis Lições**. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009. ISBN 978-85-62816-01-7.

MOREIRA DA GAMA, Marina; MACHADO RUIZ, Ricardo. A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004. **Economia e Sociedade**, Minas Gerais, ano 2007, v. 16, n. 30, ed. 2, p. 233-258, 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ecos/v16n2/a05v16n2.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

RABELLO FERNANDES LOPES, Matheus. Remédios Antitruste em Atos de Concentração. **Revista Âmbito Jurídico**, [s. /], n. 189, 3 out. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-comercial/remedios-antitruste-em-atos-de-concentracao/>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

SAITO, Carolina. Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. **Revista de Defesa da Concorrência**, [s. /], ano 2013, v. 1, ed. 2, p. 92-118, 1 nov. 2013. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/70>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SANTOS, Rui Manuel Da Rocha. **A Transmissão da Empresa Da Obrigação de Não Concorrência nos Asset Deals e Share Deals**. Orientador: Professor Doutor José Engrácia Antunes. 2017. 43 p. Tese (Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios) - Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, 2017.

STJ. Agravo em Recurso Especial: AREsp: 1094631 SP 2017/0099712-5. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ 08/11/2018. **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/645985283/agravo-em-recurso-especial-aresp-1094631-sp-2017-0099712-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

STJ. Agravo em Recurso Especial: AREsp: 1239219 RS 2018/0018918-8. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ 27/02/2018. **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549970770/agravo-em-recurso-especial-aresp-1239219-rs-2018-0018918-8?ref=serp>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

STJ. Agravo em Recurso Especial: AREsp: 950461 SP 2016/0182649-7. Relator: Ministro Marco Buzzi. DJ 21/11/2018. **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649644359/agravo-em-recurso-especial-aresp-950461-sp-2016-0182649-7?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

TOMAZZETE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. 860 p. v. 1. ISBN 9788597-011197.

VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 4, nov. 2014. Disponível em: <<http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/128>>. Acesso em: 20 jan. 2020

